

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 محمد تقی 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 درکه،
پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر فصلنامه «رای»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۸۰۰۰

«شیوه نامه نگارش محتوا در فصلنامه علمی- تخصصی رأی»

مقدمه

همان گونه که در شماره های سابق «فصلنامه رأی» نیز مشاهده شده است، حوزه‌ی موضوعی این مجله در چارچوب های 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 بصورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های 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 بخش های مجله را (جز بخش بایسته های نگارش و نقد رأی) 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 روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می‌پردازد. بخش «نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش بینی شده است. علاوه بر آن، از شماره ۵ این فصلنامه بخش گزارشات نیز به مجله اضافه شده است. گزارش های مزبور در دو دسته‌ی «گزارش رویه‌ی قضایی» که صرفاً به توصیف رویه‌ی قضایی موجود در یک زمینه‌ی خاص می‌پردازد و دسته‌ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت‌جلسات نشست های نقد رأی را ارائه می‌دهد پیش بینی شده است.

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

الف) کلیات شیوه نامه

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 ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع بصورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

• کتب

نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب بصورت 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 نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام نشریه بصورت 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 نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام سایت بصورت 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 لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تایید خواهد بود. درخصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که کلیه منابع ابتدائاً براساس نوع و سپس براساس نام خانوادگی نویسندگان فهرست خواهند شد:

• کتب

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب بصورت 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 می‌باشد.

۳. این نوع از مقالات اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه‌گیری و منابع و مآخذ می‌باشد.

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 می‌باشد.

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 صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان 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 حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

۷. در بدنه ی مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویه ی قضایی و آراء صادره ی 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 شیوه ی 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 می شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می گردد و سپس مشخصات دادنامه ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه ی رأی کافیس؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصی و

قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش از مقاله، نویسنده به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه ی صادره پرداخته و نظرات خود را در تایید یا رد استنادات و استدلال های قضات بیان می کند.

چهار – یادداشت رأی

۱. در این دسته از نوشته ها به بررسی اجمالی نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه ی صادره و استنادات و استدلال های قضات پرداخته می شود
۲. حجم یادداشت های نقد رأی حداکثر ۸۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه نمی شود
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 می گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می گردد و سپس مشخصات دادنامه ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می گردد. 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 رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده 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 (تفاوت) 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 هیچ وجه مد نظر 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 این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تفاوت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تفاوت) 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 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 بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده 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 ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.
۳. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً ترجمه‌ی 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. خواهمندست متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.
۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاجتضاء 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.

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 دکت‌ترین 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 دکت‌ترین 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

توافق بر خسارت تأخیر تأدیه با تأکید بر رویه قضایی..... ۱۷

رضا مقصودی / حسین داودی

دعوای مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف املاک تصرف شده از سوی
دستگاه‌های اجرایی در راستای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی..... ۳۷

مهدی فتاحی

تأثیر ازدواج مجدد بر پرداخت مستمری به همسر بیمه‌شده متوفی در
آئینه آراء صادره از دیوان عدالت اداری..... ۵۷

زهره بیدار

تأثیر قوه قاهره بر مطالبه وجه التزام قراردادی..... ۶۷
علی رضائی

ضابطه حقوقی تشخیص صلاحیت مراجع مقررات‌گذار بخشی و فرابخشی..... ۸۱
محمد صادقی

تخفیف حبس، از تقلیل تا تبدیل..... ۹۹
رضا زهروی / رسول احمدزاده / سینا رستمی

فور و تراخی در اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه..... ۱۱۵
زکيه نعيمی

وحدت و تهاافت رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در آیین
دادرسی مدنی (پاییز و زمستان ۱۳۹۱)..... ۱۲۱

مهدی شریفی

گزارش نشست نقد رأی: تأثیر قید عندالاستطاعه بودن مهریه در حق

حبس زوجه (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)..... ۱۳۱

تنظیم: سعید محبوب

طلبکار به هنگام سررسید دین، در ازای اعطای مهلت به بدهکار خود گاهی به میزان دو برابر به مبلغ دین می‌افزود.^۱

بررسی آراء صادره از دادگاه‌های استان تهران - که در مجموعه آراء دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران به چاپ رسیده است - نشان می‌دهد که: اولاً، رویه قضایی برخلاف ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی حداقل درباره دیون پولی توافق مازاد بر شاخص تورم را غیرقابل اجراء می‌داند؛ ثانیاً، درباره مطالبات بانک‌ها با توجه به مقررات استثنایی، این دسته از طلبکاران را از محدودیت موجود در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی برکنار شده و معزول به‌شمار می‌آورد:

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۹۳۵

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۷/۱۹

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در خصوص مطالبه ۳۰ درصد خسارت تأخیر تأدیه از کل دین به ازاء هر روز با عنایت به اینکه دادگاه، موضوع را ربوی دانسته و از شمول مقررات ماده ۲۲۱ قانون مدنی خارج می‌داند و در مانحن‌فیه خواهان صرفاً می‌تواند از مقررات ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی استفاده کند لذا دعوی خواهان را ثابت ندانسته و مستند به ماده ۱۹۷ قانون اخیرالذکر حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌گردد.

شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به استناد ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید و استوار می‌نماید.

توافق بر خسارت تأخیر تأدیه با تأکید بر رویه قضایی

رضا مقصودی *

حسین داودی **

۱. مقدمه

عنوان «صلح بر خسارت تأخیر تأدیه» برگرفته از قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی است. این ماده بعد از تجویز مطالبه خسارت تأخیر بر طبق شاخص تغییر قیمت بانک مرکزی به طرفین اجازه داده است با برخلاف آن، مصالحه نمایند. نام دیگر مصالحه مزبور - زمانی که قبل از ورود خسارت انجام شده باشد - وجه التزام تأخیر در انجام تعهد است که این وجه در جایی که موضوع تعهد تأدیه وجه رایج باشد به خسارت تأخیر تأدیه، بسیار شباهت دارد. درواقع وجه التزام مذکور، همان خسارت تأخیر در تأدیه پول می‌باشد که میزان آن به تراضی داین و مدیون تعیین شده است. طرفین معمولاً در قرارداد خود ضمن تعیین مهلت پرداخت دین، وجه التزام برای تأخیر در تأدیه در نظر می‌گیرند به‌طوری‌که مدیون موظف است در ازای هر روز / ماه یا هر ظرف زمانی دیگر که تأخیر در پرداخت رخ دهد مبلغی به عنوان خسارت به داین بپردازد.

چنین پرداخت‌هایی در روابط اجتماعی از دیرباز مرسوم بوده است و نهادهای مذهبی نیز با حساسیتی که نسبت به وقوع ربا داشته‌اند، در مقابل آن به مخالفت برخاسته‌اند و آن را یکی از شقوق وقوع ربا در معاملات می‌پندارند. در عربستان جاهلی نیز یکی از انواع ربا، افزودن مبلغ دین در قبال تمدید مدت بوده است به‌گونه‌ای که

* عضو هیأت علمی دانشکده علوم انسانی گروه حقوق دانشگاه گیلان

rmaghsoody@guilan.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و عضو هیأت علمی

دانشگاه آزاد واحد رشت ایران

۱. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، «ربا» (قم: نشر بوستان کتاب قم، چاپ اول، ۱۳۸۱)،

ص ۵۹.

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۸۹

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۹/۱۳

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

متن رأی بدوی

در خصوص دادخواست بانک خواهان، دادگاه به استناد ماده ۵۲۲ و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، خواندگان را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به مأخذ شاخص سالانه بانک مرکزی از تاریخ تقدیم دادخواست لغایت اجرای حکم محکوم می‌کند.

متن رأی تجدیدنظر

در قرارداد اجاره به شرط تملیک مقرر شده است که در صورت تأخیر در پرداخت اقساط مال الاجاره خسارتی معادل ۵۵/۱۰ واحد بر مبنای ۱۰۰۰۰ در روز پرداخت گردد و به عبارتی، به نحو دیگری غیر از مصادیق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصالحه کرده‌اند. برابر مستفاد قانون الصاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا خسارت مورد نظر باید به ترتیبی که در قرارداد تنظیمی طرفین مقرر شده پرداخت گردد. نظر به مراتب، این قسمت از دادنامه بدوی را واجد اشکال دانسته با استناد به ماده ۳۴۸ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض رأی در این مورد تجدیدنظر خواندگان را متضامناً به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۰ لغایت اجرای حکم بر مبنای مفاد قرارداد تنظیمی در حق تجدیدنظر خواه محکوم می‌کند.

محدودیت اختیار متعاقدين در میزان مصالحه بر خسارت تأخیر اگرچه با ماده ۷۱۹ قانون سابق آیین دادرسی مدنی مشابه است اما برخلاف آن قانون - که حداکثر ۱۲ درصد را به عنوان نرخ مجاز خسارت تأخیر تأدیه مقرر داشته بود - هیچ سقف یا نرخ مقطوعی برای میزان توافق پیش‌بینی نکرده است و اعتبار توافق با توجه به وضعیت اقتصادی جامعه و میزان تورم و تغییر شاخص سالانه

کالاها و خدمات متغیر می‌باشد. در این مقال، مفهوم و سابقه تاریخی این توافق تحولات آن را در فقه امامیه، دکترین و رویه قضایی مورد بررسی قرار گرفته و در پایان پیشنهاداتی برای اصلاح وضعیت موجود ارائه می‌کند.

۲. پیشینه قانونی توافق بر خسارت تأخیر

سوءاستفاده مفرط از خسارت تأخیر در تأدیه دیون پولی در روزگار جدید خصوصاً از جانب بنگاه‌های مالی قدرتمند، واکنش‌های اجتماعی و سیاسی را برانگیخت و نهادهای تقنینی را واداشت تا این نوع خسارت را از حیطه اراده آزاد متعاقدين، خارج و حداکثر میزان خسارت تأخیر را مشخص نمایند به‌طوری‌که توافق اشخاص خصوصی بر خسارتی بیش از سقف مقرر در قانون، فاقد قدرت الزام‌آور حقوقی است و متعهد، به پرداخت آن مکلف نخواهد بود.

ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، سقف مجاز خسارت تأخیر تأدیه را صدی دوازده در سال تعیین کرده بود. به‌نحوی که تعیین مبلغی بیش از آن توسط طرفین به عنوان وجه التزام یا هر عنوان دیگر نمی‌تواند موضوع حکم دادگاه قرار بگیرد. به این ترتیب، در نظام قانون مذکور، وجه التزام تأخیر در تأدیه دیون پولی حداکثر به میزان دوازده درصد در سال مجاز بود، اما تعیین میزان خسارت کاملاً از حیطه اختیار متعاقدين خارج نشده بود به‌طوری‌که طرفین می‌توانند به جای سکوت درباره خسارت تأخیر و پذیرش حکم قانون، خود میزان خسارت تأخیر را تا حدی که در قانون مجاز بوده، مورد تراضی قرار دهند.

تبصره‌های ۴ و ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت نیز دارای همان احکام ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بود. مطابق تبصره ۴، زیان دیرکرد در صورتی تعلق می‌گرفت که وجه التزامی میان طرفین مقرر نشده باشد. تبصره ۵ نیز اشعار می‌دارد هر قراری که در اسناد استقراضی به صورت وجه التزام یا طرق دیگر گذارده شود که موجب خسارت دیرکرد بیشتر از صدی دوازده باشد نسبت به مازاد، غیرقانونی و بلااثر است. ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی (مصوب ۱۳۵۵) نیز اعلام می‌کرد در هر مورد که برابر مقررات و قوانین خاص و یا مدلول سند رسمی، میزان خسارت دیرکرد کمتر از صدی دوازده معین شده باشد خسارت تأخیر به مأخذ مقرر احتساب خواهد شد.

۳. خسارت تأخیر تأدیه - وجه التزام تأخیر در تأدیه

برای بررسی ابعاد گوناگون توافق متعاقدين بر میزان خسارت تأخیر ابتدا لازم است اعتبار یا عدم اعتبار خسارت تأخیر و تحولات آن در حقوق موضوعه مورد توجه قرار گیرد، زیرا در بادی امر به نظر می‌رسد در صورتی که چنین خسارتی، نامشروع و فاقد اعتبار قانونی باشد به‌طور تبعی توافق طرفین بر خسارت تأخیر نیز باطل و بی‌اعتبار خواهد بود.

۳.۱. عدم مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، شورای نگهبان به عنوان مرجع تطبیق قوانین موضوعه با شرع و قانون اساسی به دفعات مکرر درباره خسارت تأخیر تأدیه اظهار نظر نموده و آن را مغایر با موازین شرع اعلام کرده است؛ چنانکه در نظریه شماره ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ آمده است: «مطالبهٔ مازاد بر بدهی بدهکار به عنوان خسارت تأخیر تأدیه جایز نیست...». بنابراین، مواد ۷۱۹ تا ۷۲۳ قانون آیین دادرسی حقوقی قابل اجراء نیست». نظریه شماره ۳۳۷۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ شورای نگهبان با صراحت بیشتری أخذ مازاد بر بدهی بدهکار را به عنوان خسارت تأخیر تأدیه از جمله در مواد ۳۴، ۳۶، ۳۷ قانون ثبت، باطل و خلاف موازین شرع اعلام نمود.

دیوان عالی کشور نیز در همین راستا پیشاپیش وارد عمل شده و طی دادنامه شماره ۶ مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۷ مستند به اصل ۴۹ قانون اساسی خسارت ناشی از تأخیر را به عنوان معامله ربوی، باطل اعلان کرد.^۱

۳.۲. تأثیر عدم مشروعیت بر وجه التزام تأخیر در تأدیه

حال، در خصوص تأثیر عدم مشروعیت بر وجه مزبور، این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که: آیا بطلان خسارت تأخیر تأدیه و نسخ قوانین راجع به آن، از نظر معنا و مفهوم با بطلان وجه التزام تأخیر در تأدیه نیز مترادف است یا خیر؟ آیا

توافق متعاقدين در تعیین خسارت به طریق اولی غیر قابل استناد خواهد بود همان‌طور که خسارت تأخیر مندرج در قانون به چنین سرنواشی مبتلا گردید؟

آیت‌الله رضوانی - که در سال ۱۳۶۱ در شورای نگهبان حضور داشته است - در تبیین نظریه شورا می‌گوید: «... جریمه تأخیر، ربا نیست بلکه بانک می‌گوید: سر ماه باید قسط خود را بپرداز. اگر نیاوری، در همان موقع باید فلان مبلغ را به عنوان جریمه بپرداز، نه اینکه جریمه را می‌دهی تا مبلغ قسط یک ماه دیگر پیش تو بماند، لذا تأخیر تأدیه ربا نیست. حال که ربا نیست اگر در ضمن عقد یا قرض شرط شده باشد. حکم «المؤمنون عند شروطهم» دارد و اشکال به وجود نمی‌آید».^۱ آیت‌الله صافی گلپایگانی - دبیر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱ - در پاسخ استفتایی، دریافت جریمه تأخیر را به عنوان وجه التزام مجاز می‌داند: «اگر مفهوم شرط مذکور، مجاز بودن مدیون در تأخیر ادای دین در مقابل ۱۲ درصد باشد ربا و حرام است و اگر مقصود، الزام مدیون بر ادای دین در رأس مدت مقرر باشد که وجه التزام در مقابل عدم اداء باشد ظاهراً اشکال ندارد».

آراء سایر فقهاء نیز در این خصوص متفاوت است: برخی (آیت‌الله صانعی) بر اعتبار مطلق وجه التزام تأخیر در تأدیه نظر دارند؛^۲ عده‌ای دیگر (آیت‌الله مکارم شیرازی) چنین شرطی را فاقد اعتبار می‌دانند^۳ و بعضی هم (آیت‌الله نوری همدانی) تأکید دارند که براساس مقررات حکومت اسلامی عمل شود.^۴ اگرچه وی در اظهار نظر دیگری أخذ جریمه دیرکرد از سوی بانک‌ها را مصداق ربا و به لحاظ شرعی حرام دانسته است.^۵ و کسانی چون شهید صدر نیز به نوعی توافق بر خسارات، مسئولیت

۱. مصاحبه با آیت‌الله رضوانی درباره بانکداری اسلامی، تهران، بانک مرکزی، ۱۳۷۲. به نقل از: سیدعباس موسویان، «بررسی فقهی - حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، *مجله فقه و حقوق*، ش ۴، (سال ۱۳۸۴): ص ۲۵.

۲. یوسف صانعی، *استفتائات قضایی* (تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴)، ص ۷۵.

۳. پایگاه اطلاع‌رسانی رسا، ۱۳۸۳. به نقل از: سیدعباس موسویان، *پیشین*، ص ۲۶.

۴. همان.

۵. روزنامه جمهوری اسلامی، مورخ ۱۳۸۷/۶/۱۲، ص ۴.

۱. ربیعا اسکینی، «وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی*، ش ۹، (۱۳۶۷): ص ۷۰.

خسارت ناشی از کاهش ارزش پول و همچنین جواز پرداخت پول براساس ارزش زمان پرداخت را پذیرفته‌اند.^۱

آیت‌الله محمدکاظم حائری یزدی در مقاله خود ضمن اینکه درخصوص غصب پول معتقد است غاصب باید براساس ارزش جدید، پول (متناسب با نرخ تورم) را رد نماید و نیز چنین اثری را برای موردی که سلطان پول قدیم را از اعتبار ساقط کند شناسایی نموده، پرداخت را با نرخ جدید ضروری دانسته است، درمورد قرض و نهادهای مشابه آن این ضمان را رد کرده و آورده است: «... حتی اگر فرض شود اطلاقی هست که بتواند ضمان قدرت خرید را ثابت کند، آن اطلاق به حرمت أخذ زیادی در قرض، که در شریعت قطعی است مقید می‌شود...».^۲ همچنین وی درمورد کاهش ارزش پول معتقد است: «... پایین و بالا رفتن قدرت خرید فقط به اوراق اعتباری اختصاص ندارد، بلکه طلا و نقره نیز در قدیم به چنین اختلافی مبتلا بوده‌اند، زیرا گاه قدرت خرید مجسم در آنها بالا می‌رفت و گاه پایین می‌آمد و همچنین در هنگام مقایسه آن دو با یکدیگر بهای بازاری آنها نیز دچار چنین تنزل و صعودی بوده است. همه این تغییرات، حرمت زیادی یا ربا شمردن آن و یا مشمول این آیه بودن را «و إن تبتّم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون و لا تظلمون»^۳ زیر سؤال نمی‌برد. پس چرا ویژگی مزبور بر حکم اوراق اعتباری مؤثر باشد؟»^۴

صاحب‌جوهر به نوعی أخذ اضافی را به عنوان خسارت تأخیر (صلح بر خسارت تأخیر) در موردی که در ضمن عقد بیع واقع شود صحیح دانسته، صحت آن را به این صورت مدلل نموده است که در این موارد شرط اعتبار خود را از دلیل

لزوم بیع و ادله دیگر أخذ می‌کند و نه از قرض تا ربا لازم آید و این مورد را با شرط در خود عقد قرض متفاوت دانسته است.^۱ و نیز پیامبر(ص) می‌فرمایند: «مما طله غنی، ظلم است».^۲

همان‌طور که اشاره شد بسیاری از فقهاء در میان دو طیف متضاد قرار گرفته‌اند؛ عده‌ای به استناد مقررات ربا و مخالفت با کتاب و سنت چنین شرطی را بی‌اعتبار و باطل می‌دانند و گروهی دیگر نیز (مانند فقهای شورای نگهبان) برای چنین شرطی، معتقد به اعتبار مطلق هستند بی‌آنکه حداقل یا حداکثری برای اعتبار شرط قائل باشند. درواقع برحسب مستندات فقهی چنانچه شرط خسارت تأخیر با مقررات ربا - اعم از ربای قرضی و ربای تمدید مهلت - برخورد نداشته و برطبق عمومات صحت شروط، معتبر باشد نمی‌توان محدوده‌ای برای صحت شرط متصور شد. یکی از تمایزات وجه التزام تأخیر با مقررات ربا وجود عنصر تخلف در مطالبه وجه التزام می‌باشد؛ درحالی‌که مقررات ربا از جمله تمدید مهلت در مقابل افزایش بدهی براساس تخییر و توافق استوار است.

اظهارنظر شماره ۷۷۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۱ شورای نگهبان در ارتباط با این قسم از وجه التزام، قابل توجه است. بانک مرکزی در پاسخ به سؤال شورای نگهبان که: آیا بانک در قرارداد با مشتریان، مجاز است شرط «... وام و یا اعتبارگیرنده با امضای این قرارداد ملزم و متعهد می‌شود تا زمان تسویه کامل بدهی ناشی از این قرارداد، علاوه بر بدهی تأدیه نشده، مبلغی معادل ۱۲ درصد مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور برحسب قرارداد به بانک پرداخت نماید...» را درج نماید، اشعار می‌دارد که متن ذکرشده، با اصلاح عبارت «تسویه کامل بدهی» به

۱. سیدمحمدباقر صدر، **البنک‌الاربابی** (بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۳ هـ. ق.): ص ۱۷۴؛ «فإن البنك یضمنها بقیمتها الحقیقة لأن الأوراق النقدیة و ان كانت مثلیة ولكن مثلها لیس هو الورق فحسب بل ما یمثل قیمتها، فلیس من الربا ان یدفع البنك لدی الوفاء ما یمثل قیمته ما أخذ و تقدر القيمة الحقیقة علی اساس الذهب و سعر الصرف بالذهب». سیدمحمد باقر صدر، **الاسلام یقود الاحیاء**، ش ۶، الأسس العامة للبنک فی المجتمع الاسلامی، دوم، (بیروت: دارالمعارف، ۱۳۹۹ هـ. ق.)، ص ۱۹.

۲. کاظم حائری یزدی، «بررسی اوراق نقدی از منظر فقهی»، **مجله فقه اهل بیت(ع)**، س ۵، ش ۱۹ و ۲۰ (۱۳۷۸): ص ۷۷.

۳. بقره/ ۲۷۹.

۴. همان، ص ۷۰.

۱. و إن كان فی بعضها ما فیه، بعد وضوح الفرق بین المسألتین و أنهما لیساً من سنخ و أحد، ضرورة عدم الاشتراط فی عقد القرض، و إنما هو شرط فی عقد البیع فلا بأس به، و إن كان محاباة، و کون ذلك هو السبب فی فعل القرض، و إلا لم یقع من المقترض، لایدرجه تحت أدلة المنع كما هو واضح. محمدحسن نجفی، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام** (لبنان - بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.)، ج ۲۵، ص ۶۳.

۲. قال و من ألفاظ رسول الله (ص): «مَطْلُ الغنَّی ظلم». و نیز «مَنْ يَمْطُلُ عَلَى ذِي حَقِّ حَقًّا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى إِدَاءِ حَقِّهِ فَعَلَيْهِ كُلُّ يَوْمٍ خَطِيئَةٌ عَشْرًا». حرّ عاملی، **وسائل الشیعه** (قم: مؤسسه آل البيت علیهم‌السلام،

۱۴۰۹ هـ. ق.)، ج ۱۸، ص ۳۳۳.

عبارت «تسویه کامل اصل بدهی» بلاشکال است و مغایر با موازین شرعی نمی‌باشد.

نتیجه تفکیک میان نظرات شورای نگهبان این است که نظریات راجع به ممنوعیت کلی خسارت تأخیر را «قاعده عام» و نظریه مربوط به صحت وجه التزام - خسارت تأخیر تأدیه مندرج در قرارداد - را «قاعده خاص» بدانیم که به‌زعم شورای نگهبان صحیح و قابل وصول است.^۱

در اینجا ابهام دیگری نیز مطرح می‌شود و آن اینکه قوانین سابق، سقف وجه التزام تأخیر در تأدیه را مشخص ساخته بود حال آنکه نظریه شورای نگهبان محدوده‌ای برای این وجه التزام در نظر نگرفته است. خصوصاً اگر قائل به این امر باشیم که وجه التزام نه تنها در عملیات بانکی بلکه در ارتباط با قراردادهای مربوطه به اشخاص دیگر نیز قابل اعمال است.

۳.۳. بازگشت مشروعیت خسارت تأخیر تأدیه

قانونگذار به تدریج و ناگزیر از ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی، خسارت تأخیر تأدیه را در موارد خاص مورد تأیید قرارداد. ازجمله اینکه مصوبه ۶۸/۱۰/۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دریافت خسارت تأخیر تأدیه به‌وسیله بانک‌ها را مشروعیت بخشید. در این قانون نه تنها به خسارت تأخیر تأدیه بلکه در کنار آن به جریمه عدم انجام تعهد اشاره شده است که می‌تواند بازتابی از وجه التزام تأخیر در انجام تعهد باشد. نکته قابل توجه اینکه در قانون مزبور فارغ از محدودیت‌های سابق، هیچ‌گونه اشاره‌ای به حداکثر نرخ خسارت تأخیر که قابل مطالبه باشد، نشده است.

اما سرانجام این قانون آیین‌دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) بود که تکلیف خسارت تأخیر تأدیه را به‌طور کلی مشخص ساخت. مع‌هذا ماده ۵۲۲ قانون جدید نسبت به ماده ۷۱۹ قانون سابق دربرگیرنده تفاوت‌هایی است:

۱. ناصرکاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: شرکت انتشار، بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۸۵)، ج ۴،

الف) در قانون جدید، پرداخت خسارت تأخیر علاوه بر مطالبه داین و خودداری مدیون، به تمکن مدیون مشروط شده است.

ب) میزان خسارت تأخیر در قانون جدید، به تغییر شاخص قیمت‌ها واگذار شده که توسط بانک مرکزی اعلام می‌شود.

ج) برخلاف قانون سابق نه تنها از وجه نقد بلکه از وجه رایج (پول رایج ایران) سخن گفته و خسارت تأخیر تأدیه را به آن محدود کرده است.

دیدگاه حاصل از این تحلیل و بررسی، آن است که مبلغ قابل مطالبه در ماده ۵۲۲ قانون جدید آیین‌دادرسی مدنی، خسارت نیست، زیرا پول از اموال اعتباری است و اسکناس درحقیقت نماینده پول است نه خود پول. بالا رفتن شاخص هزینه زندگی جز خالی شدن تدریجی پول از اسکناس نمی‌باشد و از آنجا که پرداخت رقم اضافی اسکناس به معنای پرداخت پول اضافی نیست لذا نمی‌تواند ربا محسوب شود.^۱

فقه‌اء نیز این نکته را پذیرفته‌اند که اگر کسی اسکناس را قرض دهد، سپس از اعتبار ساقط شود مدیون باید ارزش آن اسکناس قبل از سقوط از اعتبار را بپردازد. این حکم نه تنها بر سقوط کلی و پوچ شدن اسکناس بلکه بر سقوط جزئی نیز حاکم است و مدیون باید ارزش معادل جزء ساقط‌شده را نیز به همراه اصل دین پرداخت نماید.^۲

این‌گونه تحلیل از ماده ۵۲۲ قانون مزبور از یک جهت، صحیح و از جهت دیگری قابل نقد است. از یک‌سو چون مدیون، چیزی مازاد بر بدهی پرداخت نمی‌کند و همان پول باید پرداخت شود، لذا مقید نمودن مطالبه آن به شرایط متعدد ازجمله توانگری بدهکار صحیح نیست. چنین تحلیلی منطقی به نظر می‌رسد مگر آنکه شرایط و قیود مورد نظر قانونگذار را اسباب موجهه‌ای بدانیم که به عنوان معاذیر بدهکار مانع تحقیق مسئولیت می‌گردد. خصوصاً اینکه ماده ۵۱۵ قانون جدید عنصر «تقصیر» را در تحقق مسئولیت

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی: آثار قراردادهای و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۲)،

ج ۳، ش ۱۵۱.

۲. سیدروح‌الله موسوی خمینی، تحریرالوسیله (تهران: چاپخانه قدس، ۱۳۸۶)، ج ۱، ص ۶۵۶؛ سیدابوالقاسم

خوبی، منهاج الصالحین (قم: انتشارات مدینه‌العلم، ۱۴۱۰ هـ. ق.)، ج ۲، ص ۱۷۳.

راجع به خسارت، ضروری قلمداد کرده است. از سوی دیگر اظهار اینکه «ماده ۵۲۲ قانون جدید خسارت نیست»، نمی تواند مورد پذیرش باشد. بدهکار با پرداخت مابه التفاوت ناشی از نرخ تورم که موجب کاهش ارزش پول شده است طلبکار را در وضعیتی قرار می دهد که گویی دین خود را به طور کامل پرداخت کرده است. به این ترتیب، خسارت طلبکار از بابت تقویت ارزش دین، تدارک و جبران می شود. بنابراین، حکم ماده ۵۲۲ نیز در مقام بیان خسارت تأخیر تأدیه است. چنین خسارتی از دو جهت فاقد جنبه تنبیهی و جزایی است و صرفاً وجهه و صبغه جبران خسارت بر خود می گیرد: الف) نداشتن نرخ ثابت؛ ب) با توجه به تحول اقتصادی، مورد ارزیابی قرار گرفتن توسط بانک مرکزی. حکم تبصره ۲ ماده ۵۱۵ مبنی بر اینکه خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه است به معنای نفی خسارت تأخیر از حکم ماده ۵۲۲ نیست بلکه مقنن در پی آن است که قوانین خاص مربوط به خسارت تأخیر تأدیه همچنان موضوع حکم جداگانه قرار گیرد. بنابراین، قانون نحوه وصول مطالبات بانکها (مصوب ۱۳۶۸) همواره پایدار و استوار است و با وضع ماده ۵۲۲ قانون جدید نسخ نمی گردد.

۴. میزان وجه التزام تأخیر در تأدیه

در حال حاضر با توجه به اصلاحات مربوط به خسارت تأدیه و درج آن در مقررات موضوعه از آنجا که قانون جدید برخلاف قانون سابق صراحتی در باب وجه التزام ندارد، این سؤال مطرح می شود که: آیا وجه التزام تأخیر در تأدیه در مقررات جدید از مشروعیت برخوردار است یا خیر؟ یا اینکه صرفاً در همان چارچوب نرخ خسارت تأخیر تأدیه (شاخص های بانک مرکزی) مجاز است؟ یا اینکه چون قانون جدید، وجه التزام مازاد بر نرخ خسارت تأخیر را ممنوع نکرده، توافق متعاقدين فارغ از هرگونه محدودیتی مجاز و قابل پذیرش است؟

۴.۱. اعتبار مطلق وجه التزام تأخیر در تأدیه

همان طور که اشاره شد قبل از تصویب قانون جدید، با نسخ ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی توسط شورای نگهبان^۱ و نظریات متنوع شورا، این دیدگاه قوت گرفته

بود که خسارت تأخیر تأدیه قراردادی - وجه التزام - به طور کامل صحیح و معتبر است از جمله در دعوای مطروحه در شعبه ۳ دیوان عالی کشور درحالی که مطابق رأی دادگاه بدوی درباره مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به لحاظ فقد وجهت شرعی رأی به رد دعوی صادر شده بود، مطابق دادنامه شماره ۳/۵۹۳ مورخ ۷۱/۹/۲۳ اعلام شد: «خسارت تأخیر تأدیه که مورد مطالبه بانک خواهان قرار گرفته مبتنی بر ماده ۷۱۹ ق. آ. د.م. نیست که با موازین شرعی مخالف باشد، بلکه این خسارت براساس قرارداد مستند دعوی مطالبه شده و در مواد ۱۰ و ۱۱ این قرارداد که شرط ضمن العقد است طرفین لزوم پرداخت خسارت تأخیر تأدیه و حتی کیفیت محاسبه آن را تصریح کرده اند و لزوم ایفاء شرط با عنایت به ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقطوع و مسلم است ... به ویژه حسب مفاد اصل چهارم قانون اساسی مرجع تشخیص انطباق قوانین با موازین اسلامی فقهای شورای نگهبان است و این مرجع تاکنون در باب مخالفت ماده ۲۳۰ قانون مدنی با موازین شرعی نظری ابراز نداشته و با اینکه قانون مدنی از طرف مجلس شورای اسلامی مورد بازنگری قرار گرفته، ماده ۲۳۰ آن ابقاء شده است...»^۱

اما قانون جدید در قسمت پایانی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بعد از ذکر شرایط تفصیلی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه، بدون ذکر عبارت «وجه التزام» آورده است: «... مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند». اصطلاح «مصالحه» چنان عام است که مصالح متعاقدين قبل از صدور رأی دادگاه و حتی پیش از وقوع تخلف از قرارداد را در برمی گیرد بی آنکه برحسب ظاهر حداقل یا حداکثری بر میزان صلح متصور باشد. ماده ۵۱۵ قانون جدید نیز تصریح می نماید در صورت وجود قرارداد خاصی درخصوص خسارت، بر طبق قرارداد اقدام می شود. ماده ۵۲۲ قانون جدید نتیجه تحولات بعد از انقلاب درباره خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام است. از یک سو پرداخت خسارت تأخیر تأدیه مطابق شاخص های تورم بانک مرکزی - که در ابتدا فقط از جانب مجمع تشخیص مصلحت نظام درباره عدم پرداخت وجه چک در تاریخ ۷۷/۹/۲۱ مورد تأیید قرار گرفته بود - از سال ۱۳۷۹ و با

۱. یداله بازگیر، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، عقود و تعهدات (تهران: انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۷۸)، ج ۳، ص ۲۷۵.

۱. پژوهش حاضر، به مباحث مربوط به اختیار شورای نگهبان در نسخ قوانین سابق که در کتب حقوقی مورد بحث قرار گرفته است، وارد نمی شود.

تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی، مستند فقهی یافته و صرف‌نظر از حکم ولایی و مصلحتی به تأیید شورای نگهبان رسید. همین حکم در سال ۱۳۸۲ در ماده ۴ اصلاح قانون صدور چک، تکرار و مجدداً به تأیید شورای نگهبان رسید. قانونگذار در سال ۱۳۷۹ برخلاف قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ صراحتاً به موضوع وجه التزام وارد نشد. مع‌هذا به نظر می‌رسد مقصود مجلس و شورای نگهبان ادامه اعتبار نظریه مورخه ۱۳۶۱/۱۱/۲۸ شورای نگهبان خطاب به بانک مرکزی است. سکوت در مقام بیان، عبارت ضمنی «مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند» و نیز اظهارنظر اعضای شورای نگهبان درباره شروط وجه التزام تأخیر تأدیه، مؤید استمرار نظر شورای نگهبان مبنی بر اعتبار توافق متعاقدين درباره تأخیر تأدیه می‌باشد. از طرفی این روند قانونگذاری به معنای احیاء ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و طی آن امکان توافق طرفین بر درصدی معین و ثابت (مثلاً ۱۲ درصد) به عنوان خسارت تأخیر فراهم نشده است، زیرا قانونگذار در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، دارای رویکردی است از نوع «جبران خسارت»، لذا در این باره شروطی را اذعان داشته، و از طرفی خواسته است این حربه به‌طور مطلق در دستان طرفین قرارداد نباشد و موازنه‌ای میان مقررات شرعی و مصلحت‌های قراردادی و اقتصادی برقرار کرده، به همین سبب آن را محدود به شاخص تورم نموده است؛ شاخصی که حالتی شناور داشته و ممکن است کمتر یا بیشتر از ۱۲ درصد باشد. بنابراین، با توجه به روند قانونگذاری، نصوص جدید باید با این هدف تفسیر گردد که نتیجه آن همچنان منسوخ بودن ماده ۷۱۹ یادشده می‌باشد.

برحسب مستندات فقهی نیز چنانچه شرط خسارت تأخیر با مقررات ربا - اعم از ربای قرضی و ربای تمديد مهلت - برخورد نداشته و بر طبق عموماً صحت شروط، معتبر باشد نمی‌توان محدوده‌ای برای صحت شرط متصور شد.

چنین نتیجه‌ای به‌وضوح نامطلوب است، زیرا امکان سوءاستفاده طلبکاران خصوصاً بنگاه‌های مالی را بیش از پیش فراهم می‌کند. این دسته از اشخاص برحسب مقررات قراردادهای الحاقی که بدهکار ناگزیر از امضای آن است، احکام قانون را به‌راحتی کنار گذاشته و میزان وجه التزام را به‌طور کامل در ید اختیار خود می‌گیرند. از سوی دیگر درحالی‌که بسیاری از نظام‌های حقوقی به‌منظور جلوگیری از اعمال مجازات در روابط خصوصی و با توجه به ملاحظات اجتماعی برای تحدید اختیار طرفین قرارداد،

قوانین گوناگونی را وضع کرده یا در رویه قضایی بر آن تأکید نموده‌اند، الغاء چارچوب ماده ۷۱۹ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی و عدم تعیین میزان حداکثر برای توافق متعاقدين گام برداشتن در مسیری برخلاف تحولات اقتصادی و اجتماعی بوده و زمینه فشار بیشتر بر بدهکاران را فراهم می‌کند، لذا پیشنهاد می‌شود رویه قضایی با انتخاب یکی از دو راه حل زیر در جهت تعادل عقلانی و اقتصادی مقررات وجه التزام هم‌سو با سایر نظام‌های حقوقی حرکت نماید:

۱- همان‌طور که در نامه استعلام سال ۱۳۶۱ بانک مرکزی خطاب به شورای نگهبان آمده و مستند صحت وجه التزام تأخیر در تأدیه است، سقف مبلغ وجه التزام معادل ۱۲ درصد مانده بدهی در هر سال تعیین گردد و مبلغ مازاد به دلیل عدم تأیید شورای نگهبان و فقدان مجوز قانونی رد شود.

۲- جمله پایانی ماده ۵۲۲ قانون جدید بر مصالحه نسبت به مبلغی کمتر از نرخ تورم حمل گردد به‌طوری‌که سقف یا حداکثر مورد نظر قانونگذار همان نرخ مورد نظر بانک مرکزی بوده و توافقی مازاد بر آن غیرقابل اجرا به‌شمار آید.

۴.۲. تفکیک توافق به اعتبار ذی‌نفع تعهد

بعضی از نویسندگان قائل بر همین تفسیر هستند و با تأیید مطلق توافق متعاقدين درمورد غیربانک‌ها نیز وجه التزام قراردادی را اعمال می‌کنند: جواز تعیین خسارت تأخیر تأدیه به صورت وجه التزام به بانک‌ها محدود نمی‌شود، زیرا بانک‌ها خصوصیتی ندارند که قاعده یادشده فقط درمورد آنها اعمال گردد، ولی این نکته که درمورد غیربانک مبلغ وجه التزام نباید بیش از ۱۲ درصد در سال باشد محل تردید است و اینکه شورای نگهبان در این خصوص اعلام نظر نماید مغتنم خواهد بود.^۱

برخی دیگر از نویسندگان در ابتدا نظریه شورای نگهبان درمورد تجویز شرط خسارت تأخیر تأدیه را فقط ناظر به جایی می‌دانند که یک بانک داین و متعهدله باشد: ظاهراً این‌گونه برداشت می‌شود که نظر شورا چنانکه عام فرض می‌شد نبود و تنها براساس رعایت مصالح جامعه و حفظ منافع عموم نظر به قراردادهای بانکی (که دولتی بودند)

۱. ربیعا اسکینی، پیشین، صص ۶۶ - ۶۷.

داشته است. این استنباط با مشاهده نظر بعدی شورا - که گویا از برداشت گسترده بالا مطلع شده بود - نمودار می‌گردد وقتی که در نظریه شماره ۳۸۴۵ - ۶۴/۴/۱۲ چنین ابراز می‌دارد: «مطالبه مازاد بر بدهی بدهکار به عنوان خسارت تأخیر تأدیه چنانچه حضرت امام مد ظله نیز صریحاً به این عبارت (آنچه به حساب دیرکرد تأدیه بدهی گرفته می‌شود ربا و حرام است) اعلام نموده‌اند جایز نیست و احکام صادره بر این مبنا شرعی نمی‌باشد»^۱ اما سپس اظهار می‌دارند با توجه به تصریح بخش آخر ماده ۵۱۵ مبنی بر امکان توافق بر خسارت میان طرفین، مشخص نیست که: آیا این عبارت را می‌توان به خسارت تأخیر تأدیه هم تسری داد و با جمع این بخش از ماده مزبور با ماده ۲۳۰ ق.م. توافق بر خسارت تأخیر تأدیه را هم مجاز دانست یا خیر؟ و در صورت پاسخ مثبت، چه سقفی را می‌توان برای این توافق قرار داد؟ به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال، مثبت باشد و مستند آن نیز ماده ۵۲۲ همین قانون است. براساس این ماده در دعاوی مطالبه وجه، داینی که متمکن باشد و از پرداخت امتناع نماید می‌باید علاوه بر اصل دین، خسارتی برای تأخیر در پرداخت بپردازد که همان خسارت تأخیر تأدیه است. البته قانون از تعیین نصاب و درصد معینی برای این خسارت اجتناب نموده و تعیین آن را در موارد غیرتوافقی بر عهده دادگاه گذارده تا به روش بالا انجام دهد، اما همین ماده به طرفین نیز اختیار داده است که خود به نحوی درخصوص میزان این خسارت، مصالحه نمایند. از اطلاق این جواز استنباط می‌شود که طرفین می‌توانند به هر روشی که مقتضی بدانند تعیین خسارت کنند یا درصد معینی از اصل را برای تأخیر تعیین نمایند، و یا مبلغی معین و قطعی را به عنوان خسارت قرار دهند.^۲

به‌زعم برخی از حقوقدانان، از نظر حقوقی راهکار شورای نگهبان مبنی بر امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد در قالب شرط ضمن عقد، با مقررره مذکور در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی

قابل جمع است؛ یعنی اگر طرفین، شرطی را در ضمن عقد به‌منظور الزام طرف به رعایت دقیق سررسید بگنجانند آن شرط، نافذ است و شرایط ذکرشده در ماده ۵۲۲ قانون مزبور لازم‌الرعايه نیست و اگر شرط ضمن عقد - به ترتیبی که گفته شد - موجود نباشد خسارت تأخیر تأدیه را تنها می‌توان در قالب ماده یادشده مطالبه کرد؛ بدان معنا که با فرض تمکن مدیون از ادای دین در سررسید و مطالبه داین، می‌توان خسارت تأخیر را در فرض کاهش شدید ارزش پول، براساس شاخص قیمت سالانه که توسط بانک مرکزی اعلام می‌شود، مطالبه کرد.^۱

۴.۳. تفکیک توافق به اعتبار ذی‌نفع تعهد در اداره حقوقی قوه قضاییه

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۲۴۸۵/۷ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۳ قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را چنین تفسیر کرده است:

«چنانچه در ضمن قرارداد بین طرفین در تعیین میزان خسارت تأخیر تأدیه در صورت تخلف از مفاد قرارداد توافق شده باشد طرفین ملزم به رعایت آن بوده و با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی قاضی نمی‌تواند به کمتر از آنچه که مورد توافق طرفین درمورد خسارت تأخیر تأدیه قرار گرفته است، حکم صادر کند».

۴.۴. عدم مشروعیت توافق بر مازاد شاخص تورم در نظریه اداره

حقوقی قوه قضاییه

اداره حقوقی قوه قضاییه برخلاف نظر فوق‌الذکر در سال ۱۳۹۲ به‌موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱۷۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۹ توافق نسبت به مازاد بر شاخص تورم را نامعتبر اعلام نمود. در این نظریه آمده است:

«توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تأخیر تأدیه دین فقط در چارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی

۱. مرتضی عادل، «توافق بر خسارت در قراردادها»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران، دوره ۵۳، (۱۳۸۰): ص ۱۰۳.

۲. همان، ص ۱۰۷.

۱. سیدحسن وحدتی‌شیری، «مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه»، مجله

اقتصاد اسلامی، ش ۱۲ (زمستان ۱۳۸۲): ص ۱۰۸.

برای وجوه و تسهیلات اعطائی بانک‌ها پیش‌بینی شده است، ولی در تمام دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه براساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیرپولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به امکان مصالحه طرفین به نحوه دیگر ناظر به مصالحه به کمتر از شاخص تورم است، زیرا مقررات یادشده تا سقف شاخص تورم امری بوده و توافق بر بیشتر از آن بی‌اعتبار است.

نتیجه‌گیری

خسارت تأخیر در انجام دیون پولی همواره در اصطکاک با احکام و مقررات رباست. مخالفت احکام شرعی و دستورات حکومتی با دریافت ربا به ممنوعیت مطالبه خسارت تأخیر در انجام دیون پولی منتهی گردید، اما از دیرباز حيله در جوامع مختلف، طریقی برای اجتناب از ربا در عین دریافت مبلغ اضافی محسوب می‌شد چنانکه اقسام حیّل حتی در منابع شرعی نیز ممدوح و مجاز به‌شمار می‌آید. تغییر الفاظ و عبارات یکی از شیوه‌های رایج برای گریز از قوانین امری در روابط خصوصی است. متعاقدين به جای اینکه به مدیون اختیار تأدیه در موعد مؤخر در ازای پرداخت مبلغ اضافی اعطاء نمایند و به عنوان ربا مشمول مسئولیت مدنی، کیفری و اخلاقی قرار گیرند، در متن قرارداد خویش زمان معینی برای تأدیه دین در نظر می‌گیرند و تخلف مدیون از آن زمان مقرر را با قید پرداخت مبلغ اضافی جریمه می‌کنند.

اگرچه بسیاری از فقهاء حتی در شورای نگهبان این روش را پذیرفته‌اند و ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز برحسب ظاهر آن را تأیید کرده است، اما پذیرش این آزادی لجام‌گسیخته به معنای نادیده گرفتن همه تحولات حقوقی و اجتماعی دنیای معاصر می‌باشد. دلخوش و قانع بودن به حاکمیت اراده، پیامدی جز بی‌عدالتی اجتماعی و تبعات ناگوار اقتصادی و اجتماعی به همراه ندارد.

به همین دلیل می‌بایست آراء قضایی اخیر را - که پرداخت خسارت تأخیر را در حدود متعارف خود پذیرفته‌اند - ارج نهاد، اما در عین حال توجه به سه نکته حائز

اهمیت است: ۱) در کنار توجه به وضعیت مدیون نباید از طرف دیگر قرارداد غافل شد و حقوق داین را به بوته فراموشی سپرد. محدود کردن داین به شاخص تورم بانک مرکزی با توجه به اینکه در بسیاری موارد نرخ مذکور کمتر از میزان تورم رایج در جامعه است، موجب می‌شود خسارت طلبکار جبران نشده باقی بماند و مدیون به طمع تحصیل منافع بیشتر از محل پول دیگری عملاً در پرداخت بدهی ممانعت نماید به‌ویژه آنکه این منافع و فواید مالی بیشتر از مبلغ خسارت تأخیر در تأدیه است که او احتمالاً به پرداخت آن محکوم می‌شود؛ ۲) معافیت مطلق بانک‌ها از همه این قید و بندها و تأیید مطلق قراردادهای بانکی و وجه التزام مندرج در آن با ایجاد یک تبعیض غیرموجه، مهم‌ترین مصداق داین یا طلبکار در جامعه کنونی را به حال خویش می‌گذارد و او را از همه این احکام و مباحث فارغ می‌سازد؛ ۳) رویه قضایی می‌توانست با صدور رأی به میزان شاخص تورم، توافق مازاد بر آن را به دلیل مغایرت با قواعد آمره غیرقابل اجراء بداند. صدور رأی بر رد دعوی خواهان و نادیده گرفتن کامل توافق، او را به طرح دعوی مجدد وامی‌دارد و موجب اتلاف زمان و هزینه برای دادگاه و اصحاب دعوی خواهد بود.

بنابراین، به‌منظور اجتناب از بروز چنین مشکلاتی بهتر است قانونگذار حداکثر نرخ خسارت مورد توافق را به میزانی بالاتر از شاخص بانک مرکزی تعیین کند تا از یک‌سو توافق طرفین جنبه تضمینی و بازدارندگی خود را، حفظ و از نقض عهد مدیون پیشگیری نماید و از سوی دیگر همه دّیان، فارغ از قدرت اقتصادی و چانه‌زنی خود و مقدار نفوذ خویش در ارکان حکومتی در چارچوب واحدی مورد قضاوت قرار گیرند.

فهرست منابع:

۱. اسکینی، ربیعا، «وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی»، مجله حقوقی، ش ۹، ۱۳۶۷.
۲. بازگیر، یداله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، عقود و تعهدات، ج ۳، (تهران: انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۷۸).
۳. بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، «ربا»، قم: نشر بوستان کتاب (قم، چاپ اول، ۱۳۸۱).
۴. تسخیری، محمدعلی، «شرط کیفری مالی در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ش ۳۵، ۱۳۸۲.
۵. حائری یزدی، کاظم، «بررسی اوراق نقدی از منظر فقهی»، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۱۹ و ۲۰، ۱۳۷۸.
۶. حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.).
۷. خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: انتشارات مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ. ق.).
۸. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: آثار قراردادهای و تعهدات، ج ۳، (تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۲).
۹. صانعی، (شیخ) یوسف، استفتائات قضایی، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴).
۱۰. صدر، سیدمحمدباقر، البنك اللاربوی، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ هشتم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۱۱. عادل، مرتضی، «توافق بر خسارت در قراردادهای»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۵۳، ۱۳۸۰.
۱۲. کیایی، عبدالله، قانون مدنی و فتاوی امام خمینی، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴).

۱۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۸۵).
۱۴. معاونت آموزشی دادگستری استان تهران، مجموعه آراء دادگاههای تجدیدنظر استان (تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱).
۱۵. معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، مجموعه آیین دادرسی مدنی، نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۸۷.
۱۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، ج ۱، چاپخانه قدس، ۱۳۸۶.
۱۷. موسویان، سیدعباس، «بررسی فقهی - حقوقی قوانین مربوط به جریمه و خسارت تأخیر تأدیه در ایران»، مجله فقه و حقوق، ش ۴، بهار ۱۳۸۴.
۱۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۵، لبنان - بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۹. وحدتی شیرازی، سیدحسن، «مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و فقه امامیه»، مجله اقتصاد اسلامی، ش ۱۲، زمستان ۱۳۸۲.

سایت روزنامه رسمی:

<http://rooznamehrasmi.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code1630=>

کانون اختلاف و محل نزاع، از یک سو رژیم حقوقی حاکم بر تصرف املاک و اراضی می باشد و از سوی دیگر، ماهیت و فرایند تصرف دستگاه اجرایی.

البته سلب مالکیت به علت نفع و مصلحت عمومی - که به عنوان عمل یکجانبه دولت در راستای تأمین مصالح عالی کشور توصیف می شود - موضوعی است که در حقوق عمومی محل بحث واقع می گردد. بنابراین، توجه به مؤلفه های اساسی حقوق عمومی در تحلیل تصمیمات اداری منتج به تملک و نیز برآورد قیمت عادلانه و خصوصاً اجرت المثل ایام تصرف، که مفهوم مورد مطالعه در حقوق خصوصی است، باید مورد امعان نظر قرار گیرد. شاید یکی از علل عدم اقبال محاکم دادگستری نسبت به دعوی مطالبه اجرت المثل ایام تصرف - هرچند در آراء محاکم تبلور و انعکاس نیافته است - ماهیت و سرشت اجرت المثل است. در مقاله پیش رو، آراء محاکم قضایی در این خصوص مورد بررسی قرار می گیرد.

۱. عدم وجاهت قانونی مطالبه اجرت المثل ایام تصرف

در این قسمت آرائی مطرح و مطالعه می شود که دعوی مطالبه اجرت المثل ایام تصرف را مورد پذیرش قرار نداده اند و در ادامه مبانی توجیهی آنها تحلیل شده و مورد نقد و بررسی قرار می گیرند.

۱.۱. وقایع پرونده

خواهان دعوایی، به خواسته مطالبه قیمت روز ملک و مطالبه اجرت المثل ایام تصرف، به طرفیت شهرداری تهران طرح نموده و در شرح دادخواست ادعا کرده است: «مالک شش دانگ ملک فوق الذکر بوده که خوانده بدون اذن وی متصرف آن می باشد. بنابراین، تقاضای محکومیت خوانده به شرح فوق را دارد». شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی تهران، پس از احراز مالکیت خواهان به استناد سند مالکیت و پاسخ استعلام ثبتی، موضوع را جهت ارزیابی و تعیین میزان اجرت المثل و ارزش عرصه ملک به کارشناسی ارجاع می کند. سرانجام و پس از اخذ نظریه هیأت پنج نفره کارشناسان رسمی دادگستری، به موجب دادنامه شماره ۶۲۱ مورخ ۹۳/۵/۱۴، این گونه رأی صادر می نماید: «با توجه به عدم ارائه دفاع و دلیل مؤثری از سوی خوانده که بی حقی خواهان را اثبات نماید به این بیان که نمایندگان حقوقی خوانده

دعوی مطالبه اجرت المثل ایام تصرف املاک تصرف شده از سوی دستگاه های اجرایی در راستای اجرای طرح های عمومی و عمرانی

مهدی فتاحی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۳۶

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۳/۱۰/۲۳

خواسته: مطالبه اجرت المثل ایام تصرف

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی تهران

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مقدمه

یکی از دعاوی رایج، در مواردی که ملکی در راستای اجرای طرح های عمومی و عمرانی، به تصرف و تملک دستگاه های اجرایی از جمله شهرداری ها درمی آید مطالبه اجرت المثل ایام تصرف، از زمان تصرف و اجرای طرح تا زمان صدور و اجرای رأی می باشد. این دعوا یا هم زمان با دعوی مطالبه قیمت عادلانه این گونه املاک یا پس از صدور رأی در این باب طرح می شود. رویکرد رویه قضایی غالباً بر عدم وجاهت قانونی چنین دعوایی دلالت داشته و حکم بر بی حقی مالک صادر می نماید. با این حال، آرائی نیز وجود دارد که چنین دعوایی را پذیرفته است.

* دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

طی لوایح متعدد خصوصاً آخرین لایحه، به شماره ۹۳/۲/۱۰۰-۹۳ که به شرح برگ ۱۴۶ پرونده ثبت و ضمیمه پرونده است، مدعی عدم استحقاق خواهان در خصوص مطالبه بهای ملک و اجرت‌المثل بوده و **حال آنکه تصرف شهرداری در ملک خواهان برابر مقررات مربوط صورت نگرفته تا موجب سلب مالکیت خواهان شود** و با وجود مالکیت خواهان بر ملک مورد تنازع، همان‌طور که استحقاق وی بر مطالبه بهاء ملک به جهت اینکه با اقدام شهرداری ملک **وی در حکم تلف بوده**، محرز است، استحقاق وی بر مطالبه اجرت‌المثل نیز محرز می‌باشد. بنابراین، دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۳۱۱، ۳۰۸ و ۳۲۰ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۷/۹۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت بهای ملک خواهان به نرخ روز و مبلغ ۲۶۶/۳۴۰/۰۰۰ ریال بابت اجرت‌المثل ایام تصرف ملک خواهان از تاریخ ۸۶/۱۱/۱۹ لغایت ۹۳/۵/۱۳ و ... اعلام می‌دارد».

در پی تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۳۶ مورخ ۹۳/۱۰/۲۳، رأی بدوی را نقض و این‌گونه رأی صادر می‌نماید: «تجدیدنظرخواهی شهرداری تهران به طرفیت خانم خ.ز. نسبت به بخشی از دادنامه شماره ۶۲۱ مورخ ۹۳/۵/۱۴ صادره از شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن، حکم به محکومیت شهرداری منطقه ۱۳ به پرداخت مبلغ ۲۶۶/۳۴۰/۰۰۰ ریال بابت اجرت‌المثل ایام تصرف ملک خواهان به شماره پلاک ۳۱۳۵/۴۶ بخش ۱۱ تهران صادر شده است حاوی دلایل و جهات قانونی در پذیرش و منطبق با ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی است، **زیرا تصرفات شهرداری در اجرای مقررات قانونی بوده و براساس این مقررات قانونی مالک صرفاً استحقاق دریافت قیمت روز ملک را دارد** لذا با پذیرش تجدیدنظرخواهی به استناد مواد ۳۵۸ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را در این خصوص نقض نموده، حکم به بطلان دعوی خواهان بدوی صادر و اعلام می‌نماید اما تجدیدنظرخواهی نسبت به سایر بخش‌های دادنامه تجدیدنظرخواسته که متضمن صدور حکم به محکومیت به پرداخت مبلغ ۷/۹۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت بهای ملک و پرداخت هزینه دادرسی، حق‌الوکاله و کیل و هزینه کارشناسی می‌باشد به لحاظ اینکه

مالکیت رسمی خواهان محرز بوده رأی بر مبنای نظریه هیأت کارشناسی صادر شده که با اوضاع و احوال محقق و مسلم مندرج در پرونده منطبق است وارد و موجه نمی‌باشد. جهات تجدیدنظرخواهی با هیچ‌یک از موارد منصوص در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی منطبق نیست و رأی صادره از حیث رعایت اصول و قواعد دادرسی و مبنای استنباط و ذکر جهات موجهه و انطباق موضوع با قانون و اصول حقوقی خالی از اشکال است، لذا با رد تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید و استوار می‌نماید. این رأی قطعی است».

کانون اختلاف دادگاه بدوی و تجدیدنظر، همان‌گونه که در این آراء نیز تبلور یافته است، در قانونی یا غیرقانونی بودن تصرف ملک از سوی شهرداری تهران است. شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی تهران معتقد است «**تصرف شهرداری در ملک خواهان، برابر مقررات مربوط صورت نگرفته**». بنابراین، تصرف شهرداری «**موجب سلب مالکیت خواهان**» نمی‌شود و خواهان، علاوه بر استحقاق دریافت قیمت علانه ملک می‌تواند «**اجرت‌المثل را نیز مطالبه کند**».

در مقابل، دادگاه تجدیدنظر با اعلام این نکته که «**تصرفات شهرداری در اجرای مقررات قانونی بوده و براساس این مقررات قانونی، مالک، صرفاً استحقاق دریافت قیمت روز ملک را دارد**»، دادنامه بدوی در قسمت متضمن محکومیت شهرداری به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف را، نقض و «**حکم به بطلان دعوی^۱ خواهان بدوی**» صادر می‌نماید.

موضوع فوق، صراحتاً در آراء دیگری نیز بیان شده است. برای نمونه، شعبه ۲۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۹۰۳/۹۱^۲ چنین تصمیمی را اتخاذ می‌کند: «درخصوص دادخواست خواهان‌ها: ۱. خانم ط.م. ۲. آقای ن.ج. و

۱. به نظر می‌رسد عنوان صحیح، حکم بر بی‌حقی خواهان است نه حکم بر بطلان دعوا.

۲. پژوهشگاه قوه قضائیه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان**

تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۲ (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۳)، ص ۵۱

... با وکالت آقای ح.ب. و خانم ع.ک. به طرفیت شهرداری تهران به خواسته مطالبه اجرت‌المثل این است که خواندگان از تاریخ ۱۳۵۵/۲/۱۰ مقدار ۱۰۵۰۰ متر مربع از پلاک ثبتی ۱۳۳۹ بخش ۱۰ تهران را بدون اخذ رضایت مالک به عنوان طرح‌های برنامه‌های عمومی و عمرانی تصرف نموده‌اند و از پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف خودداری کرده‌اند. اینک دادگاه با عنایت به مجموع محتویات پرونده و دفاعیات خواندگان و با امعان‌نظر به دفاعیات آنان دعوی مطروحه را به دلایل ذیل غیرقابل پذیرش می‌داند، زیرا زمانی طرح دعوی اجرت‌المثل نسبت به ایادی قابلیت طرح دارد که ید متصرف غاصبانه باشد و مطابق ماده‌واحدده نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری، مالک صرفاً می‌تواند بهای ملک را مطالبه نماید، زیرا مطابق ماده ۳۲۳ قانون مدنی، مالک در صورتی مستحق دریافت اجرت‌المثل است که تصرفات متصرف به‌صورت غاصبانه باشد درحالی‌که باید غاصبانه بودن تصرفات شهرداری اثبات گردد و پس از اثبات ادعا، مطالبه اجرت‌المثل مصداق پیدا می‌کند. بناء علی‌هذا، دعوی عنوان‌شده، من‌غیرحق، تلقی، حکم بر رد آن صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره ظرف بیست روز [از تاریخ ابلاغ] قابل تجدیدنظر است».

این رأی که به‌موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۲۷ مورخ: ۱۳۹۲/۰۱/۲۱ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ تأیید و ابرام شده است، بر این مطلب اشعار دارد که: تصرفات شهرداری بر طبق ماده‌واحدده نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری صورت پذیرفته، لذا مشمول عنوان غصب نبوده و مالک، مستحق اجرت‌المثل ایام تصرف نیست.

دادگاه پیش‌گفته، در دادنامه شماره ۱۷۵ - ۹۲/۳/۱۹^۳ درخصوص دعوی مشابهی به خواسته مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف، با استدلالی مشابه، حکم بر

بی‌حقی خواهان صادر می‌نماید. پس از تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه از این دادنامه، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به‌موجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۰۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۰۱^۱، با این استدلال که «پلاک ثبتی مورد نزاع در اجرای قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای برنامه‌های عمرانی و نظامی دولت مورد تصرف و تملک شهرداری قرار گرفته و به‌موجب قانون یادشده دستگاه تملک‌کننده صرفاً تکلیف به پرداخت قیمت عادلانه روز داشته و مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف توجیه حقوقی و قانونی نداشته و در مانحن‌فیه به‌موجب دادنامه شماره ۲۵۳-۹۰/۴/۶ صادره از شعبه ۲۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران به پرداخت قیمت عادلانه روز پلاک موصوف محکوم گردیده و مطابق اظهار وکیل تجدیدنظرخواهان در لایحه اعتراضیه وجه مذکور نیز در سال ۱۳۹۰ به مالکین پرداخت شده است. بنابراین، دادگاه، ادعای تجدیدنظرخواهان را وارد نمی‌داند مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته به اعتبار نتیجه تأیید می‌شود. رأی صادره قطعی است».

در دعوی دیگری، شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ری به‌موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۵۰۴۰۰۸۱۱ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۷، درخصوص خواسته‌های مطالبه بهای روز ملک و اجرت‌المثل ایام تصرف، به طرفیت شرکت برق منطقه‌ای تهران، با احراز مالکیت خواهان و نصب و استقرار دکل‌های برق فشار قوی در ملک مورد نزاع، پس از ارجاع موضوع به کارشناس رسمی دادگستری، خوانده را درخصوص خواسته اجرت‌المثل ایام تصرف محکوم به پرداخت وجه می‌نماید. متعاقب تجدیدنظرخواهی شرکت برق، شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۵۵۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۳۱، دادنامه تجدیدنظرخواسته را در بخش مربوط به محکومیت به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف، با این استدلال که «لیکن آن قسمت از دادنامه

۱. حکم بر رد دعوا، اصطلاح حقوقی صحیحی نیست، زیرا رد دعوا موضوع قرار است نه حکم.

۲. همان، ص ۵۱.

۳. همان، ص ۶۶۰.

تجدیدنظرخواسته که بر محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف به میزان ۵۰۳/۰۰۰/۰۰۰ ریال اشعار دارد مخالف قانون و مقررات موضوعه بوده و اعتراض به شرح لایحه اعتراضیه، وارد و مستوجب نقض آن می‌باشد زیرا که خواهان‌ها در صورتی استحقاق دریافت اجرت‌المثل را دارند که از موضوع دریافت بهای عادلانه و به نرخ روز ملک منصرف شوند. بدیهی است مطالبه هم‌زمان بهای عادلانه و به نرخ روز ملک و مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف توجیه قانونی نداشته و این امر بدان جهت است که از زمان تملک دستگاه اجرایی و عدم تعرض مالک به موضوع تملک استحقاق به دریافت حقوق مالکانه با رعایت لایحه قانونی نحوه تقدیم ابنیه و اراضی مورد نیاز دولت بوده و منافع متعلق حق دستگاه تملک‌کننده خواهد شد. از این رو دادگاه با قبول لایحه اعتراضیه و با استناد به قسمت اول از ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه در این قسمت، حکم بر بطلان دعوی خواهان‌ها صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری و قطعی است.

در رأی دیگری که از شعبه ۲۲ دادگاه عمومی تهران صادر شده است،^۱ در خصوص دعوی خواهان به طرفیت شهرداری تهران، به خواسته صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف، دفاعیات شهرداری تهران مبنی بر اینکه «چون در قانون تملک و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، شهرداری‌ها مجاز به تملک هستند و نحوه پرداخت قیمت روز ابنیه مشخص شده دیگر پرداخت اجرت‌المثل جایگاه ندارد» را با این توجیه که «آنچه مسلم است شهرداری مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ تصرف زمین، بهای ملک مورد تصرف را در حق مالک پرداخت کند وقتی به تکلیف قانونی خود عمل نکرد مسجلاً تصرفات وی بدون اذن مالک بوده و در حکم غصب است»، خوانده را محکوم به پرداخت اجرت‌المثل می‌نماید. شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران،^۲

دادنامه بدوی را نقض و این‌گونه رأی صادر می‌کند: «بدین لحاظ که مطابق مواد ۱ و ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمرانی مالکینی که اراضی آن‌ها و سایر حقوق مرتبط با آن، جزء طرح مصوب قرار می‌گیرد صرفاً مستحق دریافت بهای عادلانه آن می‌باشند و برای جبران سایر خسارات مرتبط براساس تبصره یک ماده ۵ قانون مرقوم علاوه بر بهای عادلانه افزایش صدی پانزده برای قیمت ملک پیش‌بینی شده است و با التفات بر اینکه براساس ماده ۹ قانون موصوف، مالک یا صاحب‌حق می‌تواند در صورت عدم پرداخت بهای ملک از ناحیه دستگاه اجرای با مراجعه به محاکم صالحه درخواست توقیف عملیات اجرای را تا زمان پرداخت بهاء بنماید لهذا دادگاه صرف‌نظر از اینکه زمین موصوف فاقد کاربری بوده نظر به اینکه تصرفات تجدیدنظرخواه براساس قوانین موضوعه صورت گرفته و غاصبانه محسوب نمی‌گردد، لذا مطالبه منافع فاقد محمل قانونی می‌باشد. بنابراین با پذیرش تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی در امور مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، حکم به بی‌حقی تجدیدنظر خوانده (خواهان) صادر می‌نماید. این رأی قطعی است».

شعبه ۱۷۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در دعوی مشابهی، با صدور دادنامه شماره ۹۶۷ - ۹۱/۱۱/۲۴^۱ و با اعلام اینکه «... اعمال مقررات لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۷۰/۸/۲۸ در صورتی است که در دولت و مؤسسات دولتی و شهرداری برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی نیاز به اراضی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی داشته و اعتبار آن نیز قبلاً به‌وسیله دستگاه اجرایی تأمین شده و ضرورت اجرای طرح نیز به تصویب بالاترین مقام اجرایی دستگاه رسیده باشد؛ ثانیاً، اعمال مقررات مذکور شامل

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۰۲۶۳ مورخ ۹۳/۴/۲.

۲. دادنامه شماره ۱۰۸۷۲۰۲۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۸۷۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱.

۱. همان، ص ۳۱۵ - ۳۱۷.

مواردی که دستگاه اجرایی بدون رعایت مفاد قانون اراضی متعلق به اشخاص را به تصرف خود درآورده نمی‌گردد و در این گونه موارد چنانچه تصرف دستگاه اجرایی در اجرای طرح مصوب بدون ملاحظه مقررات فوق‌الاشعار باشد مالک، مستحق دریافت قیمت عادلانه روز می‌باشد و اگر تصرفات دستگاه مربوطه، مستند به طرح مصوب نباشد از مصادیق غاصبانه محسوب می‌شود. در مانحن‌فیه قرار ارجاع امر به کارشناس، صادر که کارشناس منفرد امور ثبتی قرار داشتن متنازع‌فیه را در طرح مصوب تأیید نموده و با امعان‌نظر به اینکه دستگاه اجرایی، شهرداری، در اجرای طرح مصوب بدون ملاحظه مقررات یادشده اراضی تحت تملک خواهان را که رسماً و ثبتاً به نام مشارالیه بوده تصرف نموده است لذا مالک، مستحق دریافت قیمت عادلانه روز می‌باشد ... و راجع به اجرت‌المثل ایام تصرف نیز با توجه به تثبیت مالکیت خواهان به دلالت تصویر اسناد مالکیت ابرازی و سبب منفعت مالکیت خواهان توسط شهرداری و استحقاق مالک بر منافع مزبور، دادگاه به‌منظور تعیین اجرت‌المثل ایام تصرفات خواننده، قرار ارجاع امر به کارشناس، صادر کارشناس منتخب، نظریه‌اش را ارسال که از هرگونه اعتراض بعدی طرفین مصون باقی‌مانده است و نظریه مزبور نیز به اعتقاد دادگاه با اوضاع و احوال مسلم قضیه مغایرتی نداشته بنا به مراتب، دادگاه، دعوی خواهان را در این بخش نیز وارد و ثابت دانسته لذا حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ ۳۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال به عنوان اجرت‌المثل ایام تصرفات خواننده از تاریخ ۸۶/۸/۷ لغایت صدور حکم در حق خواهان دعوی به استناد مواد اخیرالذکر صادر و اعلام می‌نماید.

شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۵۱۴ مورخ: ۱۳۹۲/۰۴/۲۳^۱ دادنامه یادشده را در بخش مذکور با اظهار این نکته که «اقدام شهرداری در تصرف قطعات مورد نزاع فاقد عنوان غاصبانه می‌باشد و تصرف با مجوز حاصل از قوانین موضوعه می‌باشد»، نقض و قرار رد دعوی خواهان بدوی را صادر می‌نماید.

۱.۲. تحلیل و نقد آراء

محاکم با استناد به دو استدلال اصلی موجود در آراء یادشده، دعوی مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف را وارد ندانسته، حکم بر بی‌حقی خواهان صادر نمودند:

استدلال اول: اینکه در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۵۸/۱۱/۱۷) شورای انقلاب جمهوری اسلامی و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها (مصوب ۷۰/۸/۲۸) جز مطالبه قیمت روز املاک واقع در طرح‌های عمرانی و عمومی،^۱ حقی برای مالک شناسایی نشده است. بنابراین، ذی‌نفع نمی‌تواند اجرت‌المثل را از زمان تصرف تا زمان تقدیم دادخواست یا صدور حکم یا اجرای آن دریافت نماید.

استدلال دوم: در مواردی که ملکی در راستای اجرای طرح‌های عمومی و به‌منظور تحصیل «منفعت عمومی»،^۲ از سوی نهادهای عمومی و دولتی تصرف می‌شود موضوع از شمول عنوان «غصب» خارج بوده، و شهرداری متعهد به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف نیست.

استدلال اول، فرع بر آن است که خواننده (دستگاه اجرایی)، شمول قوانین یادشده خصوصاً لایحه قانونی^۳ را بر ملک مورد نزاع اثبات نماید. شرایط اساسی در مواد ۱ و ۲ لایحه قانونی آمده است. با این حال، صرف اثبات موضوع فوق و اثبات وقوع ملک در طرح عمومی، رافع مسئولیت دستگاه اجرایی در پرداخت اجرت‌المثل

۱. البته تبصره یک ماده ۵ لایحه قانونی یادشده، مقرر داشته: «در مواردی که ملک محل سکونت یا ممر اعاشه مالک باشد علاوه بر بهای عادلانه صدی پانزده به قیمت ملک افزوده خواهد شد. تشخیص اینکه مالک در محل ساکن است یا ملک ممر اعاشه وی می‌باشد با (دستگاه اجرایی) است و در صورت بروز اختلاف، تشخیص نهایی با دادگاه صالحه محل وقوع ملک می‌باشد که به تقاضای هریک از طرفین اظهارنظر خواهد کرد». بنابراین در چنین مواردی، غیر از قیمت روز، مالک مستحق پانزده درصد ارزش روز ملک نیز می‌باشد.

2. Public Use

۳. جهت رعایت اختصار، به جای لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب از عنوان لایحه قانونی استفاده می‌شود.

نیست^۱ بلکه نهاد دولتی یا عمومی باید ثابت نماید که یکی از شیوه‌های ذیل را - که در قوانین پیش‌گفته، در راستای پرداخت حقوق مالک زمین پیش‌بینی شده - معمول داشته است.

به‌طور کلی سه راهکار برای پرداخت حقوق مالک، تدارک و در نظر گرفته شده است:

الف) توافق دستگاه اجرایی و مالک

براساس ماده ۳ لایحه قانونی «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین (دستگاه اجرایی) و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد». در این صورت، قیمت مورد توافق - که به‌موجب تبصره ۲ ماده ۳ حداکثر باید ظرف سه ماه پرداخت شود - ملاک بوده و بی‌شک جز این مبلغ، مالک مستحق دریافت مبلغی دیگری از جمله اجرت‌المثل ایام تصرف نیست، زیرا با حصول توافق، ملک به دستگاه اجرایی منتقل شده و مالک سابق ملک، حق مالکیتی نسبت بدان ندارد و تبعاً مطالبه اجرت‌المثل - که فرع بر اثبات مالکیت است - سالبه به انتفاء موضوع می‌شود.

به نظر می‌رسد حتی در فرض اینکه دستگاه اجرایی در مهلت سه‌ماهه مذکور قیمت مورد توافق را نپردازد نیز مالک، مستحق دریافت اجرت‌المثل نیست زیرا همان‌گونه که گفته شد در این فرض با توافق طرفین، خسارت مالک، ارزیابی و حق عینی او به حق دینی تبدیل شده و به موازات آن، دستگاه اجرایی نسبت به ملک، حق عینی یافته و مسئول پرداخت مبلغ مورد توافق شده است و دلیلی که مثبت تغییر وضعیت یادشده به علت عدم پرداخت قیمت در مهلت قانونی باشد وجود ندارد بلکه با استفاده از عمومات سایر قوانین، می‌توان ادعا کرد که در این فرض، مالک می‌تواند با مطالبه حق خویش از طرق قانونی و سپس تقدیم دادخواست، گذشته از قیمت مورد توافق، خسارت تأخیر تأدیه^۲ را نیز مطالبه نماید.

۱. لازم به تذکر است تمام مباحث پیش‌گفته و پیش‌رو، بر این پیش‌فرض استوار است که دستگاه اجرایی ملک را تصرف کرده است. بنابراین حتی در فرض وقوع ملک در طرح عمومی، اگر از سوی دستگاه اجرایی تصرفی صورت نگیرد، مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف، سالبه به انتفاء موضوع است.

۲. براساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

بدیهی است در صورتی که حسب توافق طرفین، مهلت بیشتری به دستگاه اجرایی به‌منظور پرداخت قیمت داده شود این قرارداد لازم‌الاتباع بوده و طرفین متعهد به رعایت مفاد توافق می‌باشند، زیرا دلیلی بر امری بودن مفاد تبصره در دست نیست. چنین حکمی در موردی نیز صادق است که وفق توافق، دستگاه اجرایی به جای پرداخت قیمت، متعهد به دادن عوض یا تراکم و غیره به مالک شود.^۱

نتیجه آنکه در مورد فوق‌الذکر، مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف، عملاً منتج به صدور حکم به نفع مالک نخواهد شد.

ب) تعیین قیمت ملک از طریق فرایند کارشناسی

هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده میان (دستگاه اجرایی) و مالک توافق حاصل نشود بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان، یک نفر از طرف (دستگاه اجرایی)، یک نفر از طرف مالک یا صاحب‌حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف، به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. رأی اکثریت هیأت مزبور، قطعی و لازم‌الاجراست.^۲

در تبصره ۲ ماده ۴ لایحه قانونی آمده است: «هرگاه مالک یا مالکین، کارشناس خود را حداکثر ظرف یک‌ماه از تاریخ اعلام (دستگاه اجرایی) که به یکی از صور ابلاغ کتبی انتشار در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار یا آگهی در محل به اطلاع عموم می‌رسد، تعیین ننماید و یا به علت مجهول بودن مالک، عدم تکمیل تشریفات ثبتی، عدم صدور سند مالکیت، فوت مالک و موانعی از این قبیل امکان انتخاب

۱. ماده ۶ لایحه بیان می‌دارد: «در مواردی که (دستگاه اجرایی) مقتضی بداند و در صورت رضایت مالک عوض اراضی تملیک‌شده از اراضی مشابه ملی یا دولتی متعلق بخود تأمین و با حفظ ضوابط مندرج در قوانین و مقررات مربوط به مالکین واگذار می‌نماید. در این صورت نیز تعیین بهای عوض و معوض بعهدده هیئت کارشناسی مندرج در این قانون می‌باشد». ماده ۷ نیز می‌گوید: «دستگاه اجرایی، مجاز است بجای پرداخت حق کسب و پیشه در صورت رضایت صاحب حق تعهد نماید که پس از انجام طرح محل کسبی در همان حدود به صاحب‌حق واگذار نماید».

۲. ماده ۴ لایحه قانونی.

کارشناس میسر نباشد، دادگاه صالحه محل وقوع ملک حداکثر ظرف ۱۵ روز از تاریخ مراجعه (دستگاه اجرایی) به دادگاه، نسبت به تعیین کارشناس اقدام می‌نماید.^۱ هیأت کارشناسی مکلف است حداکثر ظرف یک‌ماه نظر خود را اعلام نماید. با توجه به تأکید قسمت پایانی ماده ۴ بر قطعی و لازم‌الاجرا بودن نظریه هیأت کارشناسی و با وحدت ملاک از تبصره ۲ ماده ۳، قیمت ارزیابی‌شده باید حداکثر ظرف سه ماه پرداخت شود، لذا با قطعی شدن نظریه کارشناسی، حق عینی مالک به حق دینی تبدیل شده و دستگاه اجرایی نیز متعهد به پرداخت قیمت ملک می‌باشد. بنابراین، مالک در این فرض نیز حق نسبت به اجرت‌المثل ندارد و در صورت تخلف دستگاه اجرایی از پرداخت قیمت کارشناسی، می‌تواند با رعایت شرایط قانونی، مبلغ مندرج در نظریه کارشناسی و خسارت تأخیر تأدیه را مطالبه نماید. روشن است که عدم اقامه دعوا از سوی مالک در خصوص مطالبه حقوق قانونی خویش، مشمول قاعده اقدام بوده و لذا تکلیفی متوجه دستگاه اجرایی نخواهد بود.

به تصریح بخش آغازین ماده ۸ لایحه قانونی «تصرف اراضی ابنیه و تأسیسات و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک مجاز نمی‌باشد». بنابراین، تصرفی که پس از معامله و قبل از پرداخت قیمت صورت می‌گیرد مشمول ضمانت‌اجرای پرداخت خسارت تأخیر تأدیه به علاوه قیمت مورد توافق یا قیمت کارشناسی، حسب مورد خواهد شد زیرا با انجام **معامله** - که البته با توجه به اجباری بودن آن، چنین عنوانی صادق بر موضوع نیست -، مالکیت به دستگاه اجرایی انتقال یافته و مالک، نسبت به قیمت کارشناسی یا توافقی حق دینی یافته است. تفسیری جز این از ماده یادشده، با این ایراد مواجه است که مالک پس از معامله، حق مالکیتی ندارد تا اجرت‌المثل را مطالبه کند.

۱. فرایند انتخاب کارشناس و تعیین قیمت املاک واقع در محدوده قانونی شهرها براساس **قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها** - که حسب تبصره ۷ آن، از تاریخ تصویب و لازم‌الاجرا شدن این قانون، ماده ۴ و آن قسمت از ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷) شورای انقلاب اسلامی که مربوط به نحوه تعیین قیمت عادلانه الزامی می‌باشد، لغو می‌شود - صورت می‌گیرد.

ج) اقدام دادستان به قائم‌مقامی مالک

هرگاه در اثر موانعی از قبیل استنکاف مالک از انجام معامله، اختلافات مالکیت، مجهول بودن مالک، رهن یا بازداشت ملک، فوت مالک و غیره، انجام معامله قطعی ممکن نگردد، دو فرض قابل تصور است:

- ۱- عدم تسریع در انجام طرح، منجر به ضرر و زیان جبران‌ناپذیری نمی‌شود.
 - ۲- عدم تسریع در انجام طرح، موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری می‌گردد.
- در حالت اول به این شیوه عمل می‌شود که اگر مالک ظرف یک‌ماه از تاریخ اعلام (دستگاه اجرایی) به یکی از انحاء مقرر در تبصره ۲ ماده ۴ لایحه، برای انجام معامله مراجعه نکند یا از انجام معامله به‌نحوی استنکاف نماید مراتب برای بار دوم، اعلام و پس از انقضاء ۱۵ روز مهلت مجدد، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر هیأت کارشناسی مندرج در ماده ۴ یا تبصره ۲ تعیین شده است، به میزان و مساحت مورد تملک به صندوق ثبت محل تودیع و دادستان محل یا نماینده وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک‌ماه به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود و بهای ملک یا حقوق یا خسارات به میزان مالکیتی که در مراجع ذی‌ربط منظور می‌گردد از سوی اداره ثبت به ذی‌حق، پرداخت و اسناد قبلی مالک حسب مورد، اصلاح یا ابطال و مازاد سپرده، طبق مقررات مربوط به صندوق دولت مسترد می‌شود. اداره ثبت محل، موظف است براساس سند انتقال امضاءشده به‌وسیله دادستان یا نماینده وی، سند مالکیت جدیدی به میزان و مساحت اراضی ابنیه و تأسیسات مورد تملک به نام (دستگاه اجرایی) صادر و تسلیم نماید.^۱
- در این حالت، با توجه به قائم‌مقامی قانونی دادستان و انجام معامله و ایداع قیمت کارشناسی در صندوق اداره ثبت اسناد و املاک، تصرف دستگاه اجرایی، به عنوان مالکیت بوده و اجرت‌المثلی به مالک تعلق نمی‌گیرد.

در فرض دوم؛ یعنی در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد به‌نحوی که عدم تسریع در انجام

۱. ماده ۸ لایحه قانونی.

طرح، موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت‌مجلس وضع موجود ملک، با حضور مالک یا نماینده وی در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید لکن دستگاه اجرایی مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف، نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه طبق مقررات این قانون اقدام نماید.^۱

در این فرض نیز هرچند تصرف، قبل از انجام معامله واقع می‌شود و مالکیت، به دستگاه اجرایی انتقال نمی‌یابد اما با توجه به مجوز قانونی دستگاه اجرایی در تصرف ملک و با عنایت به قسمت پایانی ماده ۹ لایحه موصوف، که دستگاه اجرایی را صرفاً مکلف به پرداخت قیمت عادلانه حسب طبق مقررات این قانون نموده است، مطالبه اجرت‌المثل، وجاهت قانونی ندارد. به علاوه، «مالک یا صاحب‌حق می‌تواند در صورت عدم پرداخت بهاء در مدت مذکور با مراجعه به دادگاه صالحه درخواست توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بهاء بنماید و محاکم صالحه، به موضوع خارج از نوبت، رسیدگی و حکم لازم صادر می‌نمایند و در صورت پرداخت قیمت تعیین‌شده، بلافاصله رفع توقیف عملیات اجرایی به‌عمل خواهد آمد».^۲

نتیجه آنکه اگر ملک با توجه به شرایط مقرر در مواد لایحه قانونی و به یکی از شیوه‌های پیش‌گفته تصرف شود اجرت‌المثلی به مالک پرداخت نمی‌گردد اما چنانچه به‌طور مثال، طرحی در ملک تعریف نشده باشد و شهرداری با شیوه مذکور در بند (ج)، ملک را تصرف کند سپس مرجع صالح قضایی، اقدامات شهرداری را باطل اعلام نماید و ملک به مالک مسترد شود، مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف ممکن خواهد بود.

بنابراین، آراء یادشده که مدعی تصرف ملک در راستای اجرای طرح عمومی و عمرانی هستند باید مؤلفه‌ها و مشخصه‌های مذکور را احراز نمایند تا بتوانند بر بی‌حقی مالک در مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف، حکم صادر کنند. نکته قابل

انتقاد در این باره آن است که محاکم صرفاً به انطباق تصرف ملک با قوانین موصوف تصریح می‌نمایند بی‌آنکه تحلیلی از موضوع ارائه دهند و مشخص سازند که ملک، چگونه و با چه کیفیتی تصرف شده است. با توجه به مراتب موصوف، صرف اینکه دستگاه اجرایی وجود طرح، تأمین اعتبار، تصویب مراجع قانونی و اجرایی و غیره را اثبات نماید کفایت نمی‌کند بلکه باید اثبات کند که تصرف ملک، پس از اجرای فرایندهای قانونی در قالب یکی از راهکارهای سه‌گانه پیش‌گفته انجام شده است.

اما استدلال دوم که بر مدار غاصبانه نبودن تصرفات و تبعاً عدم استحقاق مالک در مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف جریان دارد خالی و عاری از انتقاد نیست، زیرا غاصبانه نبودن تصرفات، با عدم استحقاق مطالبه اجرت‌المثل، تلازم عقلی و حقوقی ندارد زیرا اجرت‌المثل در مواردی که تصرف، غاصبانه نباشد نیز تعلق می‌گیرد، لذا از این حیث مفهومی اعم از غصب می‌باشد. شاهد صدق مدعا ماده ۳۳۷ قانون مدنی است که می‌گوید: «هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی، از مال غیر استیفای منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر این که معلوم شود که اذن در انتفاع، مجانی بوده است.» بی‌شک وقتی کسی با اذن صریح یا ضمنی دیگری از مال او استیفای منفعت می‌کند غاصب تلقی نمی‌شود اما بنا به تصریح ماده مزبور مالک، مستحق اجرت‌المثل است. بنابراین، مطالبه اجرت‌المثل فرع بر اثبات عدوان و غاصبانه بودن تصرفات نیست.

مگر آنکه مقصود از غاصبانه نبودن تصرفات، انطباق عملکرد دستگاه اجرایی با مقررات و احکام قانونی باشد که البته این تلقی نیز واجد ایراد است زیرا از یک‌سو، بدیهی است که در صورت تمکین دستگاه اجرایی از قوانین حاکم در تصرف املاک و اراضی اشخاص، تصرف، غاصبانه نیست. از سوی دیگر، در صورت انطباق عملکرد با قوانین، اعلام غاصبانه و عدوانی نبودن تصرفات، لازم و ضروری نیست.

ذکر این نکته نیز ضروری است که باید میان تملک‌هایی که فرایندهای قانونی آن به‌طور صحیح رعایت نشده است و صرف تصرف اراضی و املاک بدون وجود طرح مصوب و سایر ارکان لازم (با توجه به اثرات حقوقی متفاوت آنها)، قائل به تفکیک شد، زیرا اگر دستگاه اجرایی، فرایند اداری تملکی را طی نماید که

۱. ماده ۹ لایحه قانونی.

۲. تبصره یک ماده ۹ لایحه قانونی.

منطبق با روال قانونی نباشد، با اقدام اداری غیرقانونی دستگاه اجرایی مواجه هستیم که ماهیتاً منصرف از مقوله غصب و عدوانی بودن تصرف است، ولی چنانچه بدون طی فرایند اداری تملک، ملک در تصرف دستگاه اجرایی قرار گیرد مشمول عنوان «غصب» بوده و امکان مطالبه اجرت‌المثل وجود دارد.

۲. امکان مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف

۲.۱. وقایع پرونده

در این دعوا، خواهان دعوایی به خواسته محکومیت خوانده به پرداخت اجرت‌المثل ایام تصرف علیه شهرداری تهران اقامه می‌نماید. خواهان به شرح دادخواست تقدیمی و مطروحه در جلسه دادرسی بیان داشته‌اند: شهرداری علی‌رغم تکلیف مقرر در قانون نحوه تملک املاک واقع در طرح‌های عمرانی و عمومی مصوب ۱۳۵۸ و نیز قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری مصوب ۱۳۶۷ و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک واقع در طرح‌های شهرداری مصوب ۱۳۷۰ که مقرر داشته دستگاه اجرایی می‌بایست املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی را قبل از شروع به اجرا با پرداخت قیمت ملک واقع در طرح بدو تملک و پس از آن شروع به اجرا نمایند بدون پرداخت قیمت ملک از سال ۱۳۸۰ شروع به تصرف ملک پلاک ثبتی مذکور و اجرای طرح نموده و متأسفانه علی‌رغم مراجعات مکرر موکل جهت دریافت حق‌و حقوق قانونی خود، شهرداری (خوانده) از ایفاء تعهدات قانونی خود امتناع ورزیده تا اینکه موکل به‌ناچار اقامه دعوی نموده و درنهایت با صدور دادنامه شماره ۶۱ مورخ ۸۹/۱/۲۵ و تأیید آن در شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در سال ۱۳۹۱ شهرداری (خوانده) را به اجرای قانون وادار نموده و درنهایت قیمت ملک موضوع پرونده در اردیبهشت سال ۱۳۹۲ از طریق اجرای دادگاه برداشت گردید حالیه نظر به اینکه قریب به ۱۲ سال ملک موضوع پرونده علی‌رغم اینکه در مالکیت موکل قرار داشت من غیرحق و بدون رعایت ترتیبات قانونی توسط شهرداری (خوانده) تصرف گردیده بود درحالی‌که هیچ‌یک از مواد قوانین استنادی، به خوانده اجازه تصرف و اجرای طرح قبل از پرداخت قیمت ملک را نداده. بنابراین، اقدام شهرداری در تصرف ملک موکل

مغایر با قوانین استنادی بوده و این امر موجب تضییع حق موکل گردیده چراکه این تصرف غیرقانونی موجب سلب حق موکل در استیفاء منفعت از ملک مورد بحث شده است و تقاضای رسیدگی به شرح خواسته را نموده است. پاسخ شهرداری به این شرح است که: «خواهان، زمانی استحقاق مطالبه و دریافت اجرت‌المثل را خواهد داشت که اثبات نماید منافع قابل تصور زمین متنازع‌فیه از سوی شهرداری استیفاء شده است؛ حال آنکه نمی‌توان برای یک قطعه زمین واقع در محدوده شهری که جهت تعریض شارع عمومی توسط شهرداری به نحو قانونی تملک شده منافی فرض نمود. صرف‌نظر از اینکه بر زمین فاقد کاربری غیرقابل انتفاع و غیرمحمور واقع در طرح عرفاً اجرت‌المثلی تعلق نمی‌گیرد و تقاضای رد دعوی خواهان را» می‌نماید. شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران - که عهده‌دار رسیدگی به دعوا شده است - طی دادنامه ۱۱۳۷ - ۹۲۰ مورخ ۹۲/۱۱/۲، دعوی خواهان را با این استدلال مورد پذیرش قرار می‌دهد که: «با عنایت به مراتب و ملاحظه محتویات پرونده، درخصوص قسمت اول خواسته خواهان مبنی بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از زمان تقدیم دادخواست لغایت زمان پرداخت قیمت روز ملک مورد ادعا، دادگاه نظر به اینکه براساس صدر ماده ۸ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ دستگاه‌های اجرایی قبل از تملک و پرداخت قیمت عادلانه روز املاک واقع در طرح، مجاز به تصرف املاک واقع در طرح نمی‌باشند و نظر به اینکه قانونگذار در مواد ۳ و ۴ و ۵ و ۸ لایحه قانونی مذکور تشریفات و نحوه تملک املاک واقع در طرح را به‌صراحت بیان نموده لیکن در پرونده تحت نظر شهرداری (خوانده)، بدون رعایت مقررات قانونی یادشده، مبادرت به اجرای طرح و تصرف ملک خواهان نموده است و از طرفی، در هیچ‌یک از مقررات قانونی ناظر به نحوه تملک، صرف وقوع ملک در طرح، مجوز تصرف قبل از پرداخت قیمت و تملیک را به دستگاه مجری طرح اعطاء نگردیده. علی‌هذا با توجه به مراتب فوق و احراز مالکیت خواهان حسب محتویات پرونده و تصرفات خوانده از سال ۱۳۸۰ لغایت ۱۳۹۲/۲/۱ در ملک متعلق به خواهان و دفاعیات بلاوجه نماینده خوانده، خواهان، مستحق مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف» می‌باشد.

شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به‌موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۵۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۴، رأی بدوی را تأیید می‌نماید با این استدلال که: «طبیعتاً تصرف اراضی متعلق به افراد توسط دستگاه‌های اجرایی قبل از معامله و پرداخت بهای آن مستنداً به ماده ۸ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای برنامه‌های عمومی، عمرانی و ... جایز نیست (به استثناء موارد مشمول ماده ۹) که در مانحن‌فیه نیز جوازی بر تصرفات شهرداری قبل از تملک وجود ندارد و برحسب قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» و ماده ۳۲۰ قانون مدنی نیز مؤید این معناست».

۲.۲. تحلیل و نقد رأی

در دعوی فوق، دادگاه با احراز این موضوع که دستگاه اجرای تشریفات و ترتیبات قانونی، تصرف و تملک را پاس نداشته به‌ویژه آنکه قبل از تصرف، قیمت عادلانه ملک را پرداخت ننموده و موضوع نیز مشمول استثنائات مذکور در ماده ۹ لایحه قانونی نیست، حکم بر محکومیت دستگاه اجرایی به پرداخت اجرت‌المثل صادر می‌نماید.

دادگاه تجدیدنظر نیز با تکرار استدلال دادگاه بدوی می‌افزاید: موضوع مشمول عنوان غصب بوده و با توجه به ماده ۳۲۰ قانون مدنی و قاعده فقهی فوق‌الذکر، تجدیدنظرخواه، مکلف به پرداخت اجرت‌المثل می‌باشد.

رأی بدوی و قطعی، از این حیث که به علت عدم رعایت مقررات قانونی، موضوع را مشمول قوانین حاکم بر تصرف قهری املاک و اراضی برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی ندانسته‌اند بلکه آن را در قلمرو نهاد حقوقی غصب تحلیل کرده‌اند، درخور تقدیر است. خاصه اینکه اکثر محاکم با قطع‌نظر از احراز مراتب موصوف و به صرف تصرف دستگاه اجرایی بر ملکی و استناد آنها به قوانین یادشده، دعوی اجرت‌المثل را رد می‌نمایند. با این حال، در صورتی که اثبات شود دستگاه اجرایی به مرتکب قانون عمل ننموده و بنابراین مورد، مصداق تصرف عدوانی و غاصبانه است، مالک نمی‌تواند دعوی مطالبه قیمت روز را طرح نماید و در فرض طرح، دادگاه باید حکم بطلان دعوا را صادر نماید، چه آنکه دعوی صحیح در این

فرض، دعوی خلع ید و قلع و قمع مستحدثات است نه مطالبه قیمت روز، اما مطالبه اجرت‌المثل بدین‌نحو، با مشکلی مواجه نیست.

البته اگر دستگاه اجرایی بعد از تصرف، اقدام به احداث ساختمان یا مجتمع تجاری نماید که قلع و قمع آن ضرر غیرقابل‌اغماضی به بار آورد و یا مالک به اخذ قیمت راضی باشد و دستگاه اجرایی نیز موافقت نماید، دعوی مطالبه قیمت روز حتی در فرض غصب نیز صحیح است، زیرا در حالت اول، ملک در حکم تلف تلقی می‌شود.

نتیجه‌گیری

چنانکه در مباحث پیشین گذشت، عدم استحقاق مالک درخصوص مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف املاک تصرف‌شده از سوی سازمان‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی، فرع بر اثبات وجود طرح، تأمین اعتبار آن، تصویب بالاترین مقام دستگاه اجرایی و البته تعیین و پرداخت غرامت عادلانه به یکی از شیوه‌های مذکور در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۷۰/۸/۲۸ می‌باشد و در صورت فقد یکی از ارکان و عناصر اساسی مذکور در این قوانین، تصرفات دستگاه اجرایی قانونی نبوده و حتی در صورت اثبات عداونی نبودن تصرف، مالک می‌تواند علاوه بر درخواست خلع ید، اجرت‌المثل ایام تصرف را نیز مطالبه نماید.

مشخصات رأی^۱

شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۱۰۰۲۴۸

مورخ: ۱۳۹۲/۰۲/۲۱

طرف شکایت: سازمان تأمین اجتماعی

موضوع شکایت و خواسته: برقراری مستمری به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی

شعبه رسیدگی کننده: شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری

رأی دیوان عدالت اداری

درخصوص شکایت مطروحه به شرح فوق الذکر [برقراری مستمری به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی]؛ با توجه به مدارک ابرازی و لایحه دفاعیه طرف شکایت مثبت به شماره ... نظر به اینکه مستمری شاکیه پس از فوت شوهرش (پ.س.) برقرار گردیده و با ازدواج مجدد وی به جهت نقض قسمت دوم بند یک ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی مستمری قطع گردیده و با لحاظ وحدت ملاک رأی شماره ۴۸۶ - ۱۳۸۷/۷/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، شعبه مستنداً به مواد ۷، ۱۳ و ۱۴ قانون دیوان عدالت اداری، حکم به رد شکایت شاکیه صادر و اعلام می نماید. رأی صادره قطعی است.

در این پرونده شاکیه به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی درخواست برقراری مستمری همسر متوفی خود را نموده است و قاضی با توجه به اینکه شاکیه پس از فوت همسر اول مجدداً ازدواج نموده و از همسر خود طلاق گرفته است به استناد بند یک ماده ۸۱ و رأی وحدت رویه شماره ۴۸۶ - ۱۳۸۷/۷/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شکایت وی را رد نموده است. برای فهم بهتر موضوع، ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی و رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری را مورد بررسی قرار می دهیم:

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری (فروردین و اردیبهشت ۹۲) (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ص ۴۲.

تأثیر ازدواج مجدد بر پرداخت مستمری به همسر بیمه شده متوفی در آئینه آراء صادره از دیوان عدالت اداری

زهرا بیدار*

مقدمه

تأمین اجتماعی^۱ در فرهنگ ما نه تنها برای عوام بلکه برای قشر تحصیل کرده نیز دارای مفهوم روشن و واضحی نیست و حداکثر، مفهومی در ردیف بیمه های اجتماعی از آن استنباط می گردد. و این امر شاید به لحاظ نو و بدیع بودن مباحث علمی در ارتباط با آن در جامعه ما باشد.^۲ تأمین اجتماعی در کشور ایران شامل سه حوزه بیمه ای، حمایتی و توانبخشی و امدادی می باشد که توسط مؤسسات غیردولتی و سازمان ها و مؤسسات دولتی و مؤسسات عمومی انجام و یا اجرا می شود. سازمان تأمین اجتماعی مهم ترین نهاد مسئول دولتی برای تحقق بخشیدن به مفهوم گسترده تأمین اجتماعی، در اصل بیست و نهم قانون اساسی^۳ کشور ایران به شمار می رود. حمایت هایی که سازمان تأمین اجتماعی از بیمه شدگان به عمل می آورد هشت مورد را در برمی گیرد که عبارتند از: ۱- حوادث و بیماری ها؛ ۲- بارداری؛ ۳- غرامت دستمزد؛ ۴- ازکارافتادگی؛ ۵- بازنشستگی؛ ۶- مرگ؛ ۷- کمک ازدواج؛ ۸- بیمه بیکاری. این نوشتار درصدد است وضع خاص همسر بیمه شده (مرد) را در فروع مختلف در آئینه آراء صادره از دیوان عدالت اداری مورد بررسی قرار دهد.

* کارشناس ارشد حقوق عمومی

zb.zahrabidar@gmail.com

1. Social Security

۲. کورش استوارسنگری، حقوق تأمین اجتماعی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴)، ص ۹.

۳. اصل بیست و نهم: برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت های پزشکی به صورت بیمه و غیره، حقی است همگانی. دولت موظف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت های مالی فوق را برای یک یک افراد کشور تأمین کند.

۱. تحلیل و بررسی موضوع براساس ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی

ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی:

طبق ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی، اگر بیمه‌شده متوفی مرد باشد یکی از مستمری‌بگیران وی عیال دائم اوست البته مادامی که شوهر اختیار نکرده باشد. آنچه درخصوص بند یک ماده فوق‌الاشاره لازم به ذکر است اینکه در سال ۱۳۸۱ قانون الحاق یک تبصره به بند یک ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۷۴/۶/۲۱) منضم گردید که اشعار می‌دارد: همسران بیمه شده متوفی که شوهر اختیار نموده‌اند در صورت فوت شوهر دوم، توسط سازمان تأمین اجتماعی مجدداً به آنها مستمری پرداخت خواهد شد.

آنچه از تبصره الحاقی مذکور استنباط می‌شود این است که قانونگذار، ازدواج را به‌طور مطلق مانع دریافت مستمری ندانسته؛ چنانکه بیان می‌دارد: در صورت «ازدواج» و «فوت همسر دوم» مجدداً مستمری زوجه به وی پرداخت خواهد شد. حال سؤال اینجاست که: اگر همسر بیمه‌شده متوفی ازدواج مجدد نماید، سپس از همسر خود طلاق بگیرد آیا می‌تواند کمافی‌السابق، مستمری دریافت نماید همان‌طور که در پرونده مزبور هم این سؤال در قالب شکایت مطرح شده است؟

۲. تحلیل و بررسی موضوع براساس رأی وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری

در این خصوص با توجه به اینکه قانون در این زمینه تعیین تکلیف ننموده، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۷ با توجه به اعلام تعارض آراء صادره از شعب ۹ و ۱۶ دیوان، رأی وحدت‌رویه‌ای با شماره ۴۸۶ در تاریخ ۸۷/۷/۲۸ صادر کرد. با عنایت به اینکه شعبه ۹ دیوان عدالت اداری در تاریخ ۸۶/۱۰/۲۶ به شرح دادنامه ۱۹۴۵ تنها در صورت فوت همسر دوم، شاکیه را مستحق دریافت مستمری همسر اول دانسته درحالی‌که شعبه ۱۶ دیوان در دادنامه شماره ۱۴۳۳ مورخ ۸۶/۹/۳ با توجه به نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه، طلاق را هم نوعی از دست دادن همسر تلقی کرده، حکم به برقراری مستمری شاکیه از تاریخ طلاق صادر نموده است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با پذیرش رأی شعبه ۹، طلاق زوجه متوفی از شوهر دوم - علی‌رغم قطع رابطه ازدواج - را از موجبات بهره‌مندی

از مستمری ندانسته است و تنها در صورت فوت شوهر دوم، همسر بیمه‌شده متوفی را مشمول مستمری می‌داند.

برای بررسی این رأی لازم است اصول حاکم بر تأمین اجتماعی را که ابزاری برای تفسیر قوانین تأمین اجتماعی نیز می‌باشند، مورد ملاحظه قرار داد. دراین‌باره، از میان اصول مختلف حاکم بر تأمین اجتماعی می‌توان به دو اصل^۱ کاربردی ذیل اشاره نمود:

الف) اصل تعمیم یا فراگیر بودن تأمین اجتماعی: اصل بیست و نهم قانون اساسی برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره، حقی است همگانی. دولت موظف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای یک‌یک افراد کشور تأمین کند.

همچنین بند ۱۲ اصل سوم قانون اساسی، یکی از وظایف دولت را «پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اصولی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه» قرار داده است.

بدین ترتیب، اصل تعمیم و فراگیر بودن تأمین اجتماعی، اصل بنیادین و مهمی است که هم در مقام وضع قانون، راهنمای قانونگذار به شمار آید و هم در جایگاه تفسیر و اجرای قانون، حقوقدانان و مجریان را به کار. بنابراین، در صورت تردید درباره شمول قانون تأمین اجتماعی یا بعضی از حمایت‌های مندرج در آن بر بعضی افراد یا گروه‌ها، باید براساس اصل فراگیر بودن تأمین اجتماعی، به شمول قانون بر افراد و گروه‌های یادشده نظر داد.^۲

۱. سیدعزت‌الله عراقی و همکاران، درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی (تهران: مؤسسه عالی پژوهش

تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶)، ص ۹۲.

۲. همان، ص ۹۵.

ب) اصل حمایتی بودن مقررات تأمین اجتماعی

اساساً وضع قوانین تأمین اجتماعی با هدف حمایت از افراد در مقابل خطرات اجتماعی (بیماری، بیکاری، از کارافتادگی و پیری) بوده است. بنابراین اصولاً به هنگام تفسیر قوانین ناظر به تأمین اجتماعی باید به این هدف قانونگذار توجه داشت و در موارد ابهام، اجمال و تعارض قانون تأمین اجتماعی، به تفسیری بهاء داد که متضمن حمایت بیشتر از بیمه‌شده یا مشمول قانون باشد.

بدین ترتیب در تفسیر و اجرای قانون تأمین اجتماعی که حمایت از بیمه‌شدگان، هدف اصلی وضع آن بوده باید این اصل را در نظر گرفت و بدون در نظر گرفتن این مهم، تفسیر و اجرای قانون نتیجه مطلوبی نخواهد داشت.^۱

بنا بر دو اصل مذکور، تمامی تفاسیری که از قوانین و مقررات تأمین اجتماعی انجام می‌شود باید در راستای توسعه دامنه شمول بیمه‌شدگان و حمایت بیشتر از آنها به عمل آید. بنابراین، رأی هیأت عمومی دیوان که تنها به لفظ «فوت» همسر بیمه شده متوفی عنایت داشته تفسیری منطبق با اصول حاکم بر تأمین اجتماعی ارائه نداده است؛ چراکه منظور قانونگذار از میان رفتن رابطه زوجیت دوم بوده است و فوت را از باب تمثیل آورده است نه از باب احصاء؛ و طلاق از همسر دوم متضمن ویژگی خاصی نیست تا بتواند مانع برخورداری از مستمری گردد.

۳. تحلیل و بررسی موضوع براساس ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده

در اسفند ماه ۱۳۹۲ شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری درباره این موضوع، رأیی به شکل زیر صادر نموده است:

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۱۰۰۲۴۸

مورخ: ۱۳۹۲/۱۲/۰۵

طرف شکایت: سازمان تأمین اجتماعی

موضوع شکایت و خواسته: برقراری مستمری به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی

شعبه رسیدگی کننده: شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری

رأی دیوان

نظر به محتویات پرونده اسناد و مدارک ابرازی و لایحه دفاعیه اداره طرف شکایت [سازمان تأمین اجتماعی کرمانشاه] و اینکه حسب ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱/۱۲/۱ که بند یک آن اشعار می‌دارد؛ توجه دائم متوفی از حقوق وظیفه یا مستمری وی برخوردار می‌گردد و ازدواج وی مانع دریافت حقوق مذکور نیست، لذا طلاق شاکي از همسر دوم مانع برخورداری از حقوق مستمری از همسر اول نبوده زیرا که ازدواج مانع این امر نبوده تا به تبع آن عنوان به واسطه وقوع طلاق از همسر دوم، وی را از برخورداری از مستمری همسر اول محروم ساخت و مضافاً اینکه تبصره همین ماده مقررات این ماده درمورد افرادی که قبل از اجرا شدن این قانون فوت شده‌اند نیز لازم‌الاجراء بوده، لذا با توجه به مراتب مستنداً به ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی و ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده، حکم به ورود شکایت و برخورداری از مستمری بازماندگان از همسر اول صادر و اعلام می‌گردد. این رأی ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می‌باشد.

در این پرونده نیز شاکیه خواستار برقراری مستمری همسر متوفای خود بعد از ازدواج و طلاق از همسر دوم خود شده است که شعبه دیوان با استناد به ماده ۴۸ قانون حمایت از خانواده، حکم به برخورداری از مستمری را برای او صادر نموده است که در ذیل، ماده مزبور را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱): میزان حقوق

وظیفه یا مستمری زوجه دائم متوفی و فرزندان و سایر وراث قانونی وی و نحوه تقسیم آن در تمام صندوق‌های بازنشستگی اعم از کشوری، لشکری، تأمین اجتماعی و سایر صندوق‌های خاص به ترتیب زیر است:

۱- زوجه دائم متوفی، از حقوق وظیفه یا مستمری وی برخوردار می‌گردد و ازدواج وی مانع دریافت حقوق مذکور نیست و در صورت فوت شوهر بعدی و تعلق حقوق به زوجه در اثر آن، بیشترین مستمری ملاک عمل است.

تبصره - اگر متوفی چند زوجه دائم داشته باشد حقوق وظیفه یا مستمری به تساوی بین آنان و سایر وراث قانونی تقسیم می‌شود.

تبصره - مقررات این ماده درمورد افرادی که قبل از اجراء شدن این قانون فوت شده‌اند نیز لازم‌الاجراست.

در ماده ۴۸ قانون حمایت از خانواده، قانونگذار با رعایت تمامی اصول حاکم بر تأمین اجتماعی، ازدواج مجدد را به عنوان مانع دریافت حقوق مستمری قرار نداده و حتی همسر بیمه‌شده متوفی را مخیر کرده در صورت ازدواج مجدد و فوت همسر دوم و تعلق حقوق از جانب آن، هرکدام را که بیشتر است انتخاب کند. از آنجا که رأی وحدت‌رویه در حکم قانون است و جز با قانون بعدی اثر آن از بین نمی‌رود، لذا با تصویب قانون «حمایت از خانواده»، رأی وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری منسوخ و غیرقابل استناد است.

نتیجه‌گیری

یکی از پوشش‌های حمایتی تأمین اجتماعی، پرداخت مستمری به بازماندگان بیمه‌شده متوفی است. دیوان عدالت اداری، درخصوص وضعیت همسر بیمه‌شده متوفی (مرد) رویه واحدی در سال‌های اخیر نداشته است. بند یک ماده ۸۱ قانون تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۵۴)، همسر بیمه‌شده متوفی را تا زمانی که شوهر اختیار نکرده است از جمله مستمری‌گیران برشمرده است. با توجه به سیاست حمایتی قوانین تأمین اجتماعی، در سال ۱۳۸۱ تبصره‌ای به بند یک ماده ۸۱ اضافه شد که در جهت حمایت هرچه بیشتر از همسر متوفی می‌باشد. طبق این تبصره همسران بیمه‌شده متوفی که شوهر اختیار ننموده‌اند در صورت فوت شوهر دوم، توسط سازمان تأمین اجتماعی مجدداً به آنها مستمری پرداخت خواهد شد.

از آنجا که این تبصره صرفاً فوت شوهر دوم را بیان داشته و درخصوص طلاق از شوهر دوم، وضعیت زوجه را روشن و مشخص نکرده است، به همین دلیل آراء متعارضی از شعب مختلف دیوان در این خصوص صادر شده بود؛ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۷، رأی وحدت‌رویه‌ای در این خصوص صادر نمود، که به‌موجب آن تنها در صورت فوت شوهر دوم، همسر بیمه‌شده متوفی حق برخورداری از مستمری شوهر اول خود را دارد.

در سال ۱۳۹۱ با تصویب قانون حمایت از خانواده، می‌توان گفت در این خصوص گامی برداشته شد و آن اینکه قانونگذار، ازدواج همسر بیمه‌شده متوفی را

مانع دریافت مستمری ندانسته بلکه در صورت فوت شوهر دوم و تعلق حقوق وی به زوجه، بیشترین آنها را ملاک عمل قرار داده است.

بنابراین، با تصویب قانون حمایت از خانواده، دیگر ابهام و دوگانگی درخصوص وضعیت زوجه بیمه‌شده متوفی وجود ندارد. همان‌طور که در آراء فوق‌الذکر مشاهده شد شعب دیوان پس از تصویب این قانون همچنان به رأی وحدت‌رویه دیوان درخصوص مانع بودن طلاق از همسر دوم استناد نموده‌اند که با توجه به اینکه موضوع این رأی و قانون حمایت از خانواده یکی است و قانون، مؤخر از رأی وحدت‌رویه است، دیگر، جایی برای استناد به رأی وحدت‌رویه باقی نمی‌ماند. همچنین با توجه به اصل حمایتی و فراگیر بودن که باید در تفسیر قوانین تأمین اجتماعی مورد توجه قرار گیرد، این قانون کاملاً با ویژگی این اصول هماهنگ است به‌طوری‌که شایسته است (این قانون) درخصوص حمایت هرچه بیشتر از بیمه‌شدگان و اجرای عدالت، مستند آراء شعب دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

فهرست منابع

۱. استوارسنگری، کورش، حقوق تأمین اجتماعی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴).
 ۲. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (فروردین و اردیبهشت ۹۲)، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۳).
 ۳. عراقی، سیدعزت‌الله و همکاران، درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی، (تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶).
 ۴. قانون اساسی
 ۵. قانون تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۷۴/۰۶/۲۱) همرا با اصلاحات ۱۳۷۴/۰۶/۲۶
 ۶. قانون حمایت از خانواده (مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱)
- آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از سایت:
www.divan-edalat.ir

اجرا تعیین می‌کنند که از آن به «وجه التزام» تعبیر می‌شود و گاه نیز قرارداد درخصوص میزان خسارت و یا نحوه تعیین آن، ساکت و فاقد مقرره خاصی است. در هریک از دو وضعیت فوق، مطالبه جبران خسارت منوط به تحقق شرایطی است. یکی از آن شرایط، آن است که عدم اجرای تعهد ناشی از قوه قاهره نباشد، اما در صورتی که در قرارداد وجه التزام تعیین شده، این شائبه ممکن است مطرح شود که صرف تعیین وجه التزام، متعهد را در هر حال، مکلف به پرداخت مبلغ مشخص شده می‌نماید؛ هرچند عدم اجرا مستند به وی نباشد.

با توجه به این شائبه، این سؤال قابل طرح است که: چنانچه عدم اجرای تعهد، ناشی از قوه قاهره باشد آیا این موضوع، بر مسئولیت متعهد به پرداخت وجه التزام تأثیرگذار است یا خیر؟ یکی از شعب دادگاه‌های عمومی حقوقی با این استدلال که قوه قاهره تأثیری بر مسئولیت قراردادی نداشته، و مربوط به مسئولیت غیرقراردادی است، بدون توجه به دفاعیات خوانده مبنی بر اینکه عدم اجرای تعهد ناشی از قوه قاهره بوده است، وی را به پرداخت وجه التزام محکوم کرده است. نکته جالب آنکه دادگاه تجدیدنظر استان نیز این رأی را تأیید نموده است. پژوهش حاضر درصدد است تا با بررسی و نقد رأی صادره در این خصوص، پاسخی درخور توجه و اعتنا به پرسش فوق دهد.

شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی خود، عدم تعلق خسارت در فرض تحقق قوه قاهره را مربوط به مسئولیت خارج از قرارداد پنداشته و وجه التزام قراردادی را حتی در صورت اثبات قوه قاهره، قابل مطالبه دانسته است. متن رأی عیناً بدین شرح است: «درخصوص دادخواست خواهان: ۱- ع.الف. ۲- ن.ک. به طرفیت خواننده ۱- ر.ن. ۲- پ.خ. به خواسته مطالبه وجه التزام به مبلغ ۲۱۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت تأخیر در تنظیم سند رسمی از قرار روزانه به مبلغ ۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال از مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۵ لغایت تقدیم دادخواست به‌انضمام خسارات دادرسی، دادگاه: اولاً، نظر به آنکه حسب مفاد مبایعه‌نامه استنادی، خواننده ردیف اول فاقد هرگونه رابطه قراردادی با خواهان‌ها می‌باشد. بنابراین، مستنداً به ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به بند ۴ ماده ۸۴ آن قانون، قرار رد دعوی نسبت به خواننده ردیف اول، صادر و اعلام می‌دارد؛ ثانیاً، دفاعیات خواننده ردیف دوم مبنی بر اینکه عدم تنظیم سند خارج از حاکمیت اراده وی بوده، مربوط به مالک است که تعهد به انتقال داشته ولی تعهد خود را انجام نداده است وارد نیست، زیرا مفاد ماده ۲۲۷ قانون مدنی در صورتی حکومت دارد که موضوع، مربوط به خسارت ناشی از

تأثیر قوه قاهره بر مطالبه وجه التزام قراردادی

(نقد آراء شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران و شعبه ۴۶

دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

علی رضائی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۷۸۷

خواسته: مطالبه وجه التزام قراردادی

مرجع رسیدگی‌کننده بدوی: شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی‌کننده تجدیدنظر: شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

متعهد اغلب به میل و اختیار، تعهد خود را اجرا و یا به اصطلاح «وفای به عهد» می‌نماید، اما گاه بنا به خواسته و اراده خود، از اجرای تعهدی که بر عهده‌اش گذاشته شده، ابراء می‌کند. در این صورت، متعهدله می‌تواند اجرای اجباری تعهد را از مقامات صالحه بخواهد و در صورت خسارت واردشده بر وی، جبران خسارات وارده را مطالبه نماید.

وضعیت قراردادها درخصوص میزان و نحوه تعیین خسارات، متفاوت است. گاهی طرفین، مبلغ مشخصی را به عنوان خسارت ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

ali62rezaee@gmail.com

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های حقوقی تجدیدنظر استان تهران

(حقوقی)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۲، ص ۵۴۲.

مسئولیت مدنی باشد و موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقوله‌ای مستقل نسبت به مسئولیت مدنی بوده و مسئولیت قراردادی است که ناشی از حکومت اراده است. به این ترتیب، خواننده به هر علت تعهد خود را انجام ندهد مکلف به پرداخت وجه التزام خواهد بود. بنابراین، دادگاه دعوای خواهان را نسبت به خواننده ردیف دوم ثابت دانسته و مستنداً به مواد ۱۰، ۱۹۰ و ۲۳۰ قانون مدنی و مواد ۱۹۷ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی خواننده ردیف دوم را به پرداخت: الف - مبلغ ۲۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت وجه التزام؛ ب - مبلغ ۴/۲۰۹/۰۰۰ ریال بابت خسارات دادرسی در حق خواهان‌ها بالمناصفه محکوم می‌نماید. رأی صادره، حضوری بوده و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران خواهد بود. شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز در رأی خود، رأی دادگاه بدوی را عیناً تأیید نموده است.

۲. بازشناسی مفهوم وجه التزام و قوه قاهره

تحلیل دقیق‌تر اشکالات موجود در رأی، مستلزم شناخت بیشتر مفاهیم وجه التزام و قوه قاهره و شرایط لازم برای مطالبه جبران خسارات ناشی از عدم یا تأخیر در انجام تعهد است که این موضوعات به ترتیب ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲.۱. وجه التزام

«التزام» در لغت به معنای «همراه بودن، ملازمه شدن، به گردن گرفتن، ملزم شدن به امری» می‌باشد و در اصطلاح حقوقی، مبلغی است که متعاقدين خواه ضمن همان قرارداد اصلی به صورت شرط ضمن عقد، خواه به موجب موافقتنامه مستقل - که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد، از تعهد باشد - به عنوان میزان خسارت مادی یا معنوی محتمل‌الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر در اجرای تعهد پیش‌بینی کرده و بر آن توافق می‌کنند.^۱ این تعریف

با مفاد ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز انطباق دارد. قانونگذار در این ماده اشعار می‌دارد: «اگر در ضمن معامله، شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». هرچند قانون مدنی صراحتاً از عنوان وجه التزام استفاده نکرده است اما در قوانین دیگر از جمله تبصره‌های ۴ و ۵ ماده ۳۴ قانون ثبت، از اصطلاح وجه التزام استفاده کرده و دکتین و رویه قضایی با آن انس گرفته است.^۱

شایان ذکر است که شرط وجه التزام در مسئولیت قراردادی به کار می‌رود ولیکن در مسئولیت‌های غیرقراردادی به ندرت این شرط مشاهده می‌شود. در این موضع، مبلغ تعیینی، موسوم به وجه التزام نیست چنانکه اگر صاحب کارخانه‌ای با باغداران اطراف خود توافق کند که هرگاه در اثر آلوده شدن هوا به درختان آنها آسیب برسد او مبلغ معینی بپردازد، چنین پولی را وجه التزام نمی‌نامند.^۲

در نظام حقوق فرانسه، توافق بر خسارت ناشی از نقض قرارداد همواره «شرط کیفری»^۳ نامیده می‌شود. اعم از اینکه مقدار شرط معادل، فراتر یا کمتر از خسارت واقعی باشد. تا قبل از اصلاح قانون مدنی این کشور در ژوئیه ۱۹۷۵، مطابق ماده ۱۱۵۲ همان قانون، قاضی نمی‌توانست مبلغ شرط کیفری را افزایش یا کاهش دهد ولو اینکه او کیفر را ناکافی یا گزاف ارزیابی کند، اما با اصلاح این ماده، قاضی می‌تواند براساس تصمیم خود و بدون نیاز به درخواست اصحاب دعوا به تعدیل شروط گزاف یا ناچیز مبادرت نماید.^۴

در نظام حقوقی انگلستان، زمانی که متعاقدين بر پرداخت مبلغی در صورت عدم اجرای قرارداد توافق می‌کنند، این مبلغ معین‌شده در دو دسته می‌گنجد:

۱. محمدرضا پاسبان، پرویز رحمتی و سارا غربی، «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام؛ با تأکید بر نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمن»، *مجله دانش حقوق مدنی*، س ۳، ش ۲، پیاپی ۶ (۱۳۹۳): ص ۱۹.
۲. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی، وقایع حقوقی* (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴)، ص ۱۹۱.
3. Penal Clause
۴. علی خسروی‌فارسا و شاهپور بیرانوند، «مقایسه تطبیقی وجه التزام و خسارت تنبیهی»، *مجله حقوقی دادگستری*، س ۷۴، ش ۷۰ (۱۳۸۹): ص ۱۳۶.

۱. محمداقبر قربان‌وند، «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادهای»، *مجله کانون وکلای دادگستری مرکز*،

ش ۱۸۸ و ۱۸۹ (۱۳۸۴): ص ۸۹.

۱) این مبلغ ممکن است به عنوان پیش‌بینی خسارت طرفی باشد که در صورت نقض تعهد توسط متعهد، متضرر می‌شود و در این مورد، مبلغ تعیین‌شده وجه التزام نامیده می‌شود و همان مبلغ مورد نظر نه بیشتر و نه کمتر مورد حکم قرار خواهد گرفت بی‌آنکه نیازی به اثبات ورود خسارت توسط خواهان وجود داشته باشد. همچنین برای تغییر شروط و قیود متضمن وجه التزام در قراردادهای هیچ‌گونه اختیار قضایی وجود ندارد؛^۲ محتمل است این مبلغ دارای ماهیت تهدیدی برای متعهد و تضمینی برای متعهدله به‌منظور اجرای قرارداد باشد که در این صورت این مبلغ «کیفر» نامیده می‌شود.^۳ در این نظام، وجه التزام لازم‌الاجرا بوده ولی شرط کیفری باطل می‌باشد و زیان‌دیده فقط استحقاق مطالبه زیان واقعی خود و یا آن میزان از آن را خواهد داشت که مطابق اصول مشخصه قابل مطالبه است.^۴

۲.۲. قوه قاهره

«قوه قاهره» یا «قوه قهریه» که به «فورس ماژور»^۴ نیز تعبیر می‌شود اصطلاحی است که ظاهراً نخستین بار در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته است. در حقوق فرانسه، فورس ماژور متضمن دو معناست:

الف) معنای عام: یعنی هر حادثه خارجی (خارج از حیطه قدرت متعهد) غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب که مانع اجرای تعهد باشد. فورس ماژور به معنای عام، شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله می‌باشد که واجد دو وصف مذکور باشند. به‌طور کلی می‌توان گفت حادثه‌ای است که نمی‌توان آن را به متعهد مربوط نمود (ماده ۲۲۷ قانون مدنی)، اعم از اینکه ارتباطی با قلمرو فعالیت متعهد

داشته و حادثه غیرمترقبه تلقی شود یا صرفاً ناشی از عوامل برونی و جدا از متعهد باشد. گفتنی است فورس ماژور به معنای عام با اصطلاح «کار خدا»^۱ نیز متفاوت است. این اصطلاح فقط شامل حوادث غیرعادی است که دارای علل طبیعی هستند و بدون دخالت بشر روی می‌دهند؛ درحالی‌که فورس ماژور دارای معنای گسترده‌تری است و پاره‌ای حوادث ناشی از عمل انسان را نیز در برمی‌گیرد. در نظام حقوقی عرفی (کامن‌لا) معمولاً اصطلاح مزبور (فورس ماژور) به کار نمی‌رود ولی مسائل و موارد فورس ماژور تحت عنوان «انتفای قرارداد»^۲ یا «عدم امکان»^۳ مطرح می‌گردد. این نهادهای حقوقی از لحاظ نظری با نهاد فورس ماژور متفاوتند به‌ویژه آنکه قلمرو وسیع‌تری از فورس ماژور دارند. مع‌هذا در کشورهای کامن‌لا با استفاده از این نظریات به نتایجی می‌رسند که کم و بیش مشابه نتایج حاصل از فورس ماژور است.^۴

ب) معنای خاص: فورس ماژور بدین معنا درواقع حادثه و رخدادی است بی‌نام (یعنی غیرمنتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی)، غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب.

در تعریف دیگر از قوه قاهره آمده است: آنچه غیرقابل پیش‌بینی و نیز غیرقابل اجتناب باشد و متعهد را در حالت عدم قدرت بر اجرای تعهد خویش قرار دهد و یا موجب معافیت متعهد به جبران خسارتی گردد که به متعهدله وارد کرده است.^۵

شأن استناد به قوه قاهره در جایی است که دینی بر دوش مدیون قرار گرفته است و وی برای رهایی از آن، به قوه قاهره یا قهریه متوسل می‌شود. این دین می‌تواند ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی یا مسئولیت‌های غیرقراردادی باشد.

1. Act of God
2. Frustration
3. Impossibility

۴. سیدحسین صفایی، «قوه قاهره یا فورس ماژور؛ بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳ (۱۳۶۴): صص ۱۱۲-۱۱۴.

۵. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق* (تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶)، ج ۵، ص ۵۵۳.

۱. حشمت‌اله سماواتی، *خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی* (تهران، انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۸۵)، ص ۶۶.

۲. رضا مقصودی، «تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، ایران، انگلیس»، *پژوهشنامه حقوقی*، س ۲، ش ۲ (۱۳۹۰): ص ۱۱۳.

۳. سیدمرتضی قاسم‌زاده، *حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات* (تهران: نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳)، ص ۲۲۸.

قانون مدنی ایران هر چند به صراحت، از قوه قاهره نام نبرده است اما در ماده ۲۲۷ از علت خارجی سخن می گوید که مفسران آن را به «قوه قاهره» تعبیر کرده اند. طبق این مواد، اثبات اوصاف قوه مزبور اعم از خارجی بودن، عدم قابلیت پیش بینی و اجتناب ناپذیری، تنها موجب معافیت از مسئولیت خواهد بود اما تکلیف اصل تعهد و قرارداد مشخص نگردیده است.^۱ آنچه مسلم است اینکه اگر احراز شود عدم ایفاء یا تأخیر در انجام تعهد توسط متعهد، ناشی از قوه قاهره بوده است وی ملزم به جبران خسارات وارده نخواهد بود؛ چراکه خسارت به وی قابل انتساب نیست.

۲.۳. شرایط مطالبه جبران خسارت ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در انجام تعهد

از مواد ۲۲۱، ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مدنی چنین استنباط می شود که متعهدله در صورتی می تواند خسارات وارده شده در نتیجه نقض عهد را مطالبه نماید که شرایطی فراهم باشد. به دیگر سخن، هنگامی می توان حکم به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد کرد که ارکان سه گانه مسئولیت مدنی قراردادی تحقق یافته باشند که عبارتند از:

۱- نقض تعهد (تقصیر قراردادی)

۲- ضرر (که ممکن است به صورت تلف مال یا فوت منفعت باشد).

۳- رابطه سببیت بین ضرر و نقض تعهد

شرایطی که در قانون برای مطالبه خسارات پیش بینی شده است به شرح زیر می باشد:

۱. **انقضاء موعد:** متعهدله هنگامی در مطالبه خسارت ذی حق است که موعد مقرر برای اجرای تعهد گذشته باشد. در این خصوص دو فرض قابل تصور است: الف) موعد اجرای تعهد در عقد، معین شده است که در این صورت پس از انقضاء موعد، متعهدله می تواند ادعای خسارت نماید؛ ب) موعد اجرای تعهد در عقد، معین نشده است. در این حالت، بنا به اقتضای عرف، تعهد باید فوراً اجرا گردد مگر اینکه طبع کار بر حسب عرف اقتضاء کند که به متعهد مهلتی داده شود.

۲. **تحقق ضرر:** هرگاه متعهدله از عدم اجرا به هیچ وجه متضرر نشده باشد، حق مطالبه خسارت نخواهد داشت. چنانچه در قرارداد، وجه التزام تعیین شده باشد اثبات ضرر لازم نبوده و متعهدله می تواند در صورت تخلف متعهد، مبلغ وجه التزام را مطالبه نماید اگرچه هیچ گونه ضرری به وی نرسیده باشد. بدیهی است که متعهدله تنها می تواند خواستار جبران ضرر مسلم (حتمی) و مستقیم باشد و نه ضرر احتمالی و غیرمستقیم؛ به علاوه، فقط جبران ضرر قابل پیش بینی را می توان مطالبه کرد.

۳. عدم اجرای تعهد ناشی از علت خارجی نباشد: این شرط در بحث

مورد نظر، نمود بیشتری دارد. چنانچه ثابت شود عدم اجرای تعهد، ناشی از یک علت خارجی بوده است متعهدله، مستحق مطالبه خسارات وارده نیست. ماده ۲۲۷ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد: «متخلف از انجام تعهد، وقتی محکوم به تأدیه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان به او مربوط نمود». چنانکه از این ماده برمی آید اثبات این امر که عدم اجرای تعهد، ناشی از یک علت خارجی بوده است به عهده متعهد است و همین که متعهدله ثابت کند تعهد، اجرا نشده متعهد، مکلف به جبران خسارت است مگر اینکه اثبات نماید عدم اجرای تعهد، ناشی از امری خارج از حیطه اقتدار و اختیار او بوده است.^۱ علت خارجی بر دو گونه است: ۱- قوه قاهره؛ ۲- تقصیر متعهدله یا شخص ثالث، لذا اگر متعهد به واسطه حادثه ای غیرقابل پیش بینی، غیرقابل دفع و نیز خارجی نتواند به تعهد خود وفا کند محکوم به جبران خسارت نخواهد شد. به موجب ماده ۲۲۹ ق.م. «اگر متعهد به واسطه حادثه ای که دفع آن، خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود». بدیهی است وجه التزام نیز نوعی خسارت به شمار می آید منتها خسارتی که میزان آن از قبل توسط طرفین تعیین شده است و با اثبات این امر که قوه قاهره مانع ایفاء تعهد شده است متعهد، الزامی به پرداخت آن ندارد.

۱. سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۴)، ص ۲۳۱.

۱. پیام نقی زاده باقی، «قوه قاهره و تأثیر آن بر مسئولیت، تعهد و قرارداد»، تعالی حقوق، س ۳، ش ۱۱ (۱۳۹۰): ص ۲۷.

۴. جبران خسارت به موجب قرارداد یا عرف یا قانون لازم باشد: برابر

ماده ۲۲۱ ق.م. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد»^۱.

۳. بررسی و نقد رأی

شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی خود، متعهد را به دلیل عدم حضور در دفترخانه در تاریخ مقرر، به پرداخت وجه التزام مقرر در قرارداد محکوم کرده است و به دفاع وی مبنی بر حضور نیافتن در دفترخانه به دلیل قوه قاهره بوده، توجهی نکرده است، زیرا به عقیده قاضی شعبه، تعیین وجه التزام در هر حال متعهد را مکلف به پرداخت آن می‌کند. آنچه که باعث صدور این رأی شده است بی‌توجهی قاضی به احراز ارکان سه‌گانه تحقق مسئولیت مدنی قراردادی و خلط میان این ارکان بوده است، چه میان مسئولیت قراردادی و قهری، وحدت بنیادینی حاکم است.^۲ همان‌گونه که در مسئولیت قهری (الزامات خارج از قرارداد)، تحقق مسئولیت، مستلزم وجود سه رکن ضرر، تقصیر یا فعل زیانبار و رابطه سببیت است، مسئولیت قراردادی نیز با وجود ارکان سه‌گانه فوق‌الذکر ایجاد می‌شود. یکی از این ارکان، رابطه سببیت یا علیت است؛ یعنی باید استناد عرفی ضرر به تخلف از اجرای تعهد محرز باشد. عدالت و منطق حکم می‌کند که هیچ‌کس مسئول زبانی که ناشی از تقصیر یا فعل زیانبار او نیست، نباشد، لذا چنانچه ثابت شود عدم اجرا یا تأخیر در انجام تعهد ناشی از علت خارجی است — چون رابطه سببیت میان خسارت وارد شده و فعل یا ترک فعل متعهد وجود ندارد و

۱. همان، صص ۲۲۰ - ۲۳۴.

۲. مقصود از وحدت بنیادین آن است که بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری اختلاف اساسی وجود ندارد و قواعد بنیادین حاکم بر آنها یکسان است. درواقع کسانی که این دو نوع مسئولیت را تفکیک می‌کنند این وحدت بنیادی را نادیده می‌گیرند. آنان فقط اختلاف جزئی بین این دو نوع مسئولیت را در نظر می‌گیرند نه مشابهت‌های عمیقی که آنها را به هم نزدیک می‌کند. سیدحسین صفایی و حبیب‌اله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)** (تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۹۳)، ص ۸۸.

درواقع این علت موجب قطع رابطه سببیت شده است — نمی‌توان متعهد را به پرداخت وجه التزام محکوم نمود. مقصود از خارجی بودن علت آن است که خارج از کنترل و حیطه اقتدار شخص باشد و نتوان آن را به متعهد نسبت داد.

شایان ذکر است چون تعهدات قراردادی اغلب تعهد به نتیجه است به صرف نقض تعهد، رابطه سببیت مفروض است و مسئولیت تحقق می‌یابد. پس این خواننده است که برای رد وجود رابطه مزبور باید اثبات کند ضرر، ناشی از قوه قاهره بوده، مستند به فعل او نیست.

جالب توجه آن است که دادگاه در رأی خود با این استدلال که «... مفاد ماده ۲۲۷ قانون مدنی در صورتی حکومت دارد که موضوع مربوط به خسارت ناشی از مسئولیت مدنی باشد و موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقوله‌ای مستقل نسبت به مسئولیت مدنی بوده و مسئولیت قراردادی است که ناشی از حکومت اراده است...» متعهد را به پرداخت وجه التزام تکلیف کرده است؛ حال آنکه حقوقدانان^۱ بر این نکته اتفاق نظر دارند که قانونگذار هم در قانون مدنی و هم در قانون مسئولیت مدنی به علت خارجی به عنوان یکی از اسباب موجب معافیت از مسئولیت غیرقراردادی تصریح نکرده است و فقط ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی درباره معافیت کارفرما از مسئولیت ناشی از خسارات وارد به وسیله کارگران با عبارت «... اگر احتیاط‌های مزبور را بعمل می‌آوردند باز هم جلوگیری از زیان مقدور نمی‌بود...» به این عوامل اشاره کرده است، لذا مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی که مربوط به مسئولیت مدنی قراردادی است، قابل تعمیم به مسئولیت قهری نیز می‌باشد.

به تعبیر دیگر، شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین استدلال کرده است که خواننده برای معافیت از پرداخت وجه التزام به ماده ۲۲۷ قانون مدنی استناد نموده؛ حال آنکه ماده مزبور، راجع به مسئولیت مدنی است و وجه التزام، مربوط به تعهدات قراردادی و حاکمیت اراده، لذا استناد خواننده به ماده ۲۲۷ قانون مدنی بلاوجه و غیرقابل پذیرش می‌باشد، زیرا این ماده در ذیل «تعهدات قراردادی» آمده و مسئله «وجه التزام» نیز در سه ماده بعد و با همان عنوان ذکر

۱. همان، صص ۲۰۳ - ۲۰۴.

شده است. در نتیجه، این دو موضوع کاملاً به هم مرتبط بوده و دفاع خواننده مبنی بر اینکه وجود علت خارجی مانع انجام تعهد وی گردیده، موجه بوده است.

درواقع، علت اینکه از قوه قاهره به عنوان یکی از اسباب معاف شدن مدیون، بیشتر در تعهدات قراردادی بحث می‌شود این است که به‌طور معمول تنها در این‌گونه تعهدهاست که مدیون، حصول نتیجه معینی را برعهده می‌گیرد. پس اگر نتیجه مورد نظر حاصل نگردد مسئول و مقصر فرض می‌شود و به‌ناچار باید به‌منظور اثبات بی‌گناهی خویش نشان دهد که چگونه حادثه خارجی و احترازناپذیر مانع از اجرای تعهد شده است.^۱

تعیین وجه التزام در قرارداد، تنها متعهدله را از اثبات یکی از ارکان مسئولیت مدنی یعنی ورود خسارت به خویش معاف می‌دارد اما چنانچه ثابت گردد عدم اجرای تعهد ناشی از قوه قاهره بوده است، بدیهی است که رکن دیگر مسئولیت قراردادی یعنی رابطه سببیت محقق نشده و از این حیث، متعهد، تکلیفی به پرداخت وجه التزام ندارد، زیرا اساساً زیان واردشده قابل انتساب به وی نیست. به تعبیر یکی از استادان برجسته: «وجه التزام، مبلغ مقطوع خسارت عدم انجام تعهد است، پس در صورتی قابل مطالبه است که آن خسارت را نیز بتوان گرفت... عدم انجام قرارداد باید منسوب به متعهد و ناشی از تقصیر او باشد».^۲

به نظر می‌رسد نکته‌ای که از نظر دادگاه مغفول مانده است همین موضوع بوده؛ بدان معنا که صرف تخلف از انجام تعهد را برای مسئول شناختن متعهد کافی دانسته و ادعای خلاف آن را مسموع ندانسته است، لذا تعیین وجه التزام، تنها طلبکار را از اثبات ورود خسارت معاف می‌کند و اگر خواننده (متعهد) اثبات نماید که عدم انجام تعهد مربوط به قوه قاهره بوده است، استناد عرفی ضرر به تخلف از انجام تعهد محرز نیست در نتیجه، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود. بحث ما این

است که دادگاه باید به دفاع خواننده در این خصوص توجه می‌کرد و با احراز صحت ادعای وی، دعوی خواهان را وارد نمی‌دانست؛ نه آنکه در رأی خود با این استدلال که «خواننده به هر علت تعهد خود را انجام ندهد مکلف به پرداخت وجه التزام خواهد بود» وی را محکوم به پرداخت وجه التزام کند.

این عبارت مشهور است که: «تعیین وجه التزام، طلبکار را از اثبات ورود خسارت و دادرسی مربوط به تعیین آن بی‌نیاز می‌کند: فرض می‌شود که خسارت وارد آمده و میزان آن همان است که در شرط مقرر شده است». در قضیه حاضر، دادگاه حداقل می‌بایست به دفاع خواننده مبنی بر وجود قوه قاهره توجه می‌کرد. چه بسا متعهد به دلیل وجود قوه قاهره مانند حوادث طبیعی یا فعل شخص ثالث و یا حتی فعل متعهدله نتوانسته است در تاریخ مقرر در دفترخانه حضور یابد.

علاوه بر آن، درج شرط وجه التزام در قرارداد موجب نمی‌گردد متعهد همانند غاصب، مسئولیت مطلق یا عینی یابد؛ به‌گونه‌ای که مسئول جبران هرگونه خسارت واردشده، باشد هرچند مستند به فعل وی نباشد. یا همانند مالکان و متصرفان وسایل نقلیه موتوری زمینی که دارای مسئولیت محض بوده و اثبات تقصیر برای تحقق مسئولیت ایشان لازم نیست و همین که خسارت در اثر وسایل نقلیه به بار آمده باشد، مسئول قلمداد می‌شوند. همچنین مسئولیت متعهد همانند بیمه‌گر وسایل نقلیه هم نیست تا در فرضی که خسارت ناشی از قوه قاهره باشد، مکلف به جبران خسارت گردد.^۱

چنانچه متعهدله بخواهد حتی در صورت وجود قاهره، متعهد، مسئول پرداخت وجه التزام قراردادی باشد باید از شرط تشدید مسئولیت قراردادی استفاده نماید.^۲ با

۱. به استناد بند (پ) ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۲ قانون «بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵، چنانچه سانحه ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه باشد، خسارت واردشده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد.

۲. در ارتباط با مسئولیت مدنی قراردادی، قراردادهای متعددی قابل تصور است: الف) قرارداد یا شرط تعیین وجه التزام؛ ب) قراردادی که مسئولیت را تشدید کرده و متعهد را حتی با وجود قوه قاهره مسئول می‌شناسد؛ نوع دیگر از قراردادهای راجعه به مسئولیت، «قرارداد عدم مسئولیت» است و از آنجا که

۱. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد اول: قواعد عمومی (تهران:

انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۷)، ص ۴۷۸.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم،

۱۳۸۳)، ج ۴، ص ۲۴۴.

درج این شرط در قرارداد، حتی در صورت وجود قوه قاهره، متعهد، مسئول و مکلف به جبران خسارت است. و مسلماً اگر این شرط در قرارداد میان خواهان و خوانده وجود می‌داشت رأی دادگاه، صحیح بوده و خدشه‌ای بر آن وارد نبود.

۴. نتیجه‌گیری

اگر در قراردادی طرفین پیش از نقض تعهد توسط متعهد، میزان خسارت ناشی از عدم و یا تأخیر در انجام تعهد را به نحو مقطوع تعیین کرده باشند، به این مبلغ «وجه التزام» گفته می‌شود. در اینکه در صورت نقض تعهد، متعهد، ملزم به پرداخت وجه التزام به متعهدله است تردیدی نیست، اما چنانچه نقض تعهد، منسوب به متعهد و ناشی از تقصیر او نباشد الزام وی به پرداخت آن، معقول و پذیرفتنی نیست. دلیل عدم مسئولیت متعهد آن است که بین ضرر وارده و نقض تعهد، رابطه سببیت وجود ندارد. عاملی که باعث قطع این رابطه می‌شود وجود علت خارجی است. مقصود از علت خارجی، حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی، غیرقابل دفع و غیرقابل اجتناب است و شامل قوه قاهره، فعل متعهدله و فعل ثالث می‌شود. یکی از شعب دادگاه‌های عمومی حقوقی بدون توجه به مطالب فوق و با این استدلال که «خوانده به هر علت تعهد خود را انجام ندهد، مکلف به پرداخت وجه التزام خواهد بود»، به دفاع خوانده مبنی بر اینکه «عدم تنظیم سند خارج از حاکمیت اراده وی بوده» توجهی نکرده و وی را به پرداخت وجه التزام محکوم نموده است.

برای تحقق مسئولیت مدنی، تنها وجود خسارت و نقض تعهد کافی نیست، بلکه باید رابطه سببیت یا علت میان خسارت وارده و نقض تعهد وجود داشته باشد. جز در مواردی که تعهد به نتیجه است، زیان‌دیده به‌منظور مطالبه خسارت

باید وجود رابطه سببیت بین خسارت وارده و عمل خوانده دعوا را اثبات کند. از سوی دیگر، خوانده که ظاهراً زیان، ناشی از عمل اوست می‌تواند ثابت نماید که یک علت خارجی بی‌آنکه مربوط به وی باشد باعث ایراد خسارت شده است. به هر ترتیب، تعیین وجه التزام تنها ورود ضرر را مفروض می‌دارد و همچنان اثبات دو رکن دیگر تحقق مسئولیت یعنی نقض تعهد و رابطه سببیت ضروری است. بی‌تردید چنانچه نقض تعهد ناشی از قوه قاهره به مفهوم اعم باشد، به دلیل فقد رابطه سببیت میان ضرر و نقض تعهد، متعهد، دیگر تکلیفی به پرداخت وجه التزام نخواهد داشت.

← این‌گونه قرارداد اغلب به صورت شرطی ضمن قرارداد اصلی آورده می‌شود، از آن به «شرط عدم مسئولیت» تعبیر می‌کنند. هرچند صحت این شرط محل بحث و اختلاف است، اما لاقلاً در زمینه مسئولیت قراردادی، بر طبق اصل حاکمیت اراده صحیح و نافذ می‌باشد. البته تقصیر عمدی یا سنگین در عدم اجرای تعهد، حتی با وجود شرط عدم مسئولیت، متعهد را از تأدیه خسارت معاف نمی‌کند. سیدحسین صفایی، پیشین، ۱۳۹۴، ص ۲۳۵.

پنج ماده ۵۸ اختیار تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت بر عهده شورای رقابت نهاده شد. متأسفانه کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات اخیراً در جلسه شماره ۱۲۰-۱۳۹۰/۰۶/۲۷ اقدام به صدور مصوبه‌ای کرده است که براساس آن، تعرفه برقراری ارتباط مکالمات بین‌الملل مشترکان شبکه‌های تلفن ثابت و همراه با اپراتورهای تلفن ثابت و همراه سایر کشورها را تعیین و تصویب کرده، متعاقب آن تعرفه‌های جدید را به شرکت ارتباطات زیرساخت و اپراتورهای تلفن همراه ابلاغ نموده است. همچنین در اقداماتی خلاف قانون، ابلاغیه‌هایی از سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی با امضای معاون بررسی‌های فنی و صدور پروانه و همچنین ذی‌حساب و مدیر کل امور مالی به شرکت ارتباطات زیرساخت و بانک صادرات ایران واصل شده است که مفاد آن حاکی از تعیین نرخ کد خدماتی بین شهری شماره ۰۹۶۰۲ و ۰۹۶۹۷ است که به ترتیب مورد استفاده بانک صادرات ایران و کانون جهانگردی و اتومبیل‌رانی جمهوری اسلامی ایران است، که کلیه اقدامات مذکور خارج از حدود اختیارات مراجع نامبرده و برخلاف قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است، لذا بنا بر مراتب فوق و به استناد اصول ۴ و ۱۷۰ قانون اساسی و مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری و علی‌الخصوص بند پنج ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ابطال مصوبه مورد اشاره و همچنین لغو ابلاغیه‌ها و دستورالعمل‌های صادرشده از کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات و سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی مورد استدعاست... . همچنین آقای ب. ع. به وکالت از شرکت م. ا. ن. س.، شرکت پ. س. ت. و شرکت آ. ک. به موجب دادخواستی اعلام کرده است که کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات سازمان مشتکی‌عنه در جلسه شماره ۱۲۰-۱۳۹۰/۰۶/۲۷ مصوبه‌ای را تصویب نموده و به‌طور شگفت‌آوری تعرفه مکالمات بین‌الملل صادرشده از کشور را تغییر و بلکه دگرگون ساخته است و با اجرای این مصوبه، قریب یکصد و چهارده شرکت مجاز فعال در حوزه VOIP (تلفن بین‌المللی) با نزدیک به بیست هزار تن پرسنل در آستانه ورشکستگی و بیکاری و به‌طور غیرمنطقی و انحصارگونه نیز نابود می‌شوند. شرکت‌های مجاز فعال به‌ناچار به‌شورای رقابت تظلم و دادخواهی کرده‌اند و با وصف انحصاری بودن مصوبه مار‌الذکر تقاضای الغای آن را نموده‌اند که خوشبختانه شورای رقابت در جلسه ۸۹ خود غیرقانونی بودن مصوبه مذکور را تصریح کرده است. علی‌رغم الغای مصوبه و مذاکرات

ضابطه حقوقی تشخیص صلاحیت مراجع مقررات‌گذار بخشی و فرابخشی

محمد صادقی*

مشخصات رأی

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۰۵/۰۲

شماره پرونده: ۹۰/۱۱۹۴-۹۱/۱۴۳

شماره دادنامه: ۲۴۲-۲۴۱

موضوع رأی: ۱- عدم ابطال مصوبه شماره ۱۲۰ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۲۷ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات ۲- لغو ابلاغیه‌ها و دستورالعمل‌های صادرشده از سوی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی
مرجع صادرکننده: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده

شورای رقابت با نمایندگی آقای ج. پ. به موجب دادخواستی خواستار ابطال مصوبه مذکور شده و در جهت تبیین خواسته توضیح داده است که قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸ مجلس شورای اسلامی، وظیفه و اختیار تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالا و خدمات انحصاری را به شورای رقابت واگذار کرده است. البته تا پیش از تصویب قانون مزبور، نهادها و سازمان‌های مختلفی این وظیفه را در حوزه کالا یا خدمات مربوط به خود بر عهده داشتند که با تصویب این قانون مطابق بند

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید

عديده، سازمان مشتكيّ عنه حاضر به الغای مصوبه خویش نیست. حال با عنایت به ماده ۹۲ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که قوانین و مقررات مغایر را صراحتاً نسخ کرده است [سازمان مشتكيّ عنه صلاحیت نرخ‌گذاری ندارد] و حسب ماده ۵۸ و علی‌الخصوص بند پنج آن تصویب دستورالعمل، تنظیم قیمت صرفاً در صلاحیت شورای رقابت است. فلذا مصوبه کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات، خارج از چارچوب وظایف کمیسیون و به صورت غیرقانونی صادر و تصویب شده است. مستدعی است نسبت به ابطال، الغاء و بی‌اثر بودن مصوبه مارالذکر امر به اقدام مقتضی و حکم شایسته صادر فرمایند... در پاسخ به شکایت شکات، مدیرکل دفتر حقوقی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات به‌موجب لایحه شماره ۱۰۰/۳/۴۸-۱۳۹۱/۰۲/۰۲ توضیح داده است که: ... تعرفه کدهای خدماتی موصوف توسط کمیسیون تنظیم مقررات و ارتباطات به‌موجب آیین‌نامه واگذاری کدهای خدماتی در جلسه ۱۱۳-۱۳۹۰/۰۳/۲۲ تصویب شده است و سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی نیز به‌موجب تبصره ۲ ماده ۷ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مصوب ۱۳۸۲/۰۹/۱۹ و ماده ۱ اساسنامه سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی اصلاحی ۱۳۸۸/۱۰/۰۸ تکلیف به تبعیت و اجرای مصوبه‌های مذکور را دارد لذا از آنجا که از یک‌سو به‌موجب تبصره ۱ و ۲ ماده ۷ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات دارای شخصیت حقوقی مستقل از سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی است و از سوی دیگر تعرفه کدهای خدماتی مورد اعتراض شاکی نیز توسط کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات تصویب شده است و نه سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی که صرفاً تکلیف به اجرای مصوبات موصوف دارد لذا هیچ‌گونه ابلاغیه یا دستورالعملی که مغایر با بند یک از ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری باشد از سوی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی صادر نشده و به عبارت دیگر مستنداً به بند چهار از ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی ادعای شاکی متوجه سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی نیست ... ۱- همان‌گونه که وکیل شاکی در سطر چهارم دادخواست تقدیمی خود صراحتاً اقرار و اعلام کرده است، وفق مدلول صریح بند (ن) ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، وظیفه و اختیار تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت،

مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط به شورای رقابت واگذار شده است و با مراجعه به سایر مواد مرتبط قانون مذکور هدف از تشکیل شورای رقابت تسهیل رقابت و منع انحصار بدون دخالت در وظایف اجرایی و ذاتی سایر دستگاه‌هاست حال آنکه مطابق نص صریح بند (ج) ماده ۵ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (مصوب ۱۳۸۲/۰۹/۱۹) تصویب جداول تعرفه‌ها و نرخ‌های کلیه خدمات ارتباطی در زمره وظایف و اختیارات کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات قرار گرفته است که با تدقیق در عناوین و عبارات به‌کار رفته در دو ماده قانونی صدرالذکر اصلاً هیچ‌گونه مбайنت و تداخلی در وظایف و اختیارات دو نهاد قانونی وجود ندارد چراکه به‌موجب بند پنج ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صرفاً تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت و ... کالاها و خدمات انحصاری آن هم، هدف مذکور در جهت تحصیل رقابت [و] وضع انحصار به شورای رقابت واگذار شده است و همان‌گونه که مستحضرنند تصویب دستورالعمل یعنی تدوین چارچوبی که بتوان براساس آن اهداف قانونگذار را محقق ساخت، نه اینکه تدوین‌کننده دستورالعمل بتواند به‌جزء جزء تعرفه‌های هر بخش و هر شرکت یا سازمان پرداخته و برخلاف قوانین و مقررات حاکم به اموری بپردازد که خارج از وظایف و اختیارات آن است. به عبارت دیگر، وظیفه کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات فی‌الواقع تصویب جدول تعرفه‌ها و نرخ‌های کلیه خدمات ارتباطی است و شورای رقابت بایستی در این زمینه دستورالعمل مربوط به نحوه تدوین تعرفه‌ها یا هر موضوع مبتلا به سازمان‌های مرتبط را در چارچوب قانون تدوین و ابلاغ کند و مؤید این امر نظریه شماره ۲۷۷۵۶-۸۹/م/۱۳۶-۱۳۸۹/۰۹/۱۶ معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری و نظریه شماره ۱۰۲۶۳۳-۳۷۰/۹۰-۱۳۸۹/۰۸/۱۴ سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان و نظریه شماره ۱۵۴۳۷۱-۱۳۹۰/۰۸/۳۰-۱۳۹۰ سازمان بازرسی کل کشور است که بالإتفاق صراحتاً اعلام داشته‌اند اختیار تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت آن هم در بازار کالاها و خدمات انحصاری شورای رقابت و تصویب جدول تعرفه‌ها و نرخ‌های کلیه خدمات ارتباطی با کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات است؛ ۲- درخصوص قسمت دوم خواسته شاکی مبنی بر لغو ابلاغیه‌ها و بخشنامه‌های صادرشده از سوی سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی درخصوص تعیین تعرفه کدهای خدماتی، صرف‌نظر از ایراد شکلی

مطروحه در این خصوص - همان گونه که در بند یک فوق‌الذکر توضیح داده شد - اختیار تعیین و تصویب تعرفه در کلیه بخش‌های خدمات ارتباطی کشور به موجب بند (ج) ماده ۵ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات بر عهده کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات است و نه شورای رقابت، امری که به موجب مصوبه شماره ۱۱۳ مورخ ۱۳۹۰/۰۳/۲۲ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات تحقق یافته، و در این خصوص هیچ گونه تخطی از مفاد قوانین موضوعه صورت نپذیرفته است تا موضوع مشمول بند یک از ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری شود. با وصف مراتب معروض از آنجا که وظیفه ذاتی شورای رقابت براساس منطوق صریح بند پنج ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تنها تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی، بازار کالاها و خدمات صرفاً انحصاری است نه تعیین و تصویب نرخ‌ها و تعرفه‌ها و نه در سایر زمینه‌ها به جز کالاها و خدمات انحصاری و تاکنون نیز هیچ گونه دستورالعملی از سوی شورای یادشده تصویب و ابلاغ نشده است. از سوی دیگر، کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات نیز وظیفه و اختیار تصویب تعرفه‌ها و نرخ‌های خدمات ارتباطی را بر مبنای اختیار حاصله از بند (ج) ماده ۵ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات داراست که جایگاه این کمیسیون در بند (ط) ماده ۴۶ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ که قانون مؤخر است و مورد تأیید مجدد قرار گرفته است، لذا هیچ یک از مصوبات کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات درخصوص موضوعات مورد شکایت و همچنین ابلاغیه‌های صادرشده از سوی سازمان یادشده که در چارچوب وظایف و صلاحیت قانونی پس از تصویب کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات صورت گرفته است، مغایرتی با قوانین و مقررات جاری ازجمله بند یک ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری ندارد....

متن رأی

«در بند (۵) ماده (۵۸) قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) مصوب ۱۳۸۷/۰۳/۲۵ تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط ازجمله وظایف شورای رقابت احصاء شده است. نظر به این که تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت به معنای تعیین قیمت و تصویب تعرفه نیست بلکه مراد از

آن تدوین روش‌هایی است که بتوان به اهداف مورد نظر قانون گذار ناائل شد و قانون گذار نیز در بند (ج) ماده (۵) قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مصوب ۱۳۸۲/۰۹/۱۹ تصویب جداول تعرفه‌ها و نرخ‌های کلیه خدمات ارتباطی در چارچوب قوانین و مقررات کشور را ازجمله وظایف کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات بر شمرده است. بنابراین، مصوبه جلسه شماره ۱۲۰-۱۳۹۰/۰۶/۲۷ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات در تعیین تعرفه برای مکالمات بین‌الملل صادرشده از کشور در محدوده اختیارات قانونی کمیسیون مذکور تعیین و تصویب شده است و قابل ابطال نمی‌باشد. مفاد نامه‌هایی که شورای رقابت ابطال آن‌ها را خواستار شده است به لحاظ موردی بودن، قابل طرح و رسیدگی در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تشخیص داده نشد. مقرر است برای رسیدگی در این قسمت پرونده به یکی از شعب دیوان عدالت اداری ارجاع شود».

۲. نقد و بررسی

الف) انواع مقررات گذاری^۱ از جهت قلمرو

موضوع دعوا، مفاد و دفاعیات فوق‌الذکر به‌خوبی بیانگر اهمیت شناسایی صلاحیت نهادهای مقررات گذار رقابتی است. برای درک بهتر این مهم، لازم به ذکر است که از منظر حوزه و قلمرو اعمال حقوق رقابت، دو نوع مقررات گذاری وجود دارد:

۱) **مقررات گذاری بخشی:** به یک بازار جزئی متشکل، گروه‌های شغلی مرتبط، صنعت خاص با فناوری مشخص و ساختار اشتغالی و درآمدی معین اطلاق می‌شود که از فعالیت اقتصادی چند بازیگر رقیب در بازار شکل گرفته باشد. رگولاتوری^۲ در اینجا تخصصی و خاص است که صرفاً تنظیم‌گری را در همان محدوده انجام می‌دهد (مانند بانک مرکزی در نظارت و هدایت حوزه بانکی کشور).

۱. برای اطلاع بیشتر درخصوص ماهیت مقررات گذاری و تنظیم مقررات نک: ایمان چراتیان، «واکاوی چالش‌های شورای رقابت»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۰، ش ۷۳، (۱۳۹۲): صص ۶۹-۷۵؛ داود هادی‌فر، نهادهای حقوقی تنظیم مقررات، ساختار و سازوکار اجرایی (تهران: عترت نو، ۱۳۸۹)، صص ۹۲-۱۳۵؛ و نیز برای مطالعه انواع نهادهای حقوقی تنظیم مقررات نک: همان.

2. Regulatory

۲) مقررات‌گذاری ملی و فرابخشی: که تمام بخش‌های اقتصادی یک کشور را بدون محدودیت شامل می‌شود. مانند شورای رقابت که نهاد مقررات‌گذار ملی در مقابله با انحصار در ایران می‌باشد و نسبت به همه بخش‌های اقتصاد از امکان تنظیم‌گری برخوردار است. بنابراین، شورای رقابت، مرجع مقررات‌گذار فرابخشی است که از نظر قانونی و حقوقی امکان ورود به بازارهای بخشی و متشکل را نیز دارد، لکن علی‌رغم این قاعده کلی، ورود او به‌موجب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با ضوابط و تشریفات همراه شده است؛ چراکه ماده ۵۹ قانون فوق، اشعار می‌دارد: «شورای رقابت می‌تواند در حوزه کالا یا خدمتی خاص که بازار آن مصداق انحصار طبیعی است، پیشنهاد تشکیل نهاد تنظیم‌کننده بخشی را برای تصویب به هیأت وزیران، ارائه و قسمتی از وظایف و اختیارات تنظیمی خود در حوزه مزبور را به نهاد تنظیم‌کننده بخشی واگذار نماید. ترکیب اعضای نهادهای تنظیم‌کننده بخشی به پیشنهاد شورای رقابت با تصویب هیأت وزیران تعیین می‌شود. شرایط انتخاب اعضای این نهادها، مطابق بند (ب) ماده ۵۳ این قانون است و اعضای آن‌ها در حیطه وظایف و اختیارات تفویض شده، مسئولیت‌های پیش‌بینی شده در این قانون برای اعضای شورای رقابت را بر عهده دارند. در هر حال هیچ نهاد تنظیم‌کننده بخشی نمی‌تواند مغایر با این قانون یا مصوبات شورای رقابت در زمینه تسهیل رقابت تصمیمی بگیرد یا اقدامی کند».

ب) صلاحیت شورای رقابت و کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات

وفق صدر ماده ۵۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، «برای نیل به اهداف این فصل [فصل نهم: تسهیل رقابت و منع انحصار] شورایی تحت عنوان شورای رقابت تشکیل می‌شود» که بنا به ماده ۶۲ همان قانون، تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی است. ماده ۵۸ قانون فوق‌الذکر درخصوص صلاحیت این شورا آورده است: «علاوه بر موارد تصریح‌شده در سایر مواد، این شورا وظایف و اختیارات زیر را نیز دارد: ۱- تشخیص مصادیق رویه‌های ضدرقابتی و معافیت‌های موضوع این قانون و اتخاذ تصمیم درمورد این معافیت‌ها درخصوص امور موردی مندرج در این قانون؛ ۲- ارزیابی وضعیت و تعیین محدوده بازار کالاها و خدمات مرتبط با مواد ۴۴ تا ۴۸؛ ۳- تدوین و ابلاغ راهنماها و دستورالعمل‌های

لازم به منظور اجراء این فصل و دستورالعمل‌های داخلی شورا؛ ۴- ارائه نظرات مشورتی به دولت برای تنظیم لوایح مورد نیاز؛ ۵- تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط»^۱.

مطابق ماده ۷ قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات نیز، «در جهت اجرای مصوبات کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات و تحقق اهداف مورد نظر در بخش ارتباطات رادیویی و ایفای وظایف، سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی وابسته به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات از تجمیع معاونت امور مخابراتی وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات و اداره کل ارتباطات رادیویی با استفاده از امکانات و نیروی انسانی موجود تأسیس می‌شود و رئیس سازمان معاون وزیر خواهد بود». براساس تبصره ۲ ماده اخیر، سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی وظایف و اختیارات حاکمیتی، نظارتی و اجرایی وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات را در بخش تنظیم مقررات ارتباطی و ارتباطات رادیویی ایفاء خواهد کرد و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی خواهد بود. وظایف و اختیارات سازمان در ماده ۶ اساسنامه قید گردیده است.^۲

۱. برای اطلاع بیشتر نک: محمدحسن صادقی‌مقدم و محمد صادقی، «مطالعه نهادهای حقوقی نظارت بر بازار رقابتی (در ایران، اتحادیه اروپا و ایالات متحده)»، مجله پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، س ۲، دوره جدید، ش ۱ (۱۳۹۳): صص ۲۷ - ۵۴؛ مهدی رشوندبوکانی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰)، صص ۳۵۸ - ۳۶۴.

۲. مطابق ماده ۶، برخی از «وظایف و اختیارات سازمان به شرح ذیل می‌باشد: ۱. صدور پروانه فعالیت و بهره‌برداری برای ارائه هرگونه خدمات مخابراتی، پستی و فناوری اطلاعات شامل شرایط، ضوابط و چگونگی جبران خسارات ناشی از عدم اجرای آن‌ها در چارچوب مصوبات کمیسیون؛ ۲. تدوین و پیشنهاد استانداردهای ملی مربوط به ارتباطات و فناوری اطلاعات در کشور به مراجع ذی‌ربط و اعمال استانداردها و ضوابط و نظام‌های کنترل کیفی و تأیید نمونه تجهیزات در ارائه خدمات و توسعه و بهره‌برداری از شبکه‌های مخابراتی، پستی و فناوری اطلاعات در کشور؛ ۳. تدوین و ارائه پیشنهاد درخصوص تعیین فعالیت‌ها و بهره‌برداری غیرمجاز پستی، مخابراتی و فناوری اطلاعات، تعیین جریمه در هر مورد و اعلام اعمال آن در چارچوب و مقررات پس از طی مراحل قانونی؛ ۴. تدوین و تنظیم مقررات، آیین‌نامه‌ها، جدول‌های تعرفه و نرخ‌های کلیه خدمات در بخش‌های مختلف ارتباطات و فناوری اطلاعات، تعیین کف یا

در اینجا فراتر از اختلاف فوق‌الإشاره، درخصوص قلمرو اعمال صلاحیت نهادهای بخشی و فرابخشی، شبهه‌ای وجود دارد که شورای رقابت نمی‌تواند در حوزه خاص وظایف و اختیارات نهادهای بخشی واجد صلاحیت باشد. برای نمونه، برخی در این زمینه برآنند که «با توجه به منطق حاکم بر ایجاد شورای رقابت، در صورتی که این شورا را مختص بازارهای غیرمتشکل بدانیم، بازار متشکل سرمایه باید - تخصصاً و نه لزوماً تخصصیاً - از دایره شمول مباحث رقابتی قانون اصل ۴۴ خارج باشد».^۱ مضاف بر استدلال فوق، «بر این مبنا ممکن است چنین استدلال شود که بند (و) ماده ۹۹^۲ به تردید در این زمینه خاتمه می‌دهد و بورس کالا را (که در آن معامله کالا صورت می‌گیرد) از شمول قوانین و مقررات این‌چنینی مستثنی می‌سازد. این خروج، منطقی است زیرا وظیفه حمایت از حقوق

← سقف آنها به‌منظور حصول اطمینان از رقابت سالم و تداوم ارائه خدمات و رشد کیفی آن‌ها برای تصویب کمیسیون در چارچوب قوانین و مقررات؛ ۵. وصول مبالغ حق‌الامتیاز صدور پروانه، هزینه استفاده از فرکانس، هزینه جبران خسارت و سایر وجوهی که طبق قوانین و مقررات مربوط به تصویب می‌رسد و واریز آن به حساب‌های خزانه؛ ۶. نظارت بر عملکرد دارندگان پروانه‌ها در چارچوب مفاد پروانه‌های صادرشده و رسیدگی به تخلفات و ملزم نمودن آنان به انجام تعهدات و وظایف از طریق صدور اخطاریه یا لغو موقت یا دائم امتیازها و پروانه‌های بهره‌برداری؛ ۷. تدوین و پیشنهاد دستورالعمل‌ها و ضوابط مربوط به اتصال متقابل شبکه‌های مخابراتی و رایانه‌ای از نظر امنیت، ایمنی اتصالات و تعرفه‌های آن‌ها به کمیسیون و نظارت بر اعمال صحیح آن‌ها؛ ۸. تنظیم، مدیریت و کنترل فضای فرکانسی کشور و تدوین مقررات و تصویب ضوابط و جداول و معیارهای استفاده بهینه از فرکانس و نظارت و حاکمیت بر طیف و جدول ملی فرکانس در چارچوب قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات - مصوب ۱۳۸۲- و سایر قوانین و مقررات مربوط؛ ۹. تدوین و پیشنهاد دستورالعمل‌ها به کمیسیون و اعمال مصوبات در موارد ذیل: ...».

۱. محمد سلطانی، «تبیین و تحلیل جایگاه ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران در بازار سرمایه کشور»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۲۰، (۱۳۹۱): ص ۱۱۲.

۲. ماده ۹۹- «به‌منظور ارتقاء جایگاه بازار سرمایه در اقتصاد کشور و ساماندهی بازار متشکل اوراق بهادار اقدامات زیر انجام می‌شود. سایر تدابیر ساماندهی، مطابق ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ است. ... و) کالاهایی که در بورس‌های کالایی به عنوان بازار متشکل، سازمان‌یافته و تحت نظارت پذیرفته شده و مورد دادوستد قرار می‌گیرد طبق قوانین و مقررات حاکم بر آن بورس‌ها عرضه شده و مورد معامله قرار می‌گیرد. عرضه، معامله، تسویه و تحویل نهایی کالاهای مذکور مشمول قوانین و مقررات مربوط به بازارهای غیرمتشکل کالایی نیست».

سرمایه‌گذاران در بازار سرمایه و حفظ بازار شفاف، منصفانه و کارآ مطابق ماده ۲ قانون بازار اوراق بهادار بر عهده شورای عالی بورس و سازمان نهاده شده است و بازار شفاف و منصفانه جز در سایه رعایت اصول رقابت به‌دست نمی‌آید و بدین لحاظ کمرنگ نمودن حیطه این اختیارات به معنای کم‌اثر نمودن فعالیت نظارتی سازمان می‌باشد».^۱ البته استدلال مارالذکر مورد خدشه خواهد بود، زیرا صلاحیت شورای رقابت، فراگیر بوده و به نوعی تمامی نهادهای نظارتی بخشی را نیز شامل می‌شود. از این رو استناد به خروج تخصصی بازار سرمایه از دایره شمول مباحث رقابتی قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ فاقد پشتوانه حقوقی است؛ چراکه: اولاً، صلاحیت شورای رقابت محدود به بازارهای غیرمتشکل نبوده و درواقع متشکل یا غیرمتشکل بودن بازارها تأثیری در صلاحیت شورا ندارد؛ ثانیاً، در مانحن‌فیه خروج تخصصی محرز نبوده و علاوه بر این، بازارهای بخشی، قسمتی از فضای اقتصادی است که شورای رقابت، مرجع اصلی نظارت بر آن محسوب می‌شود. این در حالی است که گفتیم شورای رقابت، نهادی فرابخشی است که به اقتضای صلاحیت عام خویش طبق ماده ۵۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در مقام تسهیل رقابت و منع انحصار، عندالإقتضاء صلاحیت ورود به حوزه عملکرد رگولاتورهای بخشی را داراست. این امکان از ماده ۴۳ قانون فوق‌الذکر که اشعار می‌دارد «تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی، و خصوصی مشمول مواد این فصل هستند» نیز قابل اثبات خواهد بود. با این حال با توجه به تخصصی بودن بازارهای بخشی (بانک، بورس و بیمه)، شورا می‌تواند برای افزایش ضریب تأثیر نظارت‌ها، اعمال نظارت عام خویش در هریک از بازارهای بخشی را حسب مورد به نهاد ناظر مربوطه (بانک مرکزی، سازمان بورس و بیمه مرکزی) تفویض نماید. بنابراین، درخصوص دو نهاد مورد بحث این نوشتار نیز باید از قاعده مورد اشاره تبعیت نمود و صلاحیت شورای رقابت را اعم از صلاحیت کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات دانست. به تصریحی دیگر، صلاحیت کمیسیون

تنظیم مقررات، اخص از شورای رقابت بوده و از این منظر باید آن را مرجع مقررات گذار بخشی به شمار آورد.

ج) قابلیت طرح دعوای مارا الذکر در دیوان عدالت اداری

صلاحیت دیوان عدالت اداری را باید ملهم از اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران،^۱ در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۲ مورد تبیین و بررسی قرار داد. با این حال در خصوص اینکه چه اشخاصی امکان طرح دعوا در دیوان عدالت اداری را دارند، محل اختلاف نظر است؛ یک نظر آنکه اشخاص حقیقی و حقوقی (اعم از حقوق خصوصی و حقوق عمومی) مُحق هستند دعوای خود را در دیوان مزبور مطرح نمایند. نظر دیگر آن است که تنها مردم در طرح دعوا علیه دولت در دیوان عدالت اداری ذی حق هستند.^۳ در این خصوص البته رأی وحدت رویه شماره های ۳۷،

۱. «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها با آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آن ها، دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می کند».

۲. ماده ۱۰- صلاحیت و حدود اختیارات دیوان به قرار زیر است:

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از:

الف) تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه ها و سازمان ها و مؤسسات و شرکت های دولتی و شهرداری ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن ها؛

ب) تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند (الف) در امور راجع به وظایف آن ها.

۲- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیأت های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون هایی مانند کمیسیون های مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها منحصر از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن ها.

۳- رسیدگی به شکایات قضات و مشمولان قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در بند (۱) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آن ها محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از حیث تضییع حقوق استخدامی ...».

۳. برای مطالعه تفصیلی نظرات موجود نک: محمد امامی و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری** (تهران: میزان، ۱۳۹۰)، ج ۱، صص ۱۶۰-۱۷۴؛ سیدعلی میرداماد نجف آبادی، «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری»، **فصلنامه معرفت حقوقی**، س ۱، ش ۱ (۱۳۹۰): صص ۳۷-۴۴؛ محمد امامی، و مهستی سلیمانی، «ضوابط تشخیص دعوای قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش ۸۲ (۱۳۹۲): صص ۱۲-۱۳ و ۲۷-۲۸.

۳۸ و ۳۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۶۸/۰۷/۱۰ بیان داشته: «نظر به اینکه در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی لغوی و عرفی مردم، واحدهای دولتی از شمول مردم، خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می شود و مستفاد از بند ۱ ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی می باشند. علی هذا شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی باشد». همچنین شورای نگهبان نیز در این خصوص اشعار داشته: «به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آن ها تشکیل شده است. بر این اساس، صلاحیت دیوان صرفاً رسیدگی به شکایات مردم نسبت به نهادهای دولتی است و نسبت به نهادهای غیردولتی صلاحیت و تکلیفی ندارد».

با امعان نظر به دیدگاه های موجود، در مانحن فیه پرسش مهم آن است که: آیا دعوای مزبور، در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی است؟ وجه این سؤال از این روست که شورای رقابت، نهادی فراقوه ای (و نه دولتی به معنای قوه مجریه) محسوب شده و طبق اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت به عنوان مرجعی جهت شکایت مردم علیه دولت در نظر گرفته شده است. بنابراین، شورای رقابت، جزء مفهوم مردم نبوده و درواقع با در نظر داشتن منطوق و مفهوم اصل فوق، در موضع و مقامی قرار نمی گیرد که بتوان آن را در شمول مفاد اعلامی تلقی نمود، لذا شاید بتوان ادعا کرد که تظلم و دادخواهی از دولت در اینجا جایگاهی ندارد، زیرا خود، جزئی از حاکمیت بوده و از این منظر، دعوای مورد بحث در حیطه و محدوده صلاحیت دیوان عدالت اداری نمی گنجد.

با این حال می توان این امکان را با توجه به صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در صنف دعوای اداری^۱ و براساس روح حاکم بر مقرر ماده ۶۷ قانون اجرای

۱. بر این اساس، دیوان عدالت اداری باید در صنف اداری (یعنی هر دعوایی که عنوان اداری داشته باشد و یا مصادق نقض اعمال عمومی تلقی شود) دارای صلاحیت عام شناخته شود مگر اینکه به موجب قانون خاص، این حکم تنقید و تخصیص خورده باشد.

سیاست‌های کلی اصل ۴۴^۱، ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ و حصر و اطلاق ماده ۶۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴^۳ توجیه نمود.^۴ ضمن اینکه شورای رقابت را نمی‌توان دولتی (به معنای خاص) به‌شمار آورد. وانگهی در برخی موضوعات (مانند مواردی که مربوط به امور تصدی مرتبط با دستگاه‌های دولتی بوده)، دیوان در مواردی رسیدگی کرده و حتی بعضاً نیز (نسبت به مفهوم دولت) مبانی مختلفی اتخاذ نموده است.^۵ بنا به موارد فوق و با تأسی از اینکه دعوای مورد بحث در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار گرفته است، تردیدی بر امکان طرح شکایت مزبور نزد دیوان باقی نخواهد ماند، زیرا ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری اشعار می‌دارد: «حدود صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان به شرح ذیل است: ۱- رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود؛ ۲- ...».

۱. ماده ۶۷- «شورای رقابت می‌تواند در کلیه جرائم موضوع این قانون سمت شاکی داشته باشد و از دادگاه صلاحیتدار برای جبران خسارت واردشده به منافع عمومی درخواست رسیدگی کند».
۲. ماده ۲۶- «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوی که به آن رجوع شده است با همان دادگاه است. منایع صلاحیت تاریخ تقدیم دادخواست است مگر در مواردی که خلاف آن مقرر شده باشد».
۳. ماده ۶۲- «شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی است و مکلف است رأساً و یا براساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکلهای صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیردولتی، بررسی و تحقیق درخصوص رویه‌های ضدرقابتی را آغاز و در چهارچوب ماده ۶۱ این قانون تصمیم بگیرد ...».
۴. «ضوابط تشخیص دعوی قابل طرح در دیوان عبارتند از: ۱) خصوصی بودن شخصیت حقوقی خواهان؛ ۲) عمومی بودن شخصیت خوانده؛ ۳) ناشی بودن تضییع حق از تخطی از قواعد حقوق عمومی در انجام دادن عمل اداری؛ ۴) به دنبال دعوای اداری مطرح شدن». برای اطلاع بیشتر نک: همان، صص ۲۹- ۳۴.
۵. نک: کورش استوارسنگری، «مفهوم دولت در آراء وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری»، **مجله مطالعات حقوقی**، دوره ۳، ش ۱ (پیاپی ۴) (۱۳۹۰) صص ۱-۳۲.

د) ضوابط حقوقی موضوع مورد نزاع در رأی اصداری

در رأی صادره باید پذیرفت که کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات، براساس مقررات مربوطه، واجد صلاحیت‌هایی است که تا زمان الغاء یا نسخ آن نباید مورد انکارواقع شود. بی‌تردید نمایندگان کمیسیون مزبور و شورای رقابت در استدلالات خویش حقایقی را در نظر داشته‌اند که به‌زعم ما از نهادینه نبودن قواعد حقوق رقابت در کشور ناشی می‌شود.^۱ به هر حال، روح حاکم بر قواعد حقوق رقابت و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به‌خوبی صلاحیت فرابخشی شورای رقابت را در مقایسه با کمیسیون مورد اشاره روشن می‌سازد، لذا صلاحیت شورای رقابت، وارد و حاکم بر وظایف کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات و مراجع مشابه آن است، لکن مقرر نه‌چندان قوی در ماده ۵۹ عملاً پذیرش قاعده فوق را برای برخی دشوار ساخته است. از این رو به سبب عدم شناخت دیگران از جایگاه واقعی شورای رقابت، لاقلاً شایسته است تا زمان اصلاح مقرر فوق‌الذکر، شورای مزبور به جای دامن زدن به چنین اقداماتی، حکم مقرر ماده ۵۹ و بند پنج ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی را تحقق بخشد تا از آن طریق ضمن حفظ شأن بی‌نظیری که قانون به او اعطاء کرده است، از بازیچه شدن خویش جلوگیری نماید. بنابراین،

۱. همان‌گونه که در بند پنج ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ آمده، تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط ازجمله وظایف شورای رقابت است، لذا شورای رقابت با توجه به جایگاه مقررات گذار خویش باید طبق مقرر مزبور اقدام مقتضی را انجام دهد که همان سیاست‌گذاری برای تسهیل بازار و منع انحصار است، لذا اشاره بدین امر تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت به معنای تعیین قیمت و تصویب تعرفه نیست، صحیح به نظر می‌رسد، زیرا این امکان نه تنها از سوی قانون فوق تجویز نشده است بلکه خلاف قواعد حقوقی رقابت محسوب می‌شود. بنابراین،

۱. ازجمله این موارد را باید تداخل اختیارات مرجع مقررات‌گذار فرابخشی (شورای رقابت) با مراجع مقررات گذار بخشی دانست. برای اطلاع بیشتر در این زمینه نک: ایمان چراتیان، پیشین، صص ۸۸- ۹۱.

اقدام موجه شورا در این زمینه آن است که از مجاری قانونی و با تأسی از قواعد حقوقی رقابت وارد شود. روشن است که این قاعده صرفاً اختصاص به موضوع مانحن‌فیه نداشته و در سایر بازارهای بخشی نیز لازم‌الاتباع خواهد بود.^۱

۲. با توجه به قواعد حقوقی رقابت، به نظر می‌رسد ضابطه حقوقی در تمیز صلاحیت مراجع مقررات‌گذار رقابتی باید به‌گونه‌ای نهادینه شود که «اصالت» بر «صلاحیت» مرجع فرابخشی قرار گیرد. طبعاً با شرایطی که در قانون پیش‌بینی می‌شود، و با توجه به طبع بازارهای بخشی، برخی از صلاحیت‌های مرجع فرابخشی حسب مورد به مرجع بخشی قابل تفویض خواهد بود تا بتوان علاوه بر کاهش حجم کاری مرجع اصلی، از مواهب ناشی از تخصص در هریک از حوزه‌های جزئی‌تر نیز برخوردار شد.

۳. عطف به ضابطه اعلامی در سطور فوق، شورای رقابت علاوه بر امکان محقق ساختن مقررده ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، می‌تواند برابر با ماده ۵۹ قانون مذکور، قسمتی از وظایف و اختیارات تنظیمی خود در حوزه تحت صلاحیت کمیسیون تنظیم مقررات را به کمیسیون مزبور واگذار نماید و با تصویب مقرره‌ای با این محتوا، مصوبات این کمیسیون را به‌منزله مصوبات خود شورا معرفی کند. حُسن این تدبیر آن است که: اولاً، شأن فرابخشی شورا را حفظ می‌کند؛ ثانیاً، به جهت تخصصی بودن حوزه مورد بحث، امکان بهره‌مندی از مواهب فنی را بیشتر کرده و با تأسی از مقررده ذیل ماده اخیرالذکر، این ضمانت‌اجرا را خواهد داشت که کمیسیون تنظیم مقررات نتواند مغایر با اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و یا مصوبات شورای رقابت در زمینه تسهیل رقابت تصمیمی بگیرد یا اقدامی نماید.

۴. علی‌رغم اینکه شورای رقابت، نهادی فراقوه‌ای و بالادست شناخته می‌شود و نباید جایگاه آن نسبت به قوه‌ای خاص - خصوصاً قوه مجریه - متزلزل گردد، عقلانی خواهد بود که خود رأساً به تشکیل نهاد تنظیم‌کننده بخشی مبادرت ورزد. بدیهی است لزوم استقلال شورا نیز اقتضاء خواهد نمود که به هیچ‌وجه وابسته به دولت یا مرجع

دیگری نباشد. این در حالی است که ماده ۵۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ چنین آورده است: «شورای رقابت می‌تواند... پیشنهاد تشکیل نهاد تنظیم‌کننده بخشی را برای تصویب به هیأت وزیران، ارائه و قسمتی از وظایف و اختیارات تنظیمی خود در حوزه مزبور را به نهاد تنظیم‌کننده بخشی واگذار نماید»، لذا اگر ماده مورد بحث این‌گونه بیان می‌شد که «شورای رقابت می‌تواند در حوزه کالا یا خدمتی خاص که مصداق یکی از بخش‌های رقابت‌ناپذیر و یا متشکل است، تشکیل نهاد تنظیم‌کننده بخشی را برای اجرا به هیأت وزیران، ارائه و قسمتی از وظایف و اختیارات تنظیمی خود در حوزه مزبور را به نهاد مورد نظر واگذار نماید. این حکم بنا به تصویب شورا و اعلام آن به هیأت وزیران، درمورد نهادهای تنظیم‌کننده‌ای که از قبل تأسیس شده نیز قابل اجراست»، با اصول حقوقی، سازگاری بیشتری داشت.

۵. حکم ماده ۹۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که بیان داشته «از تاریخ تصویب این قانون کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن نسخ می‌گردد و مادام که در قوانین بعدی، نسخ و یا اصلاح مواد و مقررات این قانون صریحاً و با ذکر نام این قانون و ماده مورد نظر قید نشود، معتبر خواهد بود» با اینکه می‌تواند دلالت بر نسخ مقررات راجع به صلاحیت مشترک کمیسیون تنظیم مقررات داشته باشد، لکن به‌موجب بند (ط) ماده ۴۶ قانون برنامه پنجم توسعه^۱ لغو اثر شده است. بنابراین، روشن است اتخاذ چنین مقرره‌های متعارض در قاموس قوانین و مقررات کشورمان نه تنها موجب سردرگمی و رویه‌های متشتت می‌شود، بلکه باعث اتلاف فرصت‌های موجود نیز خواهد شد. از این رو اتخاذ مقررده متفاوت در موضوعی که می‌تواند واحد تلقی شود، چندان توجیه‌پذیر نبوده و ضرورت در برطرف کردن آن است.

۱. «ط- به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات اجازه داده می‌شود با تصویب کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات، مبالغی به عنوان حق امتیاز، خسارت و جریمه عدم انجام تعهدات مندرج در پروانه‌های صادره اخذ و به حساب درآمد عمومی نزد خزانه‌داری کل کشور واریز نماید. وجوه مورد نیاز جهت توسعه زیرساخت‌های ارتباطی و فناوری اطلاعات مناطق کمتر توسعه‌یافته در قالب بودجه سنواتی تأمین می‌گردد. جریمه موضوع این بند و میزان آن در صورتی قابل وصول است که در ضمن عقد شرط شده باشد».

۱. محمود باقری و محمد صادقی، «تعامل مفهومی و مصداقی بازار و نابازار در کالبد قاعده حقوقی رقابت»

مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، ش ۲ (۱۳۹۴): صص ۴۳۲-۴۳۴.

فهرست منابع

کتاب و مقالات

۱. استوارسنگری، کوروش، «مفهوم دولت در آراء وحدت‌رویه دیوان عدالت اداری»، **مجله مطالعات حقوقی**، دوره ۳، ش ۱ (پیاپی ۴)، ۱۳۹۰.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری**، ج ۱، چاپ چهاردهم (تهران: میزان، ۱۳۹۰).
۳. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، «ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش ۸۲، ۱۳۹۲.
۴. باقری، محمود و محمد صادقی، «تعامل مفهومی و مصداقی بازار و نابازار در کالبد قاعده حقوقی رقابت» **مجله مطالعات حقوق تطبیقی**، دوره ۶، ش ۲، ۱۳۹۴.
۵. چراتیان، ایمان، «واکاوی چالش‌های شورای رقابت»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، دوره ۲۰، ش ۷۳، ۱۳۹۲.
۶. رشوند بوکانی، مهدی، **حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا**، چاپ اول (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰).
۷. سلطانی، محمد، «تبیین و تحلیل جایگاه ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران در بازار سرمایه کشور»، **فصلنامه بورس اوراق بهادار**، ش ۲۰، ۱۳۹۱.
۸. صادقی‌مقدم، محمدحسن و محمد صادقی، «مطالعه نهادهای حقوقی نظارت بر بازار رقابتی (در ایران، اتحادیه اروپا و ایالات متحده)»، **مجله پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی**، س ۲، دوره جدید، ش ۱، ۱۳۹۳.
۹. میرداماد نجف‌آبادی، سیدعلی، «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری»، **فصلنامه معرفت حقوقی**، س ۱، ش ۱، ۱۳۹۰.
۱۰. هادی‌فر، داود، **نهادهای حقوقی تنظیم مقررات، ساختار و سازوکار اجرایی** (تهران: عترت نو، ۱۳۸۹).

قوانین و مقررات

۱. اساسنامه سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی (۱۳۸۷).
۲. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (۱۳۸۷).
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸).
۴. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) (۱۳۷۹).
۵. قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۹).
۶. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲).
۷. قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (۱۳۸۲).

تخفیف حبس، از تقلیل تا تبدیل

رضا زهروی *

رسول احمدزاده **

سینا رستمی ***

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۷۱۱۲۸۰۰۸۸۸

کلاس: ۹۵۰۶۴۵

تاریخ رسیدگی: ۹۵/۰۶/۱۷

موضوع اتهام: ترک انفاق

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۱۸ دادگاه کیفری ۲ شیراز

۱. وقایع پرونده

۱.۱. رأی دادگاه بدوی

به تاریخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷ و در وقت فوق‌العاده جلسه شعبه ۱۱۸ دادگاه کیفری ۲ شیراز پرونده کلاس فوق تحت نظر است. دادگاه با بررسی اوراق و مندرجات آن ختم رسیدگی را اعلام و به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

در خصوص اتهام آقای ب. الف. فرزند م. الف. متولد ۱۳۶۲، متأهل و فاقد سابقه محکومیت کیفری دایر بر ترک نفقه فرزند خود به نام ت. الف. موضوع شکایت خانم ع. س. ح. فرزند م. ح. مادر طفل نظر به اوراق و محتویات پرونده شامل شکایت شاکی خصوصی، کپی اسناد هویتی که مؤید رابطه ابوت است،

* عضو هیأت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

rezazahravi@ut.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

اظهارات شهود، اقرار صریح و مقرون به‌واقع متهم مبنی بر نپرداختن نفقه و کیفرخواست تنظیمی از سوی دادسرای عمومی و انقلاب شیراز از نظر این مرجع انتساب رفتار به متهم محرز است لذا در راستای اعمال ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری و با استناد به ماده ۵۳ قانون حمایت از خانواده و با لحاظ جهت تخفیف جوان بودن متهم، مندرج در بند (ث) ماده ۳۸ از قانون مجازات اسلامی و نیز با استناد به بند (الف) ماده ۳۷ همان قانون و با تبدیل حبس تعزیری درجه شش و اعمال یک درجه تخفیف، حکم به محکومیت متهم به پرداخت ده میلیون ریال جزای نقدی درجه هفت به نفع دولت صادر و اعلام می‌گردد. توجیه قانونی تبدیل حبس به جزای نقدی به شرح ذیل است: الف) منظور از لفظ «تقلیل» در بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی، هم پائین آوردن میزان مجازات و هم، تبدیل آن است؛ در غیر این صورت تبدیل در بند (ت) همان ماده راجع به سایر مجازات‌ها نیز ممکن نخواهد بود، چنانکه نویسنده یا نویسندگان قانون در بند (ت) از اصطلاح تبدیل استفاده نکرده و تقلیل را در معنای اعم آن به کار برده‌اند. بیان تقلیل به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر به‌خوبی حکایت از این موضوع دارد. بر این اساس، مجازات حبس نیز در قانون مجازات اسلامی مصوب بهار سال ۱۳۹۳ قابل تبدیل است؛ ب) قانون مجازات اسلامی به دنبال جایگزین کردن حبس با نهادهای حقوقی نظیر تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی، تعلیق اجرای مجازات، مجازات جایگزین حبس و ... بوده است. تفسیر به آنکه مجازات حبس در قانون فوق قابل تبدیل نیست، حرکت در مسیر مخالف مورد نظر قانون است؛ پ) قانون به قول یکی از حقوقدانان فرانسوی با وجود لزوم حفظ حرمت آن چیزی جز نوشته‌ای بر سنگ سیاه نیست. آنکه بر این کالبد بی‌جان روح داده، آن را تلطیف کرده و همانند ماشینی منسجم به حرکت درمی‌آورد قاضی است. جان دادن به این کالبد بی‌جان، روش تفسیر فرمالیستی را برتافتاده و منطق مبتنی بر واقع‌بینی می‌طلبد. واقعیت آن است که مقنن ایرانی گویی تنها علاج درد را حبس دانسته و حتی در حساس‌ترین روابط انسان‌ها یعنی روابط خانوادگی، چوب حبس را بر سر زوجین و فرزندان‌شان می‌کوبد. اگر قاضی خود را محبوس منطق قانون دانسته، و تفسیر لفظی حاکم در سده‌های پیش را پیشه خود کند، بدون تردید آنچه از بند (الف) ماده ۳۷ برمی‌آید آن است که حبس، گریزناپذیر بوده و قابل تبدیل نیست؛ اما اگر عصای انصاف به دست پیرمرد عدالت قانونی داده شود و آثار و نتایج تفسیر، و رای فرمول‌ها و قواعد از پیش چیده‌شده قانونی مورد لحاظ قرار گیرد اولین نتیجه مفسر حقوقی آن است که گاهی مواقع تبدیل حبس به سایر مجازات‌های در خور شخصیت افراد الزامی و ضروری است.

البته چنین روشی جدای از پذیرش اخلاق والای اجتماعی به عنوان مبنای حقوق، غیرممکن است. بر این اساس نگاه قاضی نه تنها به کلمات بی روح و گاه بی ارزش قانون معطوف می گردد، بلکه آثار، عواقب و نتایج تصمیم نیز مورد بررسی قرار می گیرد. به زندان فرستادن جوانی که به هر علت نفقه فرزند خود را نپرداخته است، کدام اثر مثبت را به حال طرفین، خانواده و جامعه خواهد داشت جز آنکه جوانی را از زندگی بازداشته به جای تعلیم کار در جامعه به او تعلیم جرم در زندان می دهد. تکمیل مطلب آن که قاضی، آشپز «مک دونالدی» نبوده که از قبل فرمول ها به او داده شود و تخطی او از فرمول ها و کم و زیاد کردن ذره ای نمک او را از کار اخراج کند. به واقع حقوق، همان است که قاضی در روی میز خود می بیند نه آنچه مقنن در کنج اتاق و میل نشینانه به آن می رسد. این رأی حضوری و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ از ناحیه شاکی و دادستان محترم قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر استان فارس می باشد.

۱.۲. مقدمه

نخستین سؤالی که ضمن مطالعه دادنامه به ذهن متبادر می شود این است که: میزان مشایعت قضات با قانون تا چه حد باید باشد؟ از دیدگاه نگارندگان این سطور، «مشایعت مطلق با قانون» است، زیرا نظام حقوقی ایران بر مبنای قانون است، اگر قاضی فارغ از قوانین، مصلحت طلب باشد یا خارج از قوانین به جست و جوی عدالت بپردازد انسجام احکام، متزلزل و پایمال می گردد و «حکومت قاضی» جانشین «حکومت قانون» می شود. «جان آستین» - فیلسوف مشهور اثبات گرا - معتقد است: «وجود قانون یک چیز است و شایستگی آن چیز دیگر؛ بودن یا نبودن قانون، یک امر است و مطابقت یا عدم مطابقت آن با معیارهای مطلوب، امری دیگر؛ قانون موجود، در حال حاضر «قانون» قلمداد می گردد خواه آن را مطلوب بدانیم خواه ندانیم»^۱.

قانون، ابزاری است اساسی برای تنظیم رفتار افراد جامعه. و قضات نیز به عنوان جزئی از افراد جامعه از تابعان قانون محسوب می شوند. چرایی تبعیت از قانون همواره

ازجمله مباحث مناقشه برانگیزی بوده که منجر به ارائه نظریات گوناگونی از سوی فلاسفه و حقوقدانان شده است. در میان توجیهات ارائه شده اندیشمندان مغرب زمین در این خصوص به نظر می رسد نظریه مبتنی بر «انصاف» «جان راولز» نسبت به سایر نظریات، از قوت بیشتری برخوردار بوده و توانسته است چرایی تبعیت از قانون را به نحو مطلوبی مستدل کند.^۱ بنابراین، مبتنی بر نظریه انصاف است که حکم می نماییم تمامی افراد جامعه باید در راستای اهداف قانون، از آن پیروی نمایند. به علاوه، حاکمیت قانون نیز معنایی مضیق و ساده مفهومی جز پایبندی به قانون و اجرای دقیق مفاد آن و سلیقه ای برخورد نکردن با قانون ندارد.

در این نوشتار تلاش خواهد شد تا ضمن مرور بر مباحث تحلیلی فلسفه حقوق، مبانی صدور رأی و نکات حقوقی و مباحث مرتبط با آن به طور دقیق تبیین گردد.

۱.۳. خلاصه جریان پرونده

پدری که نفقه فرزندش را پرداخت نکرده است، در نتیجه شکایت مادر طفل به اتهام ترک انفاق مورد تعقیب قرار می گیرد که منجر به صدور دادنامه ۸۸۸۰۰۸۸۸۰۹۹۷۷۱۱۲۸۰ از سوی دادگاه کیفری ۲ شیراز می شود. دادگاه در این دادنامه ضمن محرز دانستن رابطه ابوت و در نتیجه اقرار متهم، مجرمیت وی را احراز نموده و ضمن محکومیت متهم به صورت مستدل، کیفر حبس وی را به جزای نقدی درجه هفت تبدیل کرده است.

۲. نقد و بررسی

۲.۱. نکات شکلی دادنامه

۱. به نظر می رسد تبیین علل موجهه تصمیم باید قبل از رسیدن به حکم نهایی در زنجیره استدلالی رأی بیان گردد تا مبتنی بر آن، رأی مقتضی صادر شود. حال آنکه دادگاه در چند خط ابتدایی دادنامه، با شرح موضوع و ارائه نظر خود

۱. سیدمحمد حسینی و محسن برهانی، «چرایی تبعیت از قانون»، فصلنامه پژوهش های فلسفی - کلامی، دانشگاه قم، س ۱۱، ش ۳ و ۴ (بهار و تابستان ۱۳۸۹): ص ۲۵۵.

1. John Austin, *The province of jurisprudence determined*, (Cambridge university press, 1995), p. 166.

حکم قضیه را صادر و اعلام داشته، و پس از اعلام حکم، شروع به تحریر مبانی استدلالی رأی کرده است.

۲. از ایرادات وارده بر دادنامه مزبور این است که گردشکار کاملی در دادنامه منعکس نیست و شرح مآوقع برای آگاهی و اطلاع خوانندگان از موضوع و محتوای پرونده هرچند به اختصار بیان نشده است، زیرا بند (ت) ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری در چهارمین بخش از اجزای دادنامه درج «گردشکار و متن کامل رأی» در متن دادنامه را الزامی دانسته است. به نظر می‌رسد اکتفای صرف به ذکر جریان پرونده پس از شروع به تعقیب، منظور نظر قانونگذار نبوده و معنای عام‌تری از واژه و اصطلاح «گردشکار» که شامل شرح مآوقع منتهی به اقامه شکایت یا شروع به تعقیب و گردش به کار به معنای اخص آن باشد را مدنظر داشته چراکه در غیر این صورت، دادنامه دادگاه که باید آینه تمام‌نمایی از پرونده در برابر مخاطبان آن باشد امکان انعکاس موضوع دعوا را نخواهد داشت.^۱

۳. دادگاه در بخشی از رأی چنین نوشته است: «... قاضی، آشپز مک‌دونالدی نبوده که از قبل فرمول‌ها به او داده شود و تخطی او از فرمول‌ها و کم و زیاد کردن ذره‌ای نمک او را از کار اخراج کند ...». رأی مزبور از جهات متعدد قابل نقد است،^۲ اما از منظر شکلی باید اذعان نمود که اگر دادگاه در نگارش رأی از کلمات متعارف

۱. البته این برداشت از گردشکار در رویه قضایی طرفدار و حامی چندانی ندارد و رویه شعب دادگاه‌ها به سمت ذکر گزارش مختصری از سیر مراحل تشکیل پرونده و رسیدگی به آن بوده و اعلام ختم رسیدگی و دادرسی نیز در گردشکار به عمل می‌آید.

۲. اولاً، مفهوم «مک‌دونالدی کردن» یا به‌عزم نظریه‌پرداز تئوری «مک‌دونالدی کردن عدالت کیفری»، «عدالت کیفری مک‌دونالدی» و یا هر استعاره دیگر برای تشریح عدالت کیفری مناسب نیست؛ ثانیاً، باید توجه داشت که شکل‌گرایی به عنوان برچسب، فراوان مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما قانونگذار ایرانی قاضی را آشپز مک‌دونالدی ندانسته بلکه در تعیین کیفر، اصل فردی کردن مجازات‌ها را پیش‌بینی نموده و به قضات این اختیار را داده است که در چارچوب قانون، با توجه به علل ارتکاب جرم، وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و ... مجازات مناسب وی را تعیین نماید. از این رو منطق و مبنای قضایی در حین رسیدگی و تعیین کیفر باید تحت حاکمیت قانون باشد و استدلال و تفاسیر وی به هنگام رأی دادن نیز باید مبتنی بر قانون باشد.

و حقوقی و نیز در مقام تبیین منظور خود از مثال‌های متعارف و قابل فهم در فرهنگ ایران‌زمین استفاده می‌کرد بهتر می‌بود.

۲.۲. نکات ماهوی دادنامه

۲.۲.۱. تحریر محل نزاع در قواعد تخفیف

در صورت وجود جهات تخفیف مجازات، امکان کاهش و یا تبدیل حبس به مجازات‌های دیگر را در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) فراهم بود. بر این اساس دادگاه می‌توانست در صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا به مجازات از نوع دیگری تبدیل کند که مناسب‌تر به حال متهم باشد. به عبارت دیگر، قاضی در مقام تخفیف، ميسوطلايد بود و می‌توانست شدیدترین واکنش‌های کیفری را به خفیف‌ترین آن تبدیل نماید. پس از تصویب قانون مجازات اسلامی جدید در سال ۱۳۹۲، قانونگذار در ماده ۳۷ با نظام‌مندسازی قواعد تخفیف، ضمن استفاده از دو واژه «تقلیل» و «تبدیل» برای تبیین و شفاف‌سازی حدود اختیار قضات در مقام تخفیف مجازات، مناقشاتی را در میان حقوق‌دانان برانگیخت.

براساس نخستین فرضیه‌ای که قابل طرح است، در تفسیر ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی نمی‌توان مجازات حبس را به مجازات دیگر تبدیل نمود و برای تقویت استدلال، به تفکیک بند (الف) ماده ۳۷ از بند (ت) آن و همچنین استفاده از دو واژه تقلیل و تبدیل، ذیل «مقررات تخفیف» استناد جست. طبق ادله‌ای که در ادامه بیان خواهد شد این فرضیه، رویکرد قانونگذار سال ۱۳۹۲ را نسبت به تخفیف در مجازات حبس «تقلیل‌خواهی» دانسته، امکان تبدیل مجازات حبس به مجازات دیگر را مردود اعلام می‌دارد.

فرضیه قابل طرح دیگر، بر این عقیده استوار است که برخلاف برداشت قبلی درخصوص تخفیف مجازات حبس، قانونگذار علاوه بر تقلیل‌خواهی، «تبدیل‌خواه» نیز می‌شد و می‌توان در مقام تخفیف، مجازات حبس را هم تقلیل داد و هم به مجازات‌هایی از انواع دیگر تبدیل نمود. وجود یکسان‌واژه «تقلیل» در ابتدای بند (الف) و (ت) نیز ناظر بر امکان تعمیم تبدیل به بند (الف) است. همچنین وجود عبارت «... دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به‌نحوی که به حال متهم مناسب‌تر

باشد به شرح ذیل، تقلیل دهد یا تبدیل کند» در صدر ماده، مؤیدی خواهد بود بر استدلال پیشین.

۲.۲.۲. تأملی بر رویکرد تبدیل‌خواه

دادرس دادگاه صادرکننده رأی مورد اشاره از حقوقدانان، پیرو رویکرد دوم می‌باشد، لذا نظر قضایی خود را در قالب رأی مورد بررسی به رشته تحریر درآورده است و مبتنی بر «رویکرد تبدیل‌خواه» در مقام تخفیف حبس را به جزای نقدی تبدیل کرده است.

دادگاه در بخشی از دادنامه چنین استدلال نموده: «... نویسنده یا نویسندگان قانون در بند (ت) از اصطلاح «تبدیل» استفاده نکرده و «تقلیل» را در معنای اعم آن به کار برده‌اند ...». به عبارت دیگر، دادگاه معتقد است قانونگذار در بند (ت) از کلمه تقلیل هم معنای «کاستن» را افاده نموده است هم معنای تبدیل را، به همین جهت در بند (الف) هم، مراد از تقلیل می‌تواند هر دو معنای «کاستن» و یا «تبدیل نمودن» مجازات حبس باشد. این استدلال از چند جهت قابل خدشه است:

اول: با توجه به سیاق عبارت بند (ت) ماده ۳۷ و عبارت پایانی آن (از همان نوع یا انواع دیگر) واژه «تقلیل» ناظر بر «همان نوع» است یعنی در تقلیل، تغییر ماهیت به وجود نمی‌آید و میزان مجازات با حفظ نوع خود کاهش می‌یابد، اما واژه ترکیبی «انواع دیگر» در دل خود مستلزم تغییر ماهیت یعنی «تبدیل» است. به تعبیر دیگر، قانونگذار با توجه به این نکته که در بطن واژه ترکیبی «انواع دیگر» نوعی تبدیل نهفته، از ذکر مجدد واژه «تبدیل» پرهیز نموده است.

دوم: با فرض پذیرش این نکته که واژه «تقلیل» در بند (ت) اعم از تقلیل و تبدیل باشد، ادعای اینکه واژه تقلیل در بند (الف) نیز اعم از تبدیل و تقلیل باشد، قابل اثبات نیست و گوینده باید حداقل یک دلیل دیگر به آن ملحق کند؛ چراکه انتهای بند (ت) نسبت به بند (الف) عبارت «از همان نوع یا انواع دیگر» را افزون‌تر دارد. به عبارت ساده‌تر چنانچه مقصود قانونگذار از واژه تقلیل در بند (الف) اعم از تقلیل و تبدیل می‌بود، می‌بایست همچون بند (ت) منظور خود را به‌وضوح منتقل می‌کرد و تعبیر «انواع دیگر» را به قسمت پایانی بند (الف) می‌افزود. درواقع، نبودن ترکیب اضافی «انواع دیگر» در پایان بند (الف) در مقایسه با بند (ت) خود قرینه مستحکمی است بر انصراف واژه تقلیل در بند (الف) از واژه تبدیل.

سوم: این استدلال قاضی از دو جهت دیگر نیز قابل ایراد است:

(۱) با توجه به اصل تفسیر مضیق در حقوق جزا^۱ که ترجمانی از تفسیر محدود به منطوق صریح قانون است^۲ «تقلیل» باید به معنای حقیقی‌اش حمل شود که به معنای کاهش از نظر «کمی» است نه از منظر «کیفی» و «نوعی».

(۲) مقنن اگر هر لفظی را به کار می‌برد معنای حقیقی آن را افاده می‌کند و اگر بخواهد دو لفظ را در یک معنا استعمال نماید باید از قرائن و نشانه‌هایی که وافی به مقصود باشند استفاده کند که در مانحن‌فیه موجود نیست. ممکن است حمل بر این اشکال شود که الفاظ، محمول بر معانی عرفی هستند و عرف، «کاهش کیفی» را نیز مصداق «تقلیل» می‌داند، اما قرائن موجود همچون استفاده توأمان از واژه‌های «تبدیل» و «تقلیل» و تصریح به «از همان نوع یا انواع دیگر» در انتهای بند (ت) اجازه چنین استظهار عرفی را نخواهد داد.

چهارم: تالی فاسدی که از این برداشت دادگاه ناشی می‌شود تخفیف ناروایی است که به هیچ‌وجه مدنظر قانونگذار نبوده است. حالتی را فرض می‌کنیم که آقای (الف) و (ب) هرکدام جرم مجزایی مرتکب شده‌اند که مجازات (الف) حبس درجه چهار و مجازات (ب) جزای نقدی درجه چهار می‌باشد. حال اگر هر دو مشمول جهات تخفیف شوند، در فرضی که ملترم به تفسیر دادگاه از ماده ۳۷ شده‌ایم می‌توانیم مجازات آقای (الف) را به جزای نقدی درجه هفت تبدیل کنیم؛ درحالی‌که علی‌رغم

۱. این اصل را برخی نویسندگان حقوقی، مقید به نفع متهم نیز نموده‌اند و تصریح کرده‌اند که اصل تفسیر مضیق برای حفظ منافع متهم به وجود آمده است. نک: محمدعلی اردبیلی، **حقوق جزای عمومی** (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ج ۱، ص ۲۱۷؛ چراکه معتقدند این اصل در اصل دیگری به نام «تفسیر به نفع متهم» ریشه دارد، اما تصور ما بر این است که تفسیر متضمن دو سطح می‌باشد: (الف) تفسیر مضیق: که در این تفسیر تلاش بر جلوگیری از ورود متهم به دایره حقوق کیفری است؛ (ب) تفسیر به نفع متهم: که تمام هم و غم بر خروج متهم از دایره حقوق کیفری می‌باشد. به هر روی، این رویکرد دارای ایرادات متعددی است که بعضاً خود طرح‌کنندگان آن نیز بدان اشاره‌هایی نموده‌اند. مع‌الوصف، این استدلال در این مقاله به‌منظور ملاحظه ابعاد مختلف ادله طرفین و نه پذیرش مطلق آن طرح شد.

۲. پرویز صانعی، **حقوق جزای عمومی** (تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۴)، ج ۱، ص ۱۱۵.

خفیف بودن جرم^۱ آقای (ب) حداکثر تخفیف وی جزای نقدی درجه شش خواهد بود، لذا ملتزم شدن به آثار چنین تفسیری قطعاً برخلاف مقصود قانونگذار است. هرچند این رویکرد ممکن است از جهت دیگر برای مثال، با اصل «فردی کردن قضایی کیفر» قابل دفاع نیز باشد.

پنجم: قانونگذار در مواد ۶۴ به بعد قانون مجازات اسلامی (فصل نهم) به تشریح و تفصیل شرایط و نحوه اعمال مجازات‌های جایگزین حبس که درواقع نوعی تبدیل حبس به مجازات‌های دیگر محسوب می‌شود، پرداخته است. جزای نقدی در ماده ۶۴ قانون مزبور، یکی از انواع چهارگانه مجازات‌های جایگزین حبس تلقی شده است، لذا در مقایسه با قانون مجازات اسلامی قبلی تدوین مقررات مفصل راجع به مجازات‌های جایگزین حبس، مؤید دیگری در جهت انحصار تخفیف مجازات به تقلیل آن می‌باشد و سازوکارهای «تبدیلی» به نحو دیگری به صورت انتظام‌یافته‌تری بیان شده است.^۲

ششم: اداره حقوقی قوه قضاییه نیز به‌درستی در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۴۷۲ مورخ ۹۲/۸/۷ بیان داشته است: «بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به دادگاه اختیار داده در صورت وجود یک یا چند جهت از جهت تخفیف، حبس مرتکب را تا سه درجه تقلیل دهد، ولی مجاز نیست آن را به جزای نقدی تبدیل نماید».

هفتم: استفاده از سابقه تقنینی نیز در تفسیر منطقی و احراز نظر قانونگذار کمک شایانی می‌کند، لذا توجه به سابقه تقنینی این ماده موضوع را بیش از پیش روشن‌تر خواهد ساخت. ماده ۳۷ لایحه مجازات اسلامی مقرر می‌داشت: «در صورت وجود یک یا چند جهت از جهت تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند:

۱. بدیهی است که در سیاست جنایی تقنینی، کیفرگذاری جرایم از اصل «تناسب جرم و مجازات» تبعیت می‌کند و تعیین کیفر «حبس» در مقایسه با کیفر «جزای نقدی» نشان از شدت واکنش به آن جرم دارد.
۲. مطابق با رأی وحدت‌رویه ۷۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، نیازی به گذشت شاکی خصوصی به‌منظور استفاده از جایگزین‌های حبس نیست.

۱- حبس به میزان یک تا دو درجه

۲- مصادره اموال به جزای نقدی درجه یک تا چهار

۳- انفصال دائم به انفصال موقت به میزان پنج تا پانزده سال

۴- سایر مجازات‌های تعزیری به میزان یک یا دو درجه از همان نوع یا انواع دیگر»

مقایسه بند یک و چهار این ماده نشان می‌دهد که علی‌رغم وجود تناظر میان دو بند مزبور، قانونگذار از همان ابتدا بین حبس و سایر مجازات‌های تعزیری تمایز قائل شده بود و با ذکر مجزای مجازات «حبس» در بند یک تنها تقلیل مجازات را مدنظر داشته است و با اصلاح عبارتی مجدد پس از ایراد شورای نگهبان (افزدون دو واژه «تقلیل و تبدیل» به ابتدای هریک از بندها) در پی روشن‌تر کردن مقصود خود بوده است. بنابراین - با توجه به مطالب بیان‌شده - مشخص می‌شود که حبس، قابل تبدیل نیست بلکه تنها از یک تا سه درجه قابل تقلیل است.^۱

۲.۲.۳. عدالت در حصار حاکمیت قانون

چالش جدی‌ای که قضات از ابتدای حاکمیت قانون با آن روبرو بوده‌اند، تعارض ارزشی میان هنجارهای قانونی و هنجارهای فراقانونی بوده است. به عبارت دیگر، هنگامی که دادرسان، احکام قانونی را متعارض با اصول اخلاق، عدالت، انصاف و ... تشخیص می‌دهند بر سر دوراهی پیروی از حکم قانون یا تبعیت از آن اصول قرار می‌گیرند. به نظر می‌رسد دادرس صادرکننده رأی جزء آن دسته از حقوقدانانی است که بالاترین مصلحت در نظام عدالت کیفری را «عدالتی» می‌داند که خود قاضی تشخیص می‌دهد و برای قانون بیش از دستاویزی برای نیل به عدالت ارج نمی‌نهد، چنانکه در بخشی از رأی چنین آورده است: «... قانون به قول یکی از حقوقدانان فرانسوی با وجود لزوم حفظ حرمت آن چیزی جز نوشته‌ای بر سنگ سیاه نیست. ... اگر عصای انصاف به دست پیرمرد عدالت قانونی داده شود و آثار و نتایج تفسیر، و رای فرمول‌ها و قواعد از پیش چیده‌شده قانونی مورد لحاظ قرار گیرد

۱. غلامحسین الهام و محسن برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ج ۲، ص ۱۹۵.

اولین نتیجه مفسر حقوقی آن است که گاهی مواقع تبدیل حبس به سایر مجازات‌های درخور شخصیت افراد الزامی و ضروری است.^۱

نگارندگان نیز با این مطلب همدل‌اند البته نه تا آنجا که به سخن برخی فرانسویان تعبد کنند و معتقد به این امر باشند که قانون چیزی جز نوشته‌ای بر سنگ سیاه نیست. و اما اینکه قاضی باید با اجرای قانون، به متن روح دهد منطقی است. منظور نویسنده فرانسوی هم از این جمله ظاهراً این نبوده است که قاضی در مقام دادرسی از سیاق عبارات مندرج در متن قانون فراتر رفته و استنباط و تفسیری از قانون نماید که کاملاً مغایر با مراد قانونگذار از وضع آن ماده بوده است. نظام حقوقی ایران نظام نوشته مبتنی بر قانون است و بایستی قضات با قانون بیشترین مشایعت را داشته باشند حتی اگر مفاد مقررات قانونی را از حیث جرم‌انگاری و یا میزان مجازات عادلانه و مطلوب ندانند. اگرچه نمی‌توان در هنگام دادرسی و تعیین حکم، دادرس کیفری را فرد منفعلی دانست که در تمامی قضایا تنها ملزم به اعمال نمودن برنامه‌های از پیش تعیین‌شده است، اما عدم تبعیت از قانون و سلیقه‌ای برخورد نمودن با آن به صرف اینکه قانون چیزی جز نوشته‌ای بر سنگ سیاه نیست، موجب به وجود آمدن مشکلات فراوانی^۲ می‌گردد. نگارندگان به این امر واقفند که قضات، دامنه قاعده ناعادلانه را تا جایی که مقدور است باید محدود کنند؛^۳ چراکه در غیر این صورت نظام حقوقی در درازمدت انسجام خود را از دست می‌دهد، اما این امر نباید منجر به نقض قواعد دیگر نظام حقوقی شود، لذا با ارج نهادن تلاش دادگاه در رهایی از حصار قانونی و نزدیک‌تر کردن تصمیم خود به عدالت و انصاف و ستودن آن - که قطعاً شایسته تقدیر است - باید پذیرفت که قضات نمی‌توانند قاعده غیرعادلانه یا ناکارآمد را عوض کنند.^۴

۱. برخورد سلیقه‌ای با قوانین و همچنین آزادی عمل قضات در تفسیر دلخواهانه از متن مواد قانونی در مقام دادرسی نه تنها موجب نقض حاکمیت قانون و انصاف راولزی می‌شود بلکه می‌تواند موجب سوءاستفاده قضات از اختیارات خود، خودکامگی آن‌ها و تشتت و پراکندگی آرای قضایی شود.

2. Thomas Grey, "Holmes and legal pragmatism," *Stanford law review*, Vol 41, (1989): p.788.

۳. دادرس، تنها می‌تواند با استفاده از قواعد منطقی و فنی که نظام حقوقی در اختیار وی می‌دهد آن را به نحوی تفسیر نماید که با مطلوب همخوانی داشته باشد، در غیر این صورت رأیی که براندازانه با قانون مواجه می‌شود قانون را یکسره تخریب می‌کند بی‌آنکه جایگزین درخور و مناسبی در نظر گیرد. دادرسی

دادگاه در واپسین جمله بیان داشته است: «... به‌واقع، حقوق همان است که قاضی در روی میز خود می‌بیند نه آنچه مقنن در کنج اتاق و مبل‌نشینانه به آن می‌رسد». قاضی نمی‌تواند مبتنی بر واقعیت‌های موجود در جامعه و انصافِ مدنظر خویش متن ماده قانونی را به‌گونه‌ای تفسیر نماید که آشکارا مخالف منطوق ماده مورد نظر باشد. اگر متن ماده قانونی، خلاف عدالت و واقع‌بینی دانسته می‌شود علاج آن تفسیر برخلاف منطوق قانون و گریز از مراد قانونگذار نیست بلکه اصلاح این امر فرایندهای مخصوص به خود را می‌طلبد.

همچنین نمی‌توان به ضرس قاطع نیز بیان نمود که قانونگذار به واقعیات موجود در جامعه بی‌توجه بوده، و تنها راه چاره را مجازات حبسی دانسته که بعضاً از اهداف خود دور مانده است، زیرا قرائن حاکی از آن است که مقنن کاملاً به آثار بعضاً مخرب مجازات حبس به‌خصوص حبس‌های کوتاه‌مدت آگاه بوده و در مواد قانونی متعددی راهکارهای قانونی لازم را پیش‌بینی کرده است. ازجمله پیش‌بینی نهادهای ارفاقی، تخفیف یک تا سه درجه‌ای حبس مطابق با بند (الف) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی و مواد ۶۴ تا ۸۷ این قانون که مجازات‌های جایگزین حبس می‌باشند. بنابراین، راهکارهای قانونی عدم تحمیل ناعادلانه مجازات حبس در قانون پیش‌بینی شده و نیک این است که اگر دادرس مجازات حبس را ناعادلانه می‌پندارد براساس قانون، مجازات مجرم را تقلیل و یا تبدیل نماید تا از عواقب و پیامدهای سوء تفاسیر سلیقه‌ای دادرسان از مواد قانونی جلوگیری شود. به‌طور مثال، درخصوص جرم ترک انفاق می‌توان از نهاد ارفاقی تعویق صدور حکم و یا تعلیق اجرای مجازات بهره گرفت.

۲.۲.۴. نقد منطق استحسان یا نتیجه‌گرا

هرچند در مفسده حبس و تورم جمعیت کیفری زندان‌ها تردیدی نیست و توجه به آثار احکام قضایی باید یکی از مهم‌ترین ارکان تصمیم‌گیری‌های دادرسان

← که به جای استناد به قانون، به اصل «عدالت» استناد کند و به خلاف قانون حکم نماید رأیی براندازانه (ساختارشکنانه) صادر کرده است و نیک می‌داند که عاقبت ساختارشکنی براندازانه عملاً چیزی جز تن دادن به ساختارگرایی نیست. درخصوص تفاوت‌های رأی براندازانه و رأی دراندازانه نک: حسن جعفری‌تبار، دیو در شیشه، در فلسفه رویه قضایی (تهران: نشر حق‌گستران، ۱۳۹۵)، ص ۲۳۵.

باشد، اما باید توجه داشت که این نکته در پس زمینه ذهنی دادگاه صادرکننده رأی وجود دارد که تعیین مجازات حبس برای جرم ترک انفاق، توالی فاسد مهمی دارد^۱ و بر این مبنا با زنجیره استدلالی خاص خود در پی توجیه تبدیل مجازات حبس به مجازات دیگر است. برای مثال، در بخشی از رأی چنین آمده است که «به زندان فرستادن جوانی که به هر علت نفقه فرزند خود را نپرداخته است، کدام اثر مثبت را به حال طرفین، خانواده و جامعه خواهد داشت جز آنکه جوانی را از زندگی بازداشته به جای تعلیم کار در جامعه به او تعلیم جرم در زندان می‌دهد». علاوه بر این، در سرتاسر استدلالات توجیهی منطق نتیجه‌گرا به‌وضوح نمایان است؛ براساس این منطق در رسیدگی‌های قضایی، قاضی طبق علت‌ها ابتدا حکم متهم را در نزد خود مشخص می‌کند، سپس در استفاده از مجموعه دلایل حقوقی در موجه جلوه دادن آن نتیجه کوشش می‌کند،^۲ لذا صرف اینکه کیفر زندان، کیفر مناسبی نیست و باید تا حد ممکن از تعیین آن پرهیز کرد این اجازه را به مقام تفسیرکننده نمی‌دهد که معنای هم‌سو با این پیش‌فرض را برگزیند، زیرا این پیش‌فرض با بافت قانونی حاکم بر مسئله مورد تفسیر (امکان تبدیل کیفر حبس) سازگاری ندارد.^۳ به نظر می‌رسد در این رویکرد «قانون» حاکمیت ندارد بلکه «قاضی» است که حاکم است؛ منتها با استفاده از مجموعه دلایل حقوقی وانمود می‌کند که در حال اطاعت و عمل به قانون است.^۴ ممکن است این نقد وارد شود که قاضی در قبال تصمیمات خویش مسئول است، لذا باید به نتایج ناشی از حکم خویش توجه داشته باشد و

۱. این نکته در مرحله تقنین نیز مورد توجه شورای نگهبان بوده است. برای اطلاع بیشتر نک: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، *مجموعه نظریات شورای نگهبان درمورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم (کتاب ۱۲)* (تهران: انتشارات ریاست‌جمهوری، ۱۳۸۹)، ص ۱۸۷.

2. Brian Tamanaha, "Pragmatism in U.S Legal Theory: It's Application To Normative Jurisprudence", *Sociolegal Studies and The Fact-value Distinction*, "American Journal of Jurisprudence", 1996, Vol 41, p. 316.

۳. علی شجاعی، «تخفیف حبس در قانون نامه جنایی ۱۳۹۲»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، س ۲، ش ۷ (تابستان ۱۳۹۳): ص ۱۵۴.

4. William Andrew Shutkin, "Pragmatism and The Promise of Adjudication", *Vermont Law Review*, 1993, Vol 18, p. 57.

تصمیمی خلاف مصالح اتخاذ ننماید، اما باید این سؤال را طرح کرد که: چه مصلحتی فراتر از اجرای قانون قرار دارد؟ به عبارت دیگر، حاکمیت قانون به عنوان پایه و اساس نظام حقوقی فعلی خود عالی‌ترین مصلحت در قلمرو حقوق کیفری است و هیچ مصلحتی تاب معارضه با آن را ندارد. درخصوص مسئول بودن قاضی هم به این نکته باید توجه داشت که حدود مسئولیت قضات در جمهوری اسلامی ایران محدود به چارچوب قانون است؛ چراکه قضات فعلی مأذون از ولی فقیه هستند و حدود اذن ولی فقیه در قانون منعکس شده است. پس روشن شد که قضات نمی‌توانند قواعد و احکام قانونی غیرعادلانه و یا ناکارآمد را عوض کنند، اما این بدان معنا نخواهد بود که نتوانند با استفاده از قواعد منطقی و فنونی که نظام حقوقی در اختیار آنها قرار داده است، تفسیری مطلوب و حکمی همخوان با موازین عادلانه بدهند.

۳. نتیجه‌گیری

اگرچه تخفیف در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ هیچ‌گونه حد و مرزی نداشت و قانونگذار صرفاً با اعلام اینکه مجازات تخفیف یافته، باید از مجازات قبلی مناسب‌تر به حال متهم باشد، اختیار بدون حد و حصری به قاضی داده بود، اما رفته‌رفته سعی کرد در ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شرایط تخفیف را با دقت و شفافیت بیشتری بیان کند تا اینکه اختیارات قضات محدودتر و نظام‌مندتر گردد. این تغییر در احکام منجر به دوگانگی حقوقدانان در برداشت از اختیارات قاضی در تخفیف حبس بود که در امکان تبدیل حبس به مجازات دیگر با هم اختلاف ۱۸۰ درجه‌ای دارند.

براساس قانون مجازات اسلامی، با توجه به تحلیل سیاق عبارات ماده ۳۷ که در مقاله حاضر بدان پرداخته شد، روشن است که دیگر قضات در مقام تخفیف نمی‌توانند کیفر حبس را به کیفر دیگری تبدیل کنند و تنها امکان استفاده از نهادهای ارفاقی نظیر تعلیق، تعویق، آزادی مشروط و جایگزین‌های حبس و ... در صورت وجود شرایط فراهم است، لذا در سایر مجازات‌ها غیر از بند (الف)، (ب) و (پ) می‌توان یک یا دو درجه تقلیل یا تبدیل به نوع دیگر داشت درحالی‌که درمورد حبس تنها می‌توان یک تا سه درجه تقلیل (به معنای کاستن) در نظر گرفت.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی، **حقوق جزای عمومی**، ج ۱، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲).
۲. الهام، غلامحسین و محسن برهانی، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی**، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳).
۳. جعفری تبار، حسن، **دیو در شیشه**، در **فلسفه رویه قضایی**، (تهران: نشر حق گستران، ۱۳۹۵).
۴. حسینی، سیدمحمد و محسن برهانی، «چرایی تبعیت از قانون»، **فصلنامه پژوهش‌های فلسفی-کلامی**، دانشگاه (قم، س ۱۱، ش ۳ و ۴، بهار و تابستان ۱۳۸۹).
۵. شجاعی، علی، «تخفیف حبس در قانون‌نامه جنایی ۱۳۹۲»، **فصلنامه پژوهش حقوق کیفری**، س ۲، ش ۷، تابستان ۱۳۹۳.
۶. صانعی، پرویز، **حقوق جزای عمومی**، ج ۱، (تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۴).
۷. لیتز، برایان، **واقع‌گرایی حقوقی آمریکایی (مکاتب معاصر فلسفه حقوق)**، مترجم: محمدحسین تنهایی، (تهران: نشر ترجمان علوم انسانی، ۱۳۹۵).
۸. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، **مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم (کتاب ۱۲)**، تهران: انتشارات ریاست‌جمهوری، ۱۳۸۹.
9. Austin, John, **The province of jurisprudence determined**, Cambridge university press, 1955.
10. Grey, Thomas, "Holmes and legal pragmatism", **Stanford law review**, Vol 41, 1989.
11. Robert M. Bohm, "“McJustice”: On the McDonaldization of Criminal Justice", **Justice Quarterly**, Vol 23, 2006.

12. Shutkin, William Andrew, "Pragmatism and The Promise of Adjudication", **Vermont Law Review**, Vol 18, 1993.
13. Tamanaha, Brian, "Pragmatism in U.S Legal Theory: It's Application To Normative Jurisprudence", **Sociolegal Studies and The Fact-value Distinction**, **American Journal of Jurisprudence**, Vol 41, 1996.

هجده سال) از زمان ازدواج مجدد تا درخواست طلاق را دال بر اسقاط حق زوجه دانسته و همچنین با عدم احراز عسر و حرج وی در زندگی مشترک، حکم به بطلان دعوا صادر نموده است. از رأی اخیر در دیوان عالی کشور، فرجام خواهی به عمل آمده که به تأیید رأی دادگاه تجدیدنظر منتهی شده است.

رأی بدوی

درخصوص دعوی خواهان الف. الف. با وکالت آقای س.م.م. د. وکیل محترم دادگستری به طرفیت خوانده ن.الف. فرهادی بخواسته تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش به منظور اجرای صیغه طلاق عنایتاً به محتویات پرونده حاصل اظهارات خواهان بدین شرح است که: خوانده فردی است معتاد؛ احساس مسئولیت نمی کند تاکنون نفقه ای پرداخت نکرده است؛ سابقه دار می باشد؛ زندگی را رها نموده؛ بدون رضایت ازدواج مجدد کرده؛ شروط ضمن عقد را رعایت ننموده؛ در عسر و حرج به سر می برد. آن تقاضا را تسلیم دادگاه نموده است. خوانده در جلسات دادگاه حاضر نشده حتی لایحه ای ارائه ننموده تا شاید خدشه ای بر دعوی خواهان وارد نماید. دادگاه با مطمح نظر قرار دادن جامع اوراق پرونده نحوه اظهارات خواهان رابطه زوجیت دائم آنها را به موجب سند ازدواج دفترخانه رسمی محرز دانسته و با توجه به کیفیت اظهارات مقرون به صحت خواهان رواج مسائل و مشکلات عدیده که همگی صدق اظهارات وی را تأیید می نماید و از طرفی مساعی بلیغ دادگاه و افراد خیراندیش برای تألیف قلوب و حل اختلاف، نتیجه ای نداشته و نیز تلاش داوران منتخب در اصلاح ذات البین و ترغیب خواهان به انصراف از دعوی طلاق، مثمر واقع نگردیده، نهادهای شبه قضایی نیز نتوانسته با پادرمیانی بزرگان و خیرخواهان صلح را برقرار نماید، لذا دادگاه با یأس از حصول سازش نحوه شهادت شهود که با ارزش و غیر مؤثر تشخیص می گردد فی المجموع با احراز عسر و حرج زوجه، خواسته وی را محمول بر صحت تشخیص داده مبادرت به صدور آن گواهی می گردد در رابطه با حقوق زوجه ادعایی در این پرونده مطرح نشده است، سپس براساس آن به زوجه اجازه داده می شود تا پس از قطعی حکم با مراجعه به یکی از دفاتر ثبت طلاق خود را مطلقه نماید، نوع طلاق برای بار اول و باین می باشد. گواهی صادره پس از قطعی تا سه ماه معتبر است. رعایت وجود شرایط صحت اجرای صیغه طلاق و مدت عده حسب مورد به عهده مجری محترم خواهد بود. زوجه بنا به اقرار، باردار نمی باشد. اظهار نظر پیرامون دیگر مسائلی که

فور و تراخی در اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه

زکيه نعیمی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۰۵۶۹

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۱/۴/۲۵

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۶ دادگاه خانواده شهرستان شیراز

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۳۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۱۱

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۳/۰۸/۰۴

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس

شماره دادنامه فرجامی: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۲۷

تاریخ صدور رأی فرجامی: ۱۳۹۴/۰۲/۰۱

مرجع رسیدگی فرجامی: شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور

اول) وقایع پرونده

در پرونده حاضر زوجه به دلایل متعددی، از جمله اعتیاد زوج، ازدواج مجدد وی و عسر و حرج در زندگی مشترک، از دادگاه تقاضای صدور «گواهی عدم امکان سازش» نموده است. دادگاه بدوی با پذیرش دادخواست وی و احراز ازدواج مجدد زوج، گواهی عدم امکان سازش صادر نموده و این حکم در مرحله واخواهی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. در مرحله تجدیدنظر، دادگاه گذشت مدت زمان طولانی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران

ادعایی مطرح نشده دادگاه را مواجه با تکلیفی یا مسئولیتی نمی‌کند. مواد مرتبط و مجوز قانونی مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ از قانون مدنی و ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و آیین‌نامه اجرایی مربوطه و قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و ماده ۸ از قانون حمایت خانواده می‌باشد. رأی صادره، غیابی محسوب می‌گردد ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل واخواهی در این شعبه و سپس ظرف بیست روز دیگر قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان فارس خواهد بود.

رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی ن.الف. الف. با وکالت ل. ش. نسبت به دادنامه ی شماره ی ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۱۲۱۱ شعبه ی ششم دادگاه خانواده شیراز که در تأیید دادنامه ی غیابی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۰۵۶۹ همان دادگاه صادر گردیده و به موجب آن با احراز عسر و حرج زوجه (تجدیدنظرخوانده) و با صدور گواهی عدم امکان سازش به ایشان اجازه داده شده که با مراجعه به یکی از دفاتر ثبت طلاق، خود را مطلقه نماید وارد به نظر می‌رسد، زیرا: اولاً، علی‌رغم استنباط وکیل مع‌الواسطه تجدیدنظرخوانده، این زوجه است که بدون اخذ اجازه زوج، در خارج از کشور ماندگار شده و به زندگی مشترک برگشته است؛ ثانیاً، صرف نظر از اینکه اصالت مدرکی که وکیل مع‌الواسطه تجدیدنظرخوانده به عنوان دلیل ازدواج مجدد تجدیدنظرخواه ارائه نموده با استعلام انجام شده تأیید نگردیده است. اساساً از زمان مندرج در مستند مذکور قریب به دو دهه می‌گذرد و بر فرض اصالت مستند مذکور، این گذشت زمان و عدم اقدام تجدیدنظرخوانده دلالت به اسقاط حق ایشان دارد؛ ثالثاً از مجموع اوراق پرونده و تحقیقات انجام شده، عسر و حرج تجدیدنظرخوانده و شرط موضوع بند ۱۲ از شروط ضمن عقد (ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه) که در دادخواست تقدیمی به دادگاه محترم بدوی، به آن استناد شده است احراز نمی‌گردد. بنابراین، هیأت دادگاه بنا به جهات ذکر شده و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و به استناد ماده ۱۹۷ قانون مذکور، حکم بر بطلان دعوای تجدیدنظرخوانده صادر و اعلام می‌نماید. این رأی ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل فرجام در دیوان محترم عالی کشور است.

رأی فرجام

درخصوص اعتراض فرجام‌خواهی خانم الف. الف. با وکالت آقای س.م.م. د. به طرفیت آقای ن.الف. فرهادی نسبت به دادنامه شماره فوق صادره از شعبه ۱۱

دادگاه تجدیدنظر استان فارس با توجه به محتویات پرونده و نظر به اینکه اعتراض فرجام‌خواه با شقوق ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م. قابل انطباق نمی‌باشد و وارد نیست. فلذا ضمن ابرام دادنامه فرجام‌خواسته، پرونده به استناد ماده ۳۹۶ قانون مازالذکر به دادگاه محترم صادر کننده رأی عودت داده می‌شود.

دوم) نقد و بررسی

ضمن سند رسمی نکاح، شروطی درج شده‌اند که در صورت تحقق موضوع آنها زوجه از سوی زوج، وکیل در طلاق خود می‌شود. بدین منظور باید دادخواستی، تنظیم و صدور گواهی عدم امکان سازش^۱ را از دادگاه تقاضا نماید. حال، پرسش آنجاست که: اگر پس از حصول هر کدام از این شروط، زوجه علی‌رغم علم به موضوع اقدامی نکرده و با گذشت مدت زمان طولانی، به موجب تحقق شرط مزبور، از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش بنماید آیا این تقاضا پذیرفتنی است؟ آیا حق وکالت در طلاق، پس از اطلاع از تحقق سبب آن باید فوراً اعمال گردد یا خیر؟

در پرونده حاضر، زوج ازدواج مجدد نموده که به موجب بند دوازده، یکی از موجبات تحقق وکالت زوجه در طلاق می‌باشد، اما زوجه پس از گذشت هجده سال از تاریخ این ازدواج، از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نموده است. دادگاه تجدیدنظر صراحتاً اعلام داشته: گذشت مدت زمان طولانی و عدم اقدام زوجه، دلالت بر اسقاط این حق دارد. در ادامه قاضی اظهار می‌دارد: دادگاه تحقق بند دوازده از شروط ضمن عقد را احراز نکرده و با نقض حکم تجدیدنظرخواسته، حکم بر بطلان دعوای بدوی^۲ صادر نموده است.

۱. هنگامی که زوجه خواستار طلاق بوده و مستند خود را تحقق یکی از شروط ضمن عقد نکاح قرار می‌دهد، نسبت به عنوان خواسته و حکم مقتضی، میان شعب مختلف دادگاه اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای معتقدند به تصریح ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده، صدور گواهی عدم امکان سازش مختص طرح دعوا از سوی زوج یا طلاق توافقی است و در مقابل، بنا به استدلال برخی شعب، از آنجایی که در این فرض، طلاق به وکالت از سوی زوج اعمال می‌گردد، قواعد حاکم بر طلاق به درخواست زوج بر آن حاکم خواهد بود و حکم مقتضی، صدور گواهی عدم امکان سازش است.

۲. باید توجه داشت هنگامی که دعوا اصولاً قابلیت اقامه ندارد، حکم به «بطلان دعوا» صادر می‌شود و در صورتی که خواهان نتواند ذی‌حقی خود را ثابت کند محل صدور حکم به «عدم ثبوت دعوا» است و در

نکته قابل انتقاد در این رأی آن است که دادگاه تجدیدنظر، اسقاط حق با گذشت زمان را مستند به دلیلی نکرده و بدون ذکر مبنای حقوقی، آن را مسلم دانسته است. تردید در بقاء و یا زوال حق زوجه، به تردید میان فور و تراخی در اعمال حق بازمی‌گردد. مبحث «فور و تراخی»، در مباحث فقهی غیر از عبادات در مسائلی چون خیارات، اعمال حق شفعه، رد عوض مال، مطالبه طلب، ادای دین، بازگرداندن ودیعه و مواردی از این‌دست طرح شده است. «فوریت» به آن معناست که در انجام امر و یا اعمال حق می‌باید بدون تأخیر و در اولین فرصت اقدام نماییم در غیر این صورت حق مورد نظر زایل می‌گردد، اما «تراخی» به معنای عدم تقید به مهلت زمانی خاص و امکان انجام عمل با تأخیر است. بر طبق نظر فقهاء، اصل، بر تراخی است مگر آنکه قرینه‌ای بر فوریت موجود باشد،^۱ اما در رأی حاضر، دادگاه تجدیدنظر با فرض لزوم فوریت در اعمال حق، به صدور حکم پرداخته است.

در بررسی سند رسمی نکاحیه و شروط ضمن آن، هیچ قرینه‌ای دال بر لزوم اعمال حق وکالت در طلاق به‌طور فوری مشاهده نمی‌شود. عبارات، جملگی مطلق بوده و تنها مشعر بر شرایط تحقق وکالت زوجه و حق بر درخواست صدور مجوز طلاق از دادگاه می‌باشد. در قوانین مربوطه نیز هرچند برای اجرای حکم طلاق صادره از دادگاه، اعم از گواهی عدم امکان سازش و یا الزام زوج به طلاق، مرور زمان سه و شش‌ماهه تعریف شده است، اما تقاضای طلاق از دادگاه منوط به رعایت مهلتی از زمان وقوع سبب، نشده است.

ممکن است گفته شود امکان امتداد حق زوجه در طول زمان، زوج را در وضعیت متزلزلی قرار می‌دهد که منجر به بلا تکلیفی وی خواهد شد. در اینجا باید

← حالتی که بی‌حقی خواهان یا زوال حق وی اثبات شود، «حکم به بی‌حقی خواهان» صحیح خواهد بود. از آنجا که تشخیص قاضی در رأی حاضر از نوع اخیر است، در نگاه اول به نظر می‌رسد که استفاده از عنوان بطلان دعوا چندان صحیح نباشد اما علی‌رغم وجود تفاوت میان این تعبیر، براساس نظریه شماره ۴۲۵۵/۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، مورخ ۱۳۸۶/۶/۲۷ در صورت عدم اثبات حقانیت خواهان، قاضی در استفاده از هر کدام از این سه عنوان آزاد می‌باشد، لذا ایرادی از این لحاظ بر حکم مزبور وارد نیست.

۱. سیدمصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر اول (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۷۹.

اذعان نمود که چنین ایرادی صحیح نیست؛ چراکه علت اصلی ایجاد این وضعیت، اقدام زوج به ازدواج مجدد بدون رعایت مقررات قانونی (ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳) است، لذا آثار ناشی از اقدام خود او، نمی‌تواند موجب حقی برای وی بوده و موجب تخصیص اصل تراخی گردد.

تجدید فراش، امری است مستمر و اثرگذاری آن تا زمانی که میان طرفین علقه زوجیت برقرار است ادامه دارد و همچنان متعرض حقوق زوجه می‌گردد. توجه به این ماهیت، قول به امکان اعمال حق، حتی پس از گذشت زمان را تقویت می‌نماید.

با نظر به مجموعه موارد پیش‌گفته و لزوم تفسیر مضیق امر خلاف اصل، دلیلی برای فوریت این حق و زوال آن با گذشت زمان وجود ندارد مگر آنکه امری عارضی، اصل حق را زایل نماید. زوال حق نیز خود نیازمند دلیل است، زیرا پس از ثبوت حق، بقای آن استصحاب می‌شود مگر اینکه وقوع یکی از اسباب زوال حق اثبات گردد که در اینجا این امر رخ نداده است.

ممکن است عدم استفاده از حق به‌منزله انصراف زوجه از استفاده از آن تلقی شود. واژه «اسقاط» حق در رأی حاضر می‌تواند نشان‌دهنده تفسیر عدم اعمال حق، به انصراف از آن از سوی زوجه باشد؛ چراکه اسقاط بر وزن «افعال»، معنای فعل را متعدی می‌کند و ساقط شدن حق را به زوجه نسبت می‌دهد. این تعبیر نیز پذیرفتنی نیست. با نظر به ملاک ماده ۲۴۹ قانون مدنی و استقراء در مواد قانونی،^۱ که نشان می‌دهد تمامی اعمال حقوقی نیازمند قصد انشاء می‌باشند و این قصد، می‌بایست توسط لفظ یا فعلی ابراز گردد، به ساکت نمی‌توان نظری نسبت داد. اسقاط حق نیز باید همراه با فعل یا لفظی باشد که صراحتاً نشان‌دهنده قصد ذی‌حق است و ترک فعل به خودی خود فاقد چنین دلالتی است، لذا به نظر می‌رسد که رأی موردنظر از جهات پیش‌گفته واجد ایراد است.

۱. برای مثال، مواد ۱۹۱، ۱۹۲، ۱۹۳، ۳۴۰، ۴۴۹، ۸۲۲، ۱۰۶۲ قانون مدنی که همگی انجام عمل حقوقی را نیازمند ابراز قصد انشاء می‌دانند.

دخالت دادگاه در تعیین داوران مبنای قانونی ندارد^۱ چراکه مقصود طرفین از داور مرضی‌الطرفین، داوری است که با رضایت و توافق طرفین تعیین می‌شود و داوری که دادگاه از جانب یکی از طرفین انتخاب می‌کند دیگر متصف به مرضی‌الطرفین نیست، به همین دلیل در فرضی که یکی از اعضای هیأت داوری مرضی‌الطرفین فوت شود دادگاه نمی‌تواند نسبت به تعیین داور جانشین اقدام نماید.^۲

• وحدت‌رویه قضایی در مورد «عدم صلاحیت داور در صدور رأی به فسخ قرارداد»

اگر حل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قرارداد به داوری ارجاع شده باشد، داور نمی‌تواند خواسته یکی از طرفین را اجابت کرده و به فسخ قرارداد رأی دهد؛^۳ چراکه داور صلاحیت خود را از قرارداد اخذ می‌کند، لذا نمی‌تواند تصمیمی اتخاذ نماید که منجر به انحلال (فسخ) قرارداد شود زیرا در فرض عدم بقای قرارداد، شرط داوری ضمن عقد نیز منتفی شده، برای داور نیز صلاحیتی باقی نخواهد ماند.^۴

• وحدت‌رویه قضایی در مورد «عدم صلاحیت داور در صدور رأی به بطلان قرارداد»

اگر حل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قرارداد به داوری ارجاع شده باشد، داور نمی‌تواند به درخواست یکی از طرفین، رأی به بطلان قرارداد صادر کند، زیرا اعتبار داوری موکول به بقای قرارداد است و در فرض عدم اعتبار اصل قرارداد شرط ضمن آن

وحدت و تهافت رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در آیین دادرسی مدنی پاییز و زمستان ۱۳۹۱

مهدی شریفی*

• وحدت‌رویه قضایی در مورد «حدود اختیار دادگاه در رسیدگی به رأی داور»

اصل، بر اعتبار رأی داوری است و دادگاه‌ها بجز موارد مصرح در قانون آیین دادرسی مدنی، حق ورود به موضوع داوری را ندارند.^۱ بنابراین، ابطال رأی داور صرفاً در حدود موارد احصاء شده در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی قابل پذیرش است و دادگاه‌ها نمی‌توانند در خصوص رأی داوری، رسیدگی ماهیتی کنند^۲ چراکه وقتی طرفین قرارداد، حل اختلافات خود را به داوری ارجاع می‌کنند در واقع نخواسته‌اند محاکم در موضوع دخالت کنند و احترام به اراده متعاملین ایجاب می‌کند که دادگاه در چارچوب قانون رفتار کرده، و صرفاً در مواردی که قانون اجازه ورود داده است رسیدگی کنند.

• وحدت‌رویه قضایی در مورد «عدم امکان تعیین داور مرضی‌الطرفین توسط دادگاه»

اگر طرفین به موجب قرارداد رسیدگی به اختلاف، خود را به داوری داوران «مرضی‌الطرفین» ارجاع نمایند و در مورد داوران به توافق نرسند، داوری از بین می‌رود و

* دکتری حقوق خصوصی و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

sharifmehdi@hotmail.com

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۸۶ مورخ ۱۳۹۱/۶/۵، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شهریور ۱۳۹۱، ص ۵۴.
۲. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۸۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۸، همان، ص ۷۵۲.

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۵۷ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۸، همان، ص ۴۹؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۷۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸، همان، ص ۶۴۶.
۲. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۸۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، همان، ص ۵۰۹.
۳. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۸/۳، همان، ص ۳۲۴.
۴. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۹۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۰، همان، ص ۵۱۱.

نیز غیرمعتبر تلقی شده. بنابراین، صدور رأی، خارج از صلاحیت داور محسوب می‌شود.^۱ به عبارتی، داور، صلاحیت و موجودیت خود را از قرارداد اصلی طرفین أخذ نموده است و صدور رأی مبنی بر بی‌اعتباری قرارداد به‌منزله انتفاء صلاحیت داور است.

• تهاافت آراء درمورد «لزوم یا عدم لزوم تصدیق دیوان عدالت اداری در دعوای مطالبه بهای املاک تملک‌شده»

در دعوای مطالبه بهای اراضی تملک‌شده توسط سازمان‌های دولتی و شهرداری‌ها جهت اجرای طرح‌های عمرانی و ... برخی از دادگاه‌های عمومی حقوقی اقدام به صدور قرار عدم استماع دعوا کرده‌اند با این استدلال که طبق تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری^۲ و آراء وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۱۹۹-۸۷/۸/۳^۳ و ۹۳-۸۰/۳/۲۷^۴ در این دعوای ابتدا مالک

۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۴-۲۲۱۵۰۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳۰، همان، ص ۲۰۵؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۱۴۶۵-۲۲۱۵۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸، همان، ص ۶۴۷.
۲. تبصره ۱- تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه موسسات و اشخاص مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده پس از تصدیق دیوان به عهده دادگاه عمومی است.
۳. رأی هیأت عمومی:

همان‌طور که در دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۱۳۸۰/۳/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصریح شده است، به‌موجب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آنها و یا خودداری اشخاص مذکور از انجام وظایف و تکالیف قانونی، اداری و اجرایی مربوط در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارد. بنابراین، مرجع رسیدگی به شکایات اشخاص به طرفیت واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و سایر موسسات مذکور در بند (الف) ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر در زمینه تملک اراضی و ابنیه واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و همچنین صدور رأی در اساس استحقاق و یا عدم استحقاق مالکین اراضی و املاک مذکور به دریافت معوض و یا بهای اراضی و املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به دیوان عدالت اداری است و دادنامه شماره ۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۵ مبنی بر ورود شکایت شاکی که متضمن این معناست، موافق اصول و موازین قانونی است. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

۴. رأی هیأت عمومی:

اولاً، چون به‌موجب ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات و تظلمات از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و یا خودداری آنها از انجام وظایف قانونی مربوطه از جمله امتناع از

باید به دیوان عدالت، مراجعه و پس از أخذ تصدیق از دیوان عدالت اداری به دادگاه عمومی حقوقی رجوع نماید و صدور حکم مبنی بر پرداخت بهای روز ملک تصرف‌شده را درخواست کند. در مقابل، برخی دادگاه‌های تجدیدنظر استان آراء اینچنینی را، نقض و جهت رسیدگی مجدد به دادگاه بدوی مسترد کرده‌اند. استدلال دادگاه‌های تجدیدنظر استان بر این مینا استوار است که آراء وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صرفاً برای شعب دیوان عدالت اداری الزام‌آور بوده و دادگاه‌های عمومی به‌عنوان مرجع رسیدگی به تظلمات مردم، صلاحیت عام داشته، مکلف به تبعیت از این آراء نیستند.^۱ از بین شعب دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، تنها شعبه ۵۹، رویه متفاوتی را اتخاذ نموده است و در موردی که دادگاه بدوی دعوای مطالبه بهای اراضی تملک‌شده توسط شهرداری را، استماع و پس از تعیین کارشناس و احراز بهای روز اراضی مذکور، حکم به پرداخت مبلغ به نفع مالک صادر کرده، حکم مذکور را نقض نموده است. دادگاه مذکور برای رسیدن

← ایفاء تعهدات قانونی در قبال اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی در قلمرو صلاحیت دیوان قرار دارد و رسیدگی و صدور حکم درخصوص اساس استحقاق اشخاص به دریافت بهای زمین مورد تملک دولت و شهرداری‌ها و اراضی واقع در طرح‌های مصوب شهری از مصادیق ماده مذکور است. بنابراین، دادنامه‌های صادره از شعب ۱ و ۳ و ۴ و ۱۰ و ۱۴ و ۱۷ و ۱۹ بدوی دیوان در حدی که متضمن تأیید صلاحیت دیوان در رسیدگی و صدور حکم در ماهیت شکایت می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی است؛ ثانیاً، با عنایت به وقوع ملک اعضاء شرکت تعاونی کارکنان سازمان آب قم در طرح مصوب فضای سبز و محل استقرار کارگاه‌های غیرمزامح شهری و اظهارات نماینده شهرداری قم به شرح منعکس در صورتجلس مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۵ در پرونده کلاسه ۷۱۹.۷۴.۱ شعبه ۱ بدوی دیوان مبنی بر واگذاری زمین معوض به تعدادی از اعضاء شرکت تعاونی مذکور و مقررات قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ دادنامه‌های صادره مشعر بر ورود شکایت شاکیان و الزام شهرداری قم به پرداخت بهای زمین و یا معوض آن، صحیح و منطبق با قانون تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت اخیر ماده ۲۰ اصلاحی قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۸/۲/۱ در موارد مشابه برای شعب دیوان عدالت و سایر مراجع ذی‌ربط لازم‌الاتباع است.

۱. شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۷۳۴-۲۲۱۸۰۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۶/۵، همان، ص ۶۰؛ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۱۳۴۱-۲۲۱۰۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۵، همان، ص ۴۳۴.

به این تصمیم به تبصره ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری استناد کرده و رسیدگی به دعوای مطالبه بهای اراضی تملک‌شده را منوط به تحصیل حکم درخصوص اصل استحقاق از دیوان عدالت اداری دانسته است.^۱

• تهاافت آراء درمورد «صلاحیت محاکم برای رسیدگی به دعوای ابطال تصمیمات مراجع انضباطی دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی»

دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی، مراجع انتظامی دارند که درخصوص تخلفات استادان، کارمندان و دانشجویان، رسیدگی و رأی صادر می‌کنند. اینکه آراء صادره از این مراجع، در دادگاه عمومی حقوقی، قابل اعتراض است یا خیر، در میان دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران محل اختلاف نظر است. در یک مورد، شعبه ۸۱ دادگاه حقوقی تهران دعوای اعتراض یکی از کارمندان دانشگاه آزاد به رأی کمیته عالی رسیدگی به اعتراضات و نظارت بر کمیته‌های انضباطی دانشگاه آزاد با استناد به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی با قرار رد دعوا روبرو شده است. استدلال دادگاه بر این مبنا استوار است که طبق ماده‌واحد «خروج تصمیمات و آرای صادره از هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی وزارتین علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی درخصوص امور و شئون علمی آموزش و پژوهش از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی» مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۲ شورای عالی انقلاب فرهنگی،^۲ دادگستری حق اظهارنظر درخصوص تصمیمات کمیته‌های انضباطی

۱. شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۷۳۷ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۵، همان، ص ۵۹.

۲. «ماده‌واحد - آن دسته از تصمیمات و آراء نهایی و قطعی صادره در هیأت‌ها و کمیته‌های تخصصی فعال در وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و دانشگاه‌ها و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی مصوب، ازجمله: تصمیمات و آراء نهایی هیأت‌های امناء، ممیزه و انتظامی اساتید و کمیته انضباطی دانشجویان و همچنین تصمیمات و آراء نهایی درخصوص بازنسنجی، ارتقاء، ارزیابی و پذیرش علمی، بورس دانشجویان و فرصت مطالعاتی که صرفاً در رابطه با امور و شئون تخصصی علمی، آموزشی و پژوهشی صادر شده باشد، قابل شکایت و رسیدگی در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نخواهد بود.

دانشگاه‌ها را ندارد. بنابراین، دعوا مطابق قانون طرح نشده و با قرار رد روبرو شده است. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر با تکرار همین استدلال، دادنامه صادره را تأیید کرده است.^۱ درمقابل، شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی در دو رأی مشابه، با این استدلال که محاکم دادگستری صلاحیت عام دارند و مرجع تظلم و دادخواهی افراد هستند و این صلاحیت عام به‌وسیله قانون اساسی ایجاد شده است، لذا مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی نمی‌تواند منافی این صلاحیت عام باشد چراکه شورای عالی انقلاب فرهنگی در کشور ما مرجع قانونگذاری نیست و محاکم دادگستری علاوه بر اینکه می‌توانند بدون توجه به این‌گونه مصوبات تصمیم بگیرند امکان بی‌اعتبار کردن چنین مصوباتی را از طریق مراجع صالح نیز دارند. آراء شعبه ۸۶ عیناً به‌وسیله شعب ۸ و ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد تأیید قرار گرفته است.^۲ همچنین شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر در یک مورد مشابه که یکی از اعضای هیأت علمی دانشگاه آزاد به رأی صادره از مراجع بدوی و تجدیدنظر انتظامی دانشگاه آزاد اعتراض داشته است، هرچند ماهیتاً حکم به بطلان دعوا را - که در دادگاه بدوی صادر شده - تأیید کرده لیکن در پاسخ به دانشگاه آزاد اسلامی که ضمن لایحه دفاعیه تجدیدنظر به صلاحیت دادگاه ایراد وارد کرده است به اصول ۱۵۷ و ۱۵۹ قانون اساسی استناد نموده، و ضمن بیان اینکه محاکم دادگستری به‌عنوان مرجع رسیدگی به تظلمات عامه محسوب می‌گردد، صلاحیت دادگاه را در ورود به ماهیت دعوا احراز و تأیید کرده است.^۳

← تبصره- در هریک از وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی هیأتی به عنوان مرجع نهایی به‌منظور تجدیدنظر و رسیدگی به شکایات اساتید و دانشجویان از آراء و تصمیمات هیأت‌ها و کمیته‌های مذکور در ماده‌واحد فوق که در امور و شئون علمی، آموزشی و پژوهشی صادر شده و همچنین به‌منظور نظارت بر نحوه رسیدگی در این هیأت‌ها و کمیته‌ها تشکیل می‌شود. ترکیب اعضاء و وظایف و اختیارات هیأت موضوع این تبصره، به تصویب شورای عالی انقلاب فرهنگی خواهد رسید.

۱. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۷۶۱ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۹، همان، ص ۶۱.

۲. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۰۸۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۷، همان، ص ۶۲، شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۸۷۱ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱، همان، ص ۲۲۷.

۳. شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۱۷۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۳، همان، ص ۷۵۸.

• وحدت رویه قضایی در مورد «عدم صلاحیت دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء مراجع اختصاصی اداره کار در دادگاه‌های عمومی حقوقی»

در مواردی که قانون، روال خاصی غیر از مراجعه به محاکم دادگستری را برای رسیدگی به اختلافات در نظر گرفته است رسیدگی هم باید به همان ترتیب و اسلوب انجام گیرد و آراء این مراجع، قابل اعتراض در دادگاه‌های عمومی حقوقی نیست. بنابراین، دادگاه‌های عمومی صلاحیت رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء هیأت حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی را ندارند.^۱ البته در یک مورد خاص به صورت استثنائی دادگاه عمومی حقوقی صلاحیت رسیدگی به چنین اعتراضی را دارد و آن هم مربوط به مواقعی است که ادارات دولتی قصد اعتراض به آراء صادره از مراجع اختصاصی اداره کار را داشته باشند. دلیل این استثناء آن است که طبق آراء وحدت رویه شماره‌های ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۶/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۲ مؤسسات و ادارات دولتی که با بودجه عمومی اداره می‌شوند

۱. شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۸۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۴، همان، ص ۲۱۴؛ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۸۳۱ مورخ ۱۳۹۱/۷/۱۶، همان، ص ۲۱۵؛ شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۹۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۰، همان، ص ۳۳۹؛ شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۹۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۴، همان، ص ۵۱۶؛ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹، همان، ص ۵۱۷؛ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۰۱۵۷۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲، همان، ص ۷۵۶؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۵۴۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۲، همان، ص ۷۵۷.

۲. رأی هیات عمومی:

نظر به اینکه در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی تصریح گردیده، و با توجه به معنای لغوی و عرفی کلمه مردم واحدهای دولتی از شمول مردم، خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود. و مستفاد از بند یک ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی، حقوق خصوصی می‌باشد. علی‌هذا، شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد. بنابراین، آراء شماره ۲۶۳ مورخ

نمی‌توانند در دیوان عدالت اداری به عنوان شاکی واقع شوند. بنابراین، در این گونه موارد دو راه پیش روست: ۱) قائل شدن بدین امر که اعتراض به آراء مراجع اختصاصی اداره کار توسط ادارات و سازمان‌های دولتی، غیرممکن است؛ ۲) معتقد بودن به صلاحیت محاکم عمومی دادگستری؛ در اینجا راه حل اخیر، منطقی و مورد پذیرش رویه قضایی نیز قرار گرفته است.^۱

• تهاافت آراء در مورد «اعتراض نسبت به آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی در دادگاه‌های عمومی»

با توجه با اینکه قانونگذار، سازمان تعزیرات حکومتی را برای رسیدگی به برخی موضوعات خاص تأسیس کرده، و ضمن قرار دادن برخی دعاوی خاص در صلاحیت اختصاصی آن، آراء صادره از این مرجع را قطعی اعلام نموده است، نمی‌توان با استناد به صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی، دعاوی اعتراض (ابطال) به این آراء را در صلاحیت محاکم دادگستری دانست^۲ و به نظر می‌رسد به صورت یک قاعده کلی مورد پذیرش کلیه شعب بوده است و تنها در این مورد که آیا اشخاص حقوقی دولتی امکان اعتراض به این آراء را در دادگاه‌های عمومی دارند یا خیر اختلاف نظر وجود دارد. شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی با استناد به آراء وحدت رویه شماره‌های ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۶/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۳ که مقرر می‌دارد،

← ۶۶/۷/۲۷ صادره از شعبه دوم و شماره ۴۲۱ مورخ ۶۳/۴/۲۵ صادره از شعبه ششم و شماره ۱۰۸ مورخ ۶۳/۳/۱ صادره از شعبه سیزدهم دیوان عدالت اداری که بر این مبنا صادر گردیده، منطبق با موازین قانونی است. این رأی طبق ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری، در موارد مشابه برای شعب دیوان و سایر مراجع، لازم‌الاتباع می‌باشد.

۱. شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۱۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۲/۴، همان، ص ۳۳۸.

۲. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۹۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۵، همان، ص ۳۳۷.

۳. رأی هیات عمومی:

نظر به اینکه در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدهای دولتی

مؤسسات و ادارات دولتی که با بودجه عمومی اداره می‌شوند نمی‌توانند در دیوان عدالت اداری به‌عنوان شاکی واقع شوند، اعتراض اشخاص حقوقی عمومی و دولتی به آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی در دادگاه عمومی حقوقی را پذیرفته است که در یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد پذیرش قرار گرفته و دادنامه صادره عیناً تأیید شده است،^۱ ولی یکی دیگر از شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران نه تنها این استدلال را نپذیرفته بلکه در دو پرونده مختلف، قرار رد یا عدم استماع دعوی بدوی را صادر کرده است. مبنای استدلال این شعبه آن است که آراء شعب سازمان تعزیرات حکومتی، قطعی و لازم‌الاجرا بوده، قابل اعتراض در محاکم عمومی نیستند. از طرف دیگر، رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۲ نیز درمورد آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها صادر شده

← تصریح گردیده، و با توجه به معنای لغوی و عرفی کلمه مردم واحدهای دولتی از شمول مردم، خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود. و مستفاد از بند یک ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی، حقوق خصوصی می‌باشد. علی‌هذا، شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد. بنابراین، آراء شماره ۲۶۳ مورخ ۶۶/۷/۲۷ صادره از شعبه دوم و شماره ۴۲۱ مورخ ۶۳/۴/۲۵ صادره از شعبه ششم و شماره ۱۰۸ مورخ ۶۳/۳/۱ صادره از شعبه سیزدهم دیوان عدالت اداری که بر این مبنا صادر گردیده، منطبق با موازین قانونی است. این رأی طبق ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری، در موارد مشابه برای شعب دیوان و سایر مراجع، لازم‌الاتباع می‌باشد.

۱. شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۹۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۶، همان، ص ۳۳۰.

۲. رأی شماره ۱۳۸۶/۳/۲۲-۶۹۹ وحدت‌رویه هیأت عمومی:

قانونگذار برای آراء صادره از مراجع غیردادگستری، نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است؛ درحالی‌که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به‌موجب اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آنها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است مراجعه نمایند و به‌نظر اکثریت اعضا هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد صحیح تشخیص می‌گردد.

است و قابل تسری به آراء سازمان تعزیرات حکومتی نیست چراکه آراء شعب بدوی سازمان تعزیرات قابل اعتراض در شعب تجدیدنظر همین سازمان است در صورتی که آراء کمیسیون ماده ۷۷ چنین قابلیتی ندارند.^۱

• تهاافت آراء درمورد «ضمانت اجرای نواقص مربوط به وکالتنامه وکلاء»

درخصوص نقصان تمبر مالیاتی وکلاء (وکیل به اندازه قانونی تمبر مالیاتی ابطال نکرده باشد) میان دادگاه‌های تجدیدنظر استان اختلاف‌رویه وجود دارد: برخی از دادگاه‌ها نقص در تمبر مالیاتی را به عنوان یکی از موارد نقص دادخواست می‌دانند و اقدام به صدور اخطار «رفع نقص» می‌کنند. و استدلالشان این است که وکالتنامه نیز جزء پیوست‌های دادخواست می‌باشد که در صورت وجود نقص در آن، مستلزم صدور اخطار رفع نقص است.^۲ برخی دیگر از دادگاه‌ها در این موضوع معتقدند نقص تمبر مالیاتی وکیل از موارد رفع نقص نیست، لذا وکالت وکیل را مورد تأیید یا پذیرش قرار نمی‌دهند و اگر امضاء شخص موکل ذیل دادخواست نباشد اقدام به صدور قرار رد دعوا به دلیل فقدان سمت می‌کنند اما اگر خود اصل دعوا را طرح کرده باشد موجبی برای صدور قرار رد دعوا وجود ندارد.^۳

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

۱. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۳۶۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۰، همان، ص ۵۲۰؛ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۴۳۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵، همان، ص ۵۲۱.

۲. شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۷۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۷، همان، ص ۶۹؛ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۹۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۱، همان، ص ۳۴۳.

۳. شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۶۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۹، همان، ص ۷۰؛ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۱۰۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳۰، همان، ص ۲۱۸.

دادنامه نیز وجود دارد، لذا صرف قید عندالاستطاعه بودن پرداخت مهریه نمی‌تواند مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد، لذا با وارد دانستن اعتراض معترض به استناد صدر ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۹/۱/۲۱ در امور مدنی ضمن نقض دادنامه معترض عنه و با توجه به مشروع بودن مانع و مستنداً به ماده ۱۲۵۷ از قانون مدنی حکم به رد دعوی تجدیدنظر خوانده صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره مطابق ماده ۳۶۵ از همان قانون قطعی است.

مشخصات رأی دوم

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۲/۸/۱۹

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۳۶۰

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

متن رأی تجدیدنظر

به موجب قانون پس از وقوع عقد نکاح زن و شوهر در مقابل یکدیگر حقوق و تکالیفی دارند که از جمله تکالیف زن تمکین از همسر است مگر اینکه عذر موجهی بر عدم تمکین داشته باشد. [در مانحن فیه] زوجه عذر موجهی بر عدم تمکین ارائه ننموده است. حق حبس مقرر در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نیز امر استثنایی است و منحصراً قابل تسری در مواردی است که مهریه حال باشد و شامل مهریه عندالاستطاعه نمی‌گردد و اینکه مهریه عندالاستطاعه معلق و مشروط بوده، در زمان مطالبه شامل حق حبس نمی‌گردد.

آقای اهواری، معاون قضایی رئیس کل دادگستری استان تهران و جانشین سرپرست دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در سنوات اخیر قید عندالاستطاعه بودن در مهریه ها قرار داده می‌شود. در آراء نیز اختلاف نظر به وجود آمده است که اگر زوج مهریه زوجه را به نحو عندالاستطاعه قرار داد، آیا زوجه می‌تواند از حق حبس مذکور در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی استفاده بکند. در رأی شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، عندالاستطاعه بودن را موجب عدم حق حبس زوجه ندانسته است. متقابلاً در رأی شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر، عندالاستطاعه بودن را به لحاظ موجد بودن و غیر

گزارش نشست نقد رأی: تأثیر قید عندالاستطاعه بودن مهریه در حق حبس زوجه (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

تنظیم: سعید محبوب*

نشست نقد رأی با موضوع تأثیر قید عندالاستطاعه و عندالمطالبه بودن مهریه بر حق حبس زوجه که براساس دو رأی متفاوت از شعب ۲ و ۲۴ دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران اصدار یافته است، در مهرماه ۱۳۹۵ با حضور جمعی از قضات محترم دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در سالن ولایت مجتمع امام خمینی برگزار گردید.

مشخصات رأی اول

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۳/۴/۲۳

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۶۹۸

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

متن رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی که در خصوص حکم به الزام به تمکین تصدیق گردیده است وارد است، چراکه استدلال دادگاه محترم در نادیده گرفتن حق حبس زوجه به استناد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حال نبودن مهریه بوده و از این جهت که مهریه سند نکاحیه عندالاستطاعه قیدشده دفاعیات زوجه را در مرحله رسیدگی بدوی بلاوجه تلقی نموده‌اند، در صورتی که موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه از زوج بوده که مورد توجه دادگاه محترم بدوی قرار نگرفته، صرف نظر از اینکه در مانحن فیه راجع مهریه زوجه

* پژوهشگر حوزه حقوق خصوصی

منجز بودن، آن را از شمول ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی خارج نموده است. این دو رأی به عنوان نمونه انتخاب شده و گزارش آن تقدیم شده است. قبل از این در رابطه با شرایطی که زوج تقاضای تقسیط مهریه می کرد، در این خصوص که آیا حق حبس برای زوجه وجود دارد، اختلاف نظر وجود داشت که دیوان عالی کشور در سال ۸۷ رأی وحدت رویه صادر کرد و اعلام کرد که تقسیط مهریه موجب عدم حق حبس برای زوجه نخواهد بود. در این رأی وحدت رویه با اینکه دادستان کل کشور وقت، جناب آقای دری نجف آبادی مفصلاً در دو صفحه استدلال کرده و نظر مخالف بیان نموده است، نهایتاً دیوان عالی کشور نپذیرفته و اینگونه رأی داده است:

«به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده مسقط حق حبس زوج نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی سازد، مگر به رضای مشارالیه، زیرا اولاً، حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست. ثانیاً، موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و أخذ قسط یا اقساطی از آن، دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست. بنا به مراتب رأی شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است منطبق با قانون تشخیص می شود. این رأی بر طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاه ها و شعب دیوان عالی کشور لازم الاتباع می باشد».

آقای مرادی، مستشار دادگاه تجدیدنظر

نتیجه رأی شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر این است که شرط عندالاستطاعه بودن مهریه مسقط حق حبس نیست. جهت تقویت این نظریه براساس بررسی اجمالی ما مبنای ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و رأی وحدت رویه براساس نظر مشهور فقهای امامیه است؛ چنانکه در برخی منابع از جمله: *لمعه*، *شرح لمعه* و *تحریر الوسیله* بدین شکل بیان شده که «لزوج امتناع قبل الدخول حتی تقبض مهرها ان کان مهراً حالاً»

برای زوجه حق حبس یا امتناع از تمکین خاص وجود دارد در صورتی که مهر حال باشد. این قسمت اخیر نظر فقهای معظم بر این است که: موسراً کان زوج أم معسراً. ملائت مالی داشته باشد یا معسر باشد. نظر مشهور بر این است. هرچند نظر غیرمشهور این است که: اگر زوج معسر باشد، و توانایی پرداخت دفعه واحده مهریه را نداشته باشد، حق حبس زوج ساقط می شود. بر همین اساس ماده ۱۰۸۵ و رأی وحدت رویه صادر شده. فقها در نظر داشته اند که حق حبس زوج به مانند حق حبسی باشد که در معاملات معوض است. هرچند عقد نکاح را به مانند عقد معوض صرف در نظر نگرفته اند اما همان حق حبس بیع را اینجا هم در نظر داشته اند. در بیع در صورتی که خریدار، توانایی پرداخت ثمن نداشته باشد و به صورت قسطی یا در مهلت عادلانه پرداخت نماید، این مسقط حق حبس بایع نیست و بایع می تواند تا زمان تحویل کل ثمن، از تحویل مبیع خودداری کند. بر همین اساس برای زوجه نیز این حق در نظر گرفته شده است. شرط عندالاستطاعه یا عندالقدره که براساس بخشنامه رئیس سازمان ثبت چه تأثیری دارد؟ اگر عندالمطالبه باشد؛ یعنی زوجه می تواند به طور مطلق و بدون اثبات هیچ شرطی، مهریه اش را مطالبه نماید، اما اگر عندالاستطاعه، قید شود اثر شرط صرفاً بار اثبات موضوع یا مفاد شرط بر عهده زوجه می افتد. بدان معنا که زوجه باید ملائت مالی زوج را اثبات کند. و در صورت عدم شرط عندالاستطاعه، اثر یا تأثیری در پی ندارد. ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی (مصوب ۱۳۹۴) همین نکته را پیش بینی کرده، مقرر می دارد: «در مواردی که وضعیت سابق مدیون، دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار برعهده اوست مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد هرگاه خواننده دعوای اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می شود». اثر شرط این است که زوجه باید ثابت نماید که زوج از ملائت سابق یا فعلی برخوردار است. اگر ملائت کل مهریه، اثبات گردد دادگاه، حکم به پرداخت کل می دهد. در غیر این صورت رأی به صورت اقساط یا مهلت عادلانه صادر می کند. پس این موضوع با حق حبس دو مقوله جداگانه اند. همان طور که در رأی وحدت رویه ذکر شده، لازمه اسقاط حق حبس آن است که: یا مهریه، مؤجل باشد یا زوجه اختیاراً تمکین کند و یا مهریه قید نشده

باشد. باید در نظر داشت که در جامعه فعلی وضعیت مهریه به گونه‌ای اسفبار، نامعقول است با آیین و رسوم جدیدی بیرون از عقل و از آنجا که اکثر مردان توانایی پرداخت مهریه‌ها به شکل کنونی را ندارند این امر موجب سوءاستفاده زنان قرار گرفته است و آن چنان که در اصل ۴۰ قانون اساسی پیش‌بینی شده، نباید موجب سوء استفاده زنان شود. بنا به عقیده برخی نیز گفته‌اند مهریه‌های اینچنینی سفیهانه است که می‌توان دعوای ابطال درمورد آن‌ها را طرح نمود، زیرا زوج در تاریخ عقد نکاح قصد جدی و اراده واقعی برای پرداخت هزار سکه را ندارد، صرفاً براساس رسوم اقوام به‌ویژه زوجه این تعهد را می‌پذیرد و گرنه در حالت تعادل چنین تعهدی را نمی‌پذیرد. و عندالاستطاعه موجب حق حبس نیست.

آقای امانی شلمزاری، رئیس شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

حق حبس در بحث قراردادهای بیع با حق حبس در مهریه، متفاوت است و نیز می‌توان گفت به‌نوعی قیاس مع‌الفارق است. بحث دوم درخصوص حق حبس زوجه، ناظر به مواردی است که مهریه، حال باشد و براساس ماده ۱۰۸۶ موارد اسقاط آن ذکر شده است؛ مانند أجل داشتن یا تمکین اختیاری توسط زن که حق حبس منتفی می‌شود. در مواردی که در سند نکاحیه عندالاستطاعه ذکر می‌شود، به‌طور ضمنی حق حبس ساقط می‌گردد؛ بدان معنا که زوجه پرداخت به‌طور اسقاطی را پذیرفته است و استطاعت زوج در آتیه نیز باعث برگشت حق حبس زوجه نمی‌شود، لذا رأی شعبه ۲۴ مطابق واقع و قانونی است.

رأی اصراری در هیأت عمومی دیوان عالی کشور درخصوص موضوع صادر شده است. بدین ترتیب که شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، درخصوص درخواست طلاق زوج، حکم به طلاق صادر می‌کند و با توجه به عندالاستطاعه بودن مهریه در ارتباط با مهریه حکمی صادر نمی‌کند. با این استدلال که:

اولاً، شرط عندالاستطاعه متضمن دو اثر می‌باشد: (۱) اصل اولیه، بر معسر بودن زوج است، زیرا زوجه با پذیرفتن قید عندالاستطاعه، این شرط را پذیرفته است و نیازی به اثبات آن در دادخواست جداگانه و صدور حکم قطعی نیست؛ (۲) منجز شدن دین مهریه از عندالاستطاعه منوط به اثبات آن از طریق زوجه و با معرفی مال از زوج و با احراز دلیل مقتضی امکان‌پذیر است.

ثانیاً، موضوع تبصره ۳ از ماده‌واحد قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، مهریه حال و عندالمطالبه است و نه مشروط به احراز استطاعت. به عبارت دیگر، «مهریه

عندالاستطاعه و غیرمنجز، از مقررات ماده‌واحد خروج موضوعی داشته و تخصصاً از آن خارج است». هیأت عمومی دیوان عالی کشور این رأی را نقض می‌کند، زیرا: اولاً، در نکاح دائم علی‌الأصول دوام زوجیت مقصود زوجین بوده و بر این مبنا مهریه مشروط به استطاعت زوج هم به قصد دوام زوجیت به عنوان شرط ضمن‌العقد به هنگام نکاح مورد توافق و تراضی زوجین قرار می‌گیرد و درواقع تقیید اعتبار شرط مذکور به دوام زوجیت، یک توافق ضمنی زوجین به هنگام نکاح است؛ چنانچه با وقوع طلاق، دوام زوجیت خاتمه یابد به تبع انحلال نکاح، اعتبار شرط ضمن‌العقد مذکور منتفی بوده و با انتفاء این شرط، مهریه حال محسوب می‌گردد و پرداخت آن هنگام طلاق، مشمول تبصره ۳ ماده‌واحد خواهد بود؛ ثانیاً، مهریه مشروط به استطاعت زوج که در عقد نکاح اشترط گردید یک شرط ضمن‌العقد به‌شمار می‌آید که اعتبار آن منوط به بقای اعتبار نکاح است و در صورت وقوع طلاق و انحلال نکاح به تبع انتفاء اعتبار نکاح، اعتبار شرط مذکور هم منتفی خواهد شد و معتبر دانستن شرط مزبور پس از انحلال نکاح، بعد از چند بند استدلال در بند ششم گویای آن است که: عدالت قضایی و انصاف ایجاب می‌کند که حدود اعتبار شرط عندالاستطاعه به دوام زوجیت محدود گردد و نهایتاً پس از رفتن به شعبه هم‌عرض، حکم به طلاق با پرداخت مهریه صادر می‌شود.

آقای ارزنگی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

حقوق خانواده تنها یک مقوله حقوقی نیست. و به اعتقاد من مقنن در حوزه حقوق خانواده، بسیار منفعل عمل می‌کند و امروزه در این حوزه با طلاق‌های متعدد روبرو هستیم، حق مطلب این است که با تصویب قانون راسخ، بسیاری از مشکلات به‌سادگی حل و فصل شود. اساساً درخصوص موضوع تمکین، صرف‌نظر از موضوع حق حبس مندرج در ماده ۱۰۸۵ ق.م. به‌قدری با مشکل مواجه شده‌ایم که با توجه به اثر اعلامی حکم تمکین در میان علمای حقوق، و نیز با عنایت به اثراتی که حکم تمکین برای زوجین دارد امروزه رویه قضایی نظام حقوقی ما به سمتی سوق می‌یابد که بدون صدور اجراییه رسمی، جنبه و صبغه اجرایی به خود می‌گیرد، زیرا در بحث احراز عسر و حرج، آنچه را که جامعه حقوقی و دیوان عالی کشور، در تمکین مورد توجه قرار می‌دهد این است که: بعد از صدور حکم تمکین، امر اجرا از ناحیه کدام‌یک از طرفین درخواست شده است؟ درخصوص آیین دادرسی و تمکین باید بدین نکته اشاره کرد که موضوعات فقهی و احوال شخصی ما با دیگر کشورها متفاوت است. پس در ابتدا باید موضع خود را مشخص کنیم. در کنوانسیون حقوق زنان در ماده ۲۱ گفته شده: اگر مرد بدون رضایت

زن با او همیستر شود مشمول مجازات تجاوز به عنف می‌شود؛ درحالی‌که منابع حقوقی ما درخصوص «تمکین و نشوز» در جای خود مملو از حکایات متعددی است و اگر بخواهیم در این خصوص از منظر فقهی بنگریم این قوانین و مقررات در مابینت کامل با موضوعات فقهی است به‌طوری‌که جایگاه فتاوی در موضوعات خانوادگی، بسیار سنگین و وزین است. علی‌رغم تحقیق و تفحص درخصوص موضوع حاضر، هیچ‌گونه مطلبی از مراجع عظام نیافتیم جز از آیت‌الله مکارم شیرازی. و در اینجا پیکان تأسف باید ما را نشانه گیرد که شیخ طوسی نهصد سال قبل به موضوعات حقوقی پرداخته و تاکنون هم قابل استفاده است.

اما درخصوص موضوع، باید گفت شکی نیست که در قسمت اخیر ماده ۱۰۸۵ ق.م. قانونگذار این حق را مشروط به حال بودن مهر کرده، طبق قواعد موجود در شروط ضمن عقد، این شرط نه غیرعقلایی است و نه خلاف مقتضای ذات عقد. بنابراین، شرط صحیحی است، چون آثار مالی نسبت به زوجین دارد. آنچه که مبنای استدلال ما در صدور رأی بوده، نگاه به نظرات فقهی علماء و دو رأی وحدت‌رویه بوده است. دکتر مرادی ضمن اشاره به رأی وحدت‌رویه ۷۰۸ اذعان نمودند که «حق حبس» و «حرج» دو مقوله جداگانه‌اند. البته درخصوص رأی وحدت‌رویه مزبور، آیت‌الله مکارم شیرازی موضوع تمکین را منقسم به دو بخش تمکین عام و خاص می‌دانند که همانا مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ می‌باشند که مبنای قیام زوجین به تمکین عام تلقی می‌کنیم و در فتاوی ایشان حتی درخصوص تقسیط موضوع مهر، موضوع تمکین عام، زایل می‌شود و تمکین خاص به قوت خود باقی است. برخی حقوقدانان ازجمله دکتر جعفری‌لنگرودی معتقدند بی‌شک عقد نکاح جزو عقود معاوضی نیست، و حتی اگر هم باشد - چنانچه مهر، مؤجل باشد - این حق حبس ساقط نمی‌گردد. به اعتقاد مرحوم کاتوزیان عندالاستطاعه بودن به معنای مؤجل بودن نیست. بنابراین با قید استطاعت، حق حبس سلب نمی‌شود. مبنای استدلال ما این است که شرط عندالاستطاعه ناشی از اراده انشایی طرفین است و ما موانع مشروع تمکین را ذکر کردیم و اگر شرط ضمن عقدی باشد که تعیین مکان زندگی به عهده زوج باشد و یا داشتن بیم خوف و ضرر، از موانع مشروع است. پس در شرط ضمن عقد که موضوع عندالاستطاعه قید گردیده، اثر وضعی این موضوع نسبت به موضوع پرداخت مهریه است که وضعیت را تغییر می‌دهد. فلذا موضوع حق حبس، امتیازی مطلق و بدون قید و شرط است که قانونگذار در حق زوجه ایفا کرده است. بنابراین، آثار عندالاستطاعه نسبت به حق حبس جاری نمی‌گردد و برای آن دو راه پیش‌روست: نخست، ماده ۱۰۸۶ ق.م. است که اگر زوجه قیام به

تمکین کند و موضوع بکارت زایل شود این حق زوال می‌یابد؛ دوم، در شرط ضمن عقد، اراده انشایی طرفین بر این باشد که حق حبس زایل گردد و تا زمانی‌که این لحاظ نشده باشد موضوع حق حبس با قید مذکور در ماده ۱۰۸۵ ق.م. و شروط ضمن عقد، زایل نخواهد شد. در بین فقها، فقط مرحوم ابن ادریس حلی نظر مخالف دارد. ناگفته نماند که اصل، بر «یسر» است و «عسر» باید ثابت گردد. اساساً با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی - که ممکن است مواد ۷ و ۸ توسط همکاران مورد ایراد و انتقاد گرفته شود - معتقدم در این موضوع هم باید به «ثبوت و اثبات» توجه کنیم. در جایی که عندالاستطاعه قید شده، نیازمند حکم محکمه هستیم؛ یعنی موضوع محکوم‌به باید از طریق دادگاه مورد حکم واقع شده باشد. بنابراین، قید این عبارت تا تبدیل به محکوم‌به نباشد نیایست بر آن بود که حق حبس زایل می‌شود. ابن‌ادریس معتقد است چنانچه زوج از پرداخت مهریه، معسر باشد زوجه نمی‌تواند مهر را مطالبه و در نتیجه از تمکین خودداری نماید.

آقای شریعتی، رئیس شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

اگر حق حبس را همچون عقود دیگر در «ثمن و مثن» مقایسه کنیم، باید بدین امر قائل باشیم که شوهر به نوبه خود حق دارد در صورت عدم تمکین زوجه، مهریه را پرداخت ننماید؛ درحالی‌که در ماده ۱۰۸۵ ق.م. حق حبس، تنها به زوجه داده شده نه به زوج، چون حق حبس مانند مسائل مالی دیگر نیست تا قابل برگشت باشد. پس عقد نکاح که معامله بالمعنی الأعم است نه بالمعنی الأخص، با عقود دیگر فرق دارد. شعبه ۲۴ حق حبس زن را تنها در حال بودن مهریه می‌داند. گفتنی است مرحوم کاتوزیان درخصوص موارد عندالمطالبه بودن مهریه، از دو جهت صاحب‌نظر است:

الف) اگر عندالاستطاعه نظر به وضع کنونی توسط زوجین باشد؛ یعنی در زمان وقوع عقد، زوج تمکن مالی پرداخت مهریه را ندارد، این نوعی دادن مهلت و اجل است و با انصراف یافتن از حبس، نوعاً أجل می‌گردد.

ب) اگر قید عندالاستطاعه را به آینده موکول کنیم نیاز به طرح دعوا در محکمه است بی‌آنکه بتوان به معنای أجل تلقی نمود.

از میان فقهاء، صاحب‌جواهر می‌فرماید: در مورد اعسار که امروزه نیز برای آن رأی وحدت‌رویه داریم، که در تقسیط نیز حق حبس وجود دارد، چون منفعت کلی تبعض بردار نیست، مرحوم صاحب‌جواهر می‌فرماید: «ضرورة أن إعساره و إن أسقط

حق المطالبة عنه بالأدلة الشرعية لكنه لا يرفع حقها المستفاد من المعاوضة، فما عن ابن إدريس - من منعها من الامتناع للإعسار المانع من المطالبة - واضح الضعف، إذ امتناع المطالبة لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض، و إنما يختلف الحال بالایسار و عدمه بالإثم و استحقاق النفقة و إن لم تسلّم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، لأن المنع حينئذ بحق، فلا يقدح في التمكين، و أما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير^۱

اگر ما بگوییم در عندالاستطاعه نظر به آینده ندارند، در هر دو صورت می توان استدلال کرد که زن حق حبس دارد، مگر اینکه بگوییم انصراف یا تبادر دارد. پس وقتی عندالاستطاعه را در نظر گرفتند، یعنی مرد نمی تواند یکجا پرداخت نماید و زن این را قبول نموده است. و گر نه اگر نظر اول مرحوم کاتوزیان و فقها را در نظر بگیریم تفاوتی میان مهریه حال و عندالاستطاعه نیست. در اهل تسنن و عقدهایی که من دیده ام، اجل را تعیین می کنند و در آن جا حق حبس از بین می رود. بنده با نظر شعبه ۲۴ موافقم اما با استدلالی می توان نظر شعبه ۲ را نیز تقویت کرد.

آقای عباسی لاریجانی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

قبل از ورود به سؤال و طرح مبحث مقدمه ای را راجع به مهریه ای که در قانون آمده است و منشأ فقهی دارد عرض می کنم. از دو حالت خارج نیست. یا باید حال باشد یا موجد. طبیعتاً اگر اختلاف شود و نتوان برداشت صحیح و روشنی از عبارات و مواردی که مربوط به زمان پرداخت مهریه است، طبیعتاً به اصل مراجعه می کنیم که حال بودن معاملات مخصوصاً در عقود معاوضی است. در این که ازدواج از عقود معاوضی است تقریباً متفق القولند، اما مواردی در آن هست که مقداری وضعیت این عقد را تغییر می دهد.

آیا شرط عندالاستطاعه بودن صحیح است یا باطل؟ این شرط به زوجه می گوید که با شما این عقد را تنظیم کردم و در خصوص حقی که برای شما ایجاد می گردد این شرط را می گذارم که هر زمانی که من استطاعت پیدا کردم، مهریه را

بدهم. مستحضرید که در عقود موجد اولین و مهم ترین شرط، زمان اجل است. در عقود معاوضی، اگر شخصی مالی از دیگری بخرد و بگوید هر وقت استطاعت داشتم به شما می دهم، این شرط باطل است. چون غرر ایجاد می شود. و طبیعتاً در این عبارت و عنوان هم نمی توان عنوان کرد، زوجه پذیرفته است که هر زمانی که مستطیع شدید، بپردازید. پس اینجا چون اجل مهلت ندارد، اولین چیزی که به ذهن می رسد، ایراد به شرط است و شرط باطل است. اگر توجیه کردیم، اینکه آیا استطاعت اجل را می رساند یا خیر، باز هم اختلاف است، در این صورت دوباره باید رجوع به اصل حال بودن مهریه کرد، و با این استدلال بنده نظر شعبه دوم را می پذیرم.

آقای بهلولی، مستشار دادگاه تجدیدنظر

در خود ماده ۱۰۸۵ ق. م که همکاران اشاره کردند، می گوید: «زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظائفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

از این عندالاستطاعه اگر موجد استفاده نمی کنیم تأثیرش چیست؟ اگر این زوجه می تواند با عدم پرداخت مهریه از حق حبس استفاده کنه اثرش چیست؟ باید شرط اثر داشته باشد. یکی از آثار این است که زوجه نتواند از حق حبس استفاده کند. مسلماً معنای عندالاستطاعه این است که موجد باشد. اگر زوجه دادخواست مهریه بدهد، دادگاه اولین دلیلی که از زوجه می خواهد این است که دلیلت بر تحقق این امر چیست. این امر منوط بر استطاعت است. پس حتماً بایستی از عندالاستطاعه موجد استفاده کنیم و ماده ۱۰۸۵ هم بر این صراحت حال بودن تأکید دارد. مساله دیگر در طلاق است. در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده، زوج زمانی می تواند زوجه را طلاق دهد که تمام حقوق وی را پرداخت کند. و تا پرداخت نکند طلاق به ثبت نمی رسد. اما در یک حالتی که حکم تقسیت مهریه صادر شده باشد، به ثبت می رسد. چطور اجازه می دهیم با حکم تقسیت این حق زوجه از بین برود، و علی رغم عدم دریافت کل مهریه باید طلاق بگیرد، آنجا که از اینجا بالاتر است. چطور اجازه می دهیم با حکم تقسیت صیغه طلاق جاری شود و ثبت هم شود ولی این جا اجازه نمیدهیم. به نظر بنده رأی شعبه ۲۴ مطابق قانون است.

۱. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام (لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.)، ج ۴۲، صص ۴۲ - ۴۳.

آقای اهوراکی، معاون قضایی رئیس کل دادگستری استان تهران و جانشین سرپرست دادگاه تجدیدنظر استان تهران

شعبه ۲۳۱ دادگاه خانواده تهران به اشتباه خود را دادگاه عمومی حقوقی معرفی کرده است. قبلاً هم یادآوری کردیم که دادگاه‌ها باید خودشان را درست معرفی کنند. در بالای رأی که سیستم اعلام می‌کند نوشته شده، دادگاه خانواده تهران، در ذیل آن که قاضی امضا کرده، نوشته دادگاه عمومی حقوقی تهران. اگر دادگاه عمومی حقوقی باشد، حق رسیدگی به دعاوی خانواده ندارد. اما شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر، این را تبیین کرده و دادگاه خانواده تهران نوشته است.

در رأی شعبه ۳ مربوط به بهارستان نوشته رئیس شعبه ۳ دادگستری شهرستان بهارستان، دادگاه موظف است در مقام تبیین شخصیت حقوقی خودش بگوید که چه نوع دادگاهی است. این معنا از این نمی‌رسد. هم چنین در رأی شعبه تجدیدنظر نوشته شده دادگاه عمومی بهارستان. این دادگاه‌های عمومی با اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نسخ شده اند و به جای آن‌ها دادگاه‌های عمومی حقوقی و دادگاه‌های کیفری ۲ و دادگاه‌های خانواده تشکیل شدند. هم چنین حکم به رد دعوی صادر شده و سؤال این است که محل حکم یا محل قرار بوده است. اگر بگوییم شرط عندالاستطاعه بودن موجب این می‌شود که زن حق حبس دارد، علی القاعده باید بگوییم این قرار است که اگر زوج مهریه را تسلیم کرد، بتواند دعوی تمکین را مطرح نماید.

حجه الاسلام شاهنوش، پژوهشگر

نکاتی در تأیید رأی شعبه دو عرض می‌کنم. مفهوم شناسی لازم دارد. سه سؤال وجود دارد.

اولاً عقد نکاح معاوضی هست یا نیست و معاوضی بودن به چه معناست؟ دوم اینکه معنای حق حبس چیست؟ سوم اینکه عند الاستطاعه بودن چه معنا و چه اثری دارد؟ معاوضی بودن در نظام حقوقی ما و در فقه، وقتی با مثلاً نظام حقوق انگلیس و فرانسه مقایسه می‌شود، مبینیم دو معنا دارد و در فقه ما نیز این دو معنا هست. در تقسیم بندی عقود در فرانسه و انگلیس، عقد را یک بار تقسیم می‌کنیم به عقد مجانی و در برابرش عقد معاوضی. این یک تقسیم بندی است. تقسیم بندی دیگر عقد یک بار یک تعهدی است یعنی برای یکی از طرفین تعهد ایجاد میکند و یک بار

دو تعهدی است که در برابر و مقابل هم است. در فقه ما و به تبع در حقوق ایران، وقتی می‌گوییم معاوضی، مشترک لفظی است و هر دو معنا هست. عقد نکاح صددر صد معاوضی است و صد در صد هم مجانی است. معاوضی است به اعتبار اینکه دو تعهد در مقابل هم ایجاد می‌کند. نکته اینجا است که حق حبس مبنایش چیست؟ معاوضی در برابر مجانی بودن است، یا معاوضی در برابر یک تعهدی بودن است؟ به نظر می‌رسد حق حبس، نتیجه یک شرط ضمنی ارتکازی در عقود دو تعهدی است، وقتی یک عقدی برای طرفین هرکدام یک تعهد می‌سازد که به لحاظ عقد بودن در برابر هم است، یعنی نفر اول، زوج تعهد می‌کند در برابر تعهدات زوج، و زوج تعهد می‌کند در برابر تعهدات زوج، این تعهدات وابسته و هم بسته می‌شوند. دکتر کاتوزیان ذیل حق حبس تعبیر به اصل هم بستگی تعهدات می‌کند. مرحوم اصفهانی تعبیر به تسلیم معاوضی در تسلیم مبیع می‌کند. یعنی همین تسلیمی که در برابر هم است. اینجا یک شرط ضمنی و ارتکازی دارد که وقتی که دو تعهد به هم پیوسته اند، تا جایی که می‌شود که هر دو را هم زمان اجرا کرد، در حقیقت طرفین خواسته اند، هم زمان اجرا شوند. یک قیدی برای تعهدشان دارند که هم زمان اجرا شوند، چون وابسته و در برابر هم اند. معنا ندارد من اول اجرا بکنم، بعد تو اجرا بکنی، هیچ کدام بر دیگری اولویت نداریم. پس ضمن تعهد، تعهد می‌کنند که اجرای تعهدشان در صورت امکان هم زمان باشد. این هم زمانی همان حق حبس است. حق حبس یعنی مطالبه یکی از طرفین برای هم زمان اجرا شدن. لذا برخی فقها گفته اند که تمکین در نکاح، حق حبس آن، برای رعایت حقوق هر دو طرف، مرد نزد شخص ثالث معتمد و ثقه ای، مهریه را بگذارد و زن تمکین کند تا حق طرفین رعایت شود. یعنی هم زمانی تو تعهد انجام شود. این مبنای حق حبس است. حال تنها مشکلی که می‌تواند اینجا برای ما تردید ایجاد کند که رأی شعبه ۲ صحیح نیست، این است که قید عندالاستطاعه به چه دردی می‌خورد؟ سؤال من این است که اگر عندالاستطاعه را در برابر حال بودن بدانیم، همه عقود طبق قانون موجد اند و حال نیستند. چون طبق قرآن، آن‌کان ذو عسره فنظره الی میسر. در همه دیون باید تا زمان توانایی مدیون برای پرداخت صبر کرد. این حکم قانونی است و ربطی به توافق طرفین ندارد. این قید عندالاستطاعه بودن اثری اگر داشته باشد در مساله اثبات اعسار است. من خودم تردید دارم که این اثر را دارد. اگر داشته باشد، کارکردش این است که شما می‌گویید عندالاستطاعه بودن مساوی موجد بودن است، باید بگویید همه دیون موجد است، و این مانع نیست. دین اینجا حال است، و معنای حال بودن

این است که تعهدی برای مرد وجود دارد که یا می تواند پرداخت نماید یا نمی تواند. زن هم تعهدی دارد که می تواند انجام ندهد تا وقتی هم زمان انجام بدهد. فقها هم این را گفته اند. مرحوم شیخ طوسی تصریح می کند معسرا کان ام موسرا. فرق نمی کند چه معسر باشد، چه موسر، زن حق امتناع دارد، به دلیل اینکه اینها دو تعهد در مقابل هم دارند. در مطالبه باید دادگاه الزام بکند که طرفین با هم اجرا کنند.

آقای جعفری، رئیس شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر

دو شعبه ۲ و ۲۴ هر دو به صورت کلی به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی استناد کردند، و حال اینکه ماده ۳۵۸ دو قسمت است، که قسمت اول در نقض و قسمت اخیر در رد است. پس وقتی که رأی را نقض می کنند باید به صدر ماده ۳۵۸ استناد شود و در صورت تأیید به قسمت اخیر استناد شود.

در رأی شعبه ۲۴ برای نقض استناد کردند که صرف قید عندالاستطاعه نمی تواند مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد. ماده ۱۰۸۵ اصلاً اختیاری وجود ندارد. اختیار فقط در قسمت اول است. زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظائفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال باشد» پس اینجا اختیارش مشروط است و تام نیست.

اما در خصوص موضوع باید گفت حق حبس یک حق امتناعی است که هریک از طرفین معامله در صورت عدم تسلیم مورد تعهد از طرف دیگر، از آن برخوردارند، و یا حق خودداری از تسلیم را که به بایع یا مشتری می دهند، در حقوق حبس می گویند، در حقیقت حق خودداری از تسلیم است. این حق، حق الناس است. حق حبس در عقد نکاح متعلق به خود شخص است و وقتی طرفین دادن مهریه را مشروط به عندالاستطاعه می کنند با توافق یکدیگر آن را مؤجل به بعد کرده اند و زن حاضر به تمکین می شود. درحقیقت، با انعقاد شرط عندالاستطاعه در عقدنامه به طور ضمنی پذیرفته است که حق حبس خود را اسقاط نماید. آنچه اکثر فقهای شیعه هم گفته اند این است که حق حبس اگر مؤجل باشد، زن حق امتناع ندارد. در بدایع/الحکم در فقه الاسلام آمده: «و لا يجوز للمراه ان تمنع زوجها حتى تقبض مهرها الا مع الشرط». پس می توان اذعان نمود که ماده ۱۰۸۵ ق.م. از نظر مشهور فقهای شیعه اخذ شده است. طبق ماده ۱۰ وقتی طرفین با اراده خود شرطی می گذارند عندالاستطاعه به معنای مؤجل می باشد و به این ترتیب حق خود را اسقاط کرده است. صاحب جواهر هم می فرماید: «و لو كان بعض المهر حالا و بعضه مؤجلاً فلكل واحد حكم نفسه، فلها

آن تمتنع حتی تقبض الحال دون المؤجل» یعنی اگر مهر حال باشد، حق حبس هست، اما اگر مؤجل باشد حق حبس ندارد. اما استدلال ما در اینکه رأی شعبه ۲۴ درست این است لاضرر است. از قاعده لاضرر استنباط می گردد که اگر کسی برای دستیابی به حق خود راهی برگزیند که موجب ضرر دیگری شود درحالی که می توانست از طریق دیگری وارد شود چنین عملکردی، مذموم و ممنوع است و آن موسوم به «ممنوعیت استیفای حق به ضرر غیر» است. زوجه ای که یکی از مقاصدش تحصیل مهریه باشد، همسری را برگزیند که هنگام عقد متمکن باشد و گر نه با اطلاع از اینکه متمکن نیست، نمی تواند استیفای حق حبس را به ضرر زوجه اعمال کند. و اما قاعده «عدل و انصاف» که ناشی از وجدان انسانی است، حق حبس زوجه را به زنی که عالمأ و عامداً به عقد مردی درآمده که فاقد قدرت و استطاعت مالی است، این اجازه را نمی دهد که از ایفاء وظایف خود سر باز زند. بنا به قاعده «اقدام» هرکس به ضرر خود اقدامی نماید هیچ کس در مقابل او مسئولیت مدنی ندارد، در فرضی که زوجه ای هنگام عقد نکاح با علم به اینکه زوج، قدرت و استطاعت پرداخت مهریه را ندارد به عقد وی درمی آید اقدام به ضرر خود کرده است، لذا نمی تواند به لحاظ اقدام خود، مسئولیت زوج را به پرداخت فوری مهریه بخواهد، بلکه مکلف است تا زمان استطاعت زوج منتظر بماند. و در پایان، اینکه وقتی زوجه می پذیرد مهریه اش مدت و مهلت دارد درحقیقت، به طور ضمنی حق حبس خود را ساقط نموده است. بنابراین می پذیرد زمانی از زوج مطالبه کند که وی قادر و مستطیع بر پرداخت باشد.

موضوع دیگری که باید بدان اشاره گردد این است که همکاران به رأی وحدت رویه استناد کردند. رأی مزبور، منصرف از موضوع می باشد چون بحث شرع و قانون و مهریه ایجاب می کند که طبق حکم عقلای عالم، کسی که زنی را به عقد خود در می آورد، مهری را در مقابل بضع قرار می دهد که قادر به پرداخت آن باشد. رأی وحدت رویه در مواردی است که بضع، مشخص و معین و مهر هم معین و به طور هم زمانی انجام بشود؛ که این رأی، ناظر به این مورد است.

اکثریت قضاات حاضر در جلسه به تعداد ۲۷ نسبت به ۲۲ نفر، نظر

به پذیرش رأی شعبه ۲۴ صادر نمودند.