

الرحمن الرحيم



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

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

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

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۸۵۰۰

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

مقدمه

همان گونه که در شماره های سابق «فصلنامه رأی» نیز مشاهده شده است، حوزه ی موضوعی این مجله در چارچوب های متفاوت و متنوعی متبلور می شود؛ محقق می تواند 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 می تواند 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 می دهد. به هر حال آنچه تمام بخش های مجله را (جز بخش بایسته های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می شود به منظور آشنایی با سبک های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می پردازد. 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 دسته ی «گزارش رویه ی قضایی» که صرفاً به توصیف رویه ی قضایی موجود در یک زمینه ی خاص می پردازد و دسته ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت جلسات نشست های نقد رأی را ارائه می دهد 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 ذیلا ارائه می گردد:

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه 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 ی 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 ی 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 قانده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشته‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چارچوب های 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، نتیجه گیری و منابع و مأخذ 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 - نقدِ موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه ی آراء مختلف است؛ لذا لااقل 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، نتیجه گیری و منابع و مأخذ 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 رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق

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

سوم) نقد و بررسی:

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

چهار – یادداشت رأی

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

اول) مشخصات:

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

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می‌گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق 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 (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.

۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به 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 تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) 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.

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 حقوق 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. خواهشمندست متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.
 ۵. درج پاورقی های متن اصلی و عندالاقضاء ترجمه آن الزامیست.
- هرگونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده‌ی فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه‌ی مزبور اقدام نمایند.

بسم الله الرحمن الرحيم

از آموزه‌های مسلم حقوق این است که شناخت حقوق یک کشور صرفاً به اتکای قانون، امری دشوار بوده و اگر شناختی از نظام حقوقی یک کشور از راه ترجمه متون قانونی به دست 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 به عوامل 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 به سزایی 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 به وحدت 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 به علت عدم سامان‌دهی کارآمد نقش دیوان عالی کشور در رسیدگی‌های قضایی خصوصاً در رسیدگی‌های مدنی - حلقه مقفوده دستگاه عدالت ما است.

به علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه در مورد انتشار آراء به عمل 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 وکلای جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

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

و ما توفیقی الا بالله

سردبیر فصلنامه رأی

نجات‌اله ابراهیمیان

فهرست مطالب

- طرق اسقاط حق عزل وکیل و اثر آن بر ماهیت عقد وکالت..... ۱۷
مهدی فتاحی
- خسارت قابل جبران در صورت مستحق للغير در آمدن مبيع..... ۳۷
محمد صادقی
راحله خان محمدزاده
- عدم قائم مقامی خواهان در دعوای مطالبه خسارت..... ۵۳
میشم رامشی
محمد مهدی زارعی
- اصل عدم تبرع و ادعای پرداخت مهریه..... ۶۷
زکيه نعيمی
- فرزنددار نشدن زوجين و نقش اهداء جنين در تحقق آن..... ۸۳
سعید محبوب
- نگاهی به رأی شورای دولتی در مورد ممنوعیت پوشش شنای زنان
مسلمان در سواحل فرانسه..... ۹۳
میثا کامیاب
- یادداشتی بر صلاحیت مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به قرار ضبط وثیقه... ۱۱۱
مریم ممنون
- دعوای فسخ قرارداد با استناد به مواد کنوانسیون بیع بین المللی کالا
مصوب سال ۱۹۸۰ میلادی: شرحی بر پرونده شرکت عرضه و بازاریابی
والرو علیه شرکت گرینی و شرکت تجاری گرینی اوی..... ۱۱۷
مترجم: معین فروغی
- گزارش وحدت و تهاافت رویه قضایی در امور تجاری (سال ۱۳۹۲) - قسمت اول.... ۱۳۳
تهیه و تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی
- گزارش نشست نقد رأی: بررسی ادله اثبات جرم زنا (آزمایش DNA)..... ۱۴۱
تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضاییه

طرق اسقاط حق عزل وکیل و اثر آن بر ماهیت عقد وکالت

مهدی فتاحی *

۱. مقدمه

براساس ماده ۶۵۶ قانون مدنی «وکالت، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید». جایز بودن، از جمله ویژگی‌های این عقد است که در ماده ۶۷۸ قانون مزبور هم ذکر شده است: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: (۱) به عزل موکل؛ (۲) به استعفای وکیل؛ (۳) به موت یا به جنون وکیل یا موکل».^۱ با این حال، نباید نقض وکالت را جوهر و مقتضای آن دانست و برای محدودیت یا از میان رفتن اختیار وکیل و موکل در نتیجه پیمان میان آن دو، هیچ ردع یا زجری نیست؛^۲ چنانکه ماده ۶۷۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد».

آیا فرض ماده فوق‌الذکر، یکی از مواردی است که حق عزل وکیل ساقط می‌شود؟ بدین معنا که برای مثال، اگر عدم عزل وکیل در ضمن عقد جایز دیگری یا خود عقد وکالت شرط شده باشد باز هم موکل، بر عزل وکیل ذی‌حق است؟ آیا طرفین می‌توانند در قرارداد مستقلی، حق عزل وکیل را ساقط نمایند؟

* دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

mfatahi1@gmail.com

۱. در ماده ۹۵۴ قانون مدنی نیز آمده است: «کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و

همچنین به سغه در مواردی که رشد معتبر است».

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۴)، عقود اذنی - وثیقه‌های دین (تهران: شرکت

سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۲۰۲.



مسئله قابل بررسی دیگر، اثر حقوقی اسقاط حق عزل وکیل بر ماهیت عقد وکالت است. به بیان دیگر، آیا با وصف مذکور، عقد جایز تبدیل به عقد لازم می‌شود یا ماهیت عقد وکالت دست‌نخورده باقی می‌ماند و در فرض جنون و موت یکی از طرفین، عقد وکالت منفسخ می‌شود؟

واکاوی موضوعات و مسائل یادشده در بستر آراء و احکام دادگاه، مورد اهتمام این مقاله خواهد بود.

۲. اسقاط حق عزل وکیل:

اسقاط حق عزل وکیل در دو قسمت مجزا قابل بررسی است که به ترتیب ذیل بیان شده است:

۲.۱. اسقاط حق عزل وکیل در ضمن عقد خارج لازم:

۲.۱.۱. وقایع پرونده:

(الف)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۳۸۵

تاریخ صدور رأی: مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۷

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواهی آقای س.ج. با وکالت سرکار خانم م.م. به طرفیت ۱- خانم س.ج. با وکالت آقای م.الف. ۲- سردفتر اسناد رسمی شماره ... تهران، نسبت به دادنامه شماره ۳۰۲ مورخ ۹۳/۴/۱۱ صادره از شعبه ۲۳۳ دادگاه خانواده تهران وارد و موجه است و دادنامه مزبور - که به موجب آن، حکم به رد دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته تنفیذ عزل وکیل موضوع وکالت‌نامه شماره ۵۳۹۱۳ - ۹۳/۴/۲۲ دفترخانه مذکور صادر شده - مغایر با قانون و دلایل موجود در پرونده و خلاف موازین شرعی است، زیرا برابر ماده ۶۷۹ قانون مدنی، موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد درحالی‌که وکالت وکیل موضوع وکالت‌نامه فوق‌الذکر و همچنین عدم عزل وکیل در

ضمن عقد لازم، شرط نشده است و عبارت «... و موکل ضمن عقد خارج لازم، حق عزل وکیل را از خود سلب و ساقط نمود» مندرج در ذیل وکالت‌نامه مزبور نیز برخلاف واقع درج گردیده و با واقع انطباق ندارد، زیرا حسب اقرار صریح سردفتر مربوطه و طرفین در جلسه مورخ ۹۳/۸/۲۶ این دادگاه هیچ عقد خارج لازمی میان وکیل و موکل در دفترخانه و در حضور سردفتر واقع نشده است و حسب اقرار وکیل تجدیدنظرخوانده ردیف اول در خارج از دفترخانه و قبل از تنظیم سند وکالت نیز بین آنان عقد لازمی منعقد نشده است و تجدیدنظرخواه نیز منکر وقوع هرگونه عقد لازم میان خود و همسرش می‌باشد آنچه که بنا به ادعای تجدیدنظرخوانده ردیف اول (زوجه) در خارج از دفتر صورت گرفته، توافق طرفین و تعهد زوج به تنظیم سند وکالت و اعطاء وکالت بلاعزل بوده و عقدی از عقود لازم بین طرفین منعقد نشده است تا ضمن آن، عدم عزل وکیل شرط شده باشد. بنابراین با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته نقض می‌گردد و با استناد به ماده ۶۷۹ قانون مدنی و ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به تنفیذ عزل وکیل از وکالت اعطایی موضوع وکالت‌نامه شماره ۵۳۹۱۳-۹۳/۴/۲۲-دفترخانه شماره... تهران از تاریخ تنظیم اظهارنامه شماره ۹۳۱۰۶۷۸۹۹۹۶۰۴۰۵۷ مورخ ۹۳/۲/۱ صادر و اعلام می‌گردد. این رأی، قطعی است.

(ب)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۶۷۵^۱

تاریخ صدور رأی: مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۷

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان

به موجب بخش‌هایی از رأی یادشده «به نظر صرف شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم، ماهیت عقد وکالت را که عقدی جایز است تغییر نمی‌دهد... مگر آنکه خود عقد وکالت هم در ضمن عقد لازمی منعقد شود... اگر طرفین خواستند از حکم قسمت دوم ماده ۶۷۹ ق. م. استفاده کنند باید به همان کیفیتی که موردنظر قانونگذار قرار گرفته است عمل نمایند؛ یعنی وکالت با عدم عزل وکیل که دو

۱. به نقل از: سیامک بهارلویی، «تلازم شرط عدم عزل وکیل و حق فسخ موکل»، ماهنامه کانون

سردفتران و دفتریاران، سال پنجاه و دوم، دوره دوم، ش ۱۰۳، (۱۳۸۹): ص ۷۹.

موضوع علی حده می باشد هر دو را توأمان با واقع ساختن عقد لازمی در قالب شرط ضمن العقد گنجانده تا عقد لازم، طبع اولیه عقد وکالت را که جایز است تغییر دهد ... قید مذکور در سند رسمی یادشده، به نظر تغییری در ماهیت عقد وکالت نداده و جایز بودن عقد وکالت و اراده انشایی موکل بر فسخ آن منحل شده محسوب می گردد».

۲.۱.۲. تحلیل و نقد آراء:

در رأی مذکور در بند (الف)، با وجود تصریح و اقرار طرفین در ضمن عقد وکالت رسمی مبنی بر اینکه «موکل، ضمن عقد خارج لازم، حق عزل وکیل را از خود سلب و ساقط نمود» دادگاه تجدیدنظر به علت صوری بودن اقرار فوق و عدم تحقق چنین عقدی در خارج، شرط عدم عزل وکیل را معتبر ندانسته و حکم بر تنفیذ عزل وکیل داده است. پیش فرض این رأی، که شکل گرایی در آن به نحو بارزی نمود یافته، آن است که صرف اعلام عدم عزل وکیل در ضمن عقد خارج لازم، برای سقوط حق فسخ وکالت کفایت نمی کند بلکه اسقاط حق عزل وکیل منوط به ضمن عقد لازمی است که عملاً و واقعاً میان طرفین منعقد شده باشد. پس اگر اسقاط حق عزل، در ضمن عقد لازمی، شرط نشود یا عقد وکالت در ضمن چنین قراردادی منعقد نگردد حق عزل ساقط نمی شود.

رأی پیش گفته، از این حیث که به اراده واقعی طرفین پرداخته و به اعلام و اقرار صوری آنها واقعی ننهاد، درخور تقدیر است اما چنین تلاشی از سوی دیگر به نادیده انگاشتن تراضی طرفین و تکیه بر صورت گرایی ختم شده است. ماده ۶۷۹ قانون مدنی یادگار دورانی است که اصل حاکمیت اراده، به تنهایی برای ایجاد روابط حقوقی یا انحلال آنها کفایت نمی کرد و شکل گیری تراضی در قالب های معینی برای تنظیم روابط معاملاتی ضروری بود و بر این اساس، شرط ابتدایی، باطل اعلام می شد، اما اکنون که زنجیره های سنت از پای حقوق، گسسته شده و اصل حاکمیت اراده در جایگاه شایسته خویش نشسته است تکیه بر این نکته که تنها راه اسقاط حق عزل وکیل، درج شرط در ضمن عقد لازم است درخور پذیرش نیست. به راستی اگر ایجاد روابط حقوقی یا انحلال آنها به نیروی اراده وابسته است چرا باید تفسیری از قانون ارائه گردد که نیازهای اجتماعی و ضرورت های امروزی را نادیده انگارد و بر تفسیر خشک قوانین اصرار ورزد؟ آیا نمی توان فرض ماده یادشده

را ناظر بر فرد غالب دانست که طرفین برای اتقان و استحکام شروط ضمن عقد و رعایت حزم و احتیاط، عدم عزل وکیل را در ضمن عقد لازم، شرط می‌کنند و بنابراین در صورت حصول چنین توافقی، نتیجه دلخواه در ضمن عقد وکالت یا عقود جایز دیگر تأمین می‌شود؟

از تدقیق در مفاد سند رسمی وکالت و نیز روابط پیشاقراردادی آنها به شرح رأی مذکور، این گونه استنباط می‌شود که طرفین قصد داشته‌اند وکالت موصوف با اسقاط حق عزل وکیل منعقد گردد. بنابراین، نه تنها می‌توان چنین توافقی را در قالب شرط بنایی یا تبانی تحلیل نمود و به مقصود طرفین احترام گذاشت بلکه این مذاکرات در زمان انعقاد قرارداد، تبلور یافته، صراحتاً در عقد آمده است. به عبارت دیگر، مجموع اوضاع و احوال، حاکی از آن است که قصد طرفین بر این بوده است که انعقاد عقد وکالت، با لحاظ اسقاط حق عزل وکیل باشد و حتی اگر عقد لازم خارجی عملاً میان طرفین منعقد نشده باشد در اعلام و ظهور اراده طرفین در این خصوص تردیدی نیست. فلذا در دعوای مذکور، قرائن و شواهد پیشاقراردادی و نصوص قراردادی، بر حق عزل وکیل دلالت داشته و پاسداشت اصل حاکمیت اراده - که نه تنها ضمناً بلکه صراحتاً نیز قابل احراز است - مقتضی آن است که حق عزل وکیل را ساقط شده بپنداریم.

رأی مندرج در قسمت (ب)، بر تلقی نادرستی از نص ماده ۶۷۹ قانون مدنی مبتنی است که به علت اشتباه نگارشی در برخی از نسخ قانون مدنی روی داده است. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، ماده یادشده را این گونه خوانده است: «موکل می‌تواند هروقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل «با» عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» درحالی که خوانش ماده با حرف عطف «یا» صحیح است نه با حرف اضافه «با»، زیرا این موضوع نه تنها در اکثر نسخ معتبر قانون مدنی آمده است بلکه مشهور حقوقدانان نیز چنین تلقی و برداشتی از ماده مزبور داشته‌اند.^۱ به علاوه، منطق حقوقی نیز مثبت ادعای

۱. حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۷)، ج ۲، ص ۳۱۰؛ ناصر کاتوزیان، پیشین؛ مهدی شهیدی، حقوق مدنی - تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶)، ص ۶۳؛ حسین صفائی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷)، ص ۲۵؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ص ۱۲۷؛ علی حائری (شاهی)، شرح قانون مدنی (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ج ۲، ص ۶۰۸.

پیش‌گفته است چه آنکه با تحقق یکی از شیوه‌های مذکور در ماده فوق، مقصود (عدم فسخ وکالت از سوی موکل) فراهم شده و نیازی به درج توأمان هر دو شقّ مذکور؛ یعنی عقد وکالت و عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم، نیست.

نتیجه رأی یادشده و استنباط دادگاه این است که اسقاط حق عزل وکیل حتی در ضمن عقد لازم نیز راهگشا نبوده بلکه باید عقد وکالت نیز در ضمن چنین قراردادی درج شود تا وکالت قابل فسخ نبوده و موکل نتواند وکیل را عزل نماید. گذشته از نتیجه و استنباط مخدوش و همچنین ایرادات وارد بر دادنامه پیشین، تکیه بر متن مغلوط و صدور رأی براساس آن نیز ازجمله اشکالات این رأی است.

۲.۲. اسقاط حق عزل وکیل در ضمن عقد وکالت یا عقد جایز دیگر

در برخی از آراء - که اسقاط حق عزل وکیل یا بلاعزل بودن وکالت، در ضمن خود عقد وکالت شرط شده است - چنین شرطی را لازم‌الوفاء نمی‌دانند و در پاره‌ای دیگر بنا به عقیده مخالف، چنین شرطی را واجد آثار حقوقی به‌شمار می‌آورند. بنابراین، مطالعه و بررسی این آراء در دو قسمت ذیل صورت می‌پذیرد:

۲.۲.۱. عدم اعتبار اسقاط حق عزل:

۲.۲.۱.۱. وقایع پرونده:

(الف)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۳۷۲

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۳/۸/۲۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور

خلاصه جریان پرونده

در تاریخ ۹۱/۷/۱۰ آقای غ. د. با وکالت مع‌الواسطه آقای الف.ف. دادخواستی مبنی بر تقاضای صدور حکم به طرفیت خانم س.ب. تسلیم دادگستری جاجرم نموده است که به شعبه ۱ دادگاه‌های حقوقی آن شهرستان ارجاع شده است. بنا به

توضیح وکیل خواهان، طرفین برابر سند رسمی (۱۸۰۴۵ - ۸۹/۴/۶) ازدواج نموده‌اند و در پی آن به علت عدم موفقیت و تفاهم در زندگی مشترک، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داده است تا خود را مطلقه نماید. زوجه به وی (وکیل خواهان) از ناحیه زوج وکالت داده است تا دادخواست تقدیم کند، لذا وکیل تقاضای صدور حکم طلاق کرده است. طرفین از سوی دادگاه دعوت شدند. جلسه دادگاه در تاریخ ۹۱/۱۰/۱۷ با حضور وکیل مع‌الواسطه خواهان و شخص خوانده تشکیل شد و وکیل خواهان ادعا را تکرار، و به مسئله وکالت مع‌الواسطه اشاره نموده است. زوجه گفت: «من سه سال است با خواهان ازدواج کردم هنوز عروسی نکردیم. فرزند نداریم و خواهان به من وکالت داد تا خود را مطلقه کنم و مهریه ۳۱۴ سکه بهار آزادی می‌باشد که از ایشان می‌خواهم و نفقه ایام گذشته را نیز می‌خواهم که نه میلیون تومان می‌باشد». دادگاه وقت رسیدگی را تجدید نموده و حضور زوج را ضروری دانسته است. جلسه دادگاه در تاریخ ۹۱/۱۲/۹ با حضور زوج و زوجه تشکیل شد و زوج گفت: «من قبول ندارم و نمی‌خواهم طلاق بدهم و من وکالت دادم هروقت که بی‌احترامی کردم ایشان برود طلاق بگیرد». خوانده گفت: «من می‌خواهم طلاق بگیرم و من مهریه‌ام را می‌خواهم و حاضر نیستم با ایشان زندگی کنم». وکیل گفت: «ایشان بنده را از وکالت عزل نمود و من در حدود اختیارم تقاضای مطلقه شدن زوجه را دارم». دادگاه با اعلام ختم رسیدگی طی دادنامه شماره ۱۰۳۸ - ۹۱/۱۲/۱۶ با این استدلال که زوج (موکل) خود شخصاً اعلام نموده است که من راضی به طلاق نیستم و عقد وکالت یک عقد جایز است. طبق ماده ۴۴۹ قانون مدنی به لفظ و فعلی که دلالت بر فسخ وکالت باشد وکالت فسخ می‌شود و بلاعزل بودن وکالت ضمن همین عقد جایز می‌باشد، با فسخ آن وکیل عزل می‌شود و چون زوجه دلیلی برای تقاضای طلاق ندارد و زوج راضی به طلاق نیست لذا دعوی وی را غیروارد، تشخیص، حکم به بطلان دعوی صادر کرده است. از این رأی توسط وکیل زوج به وکالت از زوج تجدیدنظرخواهی شده، پرونده به شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی ارجاع گردیده است. خلاصه ایراد وکیل این است که: زوج به من وکالت بلاعزل داده و وکالت قابل عزل نمی‌باشد و مورد از موارد ماده ۴۴۹ قانون مدنی مورد استناد دادگاه نیست و

مخالفت بر طلاق، دلیل بر عزل وکالت نیست تقاضای نقض رأی را دارم. دادگاه طرفین را دعوت نمود. در جلسه مورخ ۹۲/۴/۱۶ طرفین و وکیل مذکور حضور یافتند. زوج گفت: من وکالت در طلاق ندادم این وکالت را دادم که ایشان برگردد سر زندگی و خوش رفتار باشد. اصلاً وکالت در طلاق در کار نبود. وکیل گفت: وی رفت دفترخانه در قبال مختومه شدن همه پرونده‌ها این وکالت را داده است و وکالت بلاعزل می‌باشد. خانم س. گفت: طبق وکالت‌نامه اجازه طلاق دارم. دادگاه قرار ارجاع امر به داوری صادر کرد. داوران تعیین شد. وکیل و زوج توفیق در سازش نداشته‌اند. دادگاه با اعلام ختم رسیدگی طی دادنامه شماره ۹۲/۵/۱۵-۴۷۸ با استناد به وکالت‌نامه بلاعزل با نقض رأی بدوی رأی به طلاق زوج با بذل یک سکه به‌عنوان طلاق خلع صادر نموده است. از این رأی توسط زوج فرجام‌خواهی شد و پرونده به این شعبه ارجاع شده است. مطالب طرفین تکرار مطالب گذشته می‌باشد. هیأت شعبه در تاریخ فوق‌الذکر تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش، آقای ج. الهی - عضو ممیز اوراق پرونده و دادنامه شماره ۹۲/۵/۱۵-۴۷۸ فرجام‌خواسته - مشاوره نموده چنین رأی می‌دهد:

رأی دیوان

با توجه به محتویات پرونده‌های بدوی و تجدیدنظر و مستندات ابرازی، دادنامه فرجام‌خواسته مخدوش است، زیرا موضوع وکالت‌نامه مورد استناد، وکالت در طلاق توسط زوج به زوج و حق توکیل به غیر است. با عنایت به اینکه وکالت عقد جایز و وکیل قابل عزل می‌باشد (ماده ۶۷۸ قانون مدنی) و بلاعزل بودن آن ضمن عقد لازم، خارج از عقد وکالت صورت نگرفته بلکه ضمن همین عقد وکالت صورت گرفته نیز قابل عزل می‌باشد. و برابر ماده ۶۸۳ قانون مدنی هرگاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی که منافی با وکالت باشد بجا آورده باشد مثل اینکه مالی را برای فروش آن وکالت داد خود بفروشد وکالت منفسخ می‌شود. در مانحن‌فیه، زوج به زوج وکالت داده است تا خود را مطلقه کند. یا وکیل بگیرد تا از طرف زوج او را مطلقه نماید. قبل از انجام وکالت، زوج از مطلقه نمودن زوج منصرف شد و به دادگاه اعلام نموده درواقع اصل وکالت را فسخ نموده و وکیل را با این عمل عزل کرده است و عزل هم همان‌طور که قاضی بدوی بیان داشته همانند فسخ با هر لفظ فعلی محقق می‌شود، دیگر اینکه وکیل با این وجود چه حقی در ادامه انجام وکالت دارد و حتی حق تجدیدنظرخواهی با عزل عملی از وی سلب شده چگونه از ناحیه زوج تجدیدنظرخواهی نسبت به رأیی می‌کند که به نفع زوج صادر شده

است. علی‌هذا با نقض رأی فرجام‌خواسته، پرونده برای رسیدگی به شعبه دیگر از دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی محول می‌شود.

(ب)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۰۹۰

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۳/۲/۲۱

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور

رأی دیوان

دادنامه فرجام‌خواسته، مخدوش و جریان به‌درستی مشخص و معلوم نمی‌باشد، زیرا خواسته زوجه استیذان اعمال وکالت‌نامه شماره ۷۵۵۰۴- ۸۵/۱۲/۲۰ دفتر اسناد رسمی ... حوزه ثبتی ملایر بوده که به‌موجب آن، فرجام‌خواه (زوج) به زوجه جهت اقدام به طلاقش وکالت اعطاء نموده است هرچند در وکالت‌نامه مزبور زوج حق عزل وکیل را از خود اسقاط کرده است لیکن از آنجایی که عقد وکالت از عقود جایزه محسوب است شرط ضمن آن نیز جایز و لازم‌الوفاء نمی‌باشد مگر اینکه موکل در ضمن عقد خارج لازم حق عزل وکیل را از خود سلب کند و در آن صورت، لازم‌الرعايه است که اوراق پرونده حکایت روشنی از این امر ندارد و با توجه به اینکه موکل (زوج) دعوی ابطال وکالت و مألأ عزل وکیل را مطرح نموده است مقتضی بوده دادگاه راجع به نحوه تنظیم سند وکالت و چگونگی اسقاط حق عزل وکیل از ناحیه موکل و احیاناً استعلام از دفترخانه مربوطه و یا اخذ توضیح از سردفتر، موضوع را روشن و سپس مبادرت به انشاء رأی می‌نمود. علی‌هذا وضعیت حاضر به جهت اشعاری رأی صادره قابلیت تأیید را ندارد و نقض می‌گردد و رسیدگی مجدد به همان دادگاه صادرکننده رأی منقوض، محول می‌گردد.

۲.۲.۱.۲. تحلیل و نقد آراء

در آراء مذکور، اسقاط حق عزل وکیل در ضمن عقد وکالت، لازم‌الوفاء و معتبر شناخته نشده است، زیرا وکالت از عقود جایز است و شرط ضمن آن نیز جایز بوده و لازم‌الرعايه نیست. در تقویت این دیدگاه می‌توان به قاعده «آزادی موکل در عزل وکیل» اشاره کرد که در ماده ۶۷۹ قانون مدنی تصریح گردیده و تنها موردی که استثناء شده شرط کردن وکالت یا عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم است. براساس اصول حقوقی، استثناء در حدود موضع نص تفسیر شده و نباید به یاری قیاس و استحسان

گسترش یابد.^۱ بنابراین، در فرض اسقاط حق عزل در ضمن عقد وکالت، چون در زمره استثنایهای مندرج در ماده یادشده نیامده است مانع از میان رفتن اختیار عزل موکل می‌شود.^۲ وانگهی نظر مشهور فقهای امامیه آن است که شرط ضمن عقد جایز الزام‌آور نیست و با توجه به سکوت قانون مدنی در این باره و نیز مفاد ماده ۶۷۹ این قانون، قانونگذار از این نظریه تبعیت کرده و شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت از جمله مواردی که فسخ وکالت منتفی می‌شود قرار نمی‌گیرد.^۳

اما در صورتی که ضمن عقد وکالت به غیرقابل عزل بودن وکیل و یا اسقاط حق عزل تصریح شود عقد وکالت غیرقابل فسخ بوده و موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند، زیرا نیروی سازنده عقد، اراده طرفین است و شکل و قالب تراضی جز در موارد خاص (مانند عقد نکاح) نمی‌تواند محدودکننده این عنصر باشد. به بیان دیگر، همان گونه که تراضی طرفین با درج شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم می‌تواند اختیار فسخ وکالت را محدود یا از میان برد اراده آنها در درج این شرط ضمن عقد وکالت نیز واجد همان اثر حقوقی نیز می‌باشد. بنابراین، فرض ماده ۶۷۹ قانون مدنی، تنها ناظر به یکی از طرقی است که حق عزل وکیل ساقط می‌شود و ماده مذکور با توجه به اصل حاکمیت اراده، مفید حصر نیست. گذشته از آن، با توجه به لزوم نگرش یکپارچه به مجموع توافق طرفین، که مستلزم در نظر گرفتن عقد با شروط ضمن آن می‌باشد، و ارائه تفسیر منسجم از تراضی طرفین به نظر می‌رسد مقصود طرفین از مجموع عقد و شرط، آن است که موکل نتواند هر زمان بنا به اراده خود، وکیل را عزل کند در غیر این صورت نیازی به درج شرط احساس نمی‌شد.

۱. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۲۷۹ مورخ ۱۳۸۱/۸/۵، بخشنامه ۱۳۴/۳۵۱۶۱ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را، که تلویحاً حق عزل وکیل را در فرضی که عدم عزل وکیل ضمن عقد وکالت شرط شده باشد، منتفی می‌دانست با این استناد به ماده ۶۷۹ قانون مدنی «در حدی که مبین عدم اعتبار عزل وکیل بدون شرط آن در ضمن عقد خارج لازم است» خلاف مقررات، تشخیص و ابطال نمود. جهت ملاحظه بخشنامه مذکور و استدالات سازمان ثبت و نقد رأی یادشده نک: علی حسین مصلحی، «اثر حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت»، مجله دانشکده حقوق و

علوم سیاسی، ش ۶۲، ص ۳۵۰، ۳۵۴-۳۵۶.

۲. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۷.

۳. همان، ص ۲۰۶.

ماده ۱۰ قانون مدنی نیز مؤید و مثبت ادعای فوق است زیرا بنا بر ماده مزبور، قراردادهای طرفین، فارغ از شکل و غالب آن، واجد اثر حقوقی و نفوذ شناخته شده است، لذا در صورتی که ایجاد التزام وابسته به حاکمیت اراده طرفین است، «چه تفاوتی می کند که توافق ضمن عقد لازم اعلام شود یا جایز؟ آیا جز این است که لزوم عقد نیز ناشی از همان حاکمیت است؟»^۱

استدلال دیگر در راستای تثبیت رویکرد فوق، آن است که موکل با پذیرش چنین شرطی در ضمن عقد وکالت، درواقع حق تمتع خویش مبنی بر عزل وکیل و فسخ عقد وکالت را به صورت جزئی از خود سلب نموده و موضوع، مشمول قسمت اخیر ماده ۶۷۹ قانون مدنی می گردد زیرا ذکر عقد لازم در این ماده، متضمن دو معناست: الف) عقد لازم به معنای اعم؛ ب) عقد لازم به معنای اخص.^۲

البته اگر اسقاط حق عزل در ضمن عقد جائز دیگری شرط شود، هرچند عقد جایز را می تواند بدون استناد به علتی فسخ نمود و به این ترتیب شرط ضمن آن نیز از میان می رود اما باید دانست که با وصف مذکور «طرفین وجود رابطه نمایندگی را تابع عقد قرار داده اند. درنتیجه، تا زمانی که عقد هست شرط نیز وجود دارد و کسی که مایل به فسخ وکالت است باید ابتدا و به عنوان مقدمه عقد جایز را بر هم زند».^۳

۲.۲.۲. اعتبار اسقاط حق عزل

۲.۲.۲.۱. وقایع پرونده:

الف)

مشخصات رأی^۴

شماره دادنامه: ۰۱۵۰

۱. همان، ص ۲۰۸؛ حسین صفائی، پیشین، ص ۲۶؛ حسن امامی، پیشین، ص ۳۱۳. شایان ذکر است مرحوم امامی علی رغم اینکه بر لازم الوفاء بودن شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت عقیده مند است، اما به علت وفق آن با مقتضای عقد وکالت، با توجه به ماده ۵۵۲ قانون مدنی در باب مضاربه، اذعان دارد که از نظر قانون مدنی، چنین شرطی لازم الرعایه نیست.

۲. علی حسین مصلحی، پیشین، ص ص ۳۵۰ - ۳۵۱.

۳. همان، ص ۳۴۶؛ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۷.

۴. رأی یادشده به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۹۵۱ مورخ ۱۳۹۳/۷/۹ شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

تاریخ صدور رأی: ۹۳/۳/۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی دماوند

رأی بدوی

درخصوص دعوی آقای ع.م. به طرفیت آقای م.ک. به خواسته ابطال وکالت‌نامه شماره ۲۸۸۶۰ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱ تنظیمی در دفتراسناد رسمی ... دماوند راجع به وکالت به خوانده برای نقل و انتقال دو سیزدهم از سه دانگ مشاع یک قطعه زمین مزروعی دارای پلاک ۲۰۶ فرعی از ۷۲ اصلی وادان؛ از آنجایی که عقد وکالت فوق بلاعزل به حیطة تحریر و انشاء درآمده است این امر دلالت برآن دارد که شرط مذکور ضمن عقد لازمی در عالم خارج به وقوع پیوسته است مؤید این استنباط ماده ۷۰ قانون ثبت است که مقرر داشته مندرجات و محتویات سندی که مطابق قوانین ثبت به ثبت برسد رسمی و معتبر است مگرآنکه مجعولیت آن سند ثابت گردد هرچند خواننده برابر تعهد عادی مورخ ۱۳۸۶/۲/۱۲ به استعفاء خود اذعان نموده است ولیکن آخرین اراده طرفین ازجمله توافق مورخ ۱۳۸۶/۳/۱۲ بر بقای وکالت‌نامه می‌باشد به اعتقاد برخی فقهاء حتی اگر شرط وکالت یا عدم عزل در ضمن عقد جایز نیز قرارگیرد تا زمانی که عقد اصلی باقی است شرط نیز لازم است. بنابر مراتب معروضه، دادگاه با عنایت به اصول لزوم و صحت قراردادهای و استصحاب اعتبار قرارداد، دعوی خواهان را مقرون به صحت تشخیص نداده، مستنداً به مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۳ و ۶۷۹ از قانون مدنی و ۱۹۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به بطلان دعوی مطروحه صادر و اعلام می‌شود. این رأی، حضوری بوده و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

(ب)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۴۶۰

تاریخ صدور رأی: ۹۵/۴/۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در رأی یادشده که پیرو تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۹۴/۸/۹-۸۲۸ صادرشده از شعبه ۱۰۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، مشتمل بر صدور حکم بطلان دعوای تجدیدنظرخواه به خواسته ابطال مبیعه‌نامه به لحاظ صوری بودن و

نیز بطلان وکالت‌نامه عادی می‌باشد، در قسمتی که با موضوع بحث مرتبط است این‌گونه آمده است: «در سطر دوم وکالت‌نامه، اشاره به بلاعزل بودن وکیل گردیده. بنابراین چنانچه اراده تجدیدنظرخواه بر عزل وکیل خود بوده با عنایت به سلب حق عزل در ضمن قرارداد، جایز بودن عقد منتفی می‌گردد».

۲.۲.۲.۲. تحلیل و نقد آراء

دو رأی یادشده، بر اعتبار و تأثیر حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد جایز و از جمله عقد وکالت تصریح داشته‌اند و از حیث رعایت اصل حاکمیت اراده و پیروی از دکترین حقوقی قابل توجه و تقدیرند، اما در رأی صادره از شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی دماوند، این نتیجه با تکیه بر نکته موهومی به‌دست آمده است. توضیح آنکه، استدلال شعبه مذکور بر بستر تفسیر غالب دادگاه‌ها از اسقاط شرط عزل وکیل استوار شده و با توجه و استناد به بلاعزل بودن وکالت، این‌گونه فرض نموده «که شرط مذکور ضمن عقد لازمی در عالم خارج به وقوع پیوسته است»؛ درحالی‌که می‌توانست به پشتوانه نظرات اندیشمندان حقوقی، چنین شرطی را فارغ از وقوع یا عدم وقوع آن در ضمن عقد خارج لازمی، صحیح و واجد آثار حقوقی بداند و دچار چنین مجاز و فرض غیرواقعی و موهومی نگردد. اگر همان‌گونه که دادگاه اعلام نموده‌اند «شرط وکالت یا عدم عزل در ضمن عقد جایز نیز قرار گیرد تا زمانی که عقد اصلی باقی است شرط نیز لازم است»، چه نیازی به فرض تحقق شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم است؟ ظاهراً رأی مذکور در راستای حفظ ظواهر قانون مدنی و مراعات ماده ۶۷۹ این قانون، به چنین توجیهی دست یازیده است که گرچه می‌تواند از نقض رأی در مراجع عالی برهد اما به علت عدم استدلال در استناد صحیح درخور انتقاد است.

اما در رأی صادرشده از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صراحتاً به اثر حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت عادی، تصریح و به انفاء جواز عقد در چنین حالتی اذعان شده است. به نظر می‌رسد مقصود از لزوم عقد در این فرض، عدم امکان فسخ عقد از سوی موکل است نه آنکه تمام احکام و آثار عقد

لازم از جمله عدم انفساخ در وضعیت جنون، سفه و مرگ یکی از طرفین نیز بر عقد وکالت مترتب شود. در رأی پیش گفته، استدلالی در راستای تقویت و تحکیم چنین موضعی، یعنی عدم امکان فسخ عقد در صورت درج شرط عدم عزل وکیل ضمن آن، دیده نمی‌شود و مطلوب و مناسب آن بود که دادگاه با تبعیت از تکلیف قانونی خویش، منبعث از اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مبانی توجیهی چنین رویکردی را بیان می‌نمود اما به هر حال دیدگاه اتخاذشده، هم‌سو با آراء و نظرات غالب دانشمندان حقوقی بوده و از جمله مواردی است که دکترین حقوقی توانسته است در تغییر رویکرد محاکم مؤثر افتد هرچند با توجه به مجموع آراء و احکام مندرج در این مقاله و سایر موارد مشابه، رویه قضایی بر شیوه دیگری سیر می‌کند.

۳. اثر حقوقی اسقاط حق عزل وکیل بر ماهیت عقد وکالت:

۳.۱. وقایع پرونده:

(الف)

مشخصات رأی^۱

شماره دادنامه: ۰۰۵۸۸

تاریخ صدور رأی: ۹۱/۷/۱۰

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران

درمورد دعوی آقا و خانم‌ها: ۱ - ج.الف؛ ۲ - ل.م؛ ۳ - زن. با وکالت باواسطه آقای م.ح. به طرفیت آقای م.ک. با وکالت آقای الف.س. به خواسته صدور حکم بر اعلام فسخ وکالت‌نامه رسمی شماره و تاریخ ۵۴۴۱۵ - ۱۳۸۹/۹/۱ دفترخانه ۱۴۳ تهران، بدو صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از هرگونه استفاده از وکالت‌نامه موصوف که دادگاه قبلاً به‌موجب قرار شماره ۹۱۰۳۴۲ - ۱۳۹۱/۴/۱۸ با رد دستور موقت نسبت به آن اتخاذ تصمیم نموده است. با عنایت به محتویات پرونده، صرف‌نظر

۱. رأی یادشده به‌موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۵۲۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۳ شعبه ۴۴ دادگاه

تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است

از اینکه وکالت‌نامه موضوع دعوی، وکالت‌نامه مسبوق به قرارداد عادی ۱۳۰/۸/۲۷ بین طرفین می‌باشد و بنا به مجموع اظهارات وکلای طرفین، خواننده با استفاده از وکالت‌نامه موضوع دعوی نسبت به انتقال ملک موضوع وکالت‌نامه به بانک گردشگری و بانک مذکور نیز به شخص ثالث دیگری نموده است، با توجه به اینکه خواهان‌ها به شرح انتهای وکالت‌نامه مستند دعوی، ضمن عقد خارج لازم حق عزل وکیل (خواننده) را از خود اسقاط نموده اند و بدین وسیله عقد جایز وکالت را به عقد لازم تبدیل نموده‌اند. بنابراین، فسخ وکالت جایگاه قانونی ندارد چراکه به موجب ماده ۶۷۸ قانون مدنی، وکالت فقط با عزل موکل یا استعفای وکیل و یا به موت و جنون وکیل یا موکل مرتفع می‌گردد و با عنایت به اینکه خواهان‌ها حق عزل وکیل را از خود اسقاط نموده‌اند بنابراین دعوی مطروحه وارد نمی‌باشد و دادگاه به استناد ماده ۱۹۷ قانون مدنی، حکم بر رد آن صادر می‌نماید. رأی صادرشده ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

(ب)

مشخصات رأی^۱

شماره دادنامه: ۲۰۰۶۹۵

تاریخ صدور رأی: ۹۲/۱۰/۱۶

مرجع رسیدگی: شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی بخش لواسانات

رأی بدوی

درخصوص دعوی آقای م.ح. فرزند الف. با وکالت خانم ن.س. به طرفیت آقای ع.ق. فرزند غ. به خواسته اعلام فسخ وکالت‌نامه شماره ۶۸۴ مورخ ۸۸/۲/۷ دفترخانه ۱۰۳۳ (اصلاح خواسته در اولین جلسه دادگاه مورخ ۹۲/۱۰/۱۵) و مطالبه خسارات دادرسی موضوع دادخواست ۹۲/۸/۸ بدین مضمون که خواهان به موجب وکالت‌نامه فوق نسبت به املاک خود واقع در روستای سینک چهارچشمه به خواننده دعوی جهت اقداماتی از جمله فروش آن تفویض وکالت نموده است به جهت آنچه که عدم انجام مورد وکالت عنوان گردیده است و نیز بدین لحاظ که عقد وکالت عقد جایز می‌باشد تقاضای اعلام فسخ

۱. رأی یادشده به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۱۰۹۷ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

وکالت‌نامه با توجه به اظهارنامه ارسالی پیوست دادخواست نموده است. النهایه با توجه به محتویات پرونده، دعوی خواهان وارد نیست، زیرا: اولاً، عدم انجام مورد وکالت موجب فسخ وکالت نخواهد بود بلکه عقد وکالت بدین جهت که فی‌نفسه عقد جایز می‌باشد قابلیت فسخ از سوی هریک از طرفین را دارد مگر اینکه ضمن عقد لازم درج گردد که در این‌صورت عقد وکالت نیز همانند آن عقد، لازم تلقی و قابل فسخ نخواهد بود مگر اینکه شرط فسخ درج گردد. برای مثال، حق فسخ ناشی از عدم انجام مورد وکالت در موعد معین برای مشروطه شرط گردد. در پرونده حاضر با توجه به ذیل وکالت که درج ضمن عقد لازم، تصریح و حق عزل وکیل نیز به‌صراحت اشاره گردیده است، لذا عقد وکالت مذکور از آثار عقد لازم در این خصوص برخوردار بوده و موکل حق عزل وکیل را نخواهد داشت خصوصاً اینکه حق فسخ نیز درج نگردیده است و ارسال اظهارنامه مبنی بر فسخ به جهت عدم انجام مورد وکالت در موعد اعلامی در اظهارنامه نیز بدین لحاظ که برخلاف مفاد وکالت‌نامه می‌باشد مؤثر نخواهد بود. فی‌الواقع اظهارنامه قرارداد تلقی نمی‌گردد تا عدم انجام مورد وکالت در موعد اعلامی در اظهارنامه مستلزم اجابت مفاد آن توسط خواننده باشد. بنابر مراتب فوق، دعوی خواهان را وارد ندانسته و مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر می‌گردد. رأی صادره مستنداً به مواد ۱۹۷ و ۳۳۲ و ۳۳۶ همان قانون ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.

(ج)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۴۶۰

تاریخ صدور رأی: ۹۵/۴/۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در رأی یادشده که پیرو تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۹۴/۸/۹-۸۲۸ صادرشده از شعبه ۱۰۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، مشتمل بر صدور حکم بطلان دعوای تجدیدنظرخواه به خواسته ابطال مبیعه‌نامه به لحاظ صوری بودن و نیز بطلان وکالت‌نامه عادی می‌باشد، در قسمتی که با موضوع بحث مرتبط است این‌گونه آمده است: «در سطر دوم وکالت‌نامه، اشاره به بلاعزل بودن وکیل گردیده. بنابراین، چنانچه اراده تجدیدنظرخواه بر عزل وکیل خود بوده با عنایت به سلب حق عزل در ضمن قرارداد، جایز بودن عقد منتفی می‌گردد».

مشخصات رأی^۱

شماره دادنامه: ۶۷۵

تاریخ صدور رأی:

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان

به موجب بخش‌هایی از رأی یادشده «به نظر صرف عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم، ماهیت عقد وکالت را که عقدی جایز است تغییر نمی‌دهد ... مگر آنکه خود عقد وکالت هم در ضمن عقد لازمی منعقد شود ... اگر طرفین خواستند از حکم قسمت دوم ماده ۶۷۹ ق.م. استفاده کنند باید به همان کیفیتی که موردنظر قانونگذار قرار گرفته است عمل نمایند؛ یعنی وکالت با عدم عزل وکیل که دو موضوع علی‌حده می‌باشد هر دو را توأمان با واقع ساختن عقد لازمی در قالب شرط ضمن‌العقد گنجانده تا عقد لازم، طبع اولیه عقد وکالت را که جایز است تغییر دهد ... قید مذکور در سند رسمی یادشده به نظر تغییری در ماهیت عقد وکالت نداده و جایز بودن عقد وکالت و اراده انشایی موکل بر فسخ آن منحل شده محسوب می‌گردد».

۳.۲. تحلیل و نقد آراء

به موجب ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جائزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سغه در مواردی که رشد معتبر است». در ماده ۶۷۸ قانون مزبور نیز آمده است: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: (۱) به عزل موکل؛ (۲) به استعفای وکیل؛ (۳) به موت یا به جنون وکیل یا موکل».

آیا با درج عقد وکالت در ضمن عقد لازم یا اسقاط حق عزل وکیل، عقد وکالت که یکی از عقود جایز است به عقد لازم تبدیل می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا استحالتهای در ماهیت عقد وکالت روی می‌دهد و بر این اساس فوت، جنون و موت یکی از طرفین، در انفساخ قرارداد بی‌تأثیر است؟

پاسخ به پرسش یادشده آن است که در حالت پیش‌گفته عقد جایز به لازم تبدیل نمی‌شود بلکه صرفاً حق فسخ طرفین و حق عزل وکیل ساقط می‌گردد و از

۱. به نقل از: سیامک بهارلونی، پیشین.

این حیث عقد جایز در حکم عقد لازم شمرده می‌شود نه آنکه عقد جایز ماهیتاً تبدیل به عقد لازم شود و آثار مترتب بر این‌گونه عقود، ازجمله انفساخ از حیث عارض شدن جنون یا وقوع مرگ، زائل شود، زیرا لزوم و جواز، دو وضعیت قانون عقد است که به اراده طرفین قابل تغییر نیست یعنی طرفین نمی‌توانند هیچ عقد لازمی را به عقد جایز تبدیل کنند^۱ به عبارت دیگر، طبق گفته برخی حقوقدان‌ها عقد جایز دربرگیرنده دو مؤلفه مجزاست: (۱) هریک از طرفین می‌تواند هر زمان بنا به اراده خود، بدون هرگونه علت خارجی، عقد را منحل کند؛^۲ این نوع عقد با جنون، مرگ و سفه یکی از طرفین منفسخ می‌شود.^۳ بنا بر این تفکیک، درج وکالت یا شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم، تنها از حیث نخست مؤثر بوده و اختیار انحلال عقد از سوی طرفین را محدود یا معدوم می‌نماید اما درخصوص مؤلفه دوم، بی‌تأثیر بوده و جایز بودن عقد به قوت خود باقی می‌ماند، چه لزوم و جواز عقد از احکام و به تعبیری از مقررات آمره است نه از حقوق و مقتضای عقد.^۴ در برخی از آراء یادشده، مسامحتاً بر تغییر طبع و ماهیت عقد وکالت از جایز به لازم اشاره شده است. به بیان دیگر، از دلالت عبارات و سیاق کلام، این‌گونه استنباط می‌شود که مقصود از تغییر فوق، آن است که در وضعیت مفروض پیش‌گفته، وکالت از حیث امکان فسخ عقد و عزل وکیل در حکم عقد لازم بوده و حق فسخ طرفین ساقط می‌گردد نه آنکه تبدیل ماهیتی صورت پذیرد و عقد جایز به لازم تغییر یابد و انفساخ آن به موت و جنون یکی از طرفین نیز تحقق نیابد. اما در برخی دیگر از آراء، اعتقاد دادگاه بر این امر استوار است که در موقعیت یادشده، طبع و ماهیت عقد، دگرگون شده و عقد جایز به لازم تبدیل می‌گردد. چنین رویکردی، صریحاً در رأی شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان قابل ملاحظه است، لذا متحمل ایرادات و اشکالات پیش‌گفته می‌باشد.

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵)، ص ۲۳؛ ۱. حسن امامی، پیشین.

۲. ماده ۱۸۶ قانون مدنی: عقد جایز آن است که هریک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۳۴؛ محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵)، ص ۳۴۸.

۴. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۶۴؛ حسین صفائی، پیشین؛ علی حسین مصلحی، پیشین، ص ۳۴۶؛ محمدحسین شهبازی، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی (تهران: نشر مؤلف، ۱۳۸۵)، ص ۸۲ نویسنده اخیر علت انفساخ عقد به علت جنون، سفه یا مرگ یکی از طرفین را ناشی از ماهیت اذنی عقد وکالت می‌داند نه جواز آن. همان، ص ۱۰۸.

نتیجه‌گیری

آنچه از مباحث و مطالب جستار حاضر استنباط و استنتاج می‌گردد آن است که «عقد وکالت» از جمله عقود جایز به‌شمار می‌آید لذا هریک از طرفین می‌توانند بنا به اراده خود در هر زمان مبادرت به فسخ عقد مزبور نمایند. یکی از راهکارهای اسقاط حق فسخ وکالت، حسب ماده ۶۷۹ قانونی، درج عقد وکالت یا شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم است. با توجه به اصل «حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای» که در ماده ۱۰ قانون مدنی تبلور یافته است و نیز با عنایت به امکان سلب حق فسخ وکالت به نحو جزئی به استناد ماده ۹۵۹ قانون مدنی، شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت نیز مفید چنین اثری خواهد بود. بنابراین، ماده ۶۷۹ قانون مدنی، مفید حصر موارد سقوط حق فسخ وکالت و عزل وکیل نبوده بلکه فرد شایع را بیان می‌نماید.

همچنین، اگر وکالت به علت درج در ضمن عقد لازم، غیرقابل فسخ باشد ماهیت و طبع عقد، از جایز به لازم تبدیل نمی‌شود به‌گونه‌ای که انفساخ آن به علل مرگ، جنون یا سفه یکی از طرفین نه تنها ممکن نیست بلکه عقد وکالت به جهت اذنی بودن و وابستگی آن به اراده طرفین، در فرض رخ دادن یکی از وضعیت‌های پیش‌گفته منفسخ می‌گردد.

فهرست منابع:

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۷.
۲. بهارلویی، سیامک، «تلازم شرط عدم عزل وکیل و حق فسخ موکل»، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، سال پنجاه و دوم، دوره دوم، ش ۱۰۳، ۱۳۸۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۴. حائری (شاهباغ)، علی، شرح قانون مدنی، ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۵. شهبازی، محمدحسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران: نشر مؤلف، ۱۳۸۵.
۶. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
۷. _____، حقوق مدنی - تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
۸. صفائی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: دوره عقود معین (۴)، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۱۰. مصلحی، علی حسین، «اثر حقوقی شرط عدم عزل وکیل در ضمن عقد وکالت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، ۱۳۸۲.
۱۱. موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.

خسارت قابل جبران در صورت مستحق‌لغیر در آمدن مبیع

محمد صادقی*

راحله خان محمدزاده**

مقدمه

وفق ماده ۳۹۱ قانون مدنی،^۱ در صورت مستحق‌لغیر در آمدن مبیع و جهل مشتری به این موضوع، بایع، ملزم به جبران غرامات وارده بر او می‌باشد. در خصوص مصادیق این غرامات، میان فقهاء و حقوق‌دانان اختلاف نظر هست که این اختلاف نظر به رویه قضایی نیز تسری یافته است. فارغ از پرداختن به اقوال مختلف در این زمینه، با امعان نظر به مبانی حقوقی مربوطه، درباره چگونگی جبران خسارات وارده بر مشتری و مصادیق آن باید در پی راهکاری بود تا از این طریق، خسارات وارده به مشتری جاهل جبران شود، زیرا از یک سو اصل جبران کامل خسارات ایجاب می‌کند که کلیه خسارات وارده به خریدار با حسن نیت جبران گردد و از سوی دیگر، رشد تصاعدی قیمت و کاهش ارزش پول که آثار آن به وضوح مشاهده می‌شود تأثیر زیادی بر محدوده توافق طرفین در معاملات و اجرای صحیح آن دارد.

اخیراً رأی وحدت رویه‌ای تحت عنوان «نحوه پرداخت غرامت بایع به مشتری در صورت مستحق‌لغیر بودن مبیع» از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده که لزوم جبران کاهش ارزش ثمن را پذیرفته است. با این حال، هنوز تمامی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید

sadeqi67@gmail.com

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (مسئول مقاله)

raheleh_r68@yahoo.com

۱. «در صورت مستحق‌لغیر در آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».



مسائل مرتبط با این مهم روشن نشده، تا حدی که درخصوص مصادیق غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بین شعب ۳ و ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی آراء معارضی صادر شده است؛ با این توضیح که شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان، مارالذکر حکمی را که دادگاه بدوی، صادر کرده و کاهش ارزش ثمن را «غرامت» دانسته، نقض نموده و شعبه ۱۱ همان دادگاه حکمی را که دادگاه بدوی، صادر و کاهش ارزش ثمن را «خسارت» دانسته، تأیید کرده است. متعاقب این تعارض، نهایتاً دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه‌ای صادر نموده که در مانحن فیه به نقد و بررسی این مهم پرداخته خواهد شد.

رأی شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر

شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در رأی الصداری خویش در مورد موضوع مورد بحث آورده است: «درمورد تجدیدنظرخواهی آقای ... به طرفیت آقای ... از دادنامه شماره ۸۸/۹۱۴ صادره در پرونده کلاسه ۸۸/۷۳۳ دادگاه محترم شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو،^۱ مبنی بر صدور حکم به بطلان معامله موضوع

۱. شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو درمورد دعوای آقای ... علیه آقای ...، دادنامه شماره ۹۱۴/۸۸-۱۳۸۸/۰۸۳۰ را به این شرح صادر نموده: «درخصوص دعوای آقای ... به طرفیت آقای ... به خواسته بطلان معامله دو قطعه زمین خالی قطعات تفکیکی به شماره‌های ۱۴/۲۳ به مساحت هفتصد مترمربع از پلاک ۱۰۱۹- اصلی به علت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع مقوم به ده میلیون ریال و استرداد ثمن به مبلغ سی و پنج میلیون ریال و استرداد غرامات (افزایش قیمت) به مبلغ سیصد و نود میلیون ریال جمعاً پانصد و پنجاه و پنج میلیون ریال با اعسار از پرداخت هزینه دادرسی اولاً، درخصوص اعسار سابق بر این حکم بر قبول اعسار صادر که قطعیت یافته است؛ ثانیاً، درخصوص ماهیت امر توجهاً به شرح دادخواست تقدیمی، مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۱۳ استعلام واصله از منابع طبیعی پیوست پرونده که مبین وجود پلاک ۱۰۹۱- اصلی در محدوده ثبتی پلاک ۱۰۸ فرعی از ۱۰۶- اصلی قاسم آغلی و خارج‌نویسی پرونده کلاسه ۱۲۰۴/۸۷ و ۹۶۵/۸۷ که بر ملی اعلام شدن رقبه مذکور اشعار دارد و اینکه خواننده دفاعیات موجهی که بطلان دعوای خواهان را مدلل سازد ارائه نداده است، لذا دادگاه با لحاظ نظریه کارشناس مصون‌مانده از تعرض، دعوای خواهان را وفق نظریه مذکور، محمول بر صحت، تلقی به استناد ماده ۳۴۸ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر بطلان مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۱۳ مربوط به قطعات ۲۳ و ۱۴ جمعاً به مساحت هفتصد مترمربع از پلاک ۱۰۹۱- اصلی و الزام خواننده به پرداخت مبلغ سی و پنج میلیون ریال ثمن معامله در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد. مضاف بر آن درخصوص مطالبه غرامات (افزایش قیمت ملک) توجهاً به اینکه از غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صرفاً هزینه‌های دلالی و مخارج مصروفة بر رقبه موضوع مستحق‌الغیر مستفاد

قرارداد عادی مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۱۳ (دو قطعه زمین خالی قطعات تفکیکی به شماره‌های ۲۳ و ۱۴ به مساحت ۷۰۰ متر مربع از پلاک ۱۰۹۱ اصلی) به علت مستحق‌لغیر درآمدن مبیع و پرداخت ثمن معامله به مبلغ سی و پنج میلیون ریال در حق تجدیدنظرخوانده و پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق تجدیدنظرخوانده؛ اولاً، نظر به اینکه درخصوص بطلان معامله و استرداد ثمن ایراد و اعتراض مؤثر و موجهی از ناحیه تجدیدنظرخواه که موجبات نقض دادنامه موصوف را فراهم آورد به عمل نیامده و با ارجاع امر از سوی این دادگاه به هیأت سه‌نفره کارشناسان نیز مشخص شده که قطعات مورد معامله خارج از مالکیت فروشنده قرار داشته و اعتراض موجه و مؤثری از سوی تجدیدنظرخواه به این نظریه معمول نشده و نظریه کارشناسان با اوضاع و احوال مسلّم قضیه مغایرتی ندارد. بنابراین، دادنامه تجدیدنظرخواسته در این موارد، صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌شود و به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی [دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور] مدنی آن را تأیید می‌کند و اما درخصوص قسمت دیگر دادنامه یعنی پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال، از آنجا که این مبلغ به عنوان افزایش قیمت در نظر گرفته شده و غرامات شامل هزینه‌هایی است که مربوط به معامله می‌شود و از انجام معامله به خریدار وارد می‌شود و تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت می‌شود نمی‌تواند داخل در غرامت تلقی شود. بنا به مراتب، این قسمت از دادنامه را موجه و قانونی تشخیص نداده، به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی [دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور] مدنی آن را نقض و درخصوص دعوای خواهان به طرفیت خوانده به خواسته مطالبه غرامت (ناشی از افزایش قیمت ملک) در توجه به موارد فوق‌الذکر و به

نمی‌گردد، چه اینکه عبارت «غرامات» به صورت مطلق به کار برده شده و حسب استفتانات معموله از آیات عظام مندرج در نشریه پیام آموزش شماره ۳۴ پیوست پرونده غرامات شامل افزایش قیمت نیز خواهد بود، لذا دادگاه با لحاظ مراتب فوق و نظریه کارشناسی، خوانده را به پرداخت مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق خواهان، محکوم و اعلام می‌دارد خواسته مازاد بر محکوم‌به، به جهت عدم اتکاء [به] دلیل اثباتی محکوم به رد است، لذا دادگاه به استناد ماده ۱۹۷ قانون اخیرالذکر [حکم] بر بی‌حقی خواهان در این خصوص صادر و اعلام [می‌نماید]. نظر به محکوم‌له واقع شدن خواهان، هزینه دادرسی در مرحله اجرای حکم وصول خواهد شد. رأی صادره، حضوری، تلقی ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان می‌باشد.

استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به بی‌حقی خواهان، صادر و اعلام می‌شود. صدور این حکم، مانع از مطالبه مخارجی که خریدار به سبب انجام معامله کرده و غرامت به آن مخارج شامل می‌شود نخواهد بود. رأی صادره از سوی این دادگاه، قطعی است.

همان‌طور که اشاره شد شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر در خصوص مصادیق غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، قائل به مسئولیت بسیار محدود بایع فضولی است. با رجوع به اندیشه‌ها و نظریات در این خصوص، و نیز با بررسی دیدگاه‌های فقهاء، حقوق‌دانان و آراء اصداری از سوی محاکم خواهیم یافت که مصادیق غرامات موضوع ماده مزبور متضمن دو رویکرد کلی است: عده‌ای به مسئولیت محدود بایع فضولی معتقدند و گروهی دیگر برای بایع فضولی، مسئولیت گسترده‌تری قائل شدند. طرفداران رویکرد نخست نیز، خود به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ به‌طوری که دسته‌ای باورشان بر مسئولیت بسیار محدود بایع فضولی استوار است و عده‌ای نیز به مسئولیت محدود آن گرایش دارند ولی بسان گروه اول، مصادیق این غرامات را مضیق تفسیر ننمودند.^۱ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی نیز به تبعیت از طرفداران نظریه مسئولیت بسیار محدود، بایع فضولی را تنها ملزم به جبران هزینه‌هایی دانسته که بایع فضولی با فرض صحت معامله متحمل گردیده است.^۲

۱. برای اطلاع بیشتر نک: ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی) (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴)، ج ۱، ص ۲۲۷؛ مرتضی انصاری دزفولی، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه. ق.)، ج ۳، ص ۴۸۴؛ سیدحسن امامی، حقوق مدنی (تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱)، ج ۱، صص ۴۷۱-۴۷۲؛ یوسف‌بن احمد بحرانی، الحقائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره (قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه. ق.)، ج ۱۸، ص ۳۹۳؛ میرزای قمی، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، (تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه. ق.)، ج ۲، ص ۲۰۸.

۲. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز به‌منظور پاسخ به استعلامات متعددی که درخصوص تفسیر مصادیق غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی آمده، به صدور نظریه‌هایی پرداخته است که حاکی از مسئولیت بسیار محدود بایع در جبران خسارات مذکور می‌باشد. وفق برخی از نظریه‌های اصداری از سوی اداره مزبور، منظور از این غرامات، خسارات و مخارجی است که مشتری باحسن‌نیت برای انعقاد عقد تا اثبات فساد آن

قائلان به نظریه جبران خسارات به شکل بسیار محدود، غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی را به صورت مضیق تفسیر نموده‌اند و با بایع فضولی را علاوه بر استرداد ثمن قراردادی، تنها ملزم به جبران هزینه‌هایی از جمله هزینه تنظیم سند رسمی، دستمزد دلالی و نگهداری مبیع و تهیه ثمن و هزینه دادرسی دانسته‌اند. اجمالاً به نظر می‌رسد که نظریه مسئولیت بسیار محدود بایع فضولی، دور از عدالت و انصاف باشد، زیرا قواعد فقهی و حقوقی از جمله قاعده «لاضرر» ایجاب می‌کند که کلیه خسارات وارده بر مشتری جاهل جبران گردد، لذا محدود نمودن مسئولیت بایع فضولی صرفاً به پرداخت هزینه‌هایی که مشتری متحمل گردیده است، سبب جبران کامل خسارات وارده بر وی نمی‌شود.

رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر

شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی افزایش قیمت ناشی از تورم موجود در جامعه را غرامت تلقی و آورده است: «تجدیدنظرخواهی آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۸۸/۹۵۰ صادره در پرونده کلاسه ۸۸/۳۶۷ شعبه دوم دادگاه محترم حقوقی ماکو^۱ که به موجب آن، حکم به بطلان بیع مورخ

← و استرداد عوضین متحمل شده است و نظریه‌های مزبور خسارات موضوع مواد ۵۱۲ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی را در شمار غرامات مذکور نمی‌آورند. گفتنی است نظریه‌های مزبور صراحتاً افزایش یا کاهش قیمت روز (سوقیه) مورد معامله را جزء غرامات موضوع ماده فوق‌الذکر محسوب نمی‌کنند و خریدار را مستحق دریافت مابه‌التفاوت قیمت مزبور نمی‌دانند و نیز مسئولیت بایع فضولی را صرفاً محدود به هزینه‌هایی می‌دانند که خریدار به منظور انعقاد قرارداد متحمل شده است. (نک: نظریه مشورتی شماره ۷/۲۷۴۲-۱۳۸۸/۰۵/۰۶؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۲۸۲۲-۱۳۸۶/۰۴/۳۱؛ نظریه مشورتی شماره ۱۳/۶۷۴۷-۱۳۸۲/۰۸/۱۳؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۱۷۹-۱۳۸۱/۰۲/۰۵) حال آنکه درخصوص رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور، نظریه دادستان کل کشور چنین آمده: «آنچه ملاک در جبران خسارت مشتری است، کاهش قدرت خرید وی بر اثر تورم و به عبارتی کاهش قیمت ثمن است نه آنچه در نظریه اداره حقوقی با عبارت افزایش قیمت ملک آمده است».

۱. شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو درباره دعوی آقای ... به طرفیت ... طی دادنامه ۸۸/۹۵۰-۱۳۸۸/۰۹/۱۱ اعلام داشته: «درخصوص دعوی ... به خواسته فسخ معامله مورخ ۱۰۲۵ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۰۵ به علت مستحق‌الغیر بودن مبیع مقوم به یازده میلیون ریال، استرداد ثمن معامله مقوم به هفت میلیون و چهارصد و سی هزار ریال و مطالبه غرامات و افزایش قیمت ملک مرقوم طبق نظریه کارشناسی و خسارات دادرسی پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ این دادگاه مقوم به سه میلیون ریال با احتساب حق‌الوکاله و هزینه‌های دادرسی که در اولین جلسه دادرسی خواسته را از فسخ به بطلان تغییر داده است توجهاً به شرح دادخواست تقدیمی، مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۰۵ پیوست پرونده نظریه

۱۳۸۳/۱۲/۰۵ قرارداد شماره ۱۰۲۵ و پرداخت ثمن مورد معامله به نرخ روز صادر شده است، به لحاظ عدم ایراد و اعتراض مؤثر در راستای نقض دادنامه وارد نبوده به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی آدگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد تجدیدنظرخواهی عین دادنامه بدوی تأیید می‌شود. رأی صادره، قطعی است». از این رو شعبه مورد اشاره، دادنامه شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی را تأیید کرده و ضمن پذیرش مسئولیت گسترده بایع فضولی در جبران غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، وی را ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن دانسته است.

به نظر می‌رسد در جامعه کنونی که اغلب مبادلات و قراردادها بر مبنای وجه رایج صورت می‌گیرد و اوضاع و احوال اقتصادی را با رشد فزاینده‌ای دچار تغییر و تحول می‌کند و معمولاً هم نرخ تورم با رشد بالایی همراه است، چنانچه موضوع تعهد وجه رایج باشد کاهش ارزش پول، تأثیر زیادی در روابط اقتصادی طرفین دارد. حال، در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع و ثمن تأدیه‌شده از جمله نقود رایج باشد و از زمان

کارشناسی موضوع پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ از دادگاه اینکه خواننده دفاعیات موجهی که بطلان دعوی خواهان را مدلل سازد ارائه نداده است، چه اینکه: الف) عدم اطلاع بایع از مستحق‌الغیر بودن تلقی مسئولیت مدنی وی را فراهم نخواهد آورد؛ ب) علی‌رغم ادعا مبنی بر طرح دعوی جلب ثالث به این دادگاه در پرونده مطروحه ارائه نشده است؛ ج) غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی به صورت مطلق آورده شده عدم تسری آن به افزایش قیمت ملک با توجه به تورم و کاهش ارزش پول و تلقی آن صرفاً هزینه‌های دلالی و نگهداری و امثال آن مستفاد نمی‌شود بالاخص اینکه حسب استفتاء اخیر از مراجع عظام به اکثریت اعتقاد به پرداخت روز ثمن یا براساس تورم بوده‌اند. بنا به مراتب، دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت تلقی به استناد مواد ۳۹۰، ۳۹۱ و ۳۴۸ قانون مدنی، مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن صدور حکم بر بطلان بیع مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۰۵ فی‌مابین متداعیین پرونده خوانده را به پرداخت مبلغ هفت میلیون و چهارصد و پنجاه هزار ریال از بابت ثمن معامله، مبلغ یکصد و چهل میلیون و هفتصد و پنجاه هزار ریال از بابت غرامات (افزایش قیمت) و مبلغ پنج میلیون و هفتصد و سی و یک‌هزار و دویست ریال از بابت شصت درصد حق‌الوکاله وکیل در مرحله نخستین دادرسی و مبلغ سه میلیون و یکصد و سی و پنج هزار و یکصد ریال از بابت هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد خسارت دادرسی پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ این دادگاه به جهت صدور حکم بر بطلان دعوی و قطعیت آن مردود است، لذا دادگاه به استناد ماده ۱۹۷ قانون مارالذکر حکم بر بی‌حقی خواهان در این خصوص، صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری، تلقی ظرف مهلت بیست روز از تاریخ [ابلاغ] قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان می‌باشد».

بیع، مدت مدیدی گذشته باشد و به علت تورم یا هر سبب دیگری، ارزش پول، کاهش یابد چگونگی جبران چنین خسارتی مورد سؤال است. نظریه «لزوم جبران کاهش ارزش پول»، درصدد رفع این مشکل است.

در قانون، متعاقب لزوم جبران کاهش ارزش پول درباره مطالبات ناشی از مهریه،^۱ با تصویب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ بخشی از این مهم درخصوص دعاوی‌ای که موضوع آن، دین و از نوع وجه رایج است، محقق یافت.

طرفداران مسئولیت گسترده بایع فضولی در جبران غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، برای توجیه نظریه خود به اصل جبران کامل خسارات استناد نموده‌اند؛ چراکه یکی از اصول بنیادین حقوق مسئولیت مدنی که از سوی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش واقع شده است اصل «لزوم جبران ضرر» یا اصل «جبران کلیه خسارات» است. در سایه این اصل، تحمیل هر میزان خسارت بر مسبب حادثه رواست. بنابراین، در پرتو چنین اصلی هر زیانی صرف‌نظر از گستره آن باید جبران شود، زیرا جبران خسارت زیان‌دیده، مهم‌ترین هدف مسئولیت مدنی است.^۳ معتقدین به موضوع مورد بحث، با توجه به اینکه یکی از شرایط مهم وفای به عهد را وحدت موضوع تعهد و موضوع تأدیه می‌دانند، در فرض مستحق‌الغیر درآمدن

۱. به‌موجب تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی «چنانچه مهریه، وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند...». هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور در این خصوص نیز رأی وحدت‌رویه‌ای (شماره ۶۴۷-۱۳۷۸/۱۰/۲۸) صادر کرده که به قرار زیر است: «منظور مقنن از تصویب ماده واحده قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۷۶ با توجه به عبارات صدر تبصره و فلسفه وضع آن [ا] حفظ ارزش ریالی مهریه زوجه است که معمولاً برحسب وجه رایج (ریالی) تعیین می‌شود اگرچه تاریخ وقوع عقد ازدواج مربوط به زمان قبل از تصویب تبصره مزبور باشد با این وصف قانون مرقوم (تبصره الحاقی) با ماده ۴ قانون مدنی مبیانیتی ندارد...».

۲. «در دعاوی که موضوع آن، دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

۳. حسن بادینی، «هدف مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، ش ۶۶

مبیع، پول را همان قدرت خرید می‌دانند، لذا بایع فضولی در مقام وفای به عهد، همان قدرت خرید را به عنوان ایفای اصل دین می‌پردازد.

با بررسی آراء قضایی نیز متوجه می‌شویم که یکی از رویه‌های موجود در محاکم درخصوص مفهوم غرامات قابل جبران توسط بایع در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، لزوم تأدیه ثمن پولی با توجه به نرخ شاخص بانک مرکزی است. این دسته از محاکم (شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی) قائل به مسئولیت گسترده بایع فضولی هستند. آرائی که بر دیدگاه محاکم مبنی بر لزوم جبران کاهش ارزش ثمن دلالت دارد برای نمونه بیان می‌شود:

۱. «درخصوص دعوی خانم ... که اظهار داشته: شوهرم در سال ۱۳۵۷ طی قولنامه‌ای یک قطعه زمین را از آقای ... خریده است. اخیراً متوجه شده‌ام که زمین جزء مراتع ملی بوده و اداره منابع طبیعی آنجا را تصرف کرده است. تقاضای الزام خوانده به استرداد ثمن و غرامات را دارم. با ارجاع امر به کارشناس و احراز مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، خوانده را به پرداخت ... ریال به عنوان ثمن پرداختی به او محکوم می‌کند. درخصوص خسارات وارده با توجه به اینکه ثمن، من غیرحق در ید خوانده باقی مانده و در طول این مدت از قدرت خرید مبلغ مذکور، کاسته شده و خواهان، از منافع احتمالی آن محروم شده است. بنابراین، دادگاه مورد را از مصادیق ماده ۳۹۱ قانون مدنی دانسته و با احتساب نرخ شاخص تورم اعلامی بانک مرکزی، خوانده را به پرداخت ... ریال در حق خواهان محکوم می‌کند»^۱.

۲. «مبلغ پرداخت‌شده از سوی خواهان در زمان وقوع عقد بیع نماینده ارزش پول زمان معامله بوده و با ابطال بیع خواهان استحقاق دریافت همان مبلغ را با توجه به تغییر ارزش وجه رایج دارد و با أخذ ملاک در نحوه پرداخت (وجه رایج) دعوی خواهان را وارد، تشخیص، مستنداً به مواد ۳۲۵، ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین

۱. این رأی پس از تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، عیناً طی دادنامه شماره ۶۴۳-۱۳۸۵/۵/۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان کردستان تأیید شده است.

دادرسی مدنی خواننده را به پرداخت ... ریال ثمن مبیع با توجه به شاخص بهای تورم اعلامی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در یوم‌الاداء محکوم می‌کند».^۱

بنا بر آنچه آمد با توجه به آراء اصداًری از محاکم قضایی به نظر می‌رسد درخصوص مبنای لزوم جبران کاهش ارزش ثمن، دو دیدگاه کلی قابل استخراج باشد:

۱. دیدگاه نخست: وفای به عهد ایجاب می‌کند که بایع، کاهش ارزش ثمن را جبران کند. طبق این دیدگاه، لزوم جبران کاهش ارزش ثمن، مشمول صدر ماده ۳۹۱ قانون مدنی (استرداد ثمن) است. در اینجا، در صورت مستحق‌لغیر درآمدن مبیع، بایع، ملزم به رد ثمن می‌باشد و از آنجا که در کشور ما معمولاً نرخ تورم هرساله افزایش می‌یابد اصل «وفای به عهد» ایجاب می‌کند که ثمن با اعمال نرخ تورم به مشتری مسترد گردد. مبنای این دیدگاه، قاعده «ضمان ید» است، زیرا ثمن در دست بایع قرار گرفته و باید براساس قاعده «کل ما یضمن به صحیحه یضمن بفاسده» مسترد شود. به عبارت دیگر، برای اینکه وفای به عهد کامل باشد باید با اعمال نرخ تورم، ارزش واقعی مبلغ موضوع تعهد را محاسبه کرد؛ چراکه پول امروزی (برخلاف دینار و درهم قدیم) فاقد ارزش واقعی است و به گونه‌ای ارزش آن، اعتباری و بسته به قدرت خرید آن می‌باشد و این قدرت خرید با اعمال نرخ تورم، محاسبه می‌گردد. بنابراین، مدیونی که قبلاً یک ارزش اعتباری را بر عهده گرفته، باید در حال حاضر ارزشی برابر با همان ارزش اعتباری به طلبکار بپردازد و اگر ارزشی کمتر از ارزش مورد ذمه پرداخت نماید هنوز وفای به عهد مستوفی نکرده است. پس پرداخت مبلغ ملازاد بر ارزش اسمی پول به عنوان خسارت نبوده، بلکه از باب وفای به عهد است. مهم‌ترین دلیل قرآنی این دیدگاه، آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ است که صراحتاً مؤمنان را امر به وفای به عهد می‌باشد که طبق نظر مفسران و فقهاء شامل تمام دیون و تعهدات اعم از قراردادی و غیرقراردادی می‌شود.

۱. دادنامه شماره ۹۵۴- ۱۳۸۳/۴/۲۸ شعبه ۱ دادگاه عمومی کامیاران.

۲. مائده/۱.

از جمله دلایل دیگر، روایت رسول اکرم (ص) است که فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم». بنابراین، قاعده لزوم وفای به عهد ایجاب می‌کند که در دیون پولی نیز مانند هر دین دیگر، مدیون برای برائت ذمه و تحقق وفای به عهد، مالی برابر مال در ذمه پرداخت نماید و چون عرفاً در صورت وجود تورم شدید، پرداخت پول با شماره‌ای برابر پول مورد تعهد موجب وفای به عهد نمی‌شود لازم است پولی اعطاء گردد که از نظر مالیت و قدرت خرید، برابر با قدرت خرید و مالیت پول در ذمه باشد. استرداد ثمن توسط بایع در فرض مستحق‌الغیر در آمدن مبیع هم، مصداقی دینی است که بر عهده بایع می‌باشد و قاعده مزبور باید در آن رعایت گردد.

شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، وفق این رویکرد، لزوم پرداخت ثمن به نرخ روز را از باب «ضمان درک» یعنی از باب مسئولیت بایع فضولی در استرداد ثمن می‌داند.

۲. دیدگاه دوم: جبران غرامات وارده بر مشتری ایجاب می‌کند که بایع، کاهش ارزش ثمن را جبران نماید. در این دیدگاه، لزوم جبران کاهش ارزش ثمن به نرخ روز مشمول قسمت دوم ماده ۳۹۱ قانون مدنی است. طبق این دیدگاه نیز بایع، ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن است اما نه از حیث وفای به عهد، بلکه از حیث جبران غرامات وارده بر مشتری، لذا بایع باید همان ثمن دریافتی به مشتری را مسترد نماید اما میزان کاهش ارزش ثمن از باب «غرامت» قابل مطالبه است.

تحلیل حقوقی رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۷/۱۵

الف) رأی وحدت‌رویه

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه نسبت به موضوع حاضر آورده است: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌الغیر در آید بایع، ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز بر آید و چون ثمن در

اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است. بنابراین، دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آرای صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.^۱

ب) رویکردهای متصور ناظر به مبنای لزوم جبران کاهش ارزش ثمن
رأی وحدت‌رویه مذکور، مطلع تحولی مهم در نظام حقوقی ماست، زیرا در این خصوص همواره خلأهایی در بحث قراردادهای و تعهدات وجود داشته که سبب شده است برخی با سوءاستفاده از این خلأها اقدام به رفتار مجرمانه کنند و از آنجا که اعمال آن‌ها ظاهر قانونی دارد پیگیری قانونی غیرممکن است. یکی از همین موارد، بحث ضمان درک و غرامات قابل مطالبه توسط زیان‌دیده (مشتري) است، زیرا همان‌طور که گفته شد درخصوص مصادیق غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، رویه ثابتی وجود ندارد و تا قبل از صدور رأی مذکور، این غرامات بیشتر به صورت مضیق تفسیر می‌شد. بنابراین، چنین وضعیتی به نفع بایع فضولی بود که اقدام به فروش مال غیر کرده بود و همین امر سبب می‌شد تا افراد بدون واهمه از ضمانت‌اجرای عمل خویش، اقدام به فروش مال غیر کنند.

با توجه به اینکه تورم معمولاً از مسائل جاری کشور محسوب می‌شود بدیهی است که ارزش ثمن پرداختی در زمان انعقاد عقد با ارزش آن در زمان استرداد به مشتري یکسان نیست، لذا هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی مذکور، لزوم جبران کاهش ارزش ثمن را در نظر گرفته است. شایان ذکر است که درخصوص مبنای جبران کاهش ارزش ثمن دو رویکرد کلی وجود دارد:^۱

۱. درخصوص مبنای ضمان مورد بحث، میان حقوق دانان نیز اختلاف‌نظر وجود دارد؛ به‌طوری که برخی، آن را «قراردادی» به‌شمار می‌آورند (سیدحسن امامی، پیشین، ج ۲، صص ۲۶۲-۲۶۳؛ مصطفی عدل، حقوق مدنی (قزوین: بحرالعلوم، ۱۳۷۳)، ص ۲۳۵) و عده‌ای نیز «قهری و قانونی» تلقی

۱. مسئولیت بایع فضولی در پرداخت کاهش ارزش ثمن از باب

ضمان درک: در نظام حقوقی ما بحث ضمان درک، اختصاص به «مبیع» و «ثمن» دارد. بنابراین، منظور از اینکه بایع فضولی، ضامن درک مبیع است یعنی ضامن استرداد ثمن است و مراد از اینکه مشتری، ضامن درک ثمن است یعنی ملزم به استرداد مبیع می‌باشد. وفق این رویکرد جبران کاهش ارزش ثمن از باب مسئولیت بایع فضولی در استرداد ثمن پرداختی است و ثمن با در نظر گرفتن نرخ تورم و شاخص بانک مرکزی، محاسبه و توسط بایع فضولی مسترد می‌شود؛ چراکه با انعقاد عقد بیع، فروشنده متعهد می‌شود تا مبیع را به مالکیت خریدار درآورد. طبعاً در صورتی که مبیع مستحق‌الغیر درآید، فروشنده به تعهد خود وفا نکرده و از مفاد عقد تخلف کرده است. بنابراین، علاوه بر استرداد ثمن، باید زیان‌های ناشی از عهده‌شکنی خود را نیز بپردازد.^۱

۲. مسئولیت بایع فضولی در پرداخت کاهش ارزش ثمن از باب ضمان

قهری: وفق این رویکرد، بایع فضولی مقدار عددی ثمن دریافتی را مسترد می‌نماید و کاهش ارزش ثمن بر مبنای غرامات وارده قابل جبران است. بنابراین، چنین وضعیتی، از آثار صحت معاملات نیست تا مسئولیت ناشی از آن مبتنی بر قرارداد باشد، زیرا ضمان درک، موضوع و مقوله جدا و مستقلی نسبت به ضمان ید و دارا شدن بدون سبب نیست، لذا منشأ آن عقد بیع نمی‌باشد بلکه ضمان ید و یا دارا شدن بدون سبب است که بر اثر بیع به صورت رد مبیع یا رد ثمن درآمد است.^۲

← می‌کنند (ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)، ج ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، صص ۸۰-۸۳، سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی؛ عقد بیع و شروط و خیارات (تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳)، ص ۱۰۲؛ حسن ره‌پیک، حقوق مدنی - عقود معین ۱ (تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۷)، ص ۴۷.

۱. سیدحسین امامی، پیشین.

۲. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی (تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹).

ج) نقد و بررسی

در رأی وحدت‌رویه به موادی استناد شده است که برخی بر ضمان درک و پاره‌ای بر ضمان قهری دلالت دارد که از موارد انتقاد به این رأی وحدت‌رویه است. اولین ماده مورد استناد، ماده ۳۶۵ قانون مدنی است که طبق منطوق آن، بیع فاسد اثری در تملک ندارد. به نظر می‌رسد قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور با استناد به ماده مزبور معتقدند در فرض مستحق‌لغیر درآمدن مبیع، ضمان ید ایجاب می‌کند که مال هریک از طرفین قرارداد بازگردانده شود. قضات، مبنای لزوم پرداخت کاهش ارزش ثمن را ضمان قهری دانسته‌اند. استناد بعدی، ماده ۳۹۰ قانون مدنی است که درخصوص مفهوم «ضمان درک» می‌باشد و اشاره به این ماده در رأی مذکور، دالّ بر این است که قضات دیوان، مبنای ضمان درک را مناط قرار داده‌اند که درنهایت، به ماده ۳۹۱ قانون مدنی استناد شده است. این ماده به دو بخش قابل تقسیم است: الف) صدر ماده که مشاّرالیه مسئولیت بایع فضولی در استرداد ثمن است، بر ضمان درک دلالت دارد؛ ب) بخش دوم ماده مزبور که درخصوص مسئولیت بایع فضولی در جبران غرامات وارده بر مشتری می‌باشد دالّ بر ضمان قهری است.

نقد دیگر به رأی وحدت‌رویه صدرالاشاره، از آن جهت است که مبنای رأی موصوف با حکمی که درنهایت صادر شده، در تعارض می‌باشد. فی‌الواقع رأی مذکور از یک‌طرف، بایع فضولی را به دلیل آنکه ثمن در اختیار وی بوده است، ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن و نتیجتاً ملزم به استرداد ثمن با محاسبه نرخ تورم دانسته، از طرف دیگر، مبنای چنین الزامی را از باب غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی به‌شمار آورده است.

بنا به مراتب مذکور، ابهام موجود (که آیا مربوط به لزوم جبران کاهش ارزش ثمن از باب ضمان درک است یا غرامات)، موضوعی است که از لحاظ عملی و کاربردی از اهمیت بسزایی برخوردار است. و اگر بایع فضولی را از باب صدر ماده ۳۹۱ قانون مدنی (ضمان درک)، ملزم به جبران کاهش ارزش پول بدانیم، علم و جهل مشتری به مستحق‌لغیر بودن مبیع، بی‌تأثیر و نیز مسئولیت بایع فضولی قراردادی است و اگر صرفاً به پرداخت ثمن قراردادی بپردازد، وفای به عهد ننموده

است. طبق این دیدگاه، قضاات با مطالبه ثمن از سوی مشتری، ملزم به اِعمال نرخ شاخص تورم هستند و بایع فضولی را از باب ضمان قهری، ملزم به جبران سایر خسارات وارده بر مشتری می‌دانند. حال آنکه اگر بایع فضولی را از باب شق دوم ماده صدرالإشعار، ملزم به پرداخت کاهش ارزش ثمن بدانیم مسئولیت بایع فضولی در جبران کاهش ارزش ثمن، قهری است و در صورت علم مشتری به مال غیر بودن مبیع، بایع، ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن نمی‌باشد. بنابراین، علی‌رغم اهمیت تفکیک میان صدر اول و قسمت دوم ماده مذکور، رأی وحدت‌رویه مورد نظر، به‌وضوح تکلیف آن را مشخص ننموده است.

نتیجه‌گیری

رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۳ در خصوص غرامت قابل جبران در فروش مال غیر، تا حد زیادی اختلافات موجود در تفسیر غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی را برطرف کرده و صراحتاً بایع فضولی را مسئول جبران کاهش ارزش ثمن دانسته است، لکن از یک‌طرف مشخص نکرده است که: جبران کاهش ارزش ثمن از باب ضمان قهری است یا از باب ضمان درک؟ زیرا - همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد - گذشته از اهمیت این امر از حیث کاربردی و عملی، مصادیق خسارات قابل مطالبه توسط مشتری جاهل همچنان محل اختلاف باقی مانده است. بنابراین، پیشنهاد نگارندگان آن است که به‌منظور رفع وضعیت موجود، در قانون مدنی ذیل عنوان معاملات فضولی طی ماده‌ای تصریح گردد که: چنانچه ثمن معامله، پول باشد و مبیع مال غیر درآید بایع فضولی، مکلف است در مقام ایفای اصل دین، ثمن را با توجه به شاخص تورم و نرخ روز پرداخت کند. و نهایتاً در ماده دیگری مصادیق خسارات قابل مطالبه توسط مشتری مشخص گردد.

فهرست منابع:

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱.
۲. انصاری دزفولی، (شیخ) مرتضی، **کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات**، ج ۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۳. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دانشگاه تهران، ش ۶۶، ۱۳۸۳.
۴. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد، **الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره**، ج ۱۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مجموعه محشی قانون مدنی**، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۶. ره‌پیک، حسن، **حقوق مدنی - عقود معین** ۱، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۷. عدل، مصطفی، **حقوق مدنی**، قزوین: بحر العلوم، ۱۳۷۳.
۸. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، **حقوق مدنی: عقد بیع و شروط و خيارات**، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۹. کاتوزیان، ناصر، **الزام‌های خارج از قرارداد - مسئولیت مدنی**، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴.
۱۰. ———، **دوره حقوق مدنی: عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)**، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴.
۱۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، **جامع‌الشتات فی أجوبه السؤالات**، ج ۲، محقق/ مصحح: مرتضی رضوی، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.

عدم قائم مقامی خواهان در دعوای مطالبه خسارت

میثم رامشی*

محمد مهدی زارعی**

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۱۴۰۷

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۸۱/۱۲/۲۸

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی فیروزکوه

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۲۶۴

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۸۳/۳/۸

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

آقایان ... به طرفیت اداره راه و ترابری فیروزکوه دادخواستی تسلیم دادگاه نموده و اظهار داشته‌اند: اداره راه در سال ۱۳۵۳ قسمتی از پلاک ۶۶۰ فرعی از ۵ اصلی را جهت احداث جاده، تصرف و تقاضای ارزش آن ملک که در طرح جاده‌سازی قرار گرفته به نرخ روز اعلام نموده‌اند. سرانجام دادنامه شماره ۱۴۰۷ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۸ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی فیروزکوه مبنی بر محکومیت خوانده بر پرداخت ارزش زمین مذکور صادر شده است. وزارت راه و ترابری با دو استدلال ذیل نسبت به رأی مذکور، تجدیدنظرخواهی و تقاضای نقض رأی و رد دعوی می‌نماید:

* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

meysamrameshi@gmail.com

** وکیل دادگستری و مشاور حقوقی شرکت ساخت و توسعه زیربناهای حمل و نقل کشور

Zarei248@gmail.com



۱. خواهان‌ها هیچ‌گونه مالکیتی نسبت به ملک مذکور ندارند.
 ۲. مورد دعوا مشمول بند ۹ قانون برنامه و بودجه کشور (مصوب ۱۳۵۱) می‌باشد. در نتیجه، وجهی بابت این حق ارتفاق به مالک پرداخت نخواهد شد.
- دادگاه تجدیدنظر پس از رسیدگی به پرونده بیان می‌دارد: «اولاً، درخصوص ایراد به مالکیت آقای ...، احد از خواننده‌های بدوی با توجه به وضعیت ثبتی پلاک این ایراد وارد است. از طرفی بر فرض صغیر بودن مالکین که دانگ که فرزندان آقای ... می‌باشد [یکی از تجدیدنظرخوانندگان]، نامبرده به نمایندگی از آن صغیر - ظاهراً یک نفر از مالکین سه‌دانگ صغیر می‌باشد - اقامه دعوی نموده، بلکه اصالتاً اعلام شکایت کرده است، لذا مستنداً به مواد ۸۹، ۳۵۶، ۳۵۸ و بند ۵ از ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه نسبت به دعوی آقای ... قرار رد دعوی صادر و اعلام می‌شود؛ ثانیاً، درخصوص دعوای آقای ... با توجه به اوراق پرنده معلوم می‌شود که نامبرده سه‌دانگ ملک مذکور را مطابق سند رسمی ۳۰۰۶۷ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۱۳ دفترخانه شماره ۲ فیروزکوه از خانم ... خریداری نموده است و جاده در ملک مذکور وفق دادخواست تقدیمی حداقل در سال ۱۳۵۳ احداث شده است. احداث جاده در ملک مربوطه به خانم ... که به خواهان به میزان سه‌دانگ انتقال داده شده است از چند نظر می‌توان مورد تجزیه و تحلیل حقوقی قرار داد: اولاً، اینکه مورد مشمول بند ۹ از ماده ۵۰ قانون یادشده باشد که در این صورت وفق این مصوبه هیچ وجهی به مالک تعلق نمی‌گیرد؛ دوم اینکه تصرفات اداره راه جهت ایجاد جاده بدون اینکه وفق مقررات تملک نماید انجام شده باشد؛ یعنی در واقع از مصادیق غصب باشد، چون مطابق ماده ۳۰۸ قانون مدنی، غصب، استیلاء بر حق غیر به نحو عدوان است به عبارت دیگر، مال دیگری را بدون رضایت وی تصرف نماید مطابق ماده ۳۱۱ همین قانون، حکم تکلیفی غاصب این است که عین مال باید به صاحبش برگردد مگر اینکه عین تلف شده باشد که در این صورت قیمت آن را باید بدهد. در موضوع مانحن‌فیه در سال ۱۳۵۳ این ملک به جاده تبدیل شده است درواقع استرداد آن مال در این تاریخ به صاحبش ممکن نبود، زیرا اگرچه مال مذکور به‌طور فیزیکی تلف نشده است ولی مسدود نمودن چنین جاده‌ای امکان نداشته و درواقع رد عین مال مستلزم مسدود شدن جاده‌ای است که هزاران نفر افراد ثالث از آن عبور و مرور می‌کنند، درحقیقت این واقعه در حکم

تلف است یعنی از آن تاریخ مال تلف شده و قیمت آن به مالک تعلق می‌گیرد و مالک در آن زمان خانم ... بوده نتیجه این می‌شود که خواهان مذکور، قائم‌مقام خانم ... در این قیمت مال تلف‌شده، نمی‌باشد و از طرفی در زمان تنظیم قرارداد اراده طرفین به انتقال ملکی که به صورت جاده قدیمی درآمدۀ نبوده است معقول نیست کسی جاده‌ای را که بیش از سی سال قدمت دارد خریداری نماید. بنا به مراتب مذکور تجدیدنظرخواهی، وارد، مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه، دعوای مطروحه غیر ثابت و مردود اعلام می‌گردد. این رأی، حضوری و قطعی است. رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران».

۲. نقد و بررسی

در دعوای مطروحه خواهان در زمان اجرای احداث جاده، مالکیتی در اراضی مورد نزاع نداشته و طرح دعوا مبتنی بر سند رسمی مورد اشاره بوده که به موجب آن، خواهان ملک مورد نظر را خریداری نموده است. حال این سؤال مطرح می‌شود که: آیا خریدار مورد نزاع را می‌توان قائم‌مقام مالک در زمان احداث جاده دانست و بدین ترتیب او را ذی‌نفع در طرح اقامه دعوای مطالبه خسارت شمرد؟ برای پاسخ به پرسش مزبور ابتدا به تفسیر و تشریح مفهوم لغوی و اصطلاحی «قائم‌مقام» می‌پردازیم.

۲.۱. مفهوم قائم‌مقام

«قائم‌مقام» در لغت به معنای «نائب، خلیفه و جانشین» به کار رفته است.^۱ پیش از پرداختن به معنا و مفهوم حقوقی اصطلاح مزبور باید اذعان نمود که آن در هیچ یک از قوانین حقوقی ما تعریف نشده، هرچند در قانون مدنی و نیز موادی از قانون تجارت مانند ۴۱۸ و ۴۲۴ و همچنین ماده ۳۶ قانون اعسار، از آن نام برده شده است. پس صرفاً می‌توان بدین مفهوم اکتفا نمود که آن اصطلاحاً به کسی گفته می‌شود که حق یا تکلیف و تعهد به سبب عقد یا ایقاع یا واقعه حقوقی مانند ارث به او منتقل می‌شود.^۲ به عبارت دیگر، فردی که به‌طور مستقیم یا توسط

۱. علی‌اکبر دهخدا، لغت‌نامه (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲)، ص ۴۲۶۵.

۲. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، دانشنامه حقوقی (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵)، ج ۵، ص ۳۱۲.

نماینده خود در بستن قرارداد دخالت نداشته ولی به سبب انتقال حقی از دارایی یکی از دو طرف به او از عقد متأثر می‌شود.^۱ وقتی شخصی متصف به صفت قائم‌مقامی می‌شود درواقع گویای این است که او همان حقوق و تعهدات اصیل را خواهد داشت مانند ورثه که در حدود ماترک متوفی مکلف به اجرای تعهدات و تکالیف مورث خود می‌باشند و نیز از حقوق حاصله او بهره‌مند می‌گردند.^۲ به‌طور قطع قلمرو قائم‌مقامی در همه موارد یکسان نخواهد بود چنانکه ممکن است به دو حوزه منقسم گردد:

الف) قائم‌مقام عام: کسی است که در نتیجه انتقال تمام یا جزء مشاع از دارایی طرف قرارداد به او، جانشین وی می‌شود و بدون آنکه خود در تراضی دخالت داشته باشد از حقوق طرف قرارداد، بهره‌مند و به تعهدات او جز تعهداتی که قائم به شخص اوست پایبند می‌گردد.^۳ بنا بر این نظر، جانشین عام شخصی است که در حق یا مال معین و یا تعهدی، جانشین دیگری می‌شود.^۴ علاوه بر این، در تعریف قائم‌مقام عام گفته شده است: «کسی را گویند که در کلیه حقوق و تکالیف شخص جایگزین او می‌گردد».^۵ در حقوق ایران، وارث، مصداق بارز قائم‌مقام عام مورث به حساب می‌آید و با قبول ترکه، از حقوق مقرر به سود مورث، بهره‌مند و مدیون دیون و تعهدات او می‌شود.^۶ بعضی از نویسندگان نیز همانند حقوق فرانسه، موصی^۷ له به جزء مشاع یا تمام ترکه را «قائم‌مقام عام موصی» دانسته‌اند.^۸ پس در قائم‌مقامی عام، حقوق و دیون به‌طور کامل به قائم‌مقامان تعلق می‌گیرد و آنها می‌توانند به قائم‌مقامی مورث دعوای مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی (قهری) و

۱. ناصر کاتوزیان، **اعمال حقوقی** (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹)، ص ۱۷۴.
۲. ودود برزی، **نسبی بودن آثار قراردادهای تعهد به سود شخص ثالث در حقوق ایران** (تهران: نشر آثار اندیشه، ۱۳۸۵)، ص ۱۴.
۳. محمود صادقی، **مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق فرانسه، انگلیس، ایران و فقه امامیه** (تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۳)، ص ۵۵.
۴. محمد صالحی‌راد، **گستره و آثار تعهدات قراردادی** (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷)، ص ۲۸.
۵. سیدحسین صفایی، **قواعد عمومی قراردادهای تعهد** (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)، ص ۱۶۷.
۶. مواد ۲۳۲ - ۲۵۹ قانون امور حسبی و مواد ۸۶۸ و ۸۶۹ قانون مدنی.
۷. سیدحسن امامی، **حقوق مدنی** (تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۱)، ج ۱، ص ۲۳۵؛ مهدی شهیدی، **آثار قراردادهای تعهدات** (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۵)، ص ۷.

مطالبه خسارت اقامه نمایند. برای مثال، اگر زمین مورث در زمان حیات خود غصب شده باشد وراث می‌توانند اقامه دعوای خلع ید کنند.

ب) قائم مقام خاص: در تعریف مورد مزبور آمده است: «در مواردی که شخص، عین معین یا حق خاصی را به دیگری انتقال می‌دهد انتقال گیرنده را نسبت به آن مال و حق، قائم مقام خاص او می‌نامند».^۱ همان گونه که از عنوان این نوع قائم مقامی پیداست فرد تنها در حق خاصی قائم مقام شخص دیگری می‌شود. برای نمونه، وقتی حق خاصی به فرد دیگری منتقل می‌گردد منتقل‌آلیه مذکور در همان حق قائم مقام ناقل می‌گردد. نوع عمل حقوقی که موجب انتقال حقی می‌شود ممکن است از عقود معوض، رایگان یا وصیت باشد.^۲ پس طبق موارد پیش گفته، مصداق قائم مقام خاص زمانی رخ می‌دهد که مال معین یا حق مشخصی به دیگری انتقال یابد. برخلاف قائم مقامی عام که در آن قائم مقام به‌طور کلی و نسبت به همه اموال جانشین دیگری شده و از حقوق او بهرمند می‌شود. تنها مصداقی که به‌طور معمول در کتب حقوقی از آن به عنوان قائم مقام خاص نام برده شده است «منتقل‌آلیه» می‌باشد.^۳

درخصوص قائم مقامی منتقل‌آلیه شماری از حقوقدانان بی‌آنکه تردیدی روا دارند چنین اذعان نموده‌اند: شخصی که مالی به او انتقال یابد قائم مقام ناقل در حقوق و تعهدات مربوط به مال مزبور خواهد بود.^۴ گروهی دیگر علی‌رغم تصریح به قائم مقامی منتقل‌آلیه این قائم مقامی را به حقوق عینی مال مورد انتقال، محدود نمودند. و آن اطلاق یادشده در کلام گروه نخست، در سخنان این گروه به چشم نمی‌خورد و از طرفی بی‌آنکه وارد جزئیات مسئله شده باشند بی‌اعتنا از کنار آن عبور کرده‌اند.^۵ مرحوم کاتوزیان قائم مقامی منتقل‌آلیه را به‌طور مطلق نمی‌پذیرد و در این راه میان قراردادهای مربوط به ایجاد حق عینی نسبت به

۱. سید حسن امامی، پیشین، ص ۲۳۶.

۲. ودود برزی، پیشین، ص ۱۶.

۳. آذر سوکی، «اصل نسبی بودن قراردادهای تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق موضوعه ایران»، مجله

الهیات، ش ۷ (۱۳۸۸): ص ۶۴.

۴. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۶۷.

۵. سیدحسن امامی، پیشین، ص ۲۳۵.

مال مورد انتقال از یکسو، و قراردادهایی که ایجاد حق شخصی در این مال می‌نمایند از سوی دیگر، قائل به تفصیل شدند.^۱ در قراردادهایی که سازنده حقوق عینی هستند حقوق حاصله توسط منتقل‌آلیه همان حقوقی است که ناظر به اوصاف آن مال و توابع و ملحقات مبیع به‌شمار می‌رود، زیرا تعهد فروشنده به تسلیم مبیع، شامل توابع و ملحقات مبیع و هر چیزی است که برای استفاده دائمی از آن لازم است.^۲

اما تعهداتی که در ارتباط با یک مال ایجاد شده و موجبات فراهم شدن حق یا تکلیفی را ایجاد می‌کنند همیشه عینی نبوده و در مواردی شخصی است که در چنین مواردی دیگر نمی‌توان منتقل‌آلیه را قائم‌مقام به‌شمار آورد.^۳ حق مطالبه خسارت نیز از این دسته است، زیرا حق دینی است و ناشی از قرارداد نیست که گفته شود آثار قراردادهای الزام‌آور مالک به فروشنده منتقل می‌شود. به‌علاوه چنین حقی را نمی‌توان عرفاً از توابع مبیع شمرد؛ چراکه مطابق ماده ۳۵۹ ق. م. «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در مبیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد» و مطالبه خسارت بر مبنای ضمان قهری از آثار قراردادهای مالک یا توابع مبیع محسوب نمی‌شود تا بتوان خریدار را قائم‌مقام فروشنده دانست.

۲.۲. ذی‌نفع بودن خواهان

وقتی مطابق قواعد و قوانین، حقی برای افراد ایجاد شد در صورت مورد تجاوز قرار گرفتن، قانونگذار به صاحب‌حق اجازه داده است تا از طریق مراجع قضایی احقاق حق نماید. برای اقامه دعوا شروطی لازم است و به محض اقامه دعوا در دادگاه با چنین شرایطی، دادرس مکلف به رسیدگی به آن می‌گردد.^۴ شرایط اقامه دعوا عبارتند از: منجز بودن حق، اهلیت، سمت و ذی‌نفع بودن. بنابراین، کسی که در دادگاهی اقامه دعوا می‌کند باید در آن نفعی داشته باشد طبق ماده ۲ آیین

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰)، ج ۳، ص ۳۰۲.

۲. ماده ۳۸۳ ق. م.

۳. همان.

۴. نعمت احمدی، آیین دادرسی مدنی (تهران: انتشارات اطلس، ۱۳۷۵)، ص ۲۵.

دادرسی مدنی «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند، مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشد». و اما مؤلفه‌های نفع که در ذیل بدانها اشاره می‌شود:

- کافی بودن میزان نفع با هر سقفی به‌منظور اقامه دعوا
- مادی یا معنوی بودن
- حقوقی و مشروعیت نفع
- ایجاد و بقای نفع
- شخصی و مستقیم بودن.^۱

در دعوای مطروحه از آنجا که خواهان‌ها در حین تقدیم دادخواست ذی‌نفع نبوده‌اند دادگاه تجدیدنظر با توجه به ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی به‌درستی رأی بدوی را، نقض و قرار رد دعوای بدوی را صادر نموده است.

۲.۳. امکان تملک اراضی

قوانین و مقررات متعددی درخصوص تملک و تصرف املاک اشخاص که توسط دولت و شرکت‌های دولتی صورت می‌گیرد به تصویب مقنن رسیده است. در برخی موارد قبل از تصرف، دولت یا شرکت دولتی با مالک زمین موردنظر توافق کرده، به‌موجب قرارداد، ملک را جهت اجرای طرح موردنظر خریداری می‌کند. در چنین مواردی مسئله قابل طرحی وجود ندارد و آنچه واضح است ماهیت این قسم از قراردادهای تحلیل آن به عنوان قراردادهای عقود معین یا ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود، اما در فرضی دیگر، قانون شرایطی را جهت تملک اراضی توسط دولت و نهادهای دولتی تعیین کرده است که مطابق آن می‌توانند اقدام به تملک اراضی مورد نیاز طرح‌های عمومی و عمرانی خود نمایند و بهای آن را به مالک بپردازند.

به‌موجب ماده نخست لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷)، «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، همچنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی

۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۵)، ج ۱، ص ۲۹۳.

که شمول قانون نسبت به آنها مستلزم ذکر نام باشد و از این پس دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد دستگاه اجرایی می‌تواند ملک مورد نیاز را مستقیماً یا به‌وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.

بدین ترتیب، با انجام تشریفات مقرر در لایحه مذکور، اراضی و املاک توسط دولت خریداری و تملک می‌شوند. فلذا زمین پس، از اموال عمومی شمرده خواهند شد. تملک اموال عمومی به‌وسیله افراد صراحتاً در مواد ۲۴ و ۲۵ قانون مدنی منع شده است و دولت نیز نمی‌تواند اموال و مشترکات عمومی را انتقال دهد مگر اینکه قانون خاصی آن را اجازه دهد، زیرا امکان انتقال به اشخاص با غیرقابل تملک بودن آنها منافات دارد.^۱ چنانکه در ماده ۲۴ ق. م. می‌خوانیم «هیچ‌کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک نماید». ضمانت‌اجرای آن نیز با توجه به ماده ۳۴۸ قانون مدنی، طبیعتاً بطلان خواهد بود. در دعوی مطروحه، از آنجا که خواهان ملک متعلق به عموم را از مالک خریده، قرارداد منعقد، از اساس باطل است. پس سخن گفتن از قائم‌مقامی وی از سوی فروشنده در مطالبه زیان نارواست. در نتیجه، خواهان نمی‌تواند قائم‌مقام مالک پیشین به‌منظور مطالبه خسارت و اقامه دعوی کنونی باشد.

اما در فرض دیگری که بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ پیش‌بینی شده است، تملک اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها بدون پرداخت هیچ‌گونه وجهی از سوی دولت، جهت انجام طرح‌های عمرانی و... صورت می‌گیرد. به‌موجب این بند «راضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی، برق، مجاری آب، لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد». بنابراین، درمورد اراضی خارج از محدوده شهرها از مالک زمین جبران

خسارتی به عمل نمی‌آید. این رویه باعث بروز دعوای متعددی میان دولت و مالکین آن دسته از اراضی خارج از محدوده شهرها که در مسیر اجرای طرح قرار می‌گیرند، شده است. رویه قضایی در این مورد متشتت می‌باشد و قضات گاه به دلیل اعلام نسخ بند ۹ ماده ۵۰ قانون مزبور و مستنبط از حکم اصل چهلیم قانون اساسی و نیز عمومات قانون مدنی در مبحث ائتلاف و تسبیب و قاعده لاضرر، حکم به خرید ملک او یا خرید حق ارتفاق، می‌دهند و گاه نیز حکم به عدم جبران خسارت مالک داده می‌شود. در رأی مورد بحث نیز یکی از دلایل رد شدن دعوای خوانده، این بوده است که ملک مورد تصرف در خارج از محدوده شهر بوده و دولت مسئولیتی در پرداخت خسارات ندارد. برخلاف فرضی که دولت مطابق تشریفات و شرایط مقرر اقدام به خرید اراضی واقع در طرح، می‌نماید و آن ملک جزو اموال عمومی و غیرقابل فروش می‌شود، در فرضی که دولت به صورت قهری ملکی را تصرف نموده، بدون اینکه مبلغ آن را بپردازد و شرایط مقرر جهت تملک را رعایت نموده باشد، به نظر می‌رسد این مال - هرچند در طرح مورد نظر، تحت تصرف قرار گرفته باشد - جزو اموال عمومی نباشد؛ چراکه برای دولت بدون رعایت مواد لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷) از جمله مواد ۴ و ۹ این لایحه مالکیتی ایجاد نمی‌شود، لذا ملک مورد تصرف همچنان قابل خرید و فروش بوده، در نتیجه دعوای قائم مقامی نیز پذیرفته می‌شود. البته مشروط بر اینکه قائل به نسخ بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ باشیم.

۲.۴. رضایت ضمنی خواهان

یکی از دلایلی که می‌توان برای رد دعوای خواهان در مطالبه خسارت در فرض مورد بحث بیان نمود، رضایت ضمنی خواهان در زمان انتقال ملک به وی می‌باشد. توضیح اینکه، یکی از علل رد دعوای خواهان در مرحله تجدیدنظر که ممکن است مدنظر قضات صادرکننده رأی بوده باشد، رضایت خواهان به خرید مبیع با وضع موجود بوده است؛ بدین معنا که وی مبیع را با همین وضع موجود خریداری کرده و به دلیل همین رضایت ضمنی قبل از خرید است که وی حق اقامه دعوای مطالبه خسارت را

ندارد. اگرچه آن استدلال در رأی مورد تصریح قرار نگرفته، اما با این استدلال نیز می‌توان رأی به رد دعوای خواهان در پرونده مطروحه، صادر نمود.

۳. نتیجه گیری

در دعوی مطروحه ملک مورد ادعای خواهان در سال ۱۳۵۳ تبدیل به راه شده؛ در حالی که خواهان در سال ۱۳۷۵ ملک مزبور را خریداری کرده است. حال، پرسش اینجاست که: آیا این معامله صحیح است؟ با توجه به مراتب فوق الذکر پاسخ، منفی است زیرا:

اولاً، پس از تملک اراضی مطابق تشریفات قانونی مذکور در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، اموال تملک‌شده، از اموال عمومی شمرده خواهند شد و مطابق مواد ۲۴ و ۲۵ قانون مدنی خرید و فروش اموال عمومی ممنوع است و ضمانت‌اجرای آن نیز بطلان معامله خواهد بود. از آنجا که خواهان ملک متعلق به عموم را از مالک خریده، قرارداد منعقد شده از اساس باطل بوده و لذا گفتن از قائم‌مقامی وی از سوی فروشنده در مطالبه زیان ناروا تلقی می‌گردد. در نتیجه، خواهان نمی‌تواند قائم‌مقام مالک پیشین برای مطالبه خسارت و اقامه دعوی کنونی باشد. البته در فرض قائل بودن به نسخ بند ۶ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۵۱، دولت اموال مورد نظر را بدون رعایت تشریفات مقرر تملک نموده و بهای آن را نیز پرداخت ننموده باشد، نمی‌توان املاک مورد نظر را جزو اموال عمومی دانست و لذا قابل نقل و انتقال خواهند بود.

ثانیاً، به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، یکی از شرایط اقامه دعوا، ذی‌نفع بودن خواهان در طرح دعوی است. در موضوع مورد بحث، به دلیل عدم احراز قائم‌مقامی خواهان در دعوی مسئولیت مدنی و مطالبه بهای اراضی، دادگاه بدوی باید قرار عدم استماع دعوی را صادر نماید.

ثالثاً، افزون بر آن، حتی در صورت صحیح بودن بیع، باز نیز خواهان نمی‌تواند قائم‌مقام مالک پیشین به‌شمار آید، زیرا قائم‌مقامی تنها در خود مبیع و توابع آن (حقوق عینی) پذیرفتنی است و مطالبه خسارت که از حق دینی به‌شمار می‌آیند، جزو خود مبیع یا توابع آن شمرده نشده و خواهان نمی‌تواند قائم‌مقام مالک پیشین به‌حساب آید. رویه قضایی نیز همین باور را پذیرفته است؛ برای نمونه، در دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۹ صادره از شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری می‌خوانیم: «خواهان‌ها در سال ۱۳۶۱ اقدام به خرید پلاک مورد نظر نموده و در سال ۱۳۵۸

که مورد ادعای آنان می‌باشد، مالکیتی نسبت به مورد ادعا نداشته‌اند تا استحقاق دریافت بهای آن در صورت تصرف از ناحیه خوانده داشته باشد». همچنین شعبه ۲ حقوقی ابهر در دادنامه شماره ۵۴۷ به تاریخ ۱۳۹۱/۴/۳۱ چنین نوشته است: «خریدار علاوه بر مبیع، توابع آن را نیز به‌دست می‌آورد و مطالبه خسارت بر مبنای ضمان قهری از آثار قراردادهای مالک یا توابع مبیع محسوب نمی‌شود تا بتوان خریدار را قائم‌مقام فروشنده دانست».

دادگاه پرونده مطروحه، دادگاه بدوی بدون توجه به مراتب فوق‌الذکر حکم به جبران خسارت توسط شرکت ساخت و توسعه زیربناهای کشور را صادر نموده است؛ درحالی‌که می‌بایست با توجه به فقدان عنصر نفع در اقامه دعوا و عدم قائم‌مقامی خواهان در دعوی مطالبه خسارت و همچنین با مفروض دانستن رضایت ضمنی خواهان در زمان خریداری ملک مبنی بر پذیرش مبیع با همان وضع موجود، قرار عدم استماع دعوا صادر می‌نمودند. با این حال، دادگاه تجدیدنظر این موضوع را به‌درستی مدنظر قرار داده و با نقض رأی بدوی، قرار رد دعوی تجدیدنظر را صادر نموده است.

در پایان، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که اگرچه رأی دادگاه تجدیدنظر از جهت استدلال محض حقوقی کاملاً صحیح صادر شده، اما می‌توان در چهارچوب قواعد حقوقی در چنین مواردی از استدلالات محض حقوقی فاصله گرفت و بر مبنای قواعدی نظیر عدل و انصاف، حکم خاص هر موضوع را مشخص نمود. در نظام حقوقی ما می‌توان گفت گذشته از آنکه «عدالت» به معنای اجرای قانون است، از جنبه نوعی نیز برخوردار می‌باشد، لذا قابلیت آن را دارد که به صورت علمی و منظم مورد بحث قرار گیرد؛ درحالی‌که «انصاف» عدالتی است که در موارد خاص و با اقتضای مورد، مجرای عملی پیدا می‌کند؛ به تعبیری انصاف، قاعده‌ای است که به همه سهم مساوی می‌دهد و حقوق همه را رعایت می‌کند و اجرای آن در محکمه به معنای حل و فصل یک دعوی طبق وجدان بدون در نظر گرفتن قواعد حقوق موضوع است. درمورد پرونده مورد بحث نیز می‌توان بر این باور بود که نتیجه مورد بحث را نمی‌توان به عنوان یک قاعده کلی برای همه موارد اینچنینی در نظر گرفت، بلکه تصمیم‌گیری در هر مورد می‌تواند بستگی به اوضاع و

احوال آن پرونده و اینکه عدالت چگونه اقتضا می‌کند، داشته باشد. اگرچه اجرای این نظر در رویه قضایی با توجه به قانون‌محور بودن آراء، دشوار خواهد بود.

فهرست منابع:

۱. احمدی، نعمت، آیین دادرسی مدنی (تهران: انتشارات اطلس، ۱۳۷۵).
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱ (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۱).
۳. برزی، ودود، نسبی بودن آثار قراردادهای و تعهد به سود شخص ثالث در حقوق ایران (تهران: نشر آثار اندیشه، ۱۳۸۵).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۵ (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵).
۵. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲).
۶. سوکی، آذر، «اصل نسبی بودن قراردادهای و تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق موضوعه ایران»، مجله الهیات، ش ۷، (۱۳۸۸).
۷. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۱ (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۵).
۸. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۵).
۹. صادقی، محمود، مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق فرانسه، انگلیس، ایران و فقه امامیه (تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۳).
۱۰. صالحی راد، محمد، گستره و آثار تعهدات قراردادی (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷).
۱۱. صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادهای (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰).
۱۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹).
۱۳. _____، اموال و مالکیت (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹).
۱۴. _____، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰).

اصل عدم تبرع و ادعای پرداخت مهریه

زکيه نعيمی *

مقدمه

مهریه از دیونی است که علی‌رغم حال و عندالمطالبه بودن، به دلیل رابطه نزدیک خویشاوندی طرفین و اقتضائات زندگی مشترک میان آنها، پرداخت آن گاه با ابهاماتی همراه است. یکی از مسائل شایع، ادعای پرداخت این دین از سوی زوج و انکار آن از سوی زوجه می‌باشد. توضیح آنکه، گاه زوج در طول زندگی مشترک، وجوهی را به زوجه، پرداخت و یا اموالی را به وی منتقل می‌کند که خارج از محدوده تعهد او به پرداخت نفقه می‌گنجند. به اقتضای روابط نزدیک طرفین، در زمان این پرداخت یا انتقال، رسیدی مبنی بر جهت و علت پرداخت و یا موجبات آن نیز میان طرفین تنظیم نمی‌گردد. حال ممکن است در زمانی که زوجه طالب مهریه خود می‌شود زوج ادعا نماید که وجه پرداخت شده و یا اموال منتقل شده، به عنوان مابه‌ازاء و پرداخت دین مهریه صورت پذیرفته‌اند و در مقابل، زوجه منکر این امر گردد. مسلماً از نظر ثبوتی در صورتی که هر کدام از این ادعاها (پرداخت از بابت مهریه، پرداخت تبرعی و یا پرداخت در ازای چیزی غیر از مهریه) اثبات گردند، مؤثر در مقام بوده و دارای آثار حقوقی خود خواهند بود. محور اصلی موضوع مورد بحث، «مشخص نبودن عنوان پرداخت» است به‌طوری که در زمان پرداخت، دقیقاً معلوم نیست طرفین، این پرداخت را بر چه موضوع یا عنوانی بار کرده‌اند که مدعی ادعاهای پیش‌گفته هستند. حال، پرسش‌هایی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که: در صورت حدوث چنین وضعیتی، گفته کدام‌یک از طرفین، منطبق با اصل

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران و وکیل پایه یک دادگستری.

zakieniaeemi@yahoo.com



بوده و یا کدامیک به اعتبار مدعی بودن امری خلاف اصل و قاعده، به منظور اثبات مدعی خود ملزم به ارائه دلیل می‌باشند؟ بار اثبات به عهده کدامیک از طرفین است؟

در پاسخ باید در نظر داشت هنگامی که پرداخت مبلغی پول، خارج از محدوده و میزان نفقه از سوی زوج به زوجه مورد تأیید طرفین قرار می‌گیرد نوبت به اعمال اصل «عدم تبرع» می‌رسد که ماهیتاً یک اماره قانونی است. این مهم که در ماده ۲۶۵ قانون مدنی منصوص شده است بیان می‌دارد: «هرکس که مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند». طبق بیان این ماده، براساس ظاهر، کسی مالی را بدون مابه‌ازاء به دیگری پرداخت نمی‌نماید، لذا در صورت مدیون بودن آن شخص (از پیش)، مبلغ پرداختی به عنوان پرداخت دین وی محاسبه می‌گردد در غیر این صورت (مدیون نبودن)، حق بازپس‌گیری آن را خواهد داشت. با توجه به اینکه به محض وقوع عقد، پرداخت مهریه بر ذمه زوج مستقر می‌شود، اگر مبلغی به زوجه بپردازد که خارج از تعهد نفقه باشد، ظاهر در عدم تبرع داشته، می‌توان زوجه را مدعی وجود جهت دیگری برای پرداخت دانست و وی را به منظور تبرعی بودن یا معرفی سبب حقوقی دیگری برای وجه پرداخت‌شده، ملزم به ارائه دلیل نمود.

اما رویه قضایی در مدعی و منکر دانستن زوج یا زوجه در فرض حدوث چنین اختلافی، متفق‌القول نیست. برخی از قضاات، به صرف پرداخت مبلغی از سوی زوج به زوجه، وی را تا سقف مبلغ مذکور از دین مهریه بریء دانسته و اثبات خلاف امر را بر عهده زوجه می‌دانند. در مقابل، برخی با احراز اشتغال ذمه زوج بر مهریه، وجود دین را استصحاب نموده، زوج را مدعی پرداخت به عنوان مهریه و ملزم به ارائه دلیل می‌دانند.

تحلیل آراء

در ادامه به ذکر و تحلیل دو رأی می‌پردازیم که علی‌رغم داشتن موضوعی واحد، بنا به رویکردهای پیش‌گفته، به صدور دو حکم متضاد در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر منجر شده‌اند. در هر دو پرونده، زوج مدعی است مبالغی در دوران

زندگی مشترک به زوجه پرداخته است که مابه‌ازاء مهریه قرار می‌گیرند. زوجه علی‌رغم تأیید دریافت مبالغ پرداخت‌شده، مدعی است که چنین وجهی از بابت مهریه پرداخت نگردیده، اما موجب دیگری که پرداخت را بتوان منتسب به آن دانست نیز ارائه ننموده است.

در رأی نخست، قاضی دادگاه بدوی با نظر به اینکه دینی بجز مهریه بر ذمه زوج نبوده است همچنین با نظر به اماراتی چون شاغل نبودن خواهان و عدم وجود روابط معاملی میان طرفین، قول زوج را مقدم دانسته است.

اما دادگاه تجدیدنظر با لحاظ قطعیت استقرار دین مهریه بر ذمه زوج، اشتغال ذمه وی را استصحاب نموده، و با حکم به بقای دین، زوج را مدعی انتساب وجه پرداخت‌شده دانسته، بار اثبات ایفای دین از این طریق را بر عهده او قرار داده است:

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه بدوی: ۹۳۰۹۹۷۲۲۱۰۱۰۱۹۳

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه یک دادگاه عمومی حقوقی شهرستان دماوند

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۰۹/۲۶

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۰۹۳

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۴/۰۱/۳۰

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

درخصوص دادخواست تقدیمی خانم ط. ذ. به طرفیت آقای ا. ص. به خواسته ... محکومیت خوانده به پرداخت ۱۴ سکه بهار آزادی و خسارات دادرسی با این توضیح که خواهان مدعی شده است که خوانده... مهریه وی را نپرداخته و با توجه به اینکه از زمان وقوع عقد نکاح، استحقاق دریافت مهریه را داشته، درخواست به شرح صدرالبیان را مطرح نموده‌اند. خوانده در مقام دفاع، اظهار داشته که مهریه همسرش را حدود پنج سال قبل به صورت کامل با پرداخت دوازده میلیون تومان پرداخت و دینی به مشارالیها ندارند. خواهان ... اظهار داشته‌اند که شاغل نیستند و پول بابت پس‌انداز بوده است و از مبلغ دوازده میلیون تومان، دو میلیون تومان را به پدرش پرداخت و پنج میلیون تومان را نیز صرف جهیزیه دخترش که از همسر سابقش می‌شود نموده و مابقی را در زندگی خرج نموده

است که خواننده اظهار داشته که وجه مزبور به عنوان مهریه به همسرش پرداخت نموده است و ایشان هیچ‌گونه مخارجی را برای منزل ننموده‌اند. دادگاه با التفات به مؤدای اظهارات متداعیین، پاسخ استعلام از بانک ...، اظهارات خواهان که قدر متیقن مبلغ دو میلیون را به پدرش و پنج میلیون را صرف جهیزیه دختر از همسر سابقش نموده است و اینکه دلیلی بر اینکه مخارجی یا وسایلی جهت منزل مشترک از پول پرداخت‌شده همسرش نموده باشد ابراز ننموده‌اند و نظر به اینکه خواهان و خوانده هیچ‌گونه رابطه معاملی و تجاری با یکدیگر نداشته و خواهان شاغل نبوده‌اند که بتوانند پس‌اندازی نمایند و به جز مهریه، دینی بر ذمه زوج نبوده و با پرداخت دین ذمه زوج بری گردیده است؛ با احراز عدم اشتغال ذمه خواننده، دعوی خواهان را غیرثابت، تشخیص و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز قابل تجدیدنظرخواهی ... می‌باشد.

رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی خانم ط. ذ. از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۳۱۰۱۰۹۳ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دماوند که به موجب آن، دعوی مطروحه از ناحیه تجدیدنظرخواه بطرفیت تجدیدنظرخوانده آقای الف. به خواسته مطالبه ۱۴ عدد سکه طلا از بابت مهریه ...، حکم به بی‌حقی تصدیق گردیده وارد است؛ چراکه دین تجدیدنظرخوانده حسب مفاد سند نکاحیه از بابت ۱۴ سکه طلای بهار آزادی محرز بوده و اشتغال ذمه مشارالیه نسبت به بدهی از بابت مهریه مشغول بوده و حسب قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر بار اثبات برائت ذمه بعهدہ تجدیدنظرخوانده بوده که صرفاً درخصوص پرداخت دین به مواردی اشاره نموده که صرف‌نظر از اینکه مورد انکار تجدیدنظرخواه قرار گرفته به جهت اینکه صرف ادعا نمی‌تواند بتنهایی مناط اعتبار قرار گیرد مؤثر در مقام نمی‌باشد و اساساً حسب ماده ۲۸۲ قانون مدنی آنجایی که کسی دیون متعدد داشته باشد تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون بوده، در مانحن‌فیه جاری و ساری نمی‌باشد، لذا با وارد دانستن اعتراض معترض به استناد صدر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه بااستناد مواد ۵۰۲ و ۵۰۳ و ۱۹۸ از همان قانون اشتغال ذمه تجدیدنظرخوانده از بابت مهریه بتعداد ۱۴ عدد سکه طلای تمام بهار آزادی محرز و مسلم است، لذا دادگاه بااستناد مواد مرقوم، حکم به محکومیت تجدیدنظرخوانده بپرداخت ۱۴ عدد سکه طلای تمام بهار آزادی از بابت مهریه و اصل خواسته توأم با پرداخت خسارات دادرسی محکوم می‌نماید. رأی صادره مطابق ماده ۳۶۵ از همان قانون قطعی است.

در رأی دوم، دادگاه بدوی در مرحله واخواهی پس از استماع ادعای زوج به پرداخت مبالغی در جهت ادای دین مهریه، زوجه را ملزم به ارائه دلیلی خلاف این

مدعا دانسته و به لحاظ فقد دلیل، حکم به برائت زوج از پرداخت مهریه تا سقف مبلغ اعلامی، صادر نموده است.

دادگاه تجدیدنظر نیز با تأیید نظر دادگاه بدوی و نظر کارشناسی مندرج در رأی اصلاحی مبنی بر نحوه تهاتر مبالغ پرداختی و سکه‌های موضوع مهریه، ادعای تجدیدنظرخواه درباره اختصاص مبالغ پرداختی به هزینه‌های زندگی و سایر روابط حقوقی را نپذیرفته است:

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه بدوی: ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۴۹۰۱۴۳۷

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۷۷ دادگاه خانواده مجتمع قضایی شهید مفتاح

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۱۰/۰۳

شماره دادنامه وخواهی: ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۴۹۰۰۰۸۶

تاریخ صدور رأی وخواهی: ۱۳۹۴/۰۱/۲۶

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۵۴۳

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۴/۰۹/۱۵

مرجع صدور رأی تجدیدنظر: شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

دادخواست خانم ی. ه. فرزند غ. ... به طرفیت شوهرش آقای ح. ع. دایر به مطالبه ۵۰۰ سکه بهار آزادی بابت مهریه با هزینه دادرسی نظر به اینکه مستند دعوی خواهان سند رسمی ازدواج است و خوانده در جلسه رسیدگی حاضر نشده و دلیلی بر پرداخت دین، مرقوم و فراغ ذمه خود ارائه نکرده است. دادگاه با استصحاب بقای دین، دعوی را ثابت دانسته مستنداً به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی و مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، خوانده را به پرداخت مهریه ... محکوم می‌کند. رأی صادره، غیابی و ظرف بیست روز... قابل وخواهی ... و سپس ظرف بیست روز قابل تجدیدنظرخواهی... است.

رأی وخواهی

وخواهی آقای ح. ع. به طرفیت همسرش خانم ی. ه. از دادنامه ... موضوع صدور حکم به محکومیت وی به پرداخت ۵۰۰ سکه بهار آزادی بابت مهریه؛ با توجه به اظهارات وخواه و مستندات ابرازی وی و توضیحات وکیل وخوانده که دلالت بر پرداخت و واریز

مبلغ ۵۷ میلیون تومان در تاریخ ۹۳-۳-۴ و مبلغ ۹ میلیون تومان در تاریخ ۹۳-۳-۶ و مبلغ ۳۰ میلیون تومان در تاریخ ۹۲-۱۲-۶ به حساب بانکی واخوانده، دارد و واخواه، مدعی است این مبالغ را بابت مهریه به واخوانده پرداخت نموده است و نظر به اینکه وکیل واخوانده دلیلی که مقتضی رد ادعای واخواه باشد ارائه نکرده، دادنامه واخواسته تا سقف مبلغ مذکور معادل نرخ سکه در زمان پرداخت، نقض و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به رد دعوای اصلی، صادر و اعلام می‌شود نسبت به مازاد میزان مذکور چون از سوی واخواه دلیل و مستندی که موجب نقض دادنامه شود ارائه نشده است با رد واخواهی مطروحه دادنامه واخواسته تأیید و ابرام می‌شود. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در مرجع محترم تجدیدنظر استان تهران است.

رأی اصلاحی

پیرو دادنامه شماره ۹۴۰۰۸۶ مورخ ۹۴-۱-۲۵ با توجه به نظریه کارشناس رسمی دادگستری در تطبیق دادن وجوه پرداختی از سوی واخواه به واخوانده با قیمت روز سکه بهار آزادی، نظر به اینکه برابر محتویات پرونده واخواه جمعاً مبلغ ۹۶ میلیون تومان به واخوانده پرداخت نموده است و توجهاً به قیمت روز سکه و نظریه کارشناس محترم، واخواه معادل ۹۷ سکه بهار آزادی و یک نیم سکه بهار آزادی بابت مهریه به واخوانده پرداخت نموده است و از دادنامه مارالذکر که از حیث انطباق وجه پرداختی با تعداد سکه دارای ابهام بوده به شرح مذکور رفع ابهام و اصلاح می‌گردد. مقرر است دفتر پرونده پس از ثبت رأی اصلاحی به شعبه دوم دادگاه محترم تجدیدنظر ارسال شود.

رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی خانم ی. ه. از دادنامه شعبه ۲۷۷ دادگاه خانواده تهران که به موجب آن، دعوی مطروحه از ناحیه تجدیدنظرخواه به طرفیت تجدیدنظرخوانده آقای ح. ع. بخواسته مطالبه مهریه بتعداد ۵۰۰ عدد سکه طلا ... حسب دادنامه، غیابی ... حکم به محکومیت تجدیدنظرخوانده بپرداخت ۵۰۰ عدد سکه ... صادر که در مرحله واخواهی با توجه به ارائه فیش‌های واریزی نسبت به قسمتی از مهریه واخواهی را وارد و دادنامه واخواسته در باب وجوه واریزی، نقض و نسبت به باقی با رد واخواهی دادنامه، واخواسته را تأیید نموده و با توجه به اینکه تهاوت مبالغ واریزی نیاز به اظهارنظر کارشناسی داشته با رأی اصلاحی مطابق نظریه کارشناسی معادل ۹۷ و یک نیم سکه بهار آزادی صادر گردیده است وارد نیست. رأی صادره مطابق با موازین شرعی و قانونی، اصدار یافته، ایرادی از حیث شکلی و ماهوی بر آن وارد نیست ... و ادعای وکلای تجدیدنظرخواه که ادعان به واریز وجوه را مربوط به مهریه ندانسته و آن را راجع به پرداخت هزینه‌های زندگی و سایر روابط حقوقی زوجین تلقی نموده‌اند موثر در مقام

نیست، لذا دادگاه به استناد قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی ... مدنی ... دادنامه معترض عنه را تایید و استوار می‌نماید. رأی صادره مطابق ماده ۳۶۵ از همان قانون قطعی است.

در ارزیابی صحت هر کدام از این دو دیدگاه، می‌بایست به تعریف «مدعی» و «منکر» پرداخت. طبق تعاریف به‌دست آمده، مدعی، کسی است که ادعایش برخلاف ظاهر یا اصل باشد. و همچنین منکر، کسی است که انکارش موافق اصل و ظاهر باشد.^۱ در وضعیتی چون وضعیت حاضر هر کدام از طرفین از جهتی مدعی‌اند و از سویی منکر؛ چراکه قول یکی از آنان منطبق با اصل «استصحاب» است و ادعای دیگری منطبق با اماره قانونی «عدم تبرع»، در نتیجه می‌بایست تعارض میان استصحاب اشتغال ذمه به عنوان «اصل عملی» و ظهور پرداخت دین به عنوان یک «اماره قانونی»، را مرتفع نمود. برای تشخیص نتیجه این تعارض نیز باید ماهیت هریک از دو مورد مزبور روشن و آشکار گردد.

«اصول» برای تشخیص احکام ظاهری در جایی که نیل به حکم واقعی غیرممکن است وضع شده‌اند که اصل استصحاب نیز از جمله آن احکام می‌باشد.^۲ اصل استصحاب به دلیل شک و تردید لاحق نسبت به موضوع، وضعیت معلوم و یقینی سابق را به حال تسری می‌دهد.

در مقابل «امارات» دلایلی هستند که نوعاً کاشف از واقعند^۳ و عبارتند از اوضاع و احوالی که دلیل بر امری شناخته می‌شوند (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی). گاه دادرسی از اوضاع و احوال موجود در دعوای خاص، امر مجهول را کشف می‌کند که «ظاهر حال» یا «اماره قضایی» نامیده می‌شود. گاه نیز قانونگذار، امری را که در بیشتر موارد رخ می‌دهد مبنای قاعده کلی می‌سازد و به وضع اماره قانونی مبادرت می‌ورزد. دلالت این امارات، ظنی است و نه یقینی، زیرا همواره ممکن است وضعیت غالب در موردی خاص با استثناء مواجه شود. از این رو در صورت وجود دلیلی برخلاف آن، اماره با فقد اثر مواجه می‌گردد.^۴ در هر حال، حکم برآمده از امارات، حکم واقعی است.

۱. سیدمصطفی محقق داماد، اصول فقه (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷)، دفتر سوم، ص ۱۸۶.

۲. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷)، ج ۱، ص ۹.

۳. همان، ص ۸.

۴. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات (تهران: میزان، ۱۳۸۹)، تمرین ۷، ص ۶۰۴.

در تعارض میان اصل و اماره قضایی یا ظاهر حال اختلاف نظر هست اما در برتری اماره قانونی بر اصل، تردیدی نیست.^۱

در موضوع مورد بحث، تعارض میان اصل استصحاب و ظهور عدم تبرع، آشکار و نمایان است به طوری که بنا بر مطالب پیش گفته برتری ظهور بر اصل، قطعیت می‌یابد. و از این منظر بر رأی نخست، ایراد وارد است. بدین ترتیب که قاضی می‌بایست قول زوج را مقدم داشته و زوجه را ملزم به ارائه دلیل می‌نمود. همچنین استناد به ماده ۲۸۲ و تصریح به عدم جریان آن نیز به نظر زائد است؛ چراکه به طور قطع امر حاضر دایر بر پرداخت دو دین نیست بلکه تردید میان ادای دین و یا پرداخت تبرعی است و اساساً این امر، ارتباطی به موضوع ماده ۲۸۲ ندارد.

اما در رأی دوم علی‌رغم آنکه استناد به ماده ۲۶۵ و بیان دلیل تقدم قول زوج بر زوجه مغفول مانده است، نتیجتاً منطبق با استدلال بیان شده، حکم صادر شده است. البته استناد به اصل عدم تبرع در چنین مواردی ممکن است با موانعی مواجه باشد. و گاه محتمل است این اماره به عنوان اماره قانونی، با ادله و یا امارات قضایی در تعارض باشد. در چنین تعارضی باید توجه داشت که امارات قانونی مبتنی بر ظن نوعی‌اند اما ظاهر حال یا اماره قضایی، مبتنی بر یقینی است که در موضوع خاص برای شخص قاضی حاصل می‌گردد، لذا امارات قضایی به دلیل ایجاد قطعیت برای قاضی، نزدیک به ادله بوده و بر امارات قانونی مقدم‌اند، اما در رأی نخست که مورد انتقاد نگارنده می‌باشد این موضوع، استناد به ماده ۲۶۵ را مخدوش نمی‌سازد، زیرا:

اولاً، اوضاع و احوال ظاهری تا بدانجا که در آراء منعکس شده، منطبق با اماره قانونی مذکور است: مبلغ پرداخت شده تقریباً با دین مهریه برابری می‌کند. هیچ نوع رابطه معاملی میان طرفین وجود نداشته؛ ذمه زوج به دلیلی دیگر غیر از مهریه در مقابل زوجه مشغول نبوده است؛ مبلغ پرداخت شده با میزان متعارف نفقه و همچنین هدیه، منطبق نیست. و در نهایت اینکه بنا به بیانات زوجه، این مبلغ در مصارفی خرج شده است که زوج هیچ تکلیفی نسبت به آنها نداشته.

۱. عزیزالله فهیمی و محمدرضا زندوکیلی، «بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق»، **مجله**

حقوقی دادگستری، س ۷۵، ش ۷۳، (بهار ۱۳۹۰): ص ۸۷.

دوماً، در صورتی که قاضی با توسل به ظاهر حال و امارات قضایی به نتیجه حاضر رسیده باشد، استصحاب اشتغال ذمه به طور کلی بی معناست. زیرا دادگاه می بایست با لحاظ مبلغ پرداختی، اماراتی را که اثبات کننده جهت دیگری غیر از پرداخت مهریه بوده اند را احراز کرده و سپس خلاف اماره قانونی حاکم را، اثبات و براساس آن، حکم صادر می کرد.

و اما ایراد دیگری که ممکن است بر تحلیل نگارنده وارد آید لزوم همسانی مال پرداخت شده با جنس مهریه است. در ذیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی می خوانیم: «بدون آنکه مقروض آن چیز باشد». این امر منطبق و همسو با اصول کلی پرداخت دین (ماده ۲۷۵) نشان می دهد که محاسبه مبلغ پرداختی به عنوان دین، منوط به همسانی جنس و نوع این دو است. و امر مزبور می تواند جابجایی مدعی و منکر را به همراه داشته باشد. توضیح آنکه در پرداخت دین، علی القاعده رضایت داین لازم نیست و مدیون به صرف پرداخت وجه، بری می شود لذا در صورت پرداخت وجه به داین، اماره عدم تبرع در جانبداری از او، مدیون را مدعی عدم پرداخت دین قرار داده و ملزم به ارائه دلیل می سازد، اما اگر پرداختی ماهیتاً متفاوت با جنس دین باشد به دلالت ماده ۲۷۵ قانون مدنی، رضایت داین در تغییر موضوع مورد نیاز است. در نتیجه، اماره ماده ۲۶۵ در محاسبه به عنوان دین نمی تواند کارگر باشد و بار اثبات این ادعا بر دوش زوج قرار خواهد گرفت.

به نظر می رسد در موضوع مطروحه، این ایراد نیز وارد نیست؛ چراکه امر، دایر بر وجه نقد پرداخت شده و سکه طلاست. سکه طلا فاقد ماهیت مستقل از ارزش پولی خود است؛ بدین معنا که عموماً غیر از تبدیل شدن به وجه نقد، استفاده دیگری برای آن متصور نیست. همچنین ارزش تقریبی مبلغ پرداخت شده با ارزش ریالی ۱۴ سکه طلا خود می تواند مؤید پرداخت مهریه با این مبلغ باشد. کلی بودن، رواج سکه طلا و سهولت تبدیل آن به وجه نقد موجب می شود که جایگزینی این دو بسیار محتمل بوده و به تضمّن دو ماهیت کاملاً متفاوت، تلقی نشوند.

اما گاه خواسته^۱ پرداخت شده به زوجه ماهیتاً تفاوت فاحشی با موضوع مهریه دارد. در این حالت، بنا توضیحات پیش گفته به نظر می رسد استفاده از ماده ۲۶۵

۱. نقدینه، متاع، مال، ملک، دارایی.

به منظور اثبات ادعای پرداخت مهریه صحیح نباشد بلکه می‌بایست با نظر به سایر امارات و دلایل، واقع امر را کشف نمود و در صورت فقد دلیل، اصل استصحاب اشتغال ذمه حاکم خواهد بود، ولی گهگاه این مهم از سوی قضات مغفول واقع می‌گردد که نمونه آن را می‌توان در رأی حاضر مشاهده کرد:

مشخصات رأی سوم

شماره دادنامه بدوی: ۹۳۰۹۹۷۲۶۴۰۷۰۲۳۶۷

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۷ دادگاه خانواده شهرستان شهریار

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۱۱/۰۴

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۰۵۳۲

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۴/۰۴/۰۸

مرجع صدور رأی تجدیدنظر: شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

درخصوص دعوی خانم م. خ.ک. به طرفیت آقای م. ش. به خواسته مطالبه مهریه تعداد ۲۵۰ عدد سکه بهار آزادی با احتساب خسارات دادرسی بدین توضیح که خواهان با تقدیم دادخواست منعکس در پرونده مدعی شده است که خوانده ... از پرداخت مهریه امتناع می‌نماید، لذا تقاضای صدور حکم بشرح خواسته را دارم. و خوانده در پاسخ اظهار داشت که یک آپارتمان به میزان ۱۴۰ میلیون تومان به وی انتقال دادم که بابت مهریه بوده است. خواهان: بله! قبول دارم ملک مزبور که ۱۴۰ میلیون تومان ارزش داشت را به من انتقال داد ولی بابت مهریه نبوده است. نمی‌دانم بابت چی انتقال داد، ولی بعداً متوجه شدم از ترس بدهی به من انتقال داده است. خوانده: خیر! خودش اس ام اس داد بابت مهریه لحاظ شود. علی‌هذا نظر به اینکه خواهان، دلیل دیگری برای انتقال ارائه ننموده ادعای خوانده مقرون به صحت تلقی می‌شود و دادگاه با توجه به مراتب مرقوم ضمن احراز رابطه زوجیت و استقرار کنونی آن، میان مشارالیه‌ها و عندالمطالبه بودن مهریه، دعوی خواهان را، وارد و ثابت، تشخیص و مستنداً به مواد ۱۰۸۲ و ۲۸۲ قانون مدنی و ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ و ۵۲۰ ق آ دم پس از کسر مبلغ فوق بابت ۱۴۰ سکه از مهریه، حکم به محکومیت خوانده بپرداخت ۱۴۰ عدد سکه تمام بهار آزادی به عنوان الباقی مهریه... صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی م. ش. ی. بطرفیت م. خ. ک. نسبت به دادنامه ... مبنی بر صدور حکم به محکومیت زوج به پرداخت مهریه مافی القباله زوجة وارد نمی‌باشد، زیرا با توجه به محتویات پرونده ... رأی صادرشده دادگاه بدوی براساس مستندات موجود در پرونده ازجمله اظهارات زوج مطابق صورتجلسه مورخه ۱/۱۱/۱۳۹۳ مبنی بر افزایش میزان خواسته از صدور ده عدد سکه بهار آزادی به دویست و پنجاه عدد سکه بهار آزادی صادر گردیده است و با عنایت به اینکه تجدیدنظرخواه، ایراد و اعتراضوجهی ... ابراز ننموده است، لذا این دادگاه با عنایت به مراتب مذکور ضمن رد دادخواست تجدیدنظرخواهی رأی صادرشده دادگاه بدوی را با استناد به مواد ۳۵۸ و ۳۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تایید می‌نماید. این رأی، قطعی است...

رأی اصلاحی

درخصوص دادنامه صادرشده از شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نظر باینکه براساس دادنامه ... بدوی ... زوجة اقرار به دریافت مبلغ یک میلیارد و چهارصد میلیون ریال ... در جهت انتقال ملک غیرمنقول موضوع صورتجلسه مورخ ۱/۱۱/۱۳۹۳ کرده است و زوج در فرآیند دادرسی تقاضای محاسبه مبلغ مذکور و کسر از کل مهریه نموده است، لذا این دادگاه با عنایت به اینکه هنگام صدور رأی به عنوان اشتباه در محاسبه مبلغ مذکور را مورد توجه قرار نداده است مقرر می‌دارد با استناد به ماده ۳۵۱ ناظر به ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی ... مدنی هنگام اجرای رأی مبلغ یکصد و چهل میلیون تومان در مقابل سکه بهار آزادی مورد محاسبه قرار گرفته و از مهریه به میزان ۲۵۰ قطعه سکه بهار آزادی، کسر و باقیمانده را زوج موظف است مطابق مقررات ... پرداخت نماید. این رأی اصلاحی بانضمام دادنامه صادر شده و صدورالاشعار منضمنا دارای اعتبار می‌باشد. این رأی، قطعی است.

رأی سوم نیز با دو رأی یادشده مشابهت موضوعی دارد با این تفاوت که انتقال یک آپارتمان به زوجة، به عنوان پرداخت مهریه محاسبه شده است و از آنجایی که زوجة نتوانسته خلاف این امر را اثبات نماید، در هر دو مرحله رسیدگی به دعوی مطالبه مهریه، تا سقف قیمت آپارتمان، محکوم به بی‌حقی شده است.

در این پرونده در مرحله بدوی بدون استدلال خاصی و یا استناد به ماده یا اصل قانونی، قول زوج مقدم دانسته شده و علی‌رغم آنکه موضوع مهریه، سکه طلا بوده، انتقال آپارتمان به عنوان پرداخت بخشی از مهریه لحاظ شده است. دادگاه

تجدیدنظر نیز این رأی را عیناً ابرام نموده است. با توضیحات پیش گفته و براساس بخش آخر ماده ۲۶۵ قانون مدنی، صدور این رأی با انتقاد، مواجهه و فاقد مبنای حقوقی است.

نتیجه گیری

علی‌رغم آنکه هدف از پرداخت مهریه، هدیه دادن و اعطاء مالی بلاعوض از سوی زوج به زوجه است، ماهیت حقوقی آن یک دین مالی است که همچون سایر دیون، زوج ملزم به ایفای آن است، اما رابطه خویشاوندی نزدیک طرفین این دین، گاه احراز پرداخت یا عدم پرداخت آن را دشوار می‌کند.

در صورت حدوث اختلاف، تشخیص مدعی و منکر از اهمیت زیادی برخوردار است؛ چراکه بار اثبات دلیل، بر عهده مدعی است و از آنجاکه طرفین این دین، به سبب داشتن رابطه خویشاوندی و نیز زندگی مشترک، تحصیل دلیل در روابط مالی میان آنها در حالت عادی مرسوم نیست. بنابراین، تشخیص طرفی که بار اثبات دلیل و تکلیف بیان آن بر عهده وی می‌باشد نقش بسزا و بسیار تعیین‌کننده‌ای در دعوا خواهد داشت.

و اما اگر اعطاء مالی در طول زندگی مشترک از سوی زوج به زوجه ثابت شود اصل عدم تبرع به یاری زوج آمده و دین مهریه را که از ابتدای ازدواج بر عهده وی بوده، مابه‌ازای این پرداخت قرار می‌دهد. درحقیقت، در این دعوا اصولاً قبول زوج مقدم بوده و زوجه باید تبرعی بودن پرداخت و یا وجود جهتی دیگر برای آن را اثبات کند.

گفتنی است استفاده از این اماره قانونی، دارای محدودیت و چهارچوب‌هایی است که باید در نظر گرفت. برای این منظور نکات ذیل حائز اهمیت است:

نخست آنکه، مال پرداخت‌شده باید دارای شرایط لازم جهت ادای دین مهریه باشد؛ بدان معنا که مهریه، سابق بر پرداخت حال شده و همچنین مبلغ پرداخت‌شده نوعاً از جنس و نوع مهریه باشد. در این حالت است که می‌توان با اعمال ماده ۲۶۵ قانون مدنی، پرداخت را مربوط به دین مهریه دانست مگر آنکه خلاف امر ثابت گردد.

از سوی دیگر، دلالت اماره قانونی، ظنی است و همواره می‌توان آن را با سایر ادله قطعی بی‌اثر نمود. یکی از این ادله که در امر مورد بحث، کاربرد فراوانی دارد اماره قضایی و اوضاع و احوال حاکم بر موضوع است. علی‌رغم آنکه مهریه از ابتدای عقد ازدواج به عنوان دینی حال، بر ذمه زوج است غالباً در شرایط معمول زندگی

مشترک، کارسازی آن مدنظر زوج نیست. درحقیقت، برخلاف سایر دیون، عرفاً مدیون مهریه، الزام فوری و مستمر نسبت به پرداخت آن احساس نمی‌کند، مگر آنکه به‌طور رسمی یا غیررسمی از سوی زوج مورد مطالبه قرار گیرد. این وضعیت شایع می‌تواند در بسیاری از موارد، اماره عدم تبرع زوج در پرداخت مبلغ را بلااثر نماید، اما به شرطی که از سوی زوج مورد توجه و تمسک قرار گیرد و به اقناع قاضی، به نحوی که برای وی قطع و یقین حاصل گردد، منتهی شود.

نکته حائز اهمیت آنجاست که در این حالت نیز رأی دادگاه باید مستند به اماره قضایی و اوضاع و احوال مسلمی باشد که موجب کنار گذاشتن اصل عدم تبرع شود و حتی بهتر آن است که اوضاع و احوال منشأ این استنباط نیز در رأی قید گردند تا سیر استدلال قضات مشخص گردد. امری که در آراء مورد استناد در مقاله حاضر، مغفول مانده است.

فهرست منابع:

۱. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات** (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹).
۲. محقق داماد، سیدمصطفی، اصول فقه، دفتر سوم (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷).
۳. _____، قواعد فقه بخش مدنی، ج ۱ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷).
۴. فهیمی، عزیزالله و محمدرضا زندوکیلی، «بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، س ۷۵، ش ۷۳ (۱۳۹۰).

فرزنددار نشدن زوجین و نقش اهداء جنین در تحقق آن

سعید محبوب*

مشخصات رأی نهایی

شماره دادنامه: ۱۶۸۶

شماره پرونده: ۱۲۴۷

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۲/۴/۳۱

مرجع صدور رأی: شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. شرح ماوقع:

رأی دادگاه

درخصوص دادخواست تجدیدنظرخواهی آقای ح.ک. به طرفیت خانم ع.ش. پرونده کلاسه حکایت دارد زوجین جهت تلقیح مجوز اهدای جنین اقدام نمودند، لذا این امر گویای این است که زوج رضایت خود را بر وصف عدم توانایی باروری اعلام نموده و اینکه عیب، ناشی از زوج باشد مدرکی در پرونده امر مشهود نیست و زوج هم در لایحه بیان داشته که اینجانب مشکل درخصوص وصف باروری نداشته بلکه همسرم داشته است و علی‌الخصوص دادنامه مجوز اهدای جنین گویای آن است که زوج از حق استفاده خود از شرط بند ۱۰ سند نکاحیه عدول نموده صرف‌نظر از آنکه عدم احراز ناتوانی زوج در باروری [محرز می‌باشد]^۱ لذا به لحاظ اینکه امر طلاق از ناحیه زوج باید متقن و منطبق بر مواد ۱۱۱۹ قانون مدنی و ۱۱۳۰ قانون مدنی باشد و اینکه دادنامه فوق‌الاشاره که گویای آمادگی زوجین جهت اهدای جنین اقدام نمودند و این امر علی‌الغرض صحت ادعای زوج مبنی بر عقیم بودن زوج به معنی انصراف استفاده [از] بند ۱۰ سند نکاحیه می‌باشد. با توجه به مراتب فوق، اعتراض تجدیدنظرخواهی وارد دانسته، مستندا به مواد ۳۵۸

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان و پژوهشگر قوه قضائیه



قانون آیین دادرسی مدنی و عدم انطباق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن نقض دادنامه فوق‌الذکر حکم به رد دعوی خواهان دعوی صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد.

در پرونده فوق، زوجین به علت عدم باروری، با تمسک به قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲) تقاضای دریافت جنین می‌نمایند. با این حال، زوج به ارائه دادخواستی مدعی تحقق بند ۱۰ سند نکاحیه از شروط ضمن عقد می‌گردد. براساس بند مذکور، اگر با گذشت پنج سال از ازدواج، زن از همسر خود به سبب عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر، صاحب فرزندی نشود مرد به زن وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر می‌هد تا با مراجعه به دادگاه و دریافت حکم از دادگاه، خود را مطلقه نماید. دادگاه تجدیدنظر با بیان این دلیل که علی‌الغرض صحت ادعای زوجه مبنی بر ناباروری زوج، دادنامه مجوز اهداء جنین گویای آن است که زوجه رضایت خود را بر وصف عدم توانایی باروری زوج، اعلام و به عبارت دیگر، از حق استفاده خود از شرط بند ۱۰ سند نکاحیه عدول نموده، حکم به صحت تجدیدنظرخواهی زوج مبنی بر بی‌حقی زوجه صادر کرده است.

۲. نقد و بررسی:

در بادی امر، آنچه از رأی مذکور استنباط می‌گردد این است که دادگاه تجدیدنظر، تنظیم درخواست دریافت جنین توسط زوجه را قرینه‌ای بر انصراف وی از حق خویش تلقی نموده است. این استدلال دادگاه از جهات ذیل قابل نقد و بررسی می‌باشد:

الف - عدم اثبات ناباروری زوج

ادعای زوجه مبنی بر ناباروری زوج در حالی بیان گشته است که در پرونده هیچ‌گونه دلیلی مبنی بر عقیم بودن زوج، مشهود نبوده و در مقابل، زوج نیز به صراحت منکر ناباروری خود گردیده است.^۱ با این حال، دادگاه تجدیدنظر به

۱. (زوج هم در لایحه بیان داشته که اینجانب مشکل درخصوص وصف باروری نداشته بلکه همسر من داشته است)

صورت ضمنی تحقق بند ۱۰ سند نکاحیه را محقق دانسته و براساس آن، اقدام به صدور رأی نموده است. این در حالی است که در صورت عدم اثبات ناباروری زوج، با توجه به عدم تحقق شرط، هیچ گونه حقی برای زوجه جهت مراجعه به دادگاه در خصوص عدم اثبات ناباروری زوج متصور نبود و دادرس، موظف به صدور قرار عدم استماع دعوی می‌گشت. ممکن است دادگاه، اقدام زوجین جهت تنظیم درخواست جنین را اماره‌ای بر مشکل زوج تصور نموده باشد که چنین امری نیز صحیح نیست، زیرا محتمل است ناباروری از سوی زوجه باشد. قسمت اخیر ماده ۱ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲) نیز در این خصوص مقرر داشته است: «انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند». تأکید بر قید «هریک به تنهایی» در قسمت اخیر ماده، مؤید نظر ابرازی در خصوص به رسمیت شناختن احتمال ناباروری زوجه و درخواست دریافت جنین در این خصوص توسط زوجین می‌باشد.

ب - عدم کفایت استدلال بر انصراف به صرف تنظیم درخواست اهداء جنین

این استدلال دادگاه نیز مبنی بر اینکه تنظیم درخواست دریافت جنین توسط زوجه، اماره‌ای بر انصراف وی از حق خویش می‌باشد، غیرقابل پذیرش است. در این صورت آیا واقعاً در چنین شرایطی باید حق زوجه را ساقط شده دانست؟ به نظر می‌رسد با تمسک به دو دلیل ذیل نمی‌توان به چنین نتیجه‌ای ملتزم گردید:

۱- همان‌طور که برخی استادان و محققان علم حقوق ذکر کرده‌اند در مرحله اثبات قضایا و وقایع حقوقی، چه در مرحله رسیدگی قضایی و چه در مرحله رسیدگی اداری و نیز در مرحله تنظیم یا اجرای اسناد، مواردی پیش می‌آید که قاضی از جهتی به قطعیت و یقین می‌رسد ولی از جهت دیگر، در ظن و یا شک به سر می‌برد. مجاورت یقین با ظن و شک در این مرحله، وی را در موقعیتی قرار می‌دهد که قادر به تصمیم‌گیری نیست. در این مواقع از یک ابزار حقوقی موسوم به «أخذ به قدر متیقن» می‌توان

استفاده نمود بدان معنا که موجودیت یقین با هر میزانی، مستلزم عمل به یقین می‌باشد و نسبت به مابقی که ظن یا شک است، غمض عین به عمل آید.^۱ در مانحن‌فیه قدر متیقن، حمل جنین و تولد و استمرار بقاء می‌باشد. بنابراین، در غیر از موارد فوق‌الذکر نمی‌توان به‌صرف درخواست زوجه جهت اهداء جنین، حکم به انصراف زوجه از حق خود اصدار نمود.

۲- از سوی دیگر تحلیل حقوقی اراده زوجه مبین این امر است که در این موارد وی به صورت معلق، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید. درواقع زوجه با تسلیم تقاضا و قبول دریافت جنین، نوعی ایقاع معلق صادر نموده که در صورت حیات جنین در خارج و بقاء وی، حق خود را ساقط می‌کند. نباید پنداشت که تعبیر عمل زوجه به ایقاع معلق، امری انتزاعی و به دور از واقعیت‌های ملموس زندگی است. این امر علی‌الخصوص در نکاح، کاربردهای فراوان دارد. برای مثال، هدایای ارسالی بعد از مراسم خواستگاری و پیش از ازدواج، [خانواده زوج و زوج] هدایا را به محض عدم وقوع عقد ازدواج، مسترد می‌نمایند، زیرا دراین‌باره برای خود مالکیتی قائل نیستند.^۲ در مانحن‌فیه نیز زوجه با صدور ایقاع معلق در صورت حیات و بقاء جنین، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید، ولیکن آنچه از تفاهم عرفی مستفاد می‌شود این است که با شرط حیات و قابلیت بقاء جنین، زوجه از حق خود، عدول و به‌نوعی حق خود را اسقاط نموده است. با این توضیح، دادگاه تجدیدنظر، بدون توجه به اراده واقعی زوجه و به‌صرف ارائه درخواست اهداء جنین، حق وی را زایل دانسته است، در صورتی که درخواست زوجه، مشروط بر تولد جنین و ادامه حیات وی می‌باشد.

ج - استدلال بر اماره انصراف زوجه

دادگاه تجدیدنظر، جهت استدلال بر سقوط حق زوجه، به اماره انصراف وی از تنظیم درخواست اهداء جنین استناد نموده است. درواقع دادرس به استناد اماره

۱. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، دانشنامه حقوقی (تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۵)، ج ۱، ص ۶۹۵.

۲. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم،

۱۳۸۷)، ص ۱۳۷ - ۱۳۸.

قضایی، حکم به انصراف زوجه صادر کرده است. هرچند عنوان «اماره قضایی» بدین نحو در فقه مشاهده نمی‌شود ولی فقهاء در کتب قضا کاملاً به آن توجه داشته‌اند تا جایی که صاحب کتاب معین/الحکام در صفحه ۲۰۳ کتاب خود فصلی راجع به «دادرسی به یاری قرائن و امارات» آورده است.^۱ لازم به ذکر است «اماره» در لغت به معنای «علامت، نشان و نشانه»، و جمع آن «امارات» می‌باشد^۲ و در اصطلاح حقوقی، به موجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی عبارت است از: اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. با توجه به تعریف مزبور باید گفت اماره، امر معلومی است که در خارج به وسیله آن امر مجهولی که مورد ادعای ثالث است، احراز می‌گردد، لذا اموری که به واسطه امارات ثابت می‌گردند، چون کاشف از واقع‌اند، معتبر شناخته شده‌اند. شایان ذکر است که امارات به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) امارات قانونی؛ ب) امارات قضایی: اوضاع و احوالی است که از نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می‌شود؛ یعنی قاضی از آن اوضاع و احوال نسبت به امر مجهول، قطعیت و یقین پیدا می‌کند و نوعاً گویای صحت اظهارات یکی از طرفین دعوی می‌باشد.^۳ پس قطعیت امر مجهول برای قاضی منوط به اوضاع و احوال آن امر ناشناخته است در غیر این صورت نمی‌توان در حوزه اماره قضایی گنجاند. تفاوت عمده اماره با سایر ادله در این است که به‌طور مستقیم به واقع نمی‌رسد، به همین جهت دخالت عقل در استنباط از اوضاع و احوالی که همراه با واقع است چشمگیرتر می‌باشد.^۴ بنابراین، قانون نه تنها امارات قضایی را تأسیس نکرده است، بلکه به صلاحدید دادرس و قاضی گذاشته به‌طوری که دادرس از طریق برخی از نشانه‌ها تلاش می‌کند با نتیجه‌گیری، نسبت به واقعیت امر مورد ادعا تصمیم‌گیری نماید. اعتبار این امارات نیز مبتنی بر قطع و یقین است که از اوضاع و احوال موجود در خارج، برای دادرس در رسیدگی به دعوا حاصل می‌شود.

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۷۰۰.

۲. علی‌اکبر دهخدا، لغت‌نامه (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۲)، ذیل «اماره».

۳. رجوع کنید به: محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷)، ذیل «اماره قضایی».

۴. ناصر کاتوزیان، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۴، تابستان ۱۳۸۳، ص ۱۲۵.

فلذا در صورتی که اماره قضایی بر وجود حق برای مدعی در زمان رسیدگی موجود باشد دادرس بر طبق آن، حکم خواهد کرد، زیرا به موجب آن است که برای وی علم به وجود حق حاصل می‌گردد. و اگر اماره قضایی برای دادرس صرفاً منجر به ایجاد ظن یا گمان گردد حجیت شرعی نخواهد داشت،^۱ لذا باید توجه نمود که امارات قضایی، امری اقتضایی هستند؛ بدان معنا که اماره قضایی، تابعی از مختصات و شرایط دعوا، متداعیین، نظریه‌های حقوقی، موضوع، قرارداد و روابط حقوقی فی‌مابین است. این معنا عبارت دیگری است از اوضاع و احوال پرونده که در متن ماده قانونی به آن تصریح شده است.^۲ در پرونده مذکور دادرس در جهت کشف اراده زوجه و تفسیر آن، در مسیر درستی حرکت نموده و درخواست اهداء جنین را اماره‌ای بر انصراف زوجه از اعمال حق خویش تلقی کرده است. هرچند نگارنده - همان‌طور که بیان گردید - صرف درخواست را به منزله اسقاط حق زوجه نمی‌داند، با این حال اگر درخواست منجر به تولد فرزند مستعد بقاء گردد چنین درخواستی را به مثابه اسقاط می‌داند. صرف نظر از چنین تفسیری و به علت عدم استدلال مکفی دادرس در مانحن‌فیه، استناد به صرف اماره هرچند به لحاظ صوری، استدلال صحیحی است، اما از آنجا که دادرس باید درباره کیفیت این رابطه و اثری که بر وجدان او گذارده است استدلال کند تا مشروع بودن استنباط او در دادگاه بالاتر، قابل بازرسی باشد به لحاظ ماده استدلال، پذیرش مشکل به نظر می‌رسد. بنابراین، دادرس می‌توانست به ترتیب ذیل، مواد استدلال خود را نیز با تکیه بر ظاهر و دلیل که منجر به اماره قضایی می‌گردند، فراهم آورد. در زبان حقوقی مجموع این قرائن و استنباط ناشی از آن را «ظاهر» یا «ظهور» هم می‌نامند که در زمره دلایل است و اصل در برابر آن بی‌اعتبار می‌شود.^۳ فلذا در مانحن‌فیه چون در ارکان اعمال حق هیچ اختلافی نیست، حق زوجه مسلم است. ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. در این زمینه اعلام می‌دارد: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد،

۱. سیدمصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر سوم، بی تا، ص ۱۸۹.

۲. محمد درویش‌زاده کاخکی، «عقده‌سازی و مصداق‌شناسی در اماره قضایی»، فصلنامه دیدگاه‌های

حقوق قضایی، ش ۶۸، زمستان ۱۳۹۳، ص ۲۰۴.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۰.

اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». پس در دعوای این زن و شوهر، به فرض تحقق بند ۱۰ سند نکاحیه، شوهر خلاف اصل ادعا می‌کند و بار اثبات بر عهده وی می‌باشد، ولی از سوی مقابل، هیچ زنی به صورت صریح اقدام به اسقاط حق خود پس از پنج سال نمی‌نماید و بر این اسقاط شاهد فرامی‌خواند، بلکه وی با التزام به انجام امور سابق و النهایه دریافت جنین، رضایت خود را مبنی بر ادامه زندگی مشترک اعلام می‌نماید. بنابراین دادرس با توجه به اینکه این ظهور، بر اصل مزبور مقدم بوده اقدام به صدور رای بر بی‌حقی زوجه می‌نماید.

نتیجه گیری

درخصوص پرونده مذکور، محکمه به طور صحیح، توجه ویژه و بسزایی نسبت به امارات جهت صدور رأی نموده است. با این حال، دادرس باید ابتدا ناباروری زوج را احراز، و سپس براساس آن به ماهیت دعوا ورود نماید، زیرا در صورت عدم اثبات ناباروری زوج، با توجه به عدم تحقق شرط، هیچ گونه حقی برای زوجه جهت مراجعه به دادگاه درخصوص موضوع متصور نمی گشت. از سوی دیگر حکم به انصراف زوجه از اعمال حق خود براساس صرف تنظیم درخواست اهداء جنین نمی تواند قابل پذیرش باشد. این عدم پذیرش با استدلال بر اخذ به قدر متیقن و ایقاع معلق بودن ماهیت حقوقی مزبور، قابل تأیید می باشد. به علاوه دادرس به اماره انصراف زوجه استدلال نموده است، ولیکن به علت عدم استدلال مکفی دادرس در مانحن فیه، استناد به صرف اماره هرچند به لحاظ صوری، استدلال صحیحی است، اما از آنجا که دادرس باید درباره کیفیت این رابطه و اثری که بر وجدان او گذارده است استدلال نماید تا مشروع بودن استنباط او در دادگاه بالاتر قابل بررسی باشد، به لحاظ ماده استدلال، پذیرش مشکل به نظر می رسد. بنابراین، دادرس باید مواد استدلال خود را نیز با تکیه بر ظاهر و دلیلی که منجر به اماره قضایی می گردند، فراهم آورد. درنهایت می توان این گونه مقرر نمود که در مانحن فیه، به فرض تحقق بند ۱۰ سند نکاحیه، ادعای شوهر خلاف اصل می باشد، ولی از سوی دیگر دادرس درمی یابد که هیچ زنی به صورت صریح اقدام به اسقاط حق خود پس از پنج سال نمی نماید و مردم را به شهادت فرا نمی خواند، بلکه زوجه با التزام به انجام امور سابق و النهایه دریافت جنین، رضایت خود را مبنی بر ادامه زندگی مشترک اعلام می نماید. این ظهور بر اصل ابقای حق مزبور، مقدم بوده و منجر به صدور رأی بر بی حقی زوجه می گردد.

فهرست منابع:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۲. _____، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۳. _____، دانشنامه حقوقی، ج ۱، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.
۴. درویش زاده کاخکی، محمد، «قاعده سازی و مصداق شناسی در اماره قضایی»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۶۸، زمستان ۱۳۹۳.
۵. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۲ (چاپ دوره جدید)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۲.
۶. کاتوزیان، ناصر، «ماهیت و اثر اماره حقوقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۴، تابستان ۱۳۸۳.
۷. محقق داماد، سیدمصطفی؛ اصول فقه، بی تا، دفتر سوم.
۸. قانون مدنی
۹. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲

نگاهی به رأی شورای دولتی در مورد ممنوعیت پوشش شای زنان مسلمان در سواحل فرانسه

میثا کامیاب*

رأی شورای دولتی درباره «بورکینی» از دو جنبه حائز اهمیت است: الف) برقراری نظم عمومی؛ ب) حفظ حقوق و آزادی. شورای دولتی مایل است تا حد امکان، نظم عمومی را به نظم عمومی مادی تفسیر نماید و مانع از این امر گردد که احساسات و نگرانی‌هایی ناشی از حملات تروریستی اخیر، دامنه مفهوم مزبور (نظم عمومی) را تا اندازه‌ای گسترش دهد که حقوق و آزادی‌ها را بدون وجود مبنای قابل قبولی به خطر اندازد. آزمون‌های «اصل تناسب» در این زمینه، معیاری مفید در اختیار مقامات اداری و همچنین قاضی اداری قرار می‌دهد تا میان حقوق و آزادی‌ها و اقتضائات نظم عمومی تعادل برقرار گردد.

۱. زمینه‌های صدور رأی

بعد از تصویب «قانون جدایی دولت و کلیسا در سال ۱۹۰۵»،^۱ «اصل لائیسیته» - که بر منع دخالت مذهب در امور دولتی دلالت داشت به عنوان اصلی مهم مورد پذیرش قرار گرفت^۲ و بعدها در قانون اساسی کشور فرانسه گنجانده شد.^۳ می‌توان گفت امروزه لائیسیته به مذهبی فرانسوی بدل گشته است

* کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

m.kamyab@gmail.com

1. Loi du 9 décembre 1905 concernant la Séparation des Eglises et de l'Etat

۲. برای اطلاع بیشتر نک: علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، «دموکراسی و آزادی مذهبی در بستر لائیسیته: نقدی بر

پارادوکس‌های لائیسیته فرانسوی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، ش ۲۵، (پاییز و زمستان

۱۳۸۷): صص ۱۵۵ - ۱۹۲.

۳. اصل دوم قانون اساسی فرانسه: «فرانسه یک جمهوری غیرقابل تجزیه، لائیک، دموکراتیک و اجتماعی است».



به‌طوری که وضعیت کنونی کشور فرانسه را می‌توان در عبارت «مذهب علیه مذهب» توصیف نمود و همچنین در تصمیمات پلیس، لائیسیته فرانسوی را به چشم دید که علیه ارزش‌های لیبرال سر برمی‌آورد. یکی از جالب‌ترین پرونده‌هایی که می‌توان در راستای تبیین کارکرد اصل تناسب در ارزیابی اقدامات پلیس اداری مورد مطالعه قرار داد، رأی موسوم به «ضد بورکینی» است. گفتنی است «بورکینی»^۱ به لباس‌های خاص و بسیار پوشیده‌ای اطلاق می‌شود که زنان مسلمان در سواحل از آن استفاده می‌کردند.

در پنجم آگوست ۲۰۱۶، شهردار شهر «ویلونو - لوبه»^۲ بخشنامه‌ای مشتمل بر ۳۱ بند ناظر به امنیت و استفاده از سواحل دولتی تحت نظر این شهر صادر کرد. در یکی از مواد آمده بود: «در تمام بخش‌های ساحل، برای کلیه کسانی که پوشش مناسبی که اخلاق عرفی، اصل لائیسیته و قواعد بهداشت و امنیت سواحل را رعایت نکرده‌اند دسترسی به استخر مجاز نیست. پوشیدن البسه‌ای که به نحوی با اصول ذکرشده مغایر باشد در طول شنا در سواحل شهر کاملاً ممنوع است». این مقرر با ماهیت پلیس اداری که پیش از هر چیز، پوشش بورکینی را هدف قرار داده بود در بسیاری از شهرهای جنوب فرانسه نیز وضع شد.^۳

«انجمن حقوق بشر» و «انجمن دفاع از حقوق جمعی بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه»^۴ از این بخشنامه به دلیل لطمه به آزادی رفت‌وآمد و آزادی اعتقادات مذهبی، به دادگاه اداری «نیس» شکایت کردند. دادگاه اداری نیس پیش از صدور رأی، به موضع شورای قانون اساسی اشاره می‌کند: آزادی‌ها را می‌توان به دلایل «امنیت عمومی، حفظ نظم، بهداشت و اخلاق عمومی، همچنین حفظ حقوق و آزادی‌های دیگران» محدود نمود.^۵ از طرفی، اصل لائیسیته همگان را از استناد به مذهب به‌منظور عدم تقید به قواعد عام حاکم بر روابط میان واحدهای سرزمینی و

۱. واژه «بورکینی»، مشتق و مرکب از دو واژه «برقع: Burqa» و «بیکینی: Bikini» است.

2. Villeneuve-Loubet

3. Conseil d'Etat 26 août 2016, «Port du "burkini": absence d'atteinte à l'ordre public», **Recueil Dalloz**, N° 29, septembre 2016, Pp. 1700-1704.

4. Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France.

5. Cons. const. 19 novembre 2004, N° 2004-505 DC, **AJDA**, 2005, p. 211.

فرد منع می‌نماید و دادگاه اروپایی حقوق بشر^۱ نیز ممنوعیت‌ها را با توجه به ضرورت تضمین همزیستی میان مذهب و عقاید در یک جامعه دموکراتیک می‌پذیرد.^۲ از نظر دادگاه اداری نیست، ممنوعیت این پوشش به دو دلیل موجه است:

اول، پوشش بورکینی بیانی از بنیادگرایی اسلامی مذهبی است که با ارزش‌های ضروری جامعه فرانسوی و اصل برابری جنسیتی، ناسازگار است. آوردن این پوشش زیر لوای همزیستی مذاهب، که اصل لایسته نیز آن را تضمین می‌کند، صحیح نیست و بیشتر به معنای برانگیختن تنش‌ها بعد از حملات تروریستی «نیس» و «سن‌اتین» می‌باشد.^۳

دوم، علی‌رغم افزایش شمار نیروهای مسئول برقراری نظم در ساحل در پی اعلام وضعیت اضطراری، پوشش بورکینی به دلیل حساسیت فراوان جمعیت نسبت به این زی و هیئت ظاهری، ممکن است مشکلات مادی‌ای برای نظم عمومی به بار آورد.^۴ دادگاه اداری نیس با توجه به دو استدلال فوق‌الذکر، تصمیم شهردار را تأیید می‌نماید.

۲. نکات مهم:

۲.۱. تصمیم شهردار، تصمیمی با ماهیت پلیس اداری

«پلیس اداری» در فرانسه، قالبی است مفهومی که با صدور آیین‌نامه، بخشنامه، تصمیمات فردی یا عام‌الشمول، تأمین نظم عمومی یا اعاده نظم برهم‌خورده را بر عهده دارد.

به‌موجب ماده ۱-۲۲۱۲ قانون جامع واحدهای سرزمینی، شهردار، مقام پلیس اداری در فرانسه است. اختیارات شهردار به مرزهای سرزمینی شهر محدود است.

1. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

2. CEDH, 13 février 2003, nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c/ Turquie*.

۳. بسیاری بر این باورند که بورکینی اصولاً یک لباس مذهبی نیست، به همین دلیل دانش‌آموزی که در آلمان از شرکت در کلاس‌های شنای مختلط اجتناب کرده بود، پیشنهاد دادگاه مبنی بر استفاده از بورکینی را به دلیل جذب و چسبندگی این پوشش نپذیرفت. نک:

Arrêt de la cour administrative fédérale du 11 septembre 2013, affaire 6 C 25.12, rejetant un appel de la requérante, dans **RFDA**, 2015, p. 429.

4. Gilles Le Chatelier, «Annulation par le Conseil d'Etat des arrêtés "anti-burkini"», **AJCT**, N° 29, octobre 2016, Pp. 508-509.

«شهردار، تحت کنترل اداری نماینده دولت در استان، مسئول پلیس شهرداری، پلیس روستایی و اجرای اعمال حاکمیتی است که به او مربوط می‌شود».^۱ اهداف پلیس شهرداری، برقراری نظم مطلوب، امنیت و بهداشت عمومی است.^۲ دلایلی که شهردار در موجه ساختن تصمیم خود بدان توسل جسته و به مواردی چون بهداشت و امنیت عمومی اشاره داشته، نشان می‌دهد که او در مقام پلیس اداری، تصمیم خود را صادر کرده است.

شناسایی صریح مقام شهردار به عنوان مقام پلیس اداری در سطح شهر، مانع از این امر است که تأمین نظم عمومی در بسیاری از حوزه‌های زندگی شهری بدون متصدی رها گردد و عدم پاسخ‌گویی مسئولین، شرایط زندگی دشواری را برای ساکنین شهر رقم بزند. مقامات پلیس اداری برای برآوردن این وظیفه مهم، از اختیارات صلاحیدیدی گسترده‌ای برخوردارند و به دلیل اهمیت نظم عمومی و لزوم واکنش سریع به تهدیدات آن، از رعایت بسیاری از تشریفات معاف شده‌اند و به احتمال زیاد ممکن است در حین اجرای وظیفه خود، به آزادی‌های بنیادین شهروندان خللی وارد آورند. برای جبران این نقیصه، نظارت اداری توسط دادگاه‌های اداری بر تصمیمات پلیس اداری پیش‌بینی شده است.

۲.۲. پیش‌بینی نهاد رسیدگی طی فرآیند اضطراری برای حمایت از آزادی‌ها

یکی از فرآیندهای مهم قضایی که امکان توسل به آن از سال ۲۰۰۰ فراهم شده است امکان رجوع شهروندان به «قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری»^۳ می‌باشد.^۴ ویژگی «فوری» یا «اضطراری» موضوع و تهدید یک آزادی بنیادین، شرط پذیرش دادخواست در این فرآیند است. بعد از پذیرش دادخواست، به‌منظور حفظ آزادی بنیادینی که یک شخص حقوق عمومی یا شخص خصوصی متصدی خدمت عمومی در اجرای اختیاراتش ضرری شدید و آشکارا غیرقانونی بدان وارد آورده، قاضی مجاز به صدور دستور انجام کلیه اقدامات لازم می‌باشد. حوزه اعمال این فرآیند، بسیار گسترده

1. L'Article L 2212-1 du Code général des collectivités territoriales

2. L'Article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales

3. Juge-de-référé

4. La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

و وسیع است و آزادی‌های بنیادین را دربرمی‌گیرد. مهلت ۴۸ ساعته صدور رأی و تصمیم قاضی، که معمولاً به شکل تعلیق تصمیم مورد اعتراض است، آن را بسیار شبیه نهاد دستور موقت جلوه می‌دهد و نشان از اهمیت آزادی‌ها دارد. این فرآیند درمورد شکایت از اقدامات پلیس اداری، بسیار مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

مثال مهم در این زمینه، رأی معروف «بورکینی» است که مربوط به ممنوعیت پوشش اسلامی در ساحل می‌باشد. این رأی، مثال مناسبی است از مداخله قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری. در این پرونده، آزادی پوشش و همچنین آزادی رفت‌وآمد در شمار آزادی‌های بنیادینی بودند که شهرداران با ممنوعیت دسترسی استفاده‌کنندگان از پوشش بورکینی به ساحل مورد تعرض قرار داده بودند.^۲ در این پرونده، شورای دولتی طی فرآیند پیش‌بینی‌شده، دستورالعمل‌های شهردار را به حالت تعلیق درمی‌آورد.

پیش‌بینی این فرآیند، به‌منظور اعمال رویه قضایی شورای دولتی که مطابق آن «آزادی قاعده و محدودیت ناشی از اقدام پلیس استثناست»،^۳ فضای مناسبی را فراهم می‌نماید، زیرا زمانی که اصل، بر آزادی باشد ایجاد محدودیت طبق تفسیر اصولی، نیازمند دلیل است و هر محدودیتی تا حد ممکن باید مضیق تفسیر گردد. با این دیدگاه، مقام پلیس اداری از جایگاه پدرسالارانه خود تنزل می‌کند و از قوه عقلی فراتر از عموم شهروندان، به حافظ آزادی‌ها بدل می‌شود.

۲.۳. اعمال کنترل تناسب بر تصمیم شهردار

در شکایت از این رأی به شورای دولتی، شورا به قواعد عام نظارت بر اقدام پلیس اداری از جمله پایبندی به اصل تناسب استناد می‌کند. از مقامات اداری نمی‌توان انتظار داشت بدون هیچ نوع مداخله در حقوق و آزادی‌های افراد، اهداف عمومی را به‌طور

1. Christophe Alonso, « Le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence: contexte actuel », *AJCT*, No 11, novembre 2016, Pp. 552-554.

2. CE, 26 août 2016, « Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France », Disponible Sur: <http://www.conseil-etat.fr>.

3. CE, 10 août 1917, N° 59855, « Baldy », Publié au Recueil Lebon.

شایسته تحقق بخشند. درک این مطلب، منوط به نظریه‌پردازی‌های گسترده درباره شیوه صحیح توازن میان حقوق و آزادی‌ها با منافع عمومی (و به‌طور خاص نظم عمومی) است. عده‌ای معتقد به ثقلت و وزن بیشتر برای آزادی‌ها هستند و برخی نیز به تقدم منافع عمومی باور دارند،^۱ اما ایده پذیرفته‌شده در اتحادیه اروپا و رویه قضایی فرانسه، تعادل میان حقوق و آزادی‌ها و منفعت عمومی حاصل از برقراری نظم عمومی است^۲ که برای برقراری آن (تعادل)، اصل تناسب راه‌حل مناسبی را فراهم می‌آورد. این اصل را باید زاده نظام لیبرال - دموکراسی دانست که بر حمایت شهروندان در برابر دولت اصرار می‌ورزد. بنابراین، مداخلات تنظیمی حکومت باید درخور حصول به اهداف موردنظر باشد.^۳ اصل تناسب بدین معنا نشأت گرفته از حقوق اداری آلمان می‌باشد که تا مدت‌ها در کشورهای آلمانی‌زبان (سوئیس و اتریش) اعمال می‌شده است. اصل مزبور، در رویه قضایی دادگاه اداری «پروس»، در پایان قرن نوزدهم در حوزه پلیس ظاهر شد و بعدها مورد توجه شورای اروپا و همچنین اتحادیه اروپا قرار گرفت و در مقررات آن‌ها رسوخ یافت. امروزه اصل تناسب در ماده ۶ «کد اروپایی اداره مطلوب»^۴ با ادبیات مخصوص به خود درج شده است: «۱. هنگام تصمیم‌گیری، تصمیم‌گیرنده تناسب اقدامات اتخاذشده با هدف موردنظر را در نظر می‌گیرد. وی به‌ویژه زمانی که این محدودیت‌ها یا اجبارها با توجه به هدف دنبال‌شده نامتناسب باشند از محدود نمودن حقوق شهروندان و یا مقید نمودن آن‌ها خودداری نماید؛ ۲. هنگام تصمیم‌گیری، تصمیم‌گیرنده، تعادل مطلوب میان منافع اشخاص خصوصی و منفعت عمومی عام را رعایت خواهد نمود»^۵.

1. See: Denise, Meyerson, «Why Courts Should Not Balance Rights Against The Public Interest», **Melbourne University Law Review**, 2007, Vol. 31, Pp. 801-830, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1103687>.

۲. برای اطلاع بیشتر درخصوص مباحث نظری نک: مهناز بیات‌کمیته، «مطالعه نظری نسبت حقوق فردی و مصالح جمعی»، رساله جهت اخذ درجه دکتری رشته حقوق عمومی، استاد راهنما: محمد راسخ، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، صص ۱۸۴ - ۳۱۴.

۳. مهدی مرادی‌برلیان، اصل تناسب (در نظام حقوق اتحادیه اروپایی با نگاهی به آراء دیوان عدالت اداری ایران) (تهران: خورسندی، ۱۳۹۲)، ص ۴۰.

4. Code européen de bonne conduite administrative

5. Michel Fromont, *Droit administrative des États européens*, Paris : PUF, 2006, p. 227.

شهردار، مقام پلیس اداری در شهر است، ولی مطابق رویه قضایی مستمر در طول یک قرن، او باید در انجام وظیفه خود میان حفظ نظم عمومی و رعایت آزادی‌های اعطاء شده به موجب قانون، مصالحه برقرار نماید. بنابراین، اقدامات پلیس اداری که شهردار یک شهر ساحلی برای دسترسی به ساحل و فعالیت‌های شنا وضع نموده، باید با توجه به الزامات نظم عمومی، با در نظر گرفتن زمان و مکان، «مناسب، ضروری و متناسب» باشد. شهردار نمی‌تواند ملاحظات خود را بر مسئله دیگری مبتنی سازد.^۱

طبق قانون، شهردار می‌تواند در مواردی که بیم خطر جدی برای نظم عمومی می‌رود از اختیارات پلیس اداری خود استفاده نماید اما درمورد خطراتی که صرفاً فرضی هستند هیچ‌گونه صلاحیتی ندارد.^۲ مجادله لفظی میان اعضای خانواده‌ای که ملبس به بورکینی بودند و دیگر استفاده‌کنندگان از ساحل «با توجه به ماهیت و شدت محدود آن (...)، در حدی نبوده که بتوان ادعا کرد خطری احراز شده و ممکن است به نظم عمومی لطمه وارد سازد».^۳

اینکه تداوم وضعیت اضطراری از ۱۴ نوامبر ۲۰۱۵ موجد این تصور در مقام پلیس است که می‌تواند خود را از تکلیف ورود کمترین لطمه به آزادی برهاند، غیرقابل انکار می‌باشد. وضعیت اضطراری تا حدودی تعادل میان نظم عمومی و آزادی‌ها را بر هم زده است، اما از دیدگاه قضات نکته‌سنج شورای دولتی، شرایط اضطراری باعث نمی‌شود که شهردار، ارزیابی «ضرورت» را نادیده بگیرد.^۴

با بررسی بخشنامه مورد اعتراض، قاضی شورای دولتی متوجه شد که «از پوششی که توسط افراد خاصی در ساحل شهر استفاده شده، هیچ خللی به نظم وارد نشده است. در فقدان چنین خطراتی، احساسات و نگرانی‌هایی که از حملات تروریستی، به‌ویژه حوادث نیس در ۱۴ ژوئیه پیش ناشی شده، برای توجیه قانونی

1. Conseil d'Etat 26 août 2016, N° 402742, «Port du "burkini": absence d'atteinte à l'ordre public», **Recueil Dalloz**, N° 29, septembre 2016, Pp. 1700-1704.

2. Granger, Marc-Antoine, « La liberté est la règle, la restriction de police l'exception », **AJCT**, No 11, novembre 2016, p. 529.

3. CE, 26 septembre 2016, N° 403578, «Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France», publié au Recueil Lebon.

4. Pauline Gervier, « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu », **AJDA**, No 37, novembre 2016, Pp. 2122-2125.

ممنوعیت مورد اعتراض کفایت نمی‌کند». قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری نتیجه می‌گیرد که «در این شرایط شهردار نمی‌تواند بدون تجاوز از حدود اختیارات پلیس اداری خود، مقرراتی وضع کند که دسترسی به ساحل را ممنوع سازد زیرا این ممنوعیت‌ها بر هیچ خطر اثبات‌شده‌ای برای نظم عمومی یا اقتضائات بهداشت یا نجات مبتنی نشده است».^۱

شورای دولتی با پیروی از رویه رأی پدر اولویه - که در آن ممنوعیت همراهی کشیش‌ها با کاروان ترحیم در جاده‌های عمومی با پوشیدن ردای مذهبی غیرقانونی اعلام گردید -^۲ تأیید نموده است که در فقدان تهدید شدید برای نظم عمومی «این رأی «لطمه‌ای شدید و آشکارا غیرقانونی به آزادی‌های بنیادینی مانند آزادی رفت‌وآمد، آزادی وجدان و آزادی فردی وارد آورده است».

۲.۴. تمایل شورای دولتی به محدود ساختن نظم عمومی به نظم عمومی مادی

بار دیگر شورای دولتی، در این رأی بر موضع خود مبنی بر نگاهی مضیق به نظم عمومی پای می‌فشرد؛ نگاهی که مایل است گستره نظم عمومی را به نظم عمومی مادی محدود سازد. اگرچه از سال ۱۹۹۵ و صدور رأی شهر «مورسانگ - سور - اورژ»، کرامت انسانی به عنوان یکی از عناصر نظم عمومی پذیرفته شده است، اما شورای دولتی همچنان تمایل دارد نظم عمومی را به «نظم مادی» و به تعبیر «موریس هوریو»، به «نظم فیزیکی درون خیابان‌ها» منحصر بداند. باید توجه داشت که گسترش شمول نظم عمومی به عناصر غیرمادی (مانند اخلاق لائیک)، محتوای نظم عمومی را غیرمعین، و همچنین محدودیت‌هایی را که می‌تواند در پی داشته باشد بیش از پیش غیرقابل پیش‌بینی می‌گرداند.^۳ نظم مطلوب، امنیت و بهداشت عمومی هریک به میزان کافی گسترده‌اند و به همان میزان، محدودیت‌هایی را بار می‌کنند و نمی‌توان برای پلیس اداری، مَحْمَلِ به‌منظور مانور دادن در زمینه‌های اساساً سیاسی قائل بود. پلیس اداری نمی‌تواند به‌منظور تنظیم رابطه میان آزادی‌های مذهبی و دیگر جنبه‌های نظم عمومی، مقرره‌ای وضع نماید.

1. CE, 26 septembre 2016, N° 403578, «Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France», publiée au Recueil Lebon.

2. CE, 19 février 1909, N° 27355, «Abbé Olivier», publié au Recueil Lebon.

3. Philippe Lutton, «Le Conseil d'État et le "burkini"», *Constitutions*, No 3, décembre 2016, Pp. 502-503.

«شورای دوم کلیسای واتیکان»^۱ در مورد آزادی مذهبی و ارتباطش با کرامت انسانی، این سازش را بدین نحو تبیین می‌کند: «(...) جامعه مدنی حق دارد در برابر سوءاستفاده‌هایی که ممکن است به بهانه آزادی مذهبی ایجاد شود از خود محافظت نماید، نهاد قدرت داخلی وظیفه حفاظت جامعه را به دوش می‌کشد، ولی این وظیفه باید مطابق با هنجارهای حقوقی و نظم اخلاقی صورت گیرد. لازمه انجام این وظیفه عبارت است از حفاظت کافی از حقوق کلیه شهروندان و هماهنگ‌سازی صلح‌آمیز این حقوق؛ و باید با ملاحظه صلح اجتماعی و بر مبنای عدالت حقیقی و همچنین حفظ اخلاق عمومی صورت پذیرد».^۲ این سخن ادعای گزافی نیست، به بهانه دفاع از آزادی‌ها نمی‌توان آزادی گروهی خاص را قربانی نمود.

با وجود رأی شورای دولتی، بسیاری از شهرداران فرانسه بر ممنوعیت بورکینی مداومت کردند. این عدم تمکین به رأی دادگاه برای بعضی نویسندگان بسیار تعجب‌برانگیز بود و آن را «مسابقه با ترامپ» یا «درجه‌ای از حماقت در سطح سیاسی و رسانه‌ها نامیده‌اند که تاکنون فتح نشده بود».^۳ برخلاف استخر که به‌منظور رعایت بهداشت، در مورد پوشش، سختگیری‌هایی را می‌طلبد سواحل دریا یک فضای عمومی است و هر فردی با هر زی و هیئتی حق دسترسی به آن را دارد، لذا تمایل شورای دولتی مبنی بر محدود نمودن نگاه غیرمادی به نظم عمومی در رأی خود راجع به بورکینی، تحسین‌برانگیز است. شورای دولتی مایل است رویکرد مادی سخت‌گیرانه‌ای نسبت به تعریف نظم عمومی داشته باشد. این تصمیم به‌وضوح اراده بالاترین نهاد اداری را نشان می‌دهد تا مانع از گسترش نظم عمومی - این مفهوم «ناپودکننده آزادی» - گردد و اجازه ندهد احساسات قابل درک ناشی از وقوع حوادث تروریستی در کشور فرانسه، چنان «اخلاق عمومی» را گسترش دهد که آزادی‌های بنیادین را به‌طور جدی به خطر اندازد.

۱. Le IIe concile œcuménique du Vatican - این شورا، بیست و یکمین شورای عام کلیسای کاتولیک و دومین شورای برگزار شده در کلیسای «سنت پیترو» در واتیکان بود. این شورا به‌طور رسمی تحت نظارت اسقفی - پاپ ژان - (بیست و سوم در ۱۱ اکتبر سال ۱۹۶۲) آغاز به کار کرد و تحت رهبری پاپ پل ششم (سال ۱۹۶۵) به کار خود پایان داد.

2. Philippe Lutton, *op.cit.*, Pp. 500-503.

3. Philippe Jestaz, « Un tsunami pour un burkini », *Recueil Dalloz*, No 29, septembre 2016, Pp. 1697-1700.

۳. ترجمه رأی

رأی شماره ۴۰۲۷۴۲، ۲۰۲۷۷۷

مورخ ۲۶ آگوست ۲۰۱۶

با توجه به شرح حال زیر:

الف - اتحادیه حقوق بشر، م. هیره لاوریس و م. آنری روسی از قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری دادگاه اداری نیس، براساس ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری درخواست کرده‌اند به تعلیق اجرای مقررات ماده ۳. ۴ بخشنامه ۵ آگوست ۲۰۱۶ صادرشده توسط شهردار شهر «ویلنو» لوبه» حکم دهد. این ماده مقررهای با ماهیت پلیس اداری درمورد امنیت و استفاده از سواحل واگذارشده توسط دولت به شهر ویلنو - لوبه را شامل می‌شود. به‌موجب آراء شماره ۱۶۰۳۵۰۸ و ۱۶۰۳۵۲۳ مورخ ۲۲ آگوست ۲۰۱۶، قاضی دادگاه اداری نیس طی فرآیند رسیدگی اضطراری درخواست آن‌ها را رد کرده است.

به‌موجب دادخواست و لایحه جوابیه‌ای که در ۲۳ و ۲۵ آگوست ۲۰۱۶ در دبیرخانه بخش ترافیعی شورای دولتی ثبت شد اتحادیه حقوق بشر، م. هیره لاوریس و م. آنری روسی از قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری شورای دولتی بر مبنای ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری خواسته‌اند:

(۱) این حکم را ابطال نماید.

(۲) به دادخواست مرحله بدوی آن‌ها رسیدگی کند.

(۳) دولت را به پرداخت مبلغ ۵۰۰۰ یورو جریمه براساس ماده ۱-۷۶۱ مجموعه قوانینی دادرسی اداری محکوم نماید.

چراکه آنان ادعا دارند:

- تجدیدنظرخواهی برای تعلیق اجرای بخشنامه مورد نزاع، قابل پذیرش است.
- شرایط اورژانس برآورده شده است، زیرا از یک‌سو، این بخشنامه به شکلی شدید و فوری به منفعتی عمومی، به موقعیت خواهان‌ها و همچنین به منافعی که آن‌ها درصدد دفاع از آن هستند زیان وارد ساخته است، و از دیگرسو، دادخواست تجدیدنظر در کوتاه‌ترین زمان ممکن تنظیم شده، درنهایت، آثار بخشنامه مورد اعتراض تا ۱۵ سپتامبر ۲۰۱۶ ادامه خواهد یافت.

- بخشنامه مورد اعتراض لطمه‌ای شدید و آشکارا غیرقانونی به آزادی بیان عقاید مذهبی، آزادی پوشش در فضای عمومی و آزادی رفت‌وآمد وارد آورده است.

- این بخشنامه هیچ مبنای حقوقی قابل قبولی ندارد.

- شرایط و اوضاع خاص محلی، محدودیت‌های واردشده به آزادی‌ها را توجیه نمی‌کند.

به‌موجب دو لایحه جوابیه که در ۲۴ و ۲۵ آگوست ۲۰۱۶ ثبت گردید شهردار شهر ویلنو - لوبه خواستار رد این دادخواست شد. وی مدعی بود شرایط اورژانس محقق نشده و خواسته‌های مورد اشاره خواهان‌ها بلاوجه است.

ب - انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه، از قاضی دادگاه اداری نیس درخواست کردند طی فرآیند رسیدگی اضطراری و بر مبنای ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری، حکم به تعلیق اجرای ماده ۳.۴ همین بخشنامه شهردار شهر ویلنو - لوبه دهد. به‌موجب احکام شماره ۱۶۰۳۳۵۰۸ و ۱۶۰۳۵۳۲ مورخ ۲۲ آگوست ۲۰۱۶، قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری دادگاه اداری نیس این درخواست را رد نمود.

انجمن مزبور، به‌موجب دادخواست ثبت‌شده در ۲۴ آگوست ۲۰۱۶ در دبیرخانه بخش ترافی شورای دولتی، از قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری شورای دولتی، بر مبنای ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری، موارد زیر را خواستار شد:

(۱) این حکم را ابطال نماید.

(۲) به دادخواست مرحله بدوی آن‌ها رسیدگی کند.

(۳) دولت را به پرداخت مبلغ ۵۰۰۰ یورو جریمه براساس ماده ۱-۷۶۱ مجموعه قوانینی دادرسی اداری محکوم نماید.

این انجمن مدعی است:

- تجدیدنظرخواهی برای تعلیق اجرای بخشنامه مورد نزاع، قابل پذیرش است.

- بخشنامه مورد اعتراض، قانون ۹ دسامبر ۱۹۰۵ را نقض کرده است.

- شرایط اورژانس برآورده شده است، زیرا از یک‌سو، این بخشنامه به شکلی شدید و فوری به منفعتی عمومی، به موقعیت خواهان‌ها و همچنین به

منافعی که آن‌ها درصدد دفاع از آن هستند زیان وارد ساخته است، و از دیگرسو، دادخواست تجدیدنظر در کوتاه‌ترین زمان ممکن تنظیم شده، درنهایت، آثار بخشنامه مورد اعتراض تا ۱۵ سپتامبر ۲۰۱۶ ادامه خواهد یافت.

- بخشنامه مورد نزاع لطمه‌ای شدید و آشکارا غیرقانونی به اصل برابری شهروندان در مقابل قانون، آزادی بیان، آزادی وجدان و آزادی رفت‌وآمد وارد کرده است.

- این بخشنامه هیچ مبنای حقوقی قابل قبولی ندارد.

به‌موجب لایحه دفاعیه‌ای که در تاریخ ۲۵ آگوست ۲۰۱۶ ثبت گردید شهردار شهر ویلنو - لوبه خواستار رد این دادخواست شد. وی مدعی بود شرایط اورژانس محقق نشده است و خواسته‌های مورد اشاره انجمن خواهان، بلاوجه است. ملاحظات وزیر کشور درمورد این پرونده در تاریخ ۲۵ آگوست ۲۰۱۶ ثبت شد. با توجه به دیگر اوراق پرونده؛

با توجه به:

- قانون اساسی، و به‌ویژه مقدمه و اصل ابتدایی آن

- کنوانسیون اروپایی حفظ حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین

- قانون جامع واحدهای سرزمینی

- قانون ۹ دسامبر ۱۹۰۵ راجع به جدایی کلیسا و دولت

- قانون عدالت اداری

بعد از دعوت اتحادیه حقوق بشر و انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی از یک‌سو برای رسیدگی عمومی، و شهر ویلنو - لوبه و همچنین وزیر کشور از سوی دیگر.

با توجه به طی فرآیند ترافعی در جلسه رسیدگی در ساعت ۳ بعد از ظهر ۲۵ آگوست ۲۰۱۶ که اشخاص زیر حضور داشتند:

- آقای اسپینوسی - وکیل شورای دولتی و دیوان عالی - به وکالت از اتحادیه حقوق بشر و دیگران

- نمایندگان انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه

- آقای پیناتل - وکیل شورای دولتی و دیوان عالی - به وکالت از شهر ویلنو - لوبه

- نماینده شهر ویلنو - لوبه

- نماینده وزیر کشور

و با اعلام ختم پرونده؛

با نظر به آنچه گذشت:

۱. براساس ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری، زمانی که یک وضعیت واجد وصف اضطراری بوده و لزوم صدور رأی در مدتی کوتاه را توجیه نماید، قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری می تواند دستور دهد به منظور حفظ آزادی بنیادینی که یک مقام اداری لطمه ای شدید و آشکارا غیرقانونی بدان وارد آورده، کلیه اقدامات ضروری صورت پذیرد.
۲. بخشنامه های شهردار ویلنو - لوبه (آلپ - مرتیم) مورخ ۲۰ ژوئن ۲۰۱۴ و سپس ۱۸ ژوئیه ۲۰۱۶، استفاده از سواحل مجاور شهر را تنظیم کرده بودند. این دستورات توسط بخشنامه ای جدید مورخ ۵ آگوست ۲۰۱۶ ملغی شده است که ماده ۳.۴ آن، مقررات جدیدی در بردارد. مطابق این مقررات: «در تمامی نقاط ساحل شهر، دسترسی به مناطق شنا از ۱۵ ژوئن تا ۱۵ سپتامبر برای کلیه کسانی که پوشش مناسبی که خلاف اخلاق عرفی و اصل لائیسیته بوده و نیز قواعد بهداشت و امنیت مناطق شنا پذیرفته شده در حوزه عمومی دریایی را رعایت نکنند ممنوع است. در طول شنا، پوشیدن لباس هایی که ظاهری خلاف اصول فوق الذکر داشته باشند در سواحل شهر، مطلقاً ممنوع است». مطابق مباحث صورت گرفته هنگام رسیدگی عمومی تأیید شد که دامنه این مقررات به اندازه ای گسترش یافته که پوشش هایی را که آشکارا ظاهری مذهبی داشتند نیز هنگام شنا، و در نتیجه در سواحل مجاور ممنوع ساخته است.
۳. دو دادخواست براساس ماده ۲-۵۲۱ مجموع قوانین دادرسی اداری مبنی بر تعلیق اجرای مقررات ماده ۳.۴ بخشنامه شهردار ویلنو - لوبه به قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری دادگاه نیس ارائه شده است. اولین دادخواست از طرف انجمن حقوق بشر، توسط آقایان: م. هروه لایوس و م. هنری روسی، و دومین دادخواست توسط انجمن دفاع از حقوق بشر در

برابر اسلام‌هراسی در فرانسه ارائه شده است. در «اردونانس» ۲۲ آگوست ۲۰۱۶، قاضی رسیدگی، طی فرآیند اضطراری دادگاه اداری نیس این دو دادخواست را رد کرد. اتحادیه حقوق بشر از یک‌سو، و انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه از سوی دیگر، از این رأی طی دو دادخواست برای رسیدگی به موضوع مشابه، تجدیدنظرخواهی کرده و خواستار رسیدگی توأمان دو دادخواست شدند.

۴. مطابق با ماده ۱-۲۲۱۲ قانون جامع واحدهای سرزمینی، شهردار تحت کنترل اداری استاندار مسئول پلیس شهرداری است و طبق ماده ۲-۲۲۱۲ همین قانون «هدف برآوردن نظم مطلوب، بهداشت، امنیت و آسایش عمومی را بر عهده دارد». به علاوه، ماده ۳-۲۲۱۲ بیان می‌دارد: «شهردار، وظایف پلیس سواحل و فعالیت‌های شنا در رودخانه‌ها را با استفاده از وسایل نقلیه مخصوص ساحل انجام می‌دهد...».

۵. اگرچه شهردار براساس مقرراتی که در بند ۴ اشاره شد مسئول حفظ نظم در شهر است، ولیکن باید میان انجام وظایف خود و رعایت آزادی‌های تضمین شده به موجب قوانین، سازش برقرار نماید. در نتیجه، اقدامات پلیسی که شهردار یک شهر ساحلی به منظور تنظیم دسترسی به ساحل و انجام فعالیت‌های شنا انجام می‌دهد باید مناسب، ضروری و متناسب با مقتضیات نظم عمومی باشد؛ مقتضیاتی که با توجه به شرایط زمانی و مکانی و نیز با عنایت به الزاماتی که دسترسی مطلوب به رودخانه، امنیت فعالیت‌های شنا همچنین بهداشت و نجابت ایجاب می‌کند تعیین می‌شود. شهردار نمی‌تواند بر سایر ملاحظات تکیه نماید و محدودیت‌هایی که بر آزادی‌ها وارد می‌سازد باید با توجه به تهدیداتی که ممکن است نظم عمومی را به خطر بیندازد موجه باشد.

۶. از بررسی‌های به عمل آمده چنین بر نمی‌آید که خطر لطمه به نظم عمومی در سواحل شهر ویلنو - لوبه ناشی از پوششی بوده باشد که بعضی از افراد در ساحل استفاده می‌کرده‌اند. اگرچه در جریان رسیدگی عمومی، به پوشش‌هایی اشاره شده است که در ماده ۳. ۴ در پی ممنوعیت آن‌ها بود

اما هیچ مدرکی دال بر آنکه چنین تهدیداتی برخاسته از آن پوشش‌هاست به قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری ارائه نشده است. در فقدان این تهدیدات، احساسات و نگرانی‌های ناشی از حملات تروریستی، به‌ویژه حملات ۱۴ ژوئیه پیش در شهر نیس، برای توجیه قانونی ممنوعیت مورد اعتراض کفایت نمی‌کند. در این شرایط، شهردار با نادیده گرفتن اختیارات پلیس، نمی‌تواند مقرراتی وضع نماید که دسترسی به ساحل و شنا را ممنوع نماید درحالی‌که این ممانعت‌ها بر هیچ تهدید اثبات‌شده‌ای به‌منظور به خطر انداختن نظم عمومی، استوار و مبتنی نشده و از سویی نیز عاری از انگیزه‌های رعایت بهداشت یا نجابت است. بخشنامه مورد اعتراض همچنین لطمه‌ای شدید و آشکارا غیرقانونی به آزادی‌های بنیادینی مانند آزادی رفت‌وآمد، آزادی وجدان و آزادی فردی وارد آورده است. پیامد اعمال مقررات مزبور در این مورد، ایجاد وضعیتی اضطراری است که استفاده قاضی رسیدگی طی فرآیند اضطراری از اختیاراتی که ماده ۲-۵۲۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری به وی اعطاء کرده را توجیه می‌نماید. بنابراین، محمّل آن است که رأی قاضی دادگاه اداری نیس مورخ ۲۲ آگوست ۲۰۱۶ ابطال گشته و رأی به تعلیق اجرای ماده ۳.۴ بخشنامه شهردار ویلنو - لوبه مورخ ۵ آگوست ۲۰۱۶ داده شود.

۷. طبق مقررات ماده ۱-۷۶۱، مجموعه قوانین دادرسی اداری مانع از آن است که خسارتی ملازم اتحادیه حقوق بشر و نیز انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه گردد. همچنین در این پرونده، حکم به پرداخت خساراتی که از اتحادیه حقوق بشر و انجمن مزبور درخواست کرده‌اند، از جانب شهر ویلنو - لوبه نیز ممکن نیست.

و سرانجام دادگاه این‌گونه رأی می‌دهد:

بند اول: رأی قاضی رسیدگی‌کننده طی فرآیند اضطراری دادگاه اداری نیس در تاریخ ۲۲ آگوست ۲۰۱۶ ابطال می‌گردد.

بند ۲: اجرای ماده ۳.۴ بخشنامه شهردار ویلنو - لوبه در تاریخ ۵ آگوست ۲۰۱۶ به حالت تعلیق درمی‌آید.

بند ۳: خواسته شهر ویلنوو - لوبه و اتحادیه حقوق بشر و انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه مبنی بر اعمال ماده ۱-۷۶۱ مجموعه قوانین دادرسی اداری، رد می‌گردد.

بند ۴: رأی حاضر به اتحادیه حقوق بشر، انجمن دفاع از حقوق بشر در برابر اسلام‌هراسی در فرانسه، شهر ویلنوو - لوبه و وزیر کشور ابلاغ خواهد شد.

فهرست منابع:

منابع فارسی

۱. مهناز بیات‌کمیتکی، «مطالعه نظری نسبت حقوق فردی و مصالح جمعی»، رساله جهت اخذ درجه دکتری رشته حقوق عمومی، استاد راهنما: محمد راسخ، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۲. علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، «دموکراسی و آزادی مذهبی در بستر لائیسیتته: نقدی بر پارادوکس‌های لائیسیتته فرانسوی»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، ش ۲۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۳. مهدی مرادی‌برلیان، اصل تناسب (در نظام حقوق اتحادیه اروپایی با نگاهی به آراء دیوان عدالت اداری ایران)، تهران: خورسندی، ۱۳۹۲.

منابع لاتین

1. Gilles Le Chatelier, «Annulation par le Conseil d'Etat des arrêtés “anti-burkini”», **AJCT**, N° 29, octobre 2016.
2. Christophe Alonso, « Le référé-liberté, la police administrative et l'état d'urgence: contexte actuel », **AJCT**, N° 11, novembre 2016.
3. Denise Meyerson, «Why Courts Should Not Balance Rights Against the Public Interest», **Melbourne University Law Review**, 2007, Vol. 31, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1103687>.
4. Michel Fromont, *Droit administrative des États européens*, Paris : PUF, 2006.
5. Pauline Gervier, « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu », **AJDA**, N° 37, novembre 2016.
6. Philippe Lutton, «Le Conseil d'État et le “burkini”», **Constitutions**, N° 3, decembre 2016.
7. Philippe Jestaz, « Un tsunami pour un burkini », **Recueil Dalloz**, N° 29, septembre 2016.

8. Granger, Marc-Antoine, « La liberté est la règle, la restriction de police l'exception », **AJCT**, N° 11, novembre 2016.
9. CEDH, 13 février 2003, n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c/ Turquie*.
10. Cons. const. 19 novembre 2004, N° 2004-505 DC, **AJDA**, 2005.
11. CE, 19 février 1909, N° 27355, «Abbé Olivier», publié au Lebon.
12. CE, 10 août 1917, N° 59855, «Baldy», Publié au recueil Lebon.
13. CE, 26 août 2016, « Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France», Disponible Sur: <http://www.conseil-etat.fr>.
14. CE, 26 septembre 2016, N° 403578, «Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France», publié au Reueil Lebon.
15. Conseil d'Etat 26 août 2016, N° 402742, «Port du "burkini": absence d'atteinte à l'ordre public», **Recueil Dalloz**, N° 29, septembre 2016.
16. La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives
17. **Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat**
18. Code général des collectivités territoriales

یادداشتی بر صلاحیت مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به قرار ضبط وثیقه

مریم ممنون *

۱. شرح ماقع:

در پی کشف اقلامی از ظروف چینی از منزلی در خیابان ۱۷ شهریور به تعداد ۹۷ کارتن و اعلام گمرک تهران به محرز بودن قاچاق کالا، موضوع به دادگاه انقلاب تهران گزارش می‌شود. در جریان رسیدگی و انجام تحقیقات، کالاهای مکشوفه، ضبط و از متهم وثیقه اخذ می‌گردد. در پی صدور حکم محکومیت توسط شعبه ۲۹ دادگاه انقلاب و به جهت عدم معرفی محکوم علیه، دادگاه اقدام به صدور دستور به ضبط وثیقه متعلق به آقای الف.ن. در اجرای ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ می‌نماید. با اعتراض وثیقه‌گذار به این قرار، پرونده به دادگاه عمومی جزایی تهران، ارسال و سپس با صدور قرار عدم صلاحیت، مواجه می‌شود و به دادگاه انقلاب تهران استرداد می‌گردد. با عدم پذیرش صلاحیت از سوی دادگاه انقلاب و حدوث اختلاف میان دادگاه عمومی جزایی تهران و دادگاه انقلاب تهران در رسیدگی به اعتراض در صدور دستور ضبط وثیقه، پرونده به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد و دیوان با توجه به صلاحیت عام مراجع عمومی نسبت به صلاحیت شعبه ۱۰۶۴ دادگاه عمومی جزایی تهران، حل اختلاف می‌نماید.



مشخصات رأی دادگاه عمومی جزایی

شماره پرونده: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۲۲۱۰

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۷۴۳۰۰۰۷۱

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۶۴ دادگاه عمومی جزایی تهران

تاریخ رسیدگی: ۱۳۹۳/۱۱/۲۹

موضوع رسیدگی: اعتراض به دستور ضبط وثیقه

متن رأی

نظر به اینکه حکم محکومیت نسبت به آقای ف.ن. از سوی شعبه ۲۹ دادگاه انقلاب تهران صادر شده است، رسیدگی به اعتراض به دستور ضبط وثیقه متعلق به آقای الف.ن. نیز در صلاحیت دادگاه موصوف قرار می‌گیرد و از صلاحیت این دادگاه خارج است.

مشخصات رأی دادگاه انقلاب

شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۰۲۶۲۹۰۰۱۰۴

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۲۹۰۰۶۹۹

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۹ دادگاه انقلاب اسلامی تهران

تاریخ رسیدگی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۶

موضوع رسیدگی: اعتراض به دستور ضبط وثیقه

متن رأی

درخصوص اعتراض الف.ن. نسبت به ضبط وثیقه، نظر به اینکه برابر رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۴ مورخ ۱۳۸۵/۸/۹ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور، این دادگاه، خود را صالح به رسیدگی ندانسته و مستنداً به ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه‌های عمومی جزایی تهران صادر و اعلام می‌دارد.

مشخصات رأی دیوان‌عالی کشور

شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۰۲۶۲۹۰۰۱۰۴

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۰۴۵۹

شعبه: شعبه ۳۷ دیوان‌عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۴/۱۰/۲۴

موضوع رسیدگی: حل اختلاف در صلاحیت بین دادگاه‌های انقلاب و عمومی تهران
مرجع رسیدگی: شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور

متن رأی

درخصوص اختلاف در صلاحیت بین دادگاه انقلاب و دادگاه عمومی تهران برای رسیدگی به اعتراض وثیقه‌گذار به شرحی که در قرارهای صادرشده از سوی مراجع قضایی مذکور انعکاس یافته است با عنایت به رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۴ - ۹/۸/۸۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و نظر به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی جزایی تهران حل اختلاف می‌شود.

۲. نقد و بررسی:

در استنباط از مقررات بند (ج) ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات ۱۳۸۱ و ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ موارد زیر حائز اهمیت بسیاری است:

۱- به موجب تبصره ۳ ماده ۱۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، کلیه اختیارات دادستان به رئیس دادگستری شهرستان و استان تفویض شد. با لحاظ این مقررات طبق ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، دستور ضبط وثیقه هم در اختیار رئیس حوزه قضایی قرار گرفت که به جهت رعایت جایگاه سازمانی رئیس حوزه قضایی رسیدگی به اعتراض متضرر از دستور ضبط وثیقه در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان بود.

با تصویب و اجرای قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱ با توجه به نسخ تبصره ۳ ماده ۱۲ مرقوم، اختیارات یادشده از رئیس حوزه قضایی، منتزع و به دادستان عمومی و انقلاب محول گردید، لذا با توجه به رأی وحدت‌رویه قضایی شماره ۶۷۹ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور صدور دستور ضبط وثیقه، از اختیارات مقامی دادستان عمومی و انقلاب قرار گرفت.

بنابراین به نظر می‌رسد با تنقیح مناط از مقررات ماده ۳ مرقوم رسیدگی به شکایت از دستور ضبط وثیقه با دادگاه عمومی باشد و در غیر این صورت موضوع در جای خود دچار نوعی تمایز و ترجیح بلامرجح بدون دلیل و توجیه، می‌شود که مغایر با روح قانون و اغراض مقنن در احیاء دادرسیا خلاف مصالح و حکمت حاکم بر رأی وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور خواهد بود.

به‌ویژه آنکه با استنتاج منطقی از قسمت اخیر ماده ۳۹ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱، غلبه بر نسخ مقررات مغایر ازجمله ماده ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری می‌باشد.

نکته قابل توجه آنکه چنانچه وثیقه‌گذار، شخصی غیر از متهم باشد و به علت عدم حضور متهم برابر ماده ۱۳۶ مکرر قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ به دستور دادستان وثیقه به نفع دولت ضبط شود با توجه به قابل اعتراض بودن دستور دادستان وثیقه‌گذار می‌تواند نسبت به این دستور اعتراض نماید.

در اینجا ذکر رأی وحدت‌رویه شماره ۶۹۴-۱۳۸۵/۸/۹- لازم به نظر می‌رسد:
 «نظر به اینکه به‌موجب قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۸/۲۷ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اصلاحی قانون مذکور، اختیار دادستان که از او سلب شده بود، مجدداً به وی اعطاء شده و دستور ضبط وثیقه یا وجه‌الکفاله یا وجه التزام نیز حسب رأی وحدت‌رویه قضایی ۶۷۹- ۱۳۸۴ از وظایف دادستان تشخیص داده شده و در ماده ۳ اصلاحی قانون مرقوم، در موارد متعدد به صلاحیت دادگاه عمومی در رسیدگی به اعتراضات معموله نسبت به تصمیمات دادرسیا تصریح گردیده و مطابق اصول کلی و روح حاکم بر آیین دادرسی کیفری، تصمیمات دادرسیا در دادگاهی که آن دادرسیا در معیت آن انجام‌وظیفه می‌نماید قابل اعتراض می‌باشد و چون در حال حاضر به اعتبار تشکیل دادرسیاهای عمومی و انقلاب در سراسر کشور دیگر دستور ضبط وثیقه از ناحیه رئیس حوزه قضایی صادر نمی‌گردد، لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور با اعلام

صلاحیت دادگاه عمومی در رسیدگی به اعتراض نسبت به دستور ضبط وثیقه حل اختلاف می‌گردد.

این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع می‌باشد».

نتیجه‌گیری

صلاحیت دادگاه عمومی به‌منظور رسیدگی به اعتراض به دستور دادستان درمورد ضبط وثیقه به قرینه و صلاحیت دادگاه مذکور در رسیدگی به اعتراض سایر قرارها، تصمیمات و دستورات دادستان قابل دفاع و توجیه به نظر می‌رسد و منطبق با منطق و حکمت حاکم بر مقررات طبقه‌بندی مراجع و مشاغل قضایی و سلسله‌مراتب ناشی از آن است و از سوی دیگر با اهداف و اغراض مقنن در احیاء دادسرا و در جهت آراء وحدت‌رویه قضایی سابق‌الصدور هیأت عمومی که مطابق اصول و موازین صادر گردیده موافق است.

دعوای فسخ قرارداد با استناد به مواد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب سال ۱۹۸۰ میلادی:

شرحی بر پرونده شرکت عرضه و بازاریابی والرو علیه شرکت گرینی و شرکت تجاری گرینی اوی^۱

مترجم: معین فروغی*

آنچه نگارنده به ترجمه پرونده مبادرت نموده است مربوط به یکی از آراء قضایی دادگاه‌های آمریکا در ارتباط با فسخ قرارداد می‌باشد. این رأی صادره در سال ۲۰۰۶، از جمله مهم‌ترین آراء در زمینه حقوق قراردادهاست. مطالب استنادی در رأی مزبور، برگرفته از مواد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰ میلادی) می‌باشد و استدالات دادگاه، مقتبس از حقوق کامن‌لو و عرف تجاری بین‌المللی. از جمله مطالب مستند در رأی مزبور، بعضی اصطلاحات قراردادی میان طرفین قرارداد است مانند قاعده «Take or Leave It» موجود در قراردادهای الحاقی که طبق آن، طرفی که از قدرت مکاس بالاتری برخوردار است شرایط خود را به طرف مقابل تحمیل می‌کند و نیز قاعده «Nachfrist» در حقوق آلمان و نقض اساسی قرارداد (مندرج در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰). نظر به جدید بودن بعضی از اصطلاحات مورد استنادی در این رأی و نیز با توجه به اهمیت ترجمه صحیح و دقیق اصطلاحات حقوق تجارت بین‌الملل،

۱. برگرفته از سایت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به آدرس:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060404u1.html>

United States 4 April 2006 Federal District Court [New Jersey] (Valero

Marketing & Supply Company v. Greeni Oy & Greeni Trading Oy)

[Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060404u1.html>]

* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی تهران

Foroughi.moein@gmail.com



مترجم، ترجمه اصطلاحات حقوقی به دقیق‌ترین شکل ممکن را هدف قرار داده است.

مشخصات رأی

تاریخ تصمیم‌گیری: ۲۰۰۶.۰۴.۰۴ (۴ آوریل ۲۰۰۶)

حوزه قضایی: ایالات متحده

مرجع رسیدگی: دادگاه بخش ایالات متحده، نیوجرسی [دادگاه فدرال بدوی]

قاضی: جی دی‌بیویس

شماره پرونده / شماره دفتر ثبت دعاوی حقوقی: سیو. ۰۱. ۵۲۵۴. (دی.آر. دی)

نام پرونده: شرکت عرضه و بازاریابی والرو علیه شرکت گرینی و شرکت تجاری گرینی اوی

خلاصه روند قضاوت: دادگاه بخش ایالات متحده، ایالت نیوجرسی در ۱۵ ژوئن ۲۰۰۵ رسیدگی بدوی کرد. بعد از تجدیدنظرخواهی از رأی، رأی در حوزه قضایی دادگاه تجدیدنظر (سومین حوزه قضایی) بررسی مجدد شد که خلاصه رأی دادگاه تجدیدنظر، نقض بخشی از رأی بدوی و اعاده پرونده به دادگاه نخستین برای رسیدگی مجدد بود.

کشور فروشنده: فنلاند (خوانده)

کشور خریدار: ایالات متحده (خواهان)

کالای موضوع قرارداد: نفتا (بنزین سنگین)

Case Identification

DATE OF DECISION: 2006.04.04 (4 April 2006)

JURISDICTION: United States

TRIBUNAL: U.S. District Court, New Jersey [federal court of 1st instance]

JUDGE(S): Debevois, J.

CASE NUMBER/DOCKET NUMBER: Civ. 01-5254 (DRD)

CASE NAME: Valero Marketing & Supply Company v. Greeni Oy & Greeni Trading Oy

CASE HISTORY: Summary judgment proceeding: U.S. District Court, New Jersey 15 June 2005; appellate review Circuit Court of Appeals [3rd Circ.] [reversed and remanded]

SELLER'S COUNTRY: Finland (defendant)

BUYER'S COUNTRY: United States (plaintiff)

GOODS INVOLVED: Naptha

یادداشت مترجم:

میان شرکت تجاری بین‌المللی فنلاندی (فروشنده)، و شرکت آمریکایی (خریدار) به منظور فروش مقادیر معینی نفتا قراردادی منعقد گردید که طبق آن، نفتا می‌بایستی محموله کشتی‌ای باشد که توسط فروشنده تدارک دیده شده و خریدار به‌طور غیرمعقول قادر به رد چنین کشتی‌ای نیست. محدوده زمانی معین و مقرر برای رسیدن بار به مقصد (بندر نیویورک)، ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر ۲۰۰۱ بود. فروشنده طی یک اقدام جانبدارانه و بدون تأیید قبلی خریدار، از «کشتی بیر.جی»^۱ استفاده می‌نماید؛ به‌طوری‌که شرکت خریدار به محض اطلاع از این موضوع، کشتی مزبور را رد می‌کند، اما فروشنده هیچ شانس برای یافتن کشتی جایگزین در آن مقطع زمانی نداشت، زیرا قرار بود بیر.جی، حجم عظیمی از نفتای خریداری‌شده از شرکت‌های مختلف را حمل کند.

فروشنده در طی رویارویی با مشکلات عدیده نتوانست بار را تا ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۱ به مقصد موردنظر برساند. و این امر به معنای دو روز تأخیر در زمان تعیین‌شده در قرارداد برای اجرا بود. با تأخیر دو روزه محموله، خریدار پیشنهاد جدیدی مطرح نمود که نشان از قصد وی برای خرید محموله و بار بود منتها به سه شرط: (۱) رسیدن محموله، حداکثر ظرف چهار روز بعد از زمان مقرر اولیه قرارداد؛ (۲) حمل کالاها به‌وسیله قایق‌های سبک؛ (۳) کاهش ثمن قرارداد به میزان مشخص. فروشنده این

1. Vessel Bear. G.

پیشنهاد را پذیرفت، اما قادر به تهیه و تدارک هیچ قایقی در حین رسیدن بیرجی به بندر نیویورک نبود. متعاقب آن، خریدار به دلیل نقض قرارداد، علیه فروشنده اقامه دعوا نمود. فروشنده نیز دعوایی متقابل منافع از دست رفته (عدم النفع) ناشی از قیمتی پایین تر از قیمت قراردادی، اقامه کرد.

دادگاه، در گام نخست و قبل از بررسی هر موضوعی، به نحو شایسته‌ای رد کردن کشتی بیرجی توسط خریدار را امری غیرمعقول دانست، لذا عودت دادن آن را نقض قرارداد به‌شمار آورد و متعاقباً به این مسئله پرداخت که: آیا تأخیر در تحویل توسط فروشنده، نقض اساسی قرارداد به‌شمار آمده و خریدار را مستحق اعلام فسخ قرارداد بر طبق مواد ۲۰ و ۴۹ کنوانسیون بیع کالا می‌کند یا خیر؟ در جریان این موضوع، دادگاه ادعای خریدار را مشمول بند (ب) ماده ۴۹ کنوانسیون - که خریدار را قادر می‌سازد قرارداد را در صورت عدم تحویل کالا توسط فروشنده در تمدید مدت زمان تعیین شده به‌وسیله خریدار در ارتباط با ماده ۴۷ کنوانسیون فسخ کند - نمی‌داند. درحقیقت اگر خریدار، کشتی بیرجی را به‌اشتباه رد، و نیز از تخلیه فوری محموله جلوگیری نمی‌کرد، فروشنده قادر به تحویل نفتا در مدت زمان اضافی برای اجرای قرارداد بود.

به‌علاوه، توافق جدیدی که مدت زمان تمدید شده برای اجرای قرارداد توسط فروشنده را فراهم می‌کرد معتبر تلقی نمی‌شد؛ چراکه طبق بند دو ماده ۴۷ کنوانسیون، خریداری که به‌منظور اجرای قرارداد، مهلت معقول و بیشتری تعیین می‌کند در مدت مزبور از بابت نقض قرارداد نمی‌تواند به هیچ‌یک از طرق جبران خسارت از جمله تقلیل ثمن، متوسل گردد.

طبق بند (الف) ماده ۴۹ کنوانسیون، تأخیر در تحویل توسط فروشنده نقض اساسی به‌شمار می‌آید. فروشنده تنها دو روز بعد از زمان تعیین شده قرارداد می‌توانست شروع به تخلیه بارها نماید و خریدار هم قادر به آمیختن نفتا با دیگر ترکیبات و ترخیص محصول نهایی بود در صورتی که طبق برنامه سازمان‌دهی شده، محصول نهایی باید تا قبل از ۳۰ سپتامبر ۲۰۰۱ وارد بازار گردد. بنابراین، مستنبط از مطالب مذکور، خریدار، قادر به اعطاء یک مهلت چهار روزه برای اجرای قرارداد بود؛ به عبارت دیگر، زمان در اینجا قید تعهد نبوده است. درنهایت، صدور رأی

دادگاه بدین نحو است که خریدار، تنها مستحق خسارات ناشی از تأخیر دو روزه کالاها می‌باشد و فروشنده، مستحق خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط خریدار است.

ترجمه رأی:

۱. وقایع

پرونده مزبور درمورد اقامه دعوا به علت نقض قرارداد است. خواهان پرونده، شرکت عرضه و بازاریابی «والرو» که در ایالت «دلوار» تأسیس شده است و محل تجارت آن، ایالت تگزاس می‌باشد. در تمامی موارد تجارت، کالاهای مربوط به دعوا به تأسیسات «استولتیون»^۱ واقع در اسکله «آمبوی» ایالت نیوجرسی، اجاره داده می‌شد؛ جایی که این کالاها با ترکیبات خریداری شده از اشخاص ثالث در درجات مختلف بنزین با فرمول‌های جدید، مخلوط می‌شد. خوانده، شرکت تجاری «گرینی»^۲ می‌باشد و آن یک شرکت تجاری بین‌المللی بنزین است که تحت قوانین کشور فنلاند تأسیس شده است.

در آگوست سال ۲۰۰۱، «ایکا کوکو»^۳ - مدیرعامل «گرین» و تاجر مجرب فرآورده‌های نفتی - انباری از نفتا برای فروش داشت. یکی از سهام‌دارانی که ایکا کوکو با او ارتباط داشت «سبز وندرهایت»^۴ از شرکت ثبت‌شده «فید استاک پترولیوم استارسپلای (عرضه‌کننده بزرگ مواد خام نفت)»^۵ در ایالت نیوجرسی بود. وندرهایت در طی مکاتبات خود با «استارت برت»^۶ - تاجر شرکت والرو که مسئول عملیات ترکیب مواد شرکت والرو در استولتیون بود - ، مشخصات پیشنهادی نفتا را به اطلاع وی رساند. در این هنگام مذاکرات قراردادی میان طرفین شکل گرفت. آن‌ها با یکدیگر تعامل داشتند بی‌آنکه مستقیماً معامله‌ای انجام گیرد تا اینکه ۱۵ آگوست ۲۰۰۱، طرفین توافق نمودند در فاصله میان ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر ۲۰۰۱، شرکت گرینی ۲۵۰۰۰ هزار تن نفتا به مخازن ساحلی

1. Stolthaven
2. Greeni
3. Ilkka Kokko
4. Seez Vanderhoth
5. Starsupply Petroleum Feedstocks Inc.
6. Stuart Burt

شرکت والرو در استولتیون تحویل دهد. در آن زمان محصول نفتا در انباری واقع در «هامبورگ» آلمان قرار داشت.

بدیهی است که قیمت‌ها برای فرآورده‌های نفتی تغییرپذیر است و تاجری چون برت از میان مدل‌های مختلف قیمت‌گذاری، تمایل به مدلی دارد که در آن، قیمت‌ها به‌نوعی سنجیده شوند که حاشیه امنی از سود قابل توجهی را به‌منظور فرآورده‌های ناشی از ترکیب مواد مستعمل، برای او فراهم آورد. قیمت توافق‌شده در این معامله، به‌صورت تحویل در کنار کشتی^۱ تعیین شد. نرخ ارز آتی^۲ برای محصولات نهایی که به‌صورت تحویل در محل کار است، مقارن با ماه اکتبر به‌صورت بنزین ارز تجاری نیویورک^۳ کمتر از تخفیف ۱۵۱۵ به ازای هر گالن نفت بود.

شروط مورد توافق، در سند معاملاتی و ندرهات قید و ثبت شده بود و ارتباط به شیوه‌دورنگار از سوی و ندرهات با کوکو را تأیید می‌کرد. تأییدیه مزبور، شروط مورد توافق ازجمله: فرآورده، کمیت، کیفیت، زمان تحویل (۱۰ الی ۲۰ دسامبر ۲۰۰۱) و قیمت قراردادی را به‌تفصیل شرح می‌داد. نفت‌کشی که قرار بود نفتا با آن ارسال شود مورد قبول اداره دریایی شرکت والرو قرار گرفته بود (هرچند اجتناب از پذیرش این امر، کاری است نابخردانه)، و مالکیت و ریسک ضرر و خسارات وارده به نفتا بر عهده شرکت گرینی باقی خواهد ماند تا فرآورده در بندر مقصد در یک ارتباط تنگاتنگی بین تماس با کشتی و خط ساحلی بندر مقصد، تحویل داده شود.

در ۱۷ آگوست ۲۰۰۱، شرکت والرو تأییدیه مکتوبی به شرکت گرینی ارسال کرد که دربردارنده موادی مشابه بود. ازجمله مهم‌ترین مواد در پرونده حاضر، مواد مربوط به تحویل در فاصله زمانی ۱۰ الی ۲۰ آگوست ۲۰۰۱ از «کشتی تی.بی.ان»^۴ تی.بی.ان»^۴ تدارک دیده‌شده توسط فروشنده - که مورد تأیید و موافقت نهایی

۱. Ex Ship: یکی از قراردادهای اینکوترمز است که در آن، فروشنده کالا را در بندر مقصد و در کشتی به خریدار تحویل می‌دهد.

۲. A Futures Exchange or Futures Market: یک بازار مبادلات مالی مرکزی واقع در آمریکاست که در آن مردم می‌توانند قراردادهای تجاری آتی خود را استاندارد نمایند.

۳. The New York Mercantile Exchange (NYMEX): یک مرکز معاملات آتی کالاست که تحت مالکیت شرکتی آمریکایی در شیکاگو می‌باشد و برای تعیین نرخ ارز آتی معاملات، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

4. Vessel T.B.N

خریدار است - می‌باشد. چنین پذیرش و توافقی نمی‌بایست به‌طور غیرمعقولی رد می‌شد. شرکت گرینی اظهار کرد: هیچ‌گونه مخالفتی با تأییدیه شرکت والرو ندارد و کوکو با مباشرین مالکین کشتی برای فراهم آوردن یک کشتی برای حمل نفتا وارد مذاکره شد.

کارگزاران، کشتی بیر.جی را به کوکو معرفی کردند. از قضا وی آن کشتی را می‌شناخت به‌طوری‌که سابقاً ۱۰ یا ۱۵ مرتبه با کشتی مزبور، به‌منظور حمل فرآورده‌های نفتی، قرارداد «اجاره کشتی» منعقد کرده بود بی‌آنکه کوچک‌ترین مشکلی در این قراردادها بروز کرده باشد. در اوایل آگوست ۲۰۰۱ - قبل از انعقاد قرارداد نفتا - شرکت‌های گرینی و والرو وارد مذاکرات قراردادی برای فروش «نفت گاز خلاء»^۱ از گرینی به والرو، شدند. نفت گاز خلاء می‌بایست از اروپا به سمت تأسیسات شرکت والرو واقع در «کرپس کریستی ایالت تگزاس»^۲ حمل می‌شد. شرکت گرینی، کشتی بیر.جی را برای حمل این مواد به شرکت والرو معرفی کرد و شرکت مزبور نیز آن را پذیرفت.

در ابتدا شرکت گرینی، قرارداد اجاره کشتی را با متصدی حمل کشتی بیر.جی برای تحویل نفتا مشروط به رعایت مدت‌زمانی معقول برای تحویل، منعقد نمود تا بعد از تأیید آن، بیر.جی برای بارگیری وارد بندر هامبورگ شود. در ۲۹ آگوست، شرکت گرینی با بی‌احتیاطی، و بی‌هیچ توضیحی به شرکت والرو، کشتی را بارگیری نمود و در ۳۰ آگوست بیر.جی را به شرکت والرو معرفی کرد. شرکت والرو از طریق شرکت استارسپلای مطلع گردید. «جیسون. ولج»^۳ - مسئول کارخانه و عملیات شرکت والرو - از «لارنس. آر. اسمیت»^۴ - مدیر عملیات دریایی شرکت والرو - خواستار ارزیابی کشتی شد؛ چراکه یکی از مسئولیت‌های اسمیت ارزیابی کشتی‌های حامل فرآورده‌های نفتی هنگام تحویل به والرو بود. بنابراین، امنیت در دریا و بندر را تضمین، و اعتماد به تحویل را

1. Vacuum Gas Oil (VGA):

نفتی است سنگین و استخراج‌شده از بنزین که در واحدهای کاتالیزوری پالایشگاه‌ها می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

2. Corpus Christi, Texas

3. Jason Welch

4. Valero's Lawrence R. Smith

تقویت می‌کرد. فرآیند ارزیابی در شرکت والرو در آن زمان به‌نوبه خود نسبتاً جدید بود و اسمیت به‌شخصه هیچ‌گونه آموزش رسمی‌ای در ترسیم این روش ارزیابی ندیده بود. وی به علل مختلف، بیر.جی را رد کرد که ازجمله آن دلایل: (۱) سیاست محافظه‌کارانه شرکت والرو در رد کشتی‌های با قدمت بیش از ۱۵ سال (که کشتی بیر.جی ۲۰ سال قدمت داشت)؛ (۲) عظیم‌الجثه بودن کشتی مزبور که مختص حمل سنگ معدن و نفت بود؛ (۳) قدمت فناوری آن، زیرا متصدیان حمل‌ونقل، در گذشته با آن مشکلات عدیده‌ای داشتند.

و این‌گونه، گزارش اصلاح‌شده بازرسی کشتی درخصوص بازرسی کشتی بیر.جی در تاریخ ۱۲ فوریه ۲۰۰۱ را مورد ارزیابی قرار داد. گفتنی است گزارش مزبور، سن کشتی را تأیید، و بعضی فرسودگی‌ها در لبه‌های فوقانی مخازن را ذکر می‌کرد، اما روی‌هم‌رفته گزارش رضایت‌بخشی بود.

اسمیت آخرین اطلاعات گزارش تبادل اطلاعات ایالتی بندر «پاسگان ساحلی» ایالت متحده را در تاریخ ۳۰ ژوئن ۲۰۰۱ مورد ارزیابی قرار داد و اذعان نمود که تاریخ بعضی از اسناد و گواهی‌نامه‌های کشتی در ۳۰ سپتامبر ۲۰۰۱ منقضی شده بودند. و همچنین بیان داشت در ۲۹ اکتبر ۲۰۰۰، موضوع در گزارش منعکس و ثبت گردیده است و با ورود کشتی بیر.جی در ۱۶ نوامبر ۲۰۰۰ به بندر نیویورک، سوخت نفت از مخازن سنگین نفتی در حال نشت بود و با از میان رفتن اتصالات میان مخازن، منجر به آزاد شدن ۳۰ گالن نفت در مخازن گردید. اگرچه بعدها با تعمیر موقت، این عیوب قبل از حرکت کشتی برطرف شد، زیرا در گزارش قید شده بود: «کشتی می‌بایستی قبل از حرکت به سمت آمریکا تعمیر دائمی شود، بار نفت در حال حمل برای جلب رضایت «جامعه طبقاتی»^۱ عودت شود». به‌نوعی می‌توان گفت اسمیت از اینکه تعمیرات، صورت گرفته است یا خیر، و نیز از اینکه شرکت والرو اخیراً کشتی بیر.جی را برای حمل نفت گاز خلأ تأیید کرده است اظهار بی‌اطلاعی نموده و صرفاً از این موضوع مطلع بوده است که وی حدود یک سال قبل از تخلیه محموله‌ای در تأسیسات والرو واقع در «کریس کریستی» توسط کشتی بیر.جی، با تأسیسات

تماس گرفته بوده و درباره حمل مربوطه استیضاح نموده ولیکن هیچ پاسخ و یا توضیحی دریافت نکرده بود، لذا بی‌درنگ موضوع را تعقیب و پیگیری نمود.

اسمیت ارزیابی خویش را در کمتر از یک ساعت کامل کرد. و با در نظر گرفتن سن کشتی و سیاست شرکت والرو در عدم تأیید کشتی‌های بالای ۱۵ سال سن، بنای تصمیم خود را بر رد کشتی بیر.جی نهاد. وی «ولج» و نیز «آیجا آنتولا»^۱ از شرکت گرینی را از تصمیم خود مطلع ساخت مبنی بر اینکه: «ما تعیین کشتی بیر.جی توسط شما را دریافت کردیم. متأسفانه این کشتی معیارهای شرکت والرو را برای قبول در این زمان ندارد. ما باکمال ملایمت درخواست داریم که شما کشتی دیگری را برای بررسی ما تعیین کنید».

این تصمیم منجر به آشفتگی در شرکت گرینی شد. کوکو شرکت استارسپلای و حتی شخص ولج را مستقیماً مورد استیضاح قرار داد، اما هیچ توضیحی جز اینکه «بیر.جی معیارهای شرکت والرو را ندارد» عاید او نگردید؛ معیارهایی که هیچ‌گاه توضیح داده نشد. و تأکید والرو بر عدم لغو تصمیم بود.

از طرفی شرکت گرینی در آن مرحله، امکان فراهم نمودن کشتی دیگر را نداشت، لذا کشتی بیر.جی با گنجایش ۵۶۰۰۰ تن فرآورده‌های نفتی می‌توانست حامل بار شرکت والرو (۲۵۰۰۰ تن)، باشد. شرکت گرینی، در شهر «تالین استونیا»^۲ نفتایی با درجه و کیفیتی یکسان با نفتای موجود در هامبورگ، داشت و در ۲۸ آگوست به‌منظور فروش درصدی از «نفتای تالین»^۳ به «نرتویلیا» برای تحویل در بندرگاه نیویورک وارد انعقاد قراردادی شد و مذاکرات ۷ سپتامبر، منجر به فروش نسبت متعادلی از نفتای تالین به «تاسکو»^۴ برای تحویل در بندرگاه نیویورک گردید. بنابراین، کشتی بیر.جی می‌بایست تمام بار را حمل می‌کرد و تحویل می‌داد.

دو اتفاق، حرکت بیر.جی حامل بار مخلوط‌شده از هامبورگ را چند روزی به تأخیر و تعویق انداخت. شرکت گرینی برای حمل نفتا از تالین به کشتی بیر.جی، دو کشتی را اجاره کرده بود؛ یکی از دو کشتی، به میزان کافی از لوله انتقال نفتا

1. Aija Antola

2. Tallinn, Estonia

3. Tallinn Naptha

4. Tosco

برخوردار نبود یا در صورت دارا بودن به حد مکفی، آن لوله‌ها به‌منظور انتقال نفتا به کشتی مزبور مناسب نبودند. برای فراهم نمودن لوله‌های مناسب، می‌بایستی دو روز زمان صرف می‌شد و به علت اطلاعات غلط‌گری درمورد ظرفیت و گنجایش تأسیسات هامبورگ که می‌بایست در آنجا بارگیری نفتا در بیر.جی اتفاق می‌افتاد (تأسیسات هامبورگ گنجایش این میزان حجم نفتا را نداشتند) و همچنین به‌منظور انتقال به تأسیسات دیگر و بارگیری نفتا، به دو روز تمدید نیاز بود.

در پی این تأخیرها، کشتی بیر.جی تا ۱۰ سپتامبر از بندر هامبورگ حرکت نکرد. اولین روز زمان تحویل با تخمین زمان ورود در بندرگاه نیویورک ۲۱ سپتامبر - یک روز بعد از آخرین مهلت تحویل - بود که در این حین بیر.جی دچار طوفانی شدید در دریا شد و این امر منجر به تأخیر دیگری به مدت یک روز گردید.

در ۱۲ سپتامبر گرینی، کشتی بیر.جی را به تاسکو و «نورتویل»^۱ معرفی کرد. هر دو خریدار، بیر.جی را نه به علت ناکارایی آن، بلکه به سبب جثه عظیمی که قادر به تخلیه بار در اسکله تاسکو و نورتویل نبود، رد کردند، لذا با توافق طرفین، نفتا با لنج‌های بزرگ منتقل، و به خریدار تحویل داده شد. و بدین نحو خریداران، لنج‌های خریداری‌شده توسط گرینی را با موفقیت در اختیار گرفتند.

همچنین از میان دو شرکت (گرینی و والرو)، والرو به کشتی بیر.جی اجازه تخلیه بار در استولتیون را نداد و بدیهی است که بیر.جی با توجه به اتفاقات مذکور، در فاصله زمانی ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر قادر به رسیدن نخواهد بود. بعد از مباحثات و ندرهات با استارت برت، وی در ۱۴ سپتامبر به وندرهات اجازه داد تا پیشنهادی مبنی بر «بردن یا گذاشتن کالا»^۲ به‌عنوان رفتار عرفی به‌هنگام تحویل کالا ارائه نماید.

اینکه کشتی تعیین‌شده، مورد تأیید اداره دریایی شرکت والرو قرار گرفته است در قرارداد معین و محرز شده بود، به همین دلیل گرینی تصمیم گرفت کشتی بیر.جی را اجازه نماید. حمل این حجم عظیم قراردادی به‌وسیله لنج‌های

1. Northville

۲. «Take or Leave It»: این اصطلاح، قاعده‌ای است درخصوص عقود الحاقی میان فروشنده و خریدار؛

یعنی طرفی که از قدرت مکاس بالاتری برخوردار است همه شروط قرارداد را خود تعیین می‌کند. و طرف

مقابل یا ملزم به پذیرش کلیه شروط قرارداد است و یا از انعقاد قرارداد منصرف می‌گردد.

بزرگ مورد قبول اداره دریایی شرکت والرو نبود، اما از آنجاکه هیچ‌گونه تعهد قراردادی برای انجام چنین کاری برای اداره عملیاتی والرو وجود نداشت، اداره موافقت نمود که در صورت ضرورت و لزوم، بکارگیری چنین لنج‌هایی برای این عملیات ایرادی نخواهد داشت. با توجه به مطالب مذکور، این‌گونه استنباط می‌گردد که والرو با درخواست از گرینی مبنی بر انعقاد قرارداد اجاره کشتی با چنین لنج‌هایی، قصد دارد از مسئولیت هرگونه تأخیر عملیاتی به علت مشکل بودن بازار لنج و یا کمبود آن، شانه خالی کند.

بنابراین، برای تعیین قیمت و زمان تحویل، دو نکته را باید لحاظ نمود:
اولاً، با در نظر گرفتن تعهد بیر.جی به تحویل در ۲۰ سپتامبر، غیرممکن بود که نفتا را در موقع قراردادی تحویل دهد.

ثانیاً، با توجه به وقایع مزبور، والرو خواهان دریافت تمام حجم محصول توسط گرینی، قبل از نیمه شب ۲۴ سپتامبر در پایانه خود می‌باشد.^۱ به علت این مقتضیات، قیمت قرارداد با تخفیف ۰.۰۱۷۵ دلار به ازای هر گالن آمریکا، تعدیل خواهد شد. با گذشت این موعد، والرو طبق قرارداد، هیچ‌گونه تعهدی نسبت به قبول هیچ کالا یا محصول بیشتری ندارد. به ازای تمام گالن‌های نفتایی که تا ۲۰ سپتامبر تحویل داده می‌شود، والرو تمام قیمت قراردادی را پرداخت خواهد کرد. والرو ادعا کرد که گرینی با ارسال کالا به وسیله کشتی بیر.جی، قرارداد را نقض نموده، برنامه زمانی تعیین شده برای تحویل را رعایت نکرده است، لذا والرو به علت خسارات متحمل شده ناشی از عدم توانایی گرینی از تحویل ۲۵۰۰ تن نفتا به او (والرو) بین تاریخ ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر ۲۰۰۱ یا حداقل تا ۲۴ سپتامبر ۲۰۰۱، به دادگاه شکایت و ادعای خسارت کرد. همچنین بنا به ادعای گرینی، والرو قرارداد را با رد غیرمعقولانه کشتی بیر.جی و اجتناب از قبول نفتا در بازه زمانی معقولی بعد از انقضای تاریخ تعیین شده، نقض نموده است و بابت خساراتی که در فروش آن، تحت قیمت قراردادی متحمل شده مدعی خسارت شد.

۱. در موافقت‌نامه اصلاح شده میان طرفین تاریخ تحویل، ۲۳ سپتامبر بود اما طرفین توافق کردند که تاریخ واقعی تحویل، ۲۴ سپتامبر باشد.

۲. صلاحیت و قانون قابل اعمال

دادگاه مطابق عنوان ۲۸ «U. S. C»^۱ از صلاحیت ماهوی برخوردار است. طبق ماده ۱۳۳۲ (۲) A^۲ در مواردی که منافع و هزینه‌ها مازاد بر ۷۵۰۰۰ دلار باشد و میان شهروند آمریکایی و خارجی دعوا مطرح گردد دادگاه آمریکا دارای صلاحیت ماهوی می‌باشد، لذا به‌منظور رسیدگی به درخواست والرو و همچنین قضاوتی موجز، براساس مقررات مزبور چنین رأی صادر نمود: حقوق و تکالیف قراردادی والرو و گرینی، مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۳ قرار می‌گیرند.

۳. موضوعات مورد اختلاف

الف) معقول بودن رد کشتی بیر.جی

موافقت‌نامه اصلی میان والرو و گرینی مبنی بر این امر بود که کشتی تعیین‌شده توسط گرینی مورد قبول خریدار است...، پس چنین پذیرفتنی نباید به‌طور غیرمعقول رد گردد. معقول بودن یا نبودن رد کشتی بیر.جی توسط والرو یک پرسشی تأمل برانگیز است. دادگاه بنا به ارزیابی مدارک موجود به این نتیجه می‌رسد که رد کشتی بیر.جی توسط شرکت والرو، غیرمعقول و نقض قرارداد بوده است.

ب) تأخیر در تحویل

ماده ۳۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بیان می‌دارد بایع، مکلف است طبق قرارداد و کنوانسیون مزبور و نیز بنا به اقتضای اوضاع و احوالی که زمان تحویل در قرارداد، دقیق تعیین می‌شود کالا را تسلیم نماید. ماده ۳۳ بند (ب) مضافاً

1. U.S. Code › Title 28 › Part IV › Chapter 85 › § 1332 (28 U.S. Code § 1332 - Diversity of citizenship; amount in controversy; costs)
2. 28(1332 A(2): citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state, except that the district courts shall not have original jurisdiction under this subsection of an action between citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state who are lawfully admitted for permanent residence in the United States and are domiciled in the same State;-See more at: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/IV/85/1332#sthash.Wps3IoDV.dpuf>
3. the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG")

مقرر می‌دارد: چنانچه در قرارداد، مدتی معین شده است یا براساس آن، زمان و مهلتی قابل تعیین باشد کالا باید در مدت مزبور تحویل گردد. کشتی بیر.جی در ساعت ۳:۳۰ بامداد ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۱ به بندرگاه نیویورک رسید و برای تخلیه محموله خود در ساعت ۲ یا ۳ بعدازظهر ۲۲ سپتامبر آماده بود. بنابراین، حتی در صورت پذیرش بیر.جی از سوی والرو و نیز در صورت دادن مجوز از سوی وی برای تخلیه بار خود در پایانه استالتیون، باید گفت باز هم تحویل، خارج از بازه زمانی قرارداد (یعنی خارج از حد فاصل ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر) انجام می‌گرفت.

این حقیقت که گرینی نفتا را در موقع مقرر قراردادی، تحویل نداده است (و حتی اگر بیر.جی پذیرفته شده بود، تحویل داده نشده بود)، رسیدگی را پایان نمی‌دهد. ماده ۴۹ کنوانسیون درخصوص قرارداد فسخ‌شده، دو مورد را بیان می‌دارد که در صورت بروز آن‌ها خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ‌شده^۱ اعلام کند.

طبق ماده ۴۹، مشتری می‌تواند قرارداد را در موارد زیر فسخ‌شده اعلام نماید:

الف. در صورتی که عدم ایفای هریک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود.

ب. در صورت عدم تسلیم کالا: هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند

یک ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است کالا را تسلیم ننماید یا

اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد.

در پرونده حاضر، مطابق بند یک قسمت (ب) ماده ۴۹، والرو حق فسخ قرارداد

را از دست می‌دهد، زیرا سوای رد اشتباه کشتی بیر.جی توسط والرو، گرینی توانسته

بود بدون شک نفتا را در مدت‌زمان اضافی که والرو به او داده بود (۲۴ سپتامبر)

تحویل دهد. اگر چنین تأخیری، نقض اساسی قرارداد به حساب می‌آید یعنی زمان،

قید تعهد می‌بود، والرو مستحق فسخ قرارداد به علت تأخیر در تحویل بین تاریخ ۱۰

الی ۲۰ سپتامبر بود.

نقض اساسی قرارداد در ماده ۲۵ کنوانسیون چنین تعریف شده است:

۱. واژه «Avoided» در کنوانسیون به عنوان وجه تمایزی از کلمات رد و بطلان «Terminated»

«Cancelled» or به کار رفته است.

نقض قرارداد توسط یکی از طرفین، زمانی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است چنین نقضی را پیش‌بینی نماید.

بنابراین، تأخیر دو روزه‌گرینی در تحویل نفتا، نقض اساسی قرارداد به حساب نمی‌آید و مطابق بند یک قسمت (الف) ماده ۴۹، به والرو حق فسخ قرارداد نمی‌داد، مضافاً اینکه مطابق قسمت (ب) بند مزبور، مشتری می‌تواند قرارداد را فسخ‌شده اعلام نماید. هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند یک ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است، کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد طبق پاراگراف دو ماده ۴۷، مشتری مجاز است قرارداد را فسخ نماید.

به هر حال، مشتری با دادن این مهلت اضافی به فروشنده، نه تنها حق فسخ قرارداد را در این مدت از دست می‌دهد، بلکه از حق توسل به سایر طرق جبرانی همانند تقاضای تقلیل ثمن و غیره هم در طول این مدت، محروم می‌گردد.^۱

در جمع‌بندی مطالب پیش‌گفته باید چنین نتیجه گرفت که:

۱. شرکت والرو، قرارداد را با رد غیرمعقولانه کشتی بیرجی نقض کرده بود.
۲. گرینی در عین داشتن تمایل و قدرت، برای تحویل نفتا هنگام رسیدن کشتی بیرجی در بندرگاه نیویورک در تاریخ ۲۲ سپتامبر ۲۰۰۱ آمادگی داشت، ولی با تأخیر در تحویل نفتا در مدت‌زمان مقرر بین تاریخ ۱۰ الی ۲۰ سپتامبر، قرارداد را نقض نموده بود.^۲ در هر حال، نقض قرارداد، نقض اساسی نبود و حق فسخ را به والرو اعطاء نمی‌کرد.

۱. این قاعده به معنای اعطای مهلت اضافی جهت ایفای تعهد می‌باشد که درواقع به قاعده «Nachfrist»

معروف است. این واژه، مأخوذ از حقوق آلمان می‌باشد که در کنوانسیون هم انعکاس یافته است.

۲. دادگاه ادعای «Force Majeure» یا «قوه قاهره» توسط گرینی را رد کرد، زیرا به استثنای طوفان و اوضاع و احوالی که بر وی حاکم بود، موانع دیگر، نه تنها خارج از کنترل او نبودند بلکه طبق بند یک ماده

۳. والرو بر تقاضای انعقاد قرارداد جدید با گرینی محق نبود، لذا دومین قرارداد، خنثی می‌باشد و طرفین، تنها ملزم به اجرای قرارداد اصلی هستند.

۴. والرو مستحق مطالبه هرگونه خسارت که به علت تأخیر دو روزه کالاها بوده است، می‌باشد.

۵. گرینی مستحق مطالبه هرگونه خسارت ناشی از عدم پذیرش والرو و قیمت قراردادی نفتا و سایر خسارات متحمل‌شده به‌سبب رد اشتباه کشتی بیرجی، می‌باشد.

گزارش وحدت و تهاافت رویه قضایی در امور تجاری (سال ۱۳۹۲) - قسمت اول

تهیه و تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی

• تهاافت رویه قضایی درخصوص «دعوی اعسار از سوی مدیرعامل شرکت تجاری»

پرونده‌هایی که دعوی اعسار (از پرداخت هزینه دادرسی یا محکوم‌به) از ناحیه مدیرعامل شرکت‌های تجاری طرح شده، یکی از دلایل اختلاف‌نظر میان محاکم تجدیدنظر استان تهران گشته است؛ بنا به اعتقاد برخی محاکم، مدیرعامل شرکت تجاری، «تاجر» به‌شمار نمی‌آید زیرا قانونگذار عملیات تجارتی را به عهده شرکت گذارده بی‌آنکه این عملیات و اقدامات تجاری، تأثیری در کارگزاران شرکت، مدیرعامل یا اعضاء آن داشته باشد. بنابراین، مدیرعامل شرکت تجاری، مجاز به تقدیم دادخواست اعسار می‌باشد.^۱ طبق نظر این دسته از محاکم بدیهی است که صرف مدیرعاملی شرکت تجاری، فرد را در رده تاجر قرار نمی‌دهد و گرنه ممکن است مدیرعامل یک شرکت تجاری به اعتبار فعالیتی که خارج از چارچوب مدیرعاملی شرکت تجاری انجام می‌دهد، تاجر قلمداد گردد. تاجر تلقی نشدن مدیرعامل شرکت‌های تجاری به‌واسطه سمت مدیرعاملی، دستمایه استدلال برخی دیگر از شعب نیز شده است تا با استناد به آن، دعوی ورشکستگی چنین شخصی هم رد شود؛^۲ چراکه در دعوی ورشکستگی، دادگاه ابتدا باید تاجر بودن شخص مورد نظر را احراز نماید.

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۸۳۵ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۳ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۲۲۳ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۸ شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۷۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۶/۳۱ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران



درمقابل، برخی دیگر از شعب معتقدند مدیرعامل شرکت تجاری به واسطه فعالیت خود در مقام مدیرعامل، تاجر به شمار می‌آید. بنابراین، دادخواست اعسار از وی پذیرفته نمی‌شود.^۱ براساس این دیدگاه، راه اثبات اعسار چنین شخصی، طرح دعوی ورشکستگی است.

• وحدت رویه قضایی درخصوص «حدود اختیار مدیرعامل شرکت در طرح دعوا»

درمورد حق طرح دعوا و دفاع در مقابل آن، گاهی در اساسنامه شرکت‌ها صراحتاً این امر به عنوان اختیارات هیأت مدیره تعیین می‌شود. در این فرض، مدیرعامل فاقد اختیار است مگر آنکه چنین اختیاری توسط هیأت مدیره به وی، اعطاء و این موضوع در روزنامه رسمی نیز منتشر شده باشد، لذا طرح دعوا یا دفاع صورت گرفته توسط مدیرعامل برخلاف اساسنامه شرکت بوده و صحیح نیست.^۲ این وجود، به نظر یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران، و طبق آگهی روزنامه رسمی شرکت اگر مدیرعامل شخصاً در امضای اسناد و اوراق غیر تعهدآور ذی حق باشد تقدیم دادخواست، در زمره اسناد تعهدآور نبوده و تنها مدیرعامل است که به عنوان مسئول اجرایی و نماینده قانونی شرکت، از صلاحیت تقدیم آن برخوردار می‌باشد.^۳

• وحدت رویه قضایی درخصوص «اثر عدم ثبت انتقال سهام با نام در دفتر ثبت سهام شرکت سهامی خاص»

براساس ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت، انتقال سهام با نام در شرکت‌های سهامی خاص باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت رسد. عدم رعایت این تکلیف قانونی، تأثیری در صحت واگذاری و اصل و ماهیت نقل و انتقال سهام و روابط میان طرفین ندارد^۴ در غیر این صورت بنا به اعتقاد برخی شعب، چنین نقل و

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۷۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۸ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۶۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۶ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۷۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۹ شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۳۶۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۰۵۸ مورخ ۱۳۹۲/۸/۸ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

انتقالی در مقابل شرکت و اشخاص ثالث قابل استناد نیست.^۱ هرچند ممکن است تهافت و در عین حال تعارض این دو نظر، در ظاهر باشد و نظریه عدم قابلیت استناد در مقابل اشخاص ثالث، هیچ گونه منافاتی با صحت قرارداد واگذاری سهام بین طرفین ندارد.

• **وحدت رویه قضایی در خصوص «شیوه ظهرنویسی چک توسط شرکت»**
ظهرنویسی سند تجاری مستلزم امضای ظهر سند تجاری است. در موردی که ظهرنویسی توسط شرکت صورت می گیرد باید پشت سند تجاری، منقوش به امضای دارنده (گان) امضای مجاز شرکت شود. بنابراین، صرف مهر شرکت، بدون انضمام امضای نماینده قانونی شرکت موجب انتقال چک نمی گردد و نمی توان در زمره ظهرنویسی نام برد.^۲ این رویه مبتنی بر این استدلال است که ابزار اصلی ابراز اراده مکتوب اشخاص، «امضاء» می باشد در حالی که مهر از داشتن چنین ویژگی ای مبرا است.

• **وحدت رویه قضایی در خصوص «شیوه طرح دعوا علیه شرکت های منحل شده»**

از ویژگی ای که شرکت های منحل شده متصف بدان هستند اینکه یا در حال تصفیه اند یا عملیات تصفیه آن ها پایان یافته است. اگر شرکت در حال تصفیه باشد طرح دعوا علیه مدیر تصفیه وجاهت نداشته و شرکت تجاری منحل (در حال تصفیه) می باید طرف دعوا قرار گیرد.^۳ البته باید توجه داشت در دادخواست به طرفیت این دسته از شرکت ها باید پس از نام شرکت، عبارت «در حال تصفیه» قید شود وگرنه دعوی، قابلیت استماع ندارد.^۴

اما در مورد شرکت های منحل های که عملیات تصفیه آن ها خاتمه یافته است، طرح دعوی علیه شرکت موضوعیت نداشته و مدیر یا مدیران تصفیه باید طرف دعوی واقع شوند^۵ چراکه شخصیت حقوقی شرکت به طور کامل از میان رفته است.

۱. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۵۱۹ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۸۲۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۰۱۴۱۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۹ شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۷۶۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۸ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۵. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۰۵۷ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۱۳۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۱ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

- **تهافت رویه قضایی درخصوص «قابلیت استماع دعوای مطالبه سود سهام علی‌رغم عدم تشکیل یا تصویب مجمع عمومی»**

درمورد این موضوع که آیا قبل از تصویب مجمع عمومی مطالبه سود از شرکت قابلیت استماع دارد یا خیر، میان رویه محاکم تجدیدنظر استان تهران تهافت هست:

به نظر برخی از محاکم، تقسیم سود سهام‌الشرکه شرکت، موکول به تشکیل مجمع عمومی عادی است و الزام به پرداخت سود قبل از تشکیل جلسه مجمع عمومی در اختیار دادگاه نبوده، لذا دعوی تقسیم سود از دادگاه، غیرقابل استماع است. بنابراین، خواهان در چنین دعوایی باید مستنداتی حاکی از تشکیل جلسه مجمع عمومی و تصویب تقسیم سود ارائه دهد.^۱

اما طبق نظر دیگر محاکم، هیأت‌مدیره شرکت‌های سهامی، مکلف به تقسیم سود قابل تقاسم میان سهامداران پس از انقضای سال مالی هستند و چنانچه به تکلیف خود عمل نکنند می‌توان الزام به انجام این تکلیف را از دادگاه درخواست نمود.^۲

- **وحدت رویه قضایی درخصوص «خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت»**

با وجود استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شخصیت حقیقی اعضاء و مدیران آن، هرگاه محرز شود که اقدامات شرکت فی‌الواقع تحت سیطره مؤثر شخص حقیقی است، دادگاه می‌تواند شخصیت حقوقی شرکت را نادیده انگاشته، تعهد ایجادشده را منتسب به اصیل واقعی کرده، وی را در برابر متعهدله مسئول بشناسد. با توجه به لزوم جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و جلوگیری از سوءاستفاده از حق، استناد به اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت نمی‌تواند مستمسکی برای برائت ذمه و رفع مسئولیت از اصیل واقعی باشد.^۳

۱. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۰۵۰ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۸ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۷۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۸ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

• تهافت رویه قضایی درخصوص «ضمانت اجرای عدم درج تاریخ صدور

در چک»

قانون تجارت، برای صدور چک شرایطی در نظر گرفته است که از جمله آنها می‌توان به «درج تاریخ صدور چک» اشاره کرد. اگر صادرکننده، این شرط قانون مزبور را اجابت نکرده باشد (صدور چک بدون تاریخ) منجر به اختلاف نظر در مورد ضمانت اجرای آن میان محاکم می‌گردد:

برخی از شعب معتقدند چنانچه چک، بدون تاریخ صادر و تسلیم دارنده شود به‌طور ضمنی وکالت درج تاریخ، به وی داده شده است، زیرا اذن در شیء، اذن در لوازم آن هم می‌باشد.^۱ بنابراین، اثبات بدون تاریخ یا سفیدامضاء بودن چک در هنگام صدور و تکمیل آن توسط دارنده، ملازمه‌ای با بی‌اعتباری سند ندارد.^۲ در مقابل، برخی دیگر از شعب برخلاف نظر فوق بر این باورند که صدور چک به‌صورت سفیدامضاء و بدون قید تاریخ و پر کردن موخر آن توسط دارنده، با توجه به لزوم درج کامل مندرجات الزامی سند تجاری در لحظه صدور، سبب سلب امتیازات قانون تجارت از چک موصوف می‌گردد.^۳

• تهافت رویه قضایی درخصوص «آثار خط زدن عبارت «به حواله کرد»

توسط صادرکننده چک»

عقیده برخی از محاکم تجدیدنظر استان تهران بر این امر استوار است که اگر عبارت «به حواله کرد»، توسط صادرکننده از روی چک خط زده شود واجد دو اثر خواهد بود:

۱. دارنده اولیه، در ظهورنویسی و انتقال آن به دیگری، ذی‌حق نخواهد بود زیرا شخصیت دارنده چک ظاهراً برای صادرکننده آن حائز اهمیت بوده است. بنابراین، دعوای مطالبه چنین چکی از سوی منتقل‌آلیه قابل استماع نیست.^۴

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۱۵۹۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۹ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۵۵۲ مورخ ۱۳۹۲/۵/۷ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۴۶۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۳۰۰۰۵۶ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شعبه ۴۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۲۵۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. منتقل‌آلیه نیز دارنده با حسن نیت تشخیص داده نمی‌شود و نمی‌تواند با استناد به اصل «عدم قابلیت استناد به ایرادات»، وجه چک را خارج از شرایط تعیین‌شده قرارداد مبنا، برای وصول چک از صادرکنندگان مطالبه کند.^۱

اما برخی دیگر از شعب، مخالف این رویه بوده و معتقدند چک، سندی است تجاری که با ظهرونیسی به دیگری منتقل می‌گردد. بنابراین، خط خوردن عبارت «حواله‌کرد» در متن چک نه می‌تواند وصف انتقال‌پذیری را از چک سلب نماید و نه قادر است کاشف از اراده صادرکننده و دارنده اولیه چک بر منع انتقال چک به ثالث باشد.^۲

• تهافت رویه قضایی در خصوص «آثار واخواست نکردن سفته دارنده»

چنانچه سفته‌های مستند دعوی از سوی دارنده آن‌ها در مهلت قانونی واخواست نشده باشد این سفته‌ها در حد یک سند عادی تعهدآور تلقی می‌شود و فاقد امتیازات و ویژگی‌های اسناد تجاری است، به همین علت دو اثر مهم اسناد تجاری (مسئولیت تضامنی صاحبان امضاء و امکان صدور قرار تأمین خواسته بدون ایداع خسارت احتمالی از آن‌ها) زایل می‌گردد.^۳ فلذا صرف واخواست نشدن سفته موجبی برای صدور قرار عدم استماع دعوی نیست.

• رویه قضائی در مورد «اثر عدم تنظیم سفته مطابق با شرایط قانون تجارت»

در ماده ۳۰۷ قانون تجارت برای صدور سفته شرایطی تعیین شده است که صادرکننده طبق این شرایط باید مندرجات خاصی را در آن (سفته) قید کند. در صورت عدم رعایت تمام یا برخی از این شروط و یا حتی به علت فقد بخشی از این مندرجات، به یقین دارای اثر و ضمانت‌اجرایی است به‌طوری‌که شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران در این باره اختلاف‌نظر دارند:

مطابق رأی برخی شعب، اگر متن سفته وفق قانون تجارت تنظیم نشده باشد وجه آن قابل مطالبه نیست.^۴ چنین سندی را حتی به عنوان یک سند مدنی نیز

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۴۹ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۴۱۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۶۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۷ شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۰۴۳۸ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۰ شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۶۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۶ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۱۸۱۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶ شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

نمی‌توان قلمداد نمود، زیرا زمانی سفته به‌عنوان سند عادی ذمه‌آور به‌شمار خواهد آمد که از نظر شکلی به‌طور صحیح تنظیم و صادر شده باشد و صرفاً در موارد قانونی مورد واخواست یا طرح و اقامه دعوی قرار نگرفته باشد و گرنه با وجود نواقص شکلی قانونی به‌عنوان یک سند عادی تعهدآور نیز تلقی نخواهد شد.^۱

درمقابل، براساس رأی صادره از شعب دیگر، عدم رعایت شرایط قانون تجارت در مطالبه سفته، آن را از اعتبار ساقط نمی‌کند و سفته همچنان به عنوان یک سند عادی غیرتجاری قابل مطالبه است. بنابراین، نادیده انگاشتن شرایط مندرج در قانون تجارت صرفاً آن را از عداد اسناد تجاری خارج می‌سازد لیکن مانعی برای مطالبه وجه آن محسوب نمی‌گردد.^۲

• وحدت رویه قضایی درخصوص «شرط مطالبه چک صادرشده بابت تضمین تعهدات»

هرگاه عبارت «بابت تضمین قرارداد فی‌مابین» در متن چک قید شده باشد مطالبه وجه آن، مستلزم احراز و اثبات تخلف صادرکننده چک از قرارداد مذکور است و ارائه دلیل در این قسمت بر عهده مدعی می‌باشد.^۳ بنابراین تا قبل از اثبات تخلف متعهد از تعهد قراردادی خود، دعوای مطالبه چنین چکی قابلیت استماع ندارد.^۴

• تهاافت رویه قضایی درخصوص «دلالت امضاء ظهر سند تجاری»

با توجه به تفاوت در حدود مسئولیت اشخاص امضاءکننده در اسناد تجاری، تعیین اینکه امضاء صورت‌گرفته به چه عنوان انجام شده است واجد آثار حقوقی است. همانا امضای بدون ذکر عنوان در پشت سند تجاری، و نیز دلالت آن، موجبات اختلاف نظر میان محاکم گشته است:

برخی از آراء صادره متضمن این معناست که صرف امضای ظهر چک، عرفاً دلالت و ظهور در ضمانت در پرداخت وجه چک داشته و در صورتی ظهرنویسی تلقی می‌شود که صراحتاً موضوع ظهرنویسی در ظهر چک قید گردد، لذا مواعد و

۱. رأی شماره ۱۷۳۳/۲۲۲۵۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۷ شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۱۱۴۵/۲۲۰۶۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۰۸۴۱/۲۲۱۶۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۷ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۱۳۹۷/۲۲۳۵۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۹ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

شرایط مذکور در مواد ۳۱۵ و ۲۸۶ قانون تجارت ازجمله مواعد مربوطه، درمورد دعوی، علیه ضامن جاری نیست.^۱

درمقابل، رأی صادره از دیگر شعب، بیانگر این موضوع می‌باشد که هم امضای ظهر اسناد تجاری، ظهور در انتقال دارد و هم ضمانت، نیازمند تصریح است کمااینکه ضمانت، خلاف اصل است.^۲

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۶۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۰ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۲۸۶ مورخ ۱۳۹۲/۳/۷ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۰۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۳۱ شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۶۵۸ مورخ ۱۳۹۱/۶/۴ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

گزارش نشست نقد رأی: بررسی ادله اثبات جرم زنا (آزمایش DNA)

تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضاییه

در تاریخ ۱۳۹۲/۳/۷ جلسه‌ای با موضوع «نقش آزمایش ژنتیکی برای تعیین رابطه ابوت در اثبات جرم زنا» در دانشگاه امام صادق (ع)، با حضور آقایان: دکتر کوشا (عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی)، دکتر بهره‌مند (عضو هیأت علمی دانشگاه تهران)، دکتر قره‌داغی (سازمان پزشکی قانونی) و دکتر محمدی‌کشکولی (رئیس شعبه ۷۹ دادگاه کیفری استان تهران) برگزار شد. مشروح مطالب طرح‌شده در جلسه تقدیم می‌گردد.

۱. وقایع پرونده

فردی به نام آقای (ن.م.) بعد از طلاق، شکایتی علیه همسر سابق خود طرح می‌کند مبنی بر اینکه: وی پیش از طلاق با آقایی که در حال حاضر با او ازدواج کرده است، رابطه نامشروع داشته و فرزند دختری که پیش از جدایی از زن، متولد شده، متعلق به او (شاکی) نیست. آزمایش DNA، انتساب فرزند به همسر دوم خانم را اثبات می‌کند، اما از لحاظ کیفری، اثبات زنا و محکومیت به حد، نیازمند ادله دیگری است که آزمایش مذکور در این خصوص اعتبار لازم را ندارد. درنهایت، فقدان اقرار و ارائه شهود، به صدور حکم برائت از اتهام زنا منجر می‌شود. رابطه نامشروع نیز، نه به استناد نتیجه آزمایش، بلکه براساس اقرار متهمین نزد شاکی و اقوام آنها اثبات می‌شود؛ گرچه این اقرار نزد دادگاه صورت نگرفته است و صرفاً شهودی بر وجود این اقرار، شهادت داده‌اند. همچنین توضیحات خانم درباره علت بارداری، از قرآنی است که علم قاضی را به سوی حکم به مجرمیت سوق داده است.



نظرات حضار در جلسه

میهمانان حاضر در این نشست به نحو ذیل به ایراد نظر در مباحث مطروحه پرداختند:

ادله قانونی و ادله نوین علمی در جرایم حدی

دکتر محمدی کشکولی

دلایلی که در این پرونده جمع‌آوری شده، از ادله سنتی، خارج و از طریق آزمایش DNA به پرونده رسیدگی شده است. قانون مجازات اسلامی در جرایم حدود و قصاص، از نظام ادله قانونی پیروی کرده است.^۱ برای اثبات این نوع جرایم، دادگاه باید به دلایلی که در قانون آمده، رجوع کند. از آنجا که بنا به ادعای مطرح‌شده، زنا با شرایط احصان بود و دلایل شرعی و قانونی از ناحیه مدعی به دادگاه اقامه نشد، برای متهمین از حیث زنا حکم برائت صادر گردید. مطابق مقررات ماده ۷۳، «زنی که همسر ندارد، به صرف باردار شدن مورد حدّ قرار نمی‌گیرد؛ مگر آنکه زنی او با یکی از راه‌های مذکور در این قانون، ثابت شود».^۲ با توجه به اینکه فقط اقرار در حد رابطه نامشروع وجود داشت دادگاه مبادرت به صدور حکم محکومیت در حد داشتن رابطه نامشروع نمود.^۳

عدم امکان تجدیدنظرخواهی مدعی خصوصی از آراء دادگاه کیفری استان،

در غیر موارد ضرر و زیان

شاکی از حکم برائت متهمین نسبت به زنا، درخواست تجدیدنظرخواهی کرد. دیوان عالی کشور در مقام تجدیدنظرخواهی، به استناد تبصره ۵ ماده ۲۰ قانون احیای دادرها^۴ قرار رد تجدیدنظرخواهی در این پرونده را صادر نمود.

۱. «نظام ادله قانونی» سیستمی است که در آن دلایل و ارزش اثباتی هرکدام، از قبل در قانون مشخص شده است و در صورت وجود آنها قاضی موظف است مطابق مفاد آنها رأی صادر کند. برای اطلاع بیشتر نک: علی خالقی، آیین دادرسی کیفری (مبحث ارزیابی دلایل).

۲. مفاد این ماده در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، در ماده ۱۲۱ به این صورت انعکاس یافته است: «در جرایم موجب حد، به استثنای محاربه، افساد فی الأرض، سرقت و قذف، به صرف وجود شبهه یا تردید و بدون نیاز به تحصیل دلیل، حسب مورد، جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود».

۳. موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، کتاب تعزیرات.

۴. تبصره ۵ ماده ۲۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۸۱: «اشخاص ذیل می‌توانند از رأی دادگاه کیفری استان، تقاضای تجدیدنظر نمایند: الف - محکوم علیه یا نماینده قانونی وی؛ ب - دادستان؛

ج - مدعی خصوصی یا نماینده قانونی وی، از حیث ضرر و زیان».

شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در دو سال اخیر این رویه را برای نخستین بار به رسمیت شناخت. بدین صورت که شاکی نمی تواند از حکم براءت صادر شده توسط دادگاه کیفری استان، به دیوان عالی کشور تجدیدنظرخواهی نماید، و از این جهت، قرار رد تجدیدنظرخواهی شد.

عنوان اتهام مطرح شده توسط شاکی

حمید اسدی (دبیر جلسه)

در قسمت پایانی رأی دادگاه کیفری استان آمده است: «درخصوص اتهام نامبردگان، دایر به: ارتباط نامشروع قبل از ازدواج، نظر به شکایت شاکی...»؛ درحالی که شکایت شاکی صرفاً بر پایه عدم تعلق فرزند دختر به وی استوار بوده است. البته شاید مواردی در پرونده بوده باشد که فعلاً در اختیار ما نیست. و اما پرسش اینجاست که: آیا شکایت شاکی درخصوص رابطه نامشروع همسر سابقش بوده که به شکایت وی (شاکی) استناد شده است؟

دکتر محمدی کشکولی

آغاز رسیدگی به این پرونده، با شکایت شاکی (همسر متهمه) در دادگاه پیشوا بود و عنوان اتهام مطرح شده در پرونده، رابطه نامشروع غیر از زنا بوده است که بعد از جمع آوری دلایل در مرحله تحقیقات مقدماتی، دادگاه مزبور بدین استنباط رسیده که ادعای او زنا محصنه بوده است. از این لحاظ وی در پرونده، شاکی و ذی نفع بود.

مرجع صالح برای رسیدگی به ادعای زنا محصنه و دعوای نفی ولد

رسیدگی و تحقیقات مقدماتی در جرایم منافی عفت باید مستقیماً در دادگاه صورت گیرد و ورود دادسرا به چنین پرونده هایی ممنوع است،^۱ لذا با وجود اینکه «رابطه نامشروع» در پی تحقیقات مقدماتی، تغییر عنوان اتهامی یافت بازپرس، وارد رسیدگی نشد و دادرس در مقام جانشین وی (بازپرس)، اقدام به بازپرسی نمود. از بدو تشکیل پرونده، عنوان اتهامی «رابطه نامشروع غیر از زنا» مطرح شده بود، اما

۱. تبصره ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۷۸) مقرر می دارد: «تحقیق در جرایم منافی عفت، ممنوع است؛ مگر در مواردی که جرم، مشهود باشد و یا دارای شاکی خصوصی بوده، که در مورد اخیر، توسط قاضی دادگاه انجام می گیرد».

بعد از رسیدگی، عنوان مزبور به «زنای محصنه» تغییر یافت و از این حیث، قرار عدم صلاحیت صادر گردید^۱ و دادگاه کیفری استان، رسیدگی را آغاز کرد.

مستندات حکم به رابطه نامشروع

حمید اسدی

آیا حکم به داشتن ارتباط نامشروع، مستند به اقرار متهمین می‌باشد؟ در صورت پاسخ مثبت، چرا این اقرار در مستند رأی ذکر نشده است؟

دکتر محمدی کشکولی

در مواردی که شاکی از ارائه ادله ناتوان است دادگاه، خود به تحقیق و کشف دلایل می‌پردازد و درنهایت، به علم خویش استناد می‌کند.

همان‌گونه که در دادنامه هم آمده است متهمین در تمام مراحل تحقیقات، منکر رابطه بودند اما متهمه در یک مرحله از آشنایی خود با متهم ردیف دوم، مدعی شده بود: چون شوهرش معتاد بود در فرآیند ترک اعتیاد با خانواده او آشنا شده ضمن آنکه به واسطه رابطه همسایگی نیز با همسر و مادر این فرد آشنایی داشته است و حتی اقرار ادعای او (متهمه) که «من چون از حمام آنها استفاده کردم در منزل متهم حامله شدم» و مواردی از این دست، موجب علم قاضی شد که تنها کلیاتی از آن در رأی آمده است.

اختیارات و وظایف قاضی در رسیدگی به جرایم شرعی (سیاست بزه‌پوشی در جرایم منافی عفت)

دکتر کوشا

حال، پرسشی که در اینجا مطرح می‌گردد اینکه: طبق موازین شرعی در مسائلی چون زنا، قاضی به‌منظور رسیدگی و تحقیق جهت صدور حکم دارای چه اختیارات و وظایفی است؟ در پاسخ بدین سؤال باید اذعان نمود که برای انجام

۱. طبق تبصره ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مصوب ۱۳۸۱) «رسیدگی به جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص نفس، قصاص عضو، رجم، صلب، اعدام و یا حبس ابد است و همچنین رسیدگی به جرایم مطبوعاتی و سیاسی، به نحوی که در مواد بعدی ذکر می‌شود در دادگاه‌های کیفری استان به عمل خواهد آمد».

تحقیقات وسیع درباره مسائل خلاف عفت و اخلاق عمومی، با ممنوعیت شرعی مواجه هستیم. به عبارتی، سیاست شارع در مقوله جرایم جنسی، توصیه به «بزه‌پوشی» است؛ چنانکه طبق روایات واصله، پیامبر عظیم‌الشأن اسلام و حضرت علی(ع) - از آنجا که فرصت حکومت و قضاوت یافته بودند - همواره نسبت به جرایم منافی عفت، بزه‌پوشی می‌کردند. حتی بنا به روایات، افرادی نزد آنها به زنا اقرار می‌کردند و خواستار جاری ساختن حد بر آنان می‌شدند اما معصومین(ع) به‌ویژه پیامبر(ص) و امام علی(ع) درباره این مسائل آنها را به سکوت توصیه و دعوت می‌کردند، زیرا این جرایم در اصطلاح «بینی و بین الله» است و نباید در جامعه اشاعه یابد.

طبق روایتی، به پیامبر خبر دادند شخصی در خرابه‌ای در حال زناست. ایشان سه نفر را فرستادند. آن سه تن، مخفیانه صحنه را دیدند. سپس مشاهدات خود را به پیامبر بازگو کردند. حضرت برای جویا شدن شهادت نفر چهارم، حضرت علی را فرستادند. حضرت هنگام نزدیک شدن به صحنه، با هدف ایجاد صدا پاهای خود را روی زمین می‌کشیدند؛ بعد از رسیدن به خرابه، متوجه فرار آنها شدند. نزد پیامبر آمدند و فرمودند: یا رسول‌الله! من چیزی ندیدم.

براساس این سیاست، قانون آیین دادرسی کیفری کشور ما انجام تحقیقات درخصوص جرایم خلاف عفت و اخلاق عمومی را در کلانتری‌ها و دادسراها ممنوع می‌کند، زیرا کندوکاو در خلوت و حریم خصوصی افراد، نوعی اشاعه فحشا به حساب می‌آید.

نظام ادله قانونی و نظام اقناع وجدانی

یکی از سؤالاتی که در این پرونده پیش می‌آید این است که: آیا در نظام کیفری ما قاضی کیفری حق دارد درمورد زنا از ادله قانونی به سیستم اقناع وجدان قضایی گرایش پیدا کند و براساس آن، به دلایل علمی روی آورد؟

دیدگاه‌های مربوط به ارزش دلایل

در رسیدگی به این پرونده، دو دیدگاه یا رویکرد وجود دارد: یکی آنکه، دلایل اثبات دعوا منحصر در دلایل قانونی است؛ چنانکه پیامبر(ص) فرمودند: «من بین شما

با بینه و سوگند رأی می‌دهم».^۱ و شاید نظام دادرسی اسلامی، سیستم دلایل قانونی را براین اساس پذیرفته باشد؛ یعنی دلیل و اعتبار و ارزش آن از ابتدا مشخص است و قاضی باید تلاش کند دلایل قانونی (اقرار و بینه) را که در نظام دادرسی اسلامی موضوعیت دارند، بیابد و در صورت نبود این دو، حکم برائت صادر نماید. رویکرد دوم این است که قاضی کیفری در نظام دادرسی، به دلایل قانونی توجه کند، اما این دلایل صرفاً راهی باشد تا برای او اقناع وجدان قضایی حاصل گردد؛ بدان معنا که قاضی از مجموعه محتویات پرونده (اقرار، شهود، اظهارات مطلعین، معاینه محل، تحقیقات محلی، شکایت شاکی، نظر کارشناسان و اوضاع و احوال و مستندات و سایر دلایل موجود در پرونده) قانع شود که شخص، مرتکب جرم شده و یا نشده است.

اعتبار دلایل علمی در سیستم ادله قانونی

گاهی ممکن است افراد اقرار نکنند و شهودی هم وجود نداشته باشد و فقط یک دلیل علمی ارائه شده باشد. در این پرونده، شاکی مدعی است: «همسر من، با کسی رابطه داشته و از او بچه‌دار شده است، لذا بچه‌ای که شناسنامه‌اش به نام من صادر گردیده، فرزند من نیست». در این مورد، شاهی وجود ندارد و متهمین هم به ارتباط نامشروع اقرار نمی‌کنند. پس قاضی براساس نظام ادله قانونی، علمی حاصل نمی‌کند. از طرفی امروزه، تکنولوژی نوین در بحث کشف جرایم وارد شده است. آزمایش «DNA»، از دلایل علمی جدیدی است که در تعیین هویت ژنتیکی کاربرد دارد، اما سؤال اصلی این است که: آیا می‌توان تعیین هویت ژنتیکی فرد را به نظر کارشناس ارجاع داد؟ بدین صورت که اگر متخصص ژنتیک گفت فرزند، متعلق به آن شخص است، ملحق به او شود؟ و سؤال دیگر اینکه: اگر اعتبار این دلیل علمی برای ما ثابت شود طریقت دارد یا موضوعیت؟ اینجا است که موضوعی میان‌رشته‌ای مطرح می‌شود: حقوق پزشکی و حقوق کیفری.

ساختار آزمایش DNA و میزان اعتبار آن

دکتر قره‌داغی

بدن انسان با جثه‌های متفاوت - چه درشت و چه ریز -، از 10^{23} یا 10^{25} سلول - این موجودات زنده - تشکیل شده است که ضمن داشتن جاذبه و دافعه و حد و

۱. «آئما آقسی بینکم بالبَینات و الایمان».

مرز مشخص، هرکدام وظیفه و مسئولیت خاص خود را دارند. سلول‌ها - به غیر از گلبول‌های قرمز - دارای هسته‌ای هستند که حاوی یک ماده ژنتیکی است. بنابراین هر نمونه‌ای که از هر قسمت بدن ما برداشته شود دارای آن ماده ژنتیکی خواهد بود.

تمام سلول‌ها به غیر از دو سلول اسپرم در مرد و تخمک در زن، سلول‌های غیرجنسی محسوب می‌شوند. این دو سلول خاص، متفاوت از بقیه سلول‌ها هستند؛ به این صورت که ماده ژنتیکی موجود در سلول‌های انسان به شکل ۲۳ جفت با اندازه‌های مختلف و شکل‌های بسیار متفاوت هستند و جفت ۲۳ در زن و مرد متفاوت است که جنسیت را تعیین می‌کند، اما دیگر جفت‌ها مشابه یکدیگرند. استثنائاً تخمک و اسپرم، به جای ۲۳ جفت، ۲۳ واحد دارند. البته منظور از آن ۲۳ کروموزوم است نه ۲۳ زن. هنگام ترکیب این دو (اسپرم و تخمک) با یکدیگر دوباره ۴۶ واحد یا ۲۳ جفت تشکیل می‌شود. به عبارتی تمام سلول‌های بدن ما انسان‌ها که از این سلول ایجاد خواهند شد از یک اسپرم با ۲۳ کروموزوم و یک تخمک با ۲۳ کروموزوم ایجاد می‌شوند. بنابراین، ماده ژنتیکی انسان به گونه‌ای است که نصف را از پدر و نیمی دیگر را از مادر کسب می‌کند. اسپرم و تخمک برای تمام خصوصیات ژنتیکی ما انسان‌ها یک زن دارند: ژنی برای رنگ چشم، رنگ مو، قد، رنگ پوست و غیره، لذا با کنار هم قرار گرفتن اینها، ویژگی‌های ژنتیکی فرزند مشخص می‌شود.

ساختار DNA

ساختار این ماده ژنتیکی، بسیار پیچیده است و واحدهای بسیار زیادی در سلول انسان دارد. DNA، شبیه نردبانی است که از چهار پله ساخته شده است و از بالا به پایین، به صورت یک، دو، سه و چهار می‌باشد. مقابل یک، همیشه دو، و مقابل سه، همیشه چهار قرار می‌گیرد و از آنجاکه هیچ محدودیتی ندارد ممکن است هزار تا یک، در یک ردیف پشت سر هم قرار گیرند و در مقابل، هزارتا دو، در برابر آن. چنین ساختار و ترکیبی همچون نردبانی است که می‌توان آن را از وسط باز کرد (نظیر وضعیتی که ماده ژنتیکی سلول‌های جنسی دارند) و با ریختن یک و دوها در محیطی، یک‌ها که شناورند در مقابل ستون دوها قرار می‌گیرند و بالعکس دوهای شناور هم به ستون یک‌ها می‌چسبند و عملاً کپی‌برداری می‌شود.

آزمایش DNA

امروزه انسان، این نردبان ژنتیکی را در جاهای خاصی قیچی می‌کند؛ آن را تکثیر، و مورد بررسی قرار می‌دهد. اگر در موردی، ماده ژنتیکی را بگیریم و جاهای خاصی از آن را تکثیر کنیم حاوی کدهای مشخصی خواهد بود که روی کارت ژنتیکی نمایش داده می‌شود. بعد از این، اگر هر تکه از سلول فرد، لکه خون و غیره را تکثیر و مقایسه کنیم در صورتی که همان کدها به دست آید بی‌تردید تمام آن اجزاء، متعلق به صاحب کارت ژنتیکی است، ولی در صورت نبود این کارت، راه رسیدن به این کدها پدر و مادر هستند. البته این شیوه مانند روش قبل، مستقیم و آسان نیست چون ممکن است هریک از کدها را از پدر یا مادر گرفته باشد. در نبود پدر و مادر نیز می‌توان به سراغ برادرها و خواهرها رفت ولیکن کار دشوارتر می‌شود. در مورد این پرونده، جاهای خاصی از ماده ژنتیکی فرزند را تکثیر و مانند بارکد روی کاغذ، ترسیم می‌کنند. سپس ماده ژنتیکی مادر و پدر را تکثیر کرده، مقابل آن قرار می‌دهند. هر خطی که در بارکد رسم شده، حاصل تکثیر ماده ژنتیکی این فرزند است که یا از پدر گرفته است و یا از مادر. بررسی، به این ترتیب خواهد بود که در صورت مشاهده یک خط، هم در کارت ژنتیکی بچه و هم مادر، آن را کنار می‌گذاریم، و اگر یک خط در بچه باشد اما در مادر نباشد منتج بدین امر می‌گردد که آن را از پدر أخذ کرده است. پس وجود هر خطی در بارکد فرزند - منهای آن در بارکد مادر - و نیز در بارکدهای حاصل از تکثیر ماده ژنتیکی آقا، وی، پدر این فرزند شناخته می‌شود چون أخذ آن از جای دیگر غیرممکن است.

میزان اطمینان بخشی آزمایش DNA

وضعیت توضیح داده شده، کاملاً قطعی است، ولیکن در هر روشی احتمال خطای انسانی وجود دارد؛ برای مثال، در این پرونده، ممکن است به‌طور اتفاقی اسم‌های نمونه‌های گرفته شده، عوض شود و به این ترتیب، به شخصی که پدر است، بگوییم نیست و به دیگری که پدر نیست، بگوییم هست، ولی اگر این روش به‌درستی و بی‌هیچ خطایی انجام شود تقریباً صددرصد قابل اعتماد و استناد خواهد

بود؛^۱ چنانکه اثر انگشت نیز این‌گونه است؛ یعنی احتمال اینکه اثر انگشت دو نفر مانند هم باشد یک در ۶۴ میلیارد است ولی صفر نیست. احتمال وقوع اشتباه در این آزمایش هم نزدیک به صفر می‌باشد. اگر DNA فرد را با برادرها، عموزاده‌ها و یا خویشان دورتر مقایسه کنیم این احتمال، قوی‌تر می‌شود، چون باید حالت‌های مختلفی را برای آن تصور کرد، اما در این روش که آزمایش به شیوه مستقیم انجام می‌گردد دور از ذهن است که درست و صحیح نباشد.

طول مدت انجام آزمایش

حمید اسدی

پرونده در تاریخ ۸۷/۱/۲۴ به پزشکی قانونی ارجاع شده است، اما نتیجه آزمایش در تاریخ ۸۷/۷/۲۹ مشخص گردیده. آیا این آزمایش تا این حد، زمان‌بر است؟

دکتر قره‌داغی

هرچند خود آزمایش و فرآیند آن اندکی زمان‌بر و طولانی است ولی اینکه چنین آزمایشی در تمام این مدت انجام شده باشد، این‌گونه نیست بلکه به دلیل محدودیت دستگاه‌ها یا دلایل دیگری، به طول انجامیده است.

قاعده عمل پزشکی قانونی در انجام آزمایش DNA

حمید اسدی

آیا از نظر قانونی، تنها در مواردی مجاز به انجام این آزمایش هستید که از طرف مقام قضایی به شما ارجاع شده باشد؟

دکتر قره‌داغی

درمورد آزمایش‌های ژنتیک، تنها موردی که بدون درخواست مقام قضایی قبول می‌کردیم درخواست اثبات بکارت دخترانی بود که به همراه والدینشان مراجعه می‌نمودند که البته این موضوع، به چند سال قبل مربوط می‌شود و در حال حاضر مجاز به پذیرش نیستیم. بنابراین، پاسخ‌گوی هیچ سؤالی غیر از سؤال مقام قضایی نیستیم.

۱. جهت مطالعه تخصصی نک: حسن توفیقی و دیگران، «کارایی DNA TYPING، به عنوان روش قطعی تعیین رابطه نسبیت»، مجله پزشکی قانونی، ش ۱۸ (بهمن و اسفند ۱۳۷۸).

لزوم تفکیک جنبه حقوقی و کیفری پرونده

دکتر بهره‌مند

این پرونده مشتمل بر دو بحث است: (۱) بحث حقوقی؛ (۲) بحث کیفری. از طرفی، با بحث «نسب» روبرو هستیم. آقای شکایت می‌کند که همسرش با دیگری رابطه نامشروعی داشته و فرزند حاصله، فرزند او نیست؛ یعنی فرزند را از خود نفی می‌کند که این بحث، امری است حقوقی و اما بحث کیفری پرونده هم این است که شاکي، اتهام زنا را متوجه همسرش و دیگری می‌کند. در این پرونده، ابتدا بحث رابطه نامشروع مطرح بود ولی پس از تحقیقات مقدماتی، عنوان اتهام به زنا تبدیل می‌شود که در صلاحیت دادگاه کیفری استان قرار می‌گرفته و نهایتاً نیز همین دادگاه رسیدگی کرده است.

تفاوت اعتبار ادله در مسائل حقوقی و کیفری

استانداردهایی که درباره ادله اثبات، در امور حقوقی و کیفری وجود دارد یکسان نیست. ممکن است با یک دلیل بتوان بحث حقوقی را اثبات نمود ولی یک امر جزایی با همان دلیل، قابل اثبات نباشد.

به‌طور قطع، اقرار، هم در دعاوی حقوقی پذیرفته می‌شود و هم در دعاوی کیفری. برای نمونه، فردی اقرار می‌کند مرتکب سرقت شده، اموال دیگری را سرقت کرده است. اینکه با یکبار اقرار، حد سرقت ثابت نمی‌شود امری است بدیهی، اما این فرد، مکلف است مال مسروقه را عودت نماید و یا معادل آن را به طرف مقابل بپردازد.^۱

محصور بودن ادله اثبات زنا به دلیل حساسیت بالای شارع در جرایم منافی عفت

در جرایم منافی عفت، سیاست بزه‌پوشی مدنظر شارع و به تبع او قانونگذار بوده است، لذا شاید بتوان نفی ولد را با این آزمایش کشف کرد ولی نمی‌توان جرم زنا را با همین دلیل اثبات نمود. باید گفت ادله اثبات جرم زنا مشخص و محصور است:

(۱) اقرار

۱. در تبصره ماده ۱۹۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) آمده است: «اگر سارق، یک مرتبه نزد قاضی اقرار به سرقت کند باید مال را به صاحبش بدهد اما حد بر او جاری نمی‌شود». و نیز در تبصره ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) بیان شده: «برای اثبات جنبه‌های غیرکیفری کلیه جرایم، یکبار اقرار کافی است».

(۲) بیّنه

(۳) علم قاضی که قوی‌ترین دلیل هم می‌باشد.^۱

جایگاه آزمایش DNA فرزند در اثبات زنا

حمید اسدی

با توجه به اینکه انجام این آزمایش، بسیار هزینه‌بر و دشوار است و در عین حال، نتایج آن، اطمینان‌بخش، اگر تشخیص پدر واقعی از جواب این آزمایش، زنا محصنه را اثبات نمی‌کند پس لزوم درخواست در این موارد، چه خواهد بود؟

دکتر بهره‌مند

این آزمایش مشخص می‌کند که آن فرزند، منتسب به دیگری است بی‌آنکه این امر در حوزه زنا بگنجد زیرا زنا، رابطه‌ای است جنسی با تعریفی خاص. بنابراین ممکن است دو نفر با یکدیگر رابطه نامشروع داشته باشند و حاصل آن، تولد فرزندی باشد ولی زنا محسوب نشود.

در این پرونده، دادگاه، موضوع را بررسی کرد و با اینکه آزمایش DNA اثبات نمود، ولد، منتسب به شوهر سابق نیست، قاضی برای اثبات زنا به علم خود استناد نکرد. کما اینکه مفاد ماده ۷۳ ق.م.ا. (مصوب ۱۳۷۰) هم گویای همین مطلب می‌باشد. ممکن است صرفاً رابطه نامشروعی وجود داشته باشد یا اسپرم به نحو دیگری، به رحم منتقل شده و جنین، شکل گرفته باشد. پس اینکه ولد منتسب به چه کسی است لزوماً به معنای اثبات رابطه کیفری زنا نیست؛ یعنی جزو ادله اثبات جرم حد نمی‌گردد.

جایگاه علم قاضی

در پرونده مزبور، قاضی درباره وقوع جرم زنا علم پیدا نکرده است. بنابراین، می‌توان ادله قانونی زنا (عدم وجود اقرار و شاهد) را مدنظر قرار داد. اگر قاضی در مورد آن، به علم می‌رسید ممکن بود این آزمایش، یک اماره محسوب شود. آنگاه قاضی می‌بایست اذعان می‌مود: «من به علم رسیدم که این دو نفر با هم زنا کردند». در این صورت با ذکر این مطلب (من با چشم خود مشاهده کردم)، مستند علم خود را بیان می‌کرد.

۱. ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) مقرر می‌دارد: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس، به علم خود عمل کند و حدّ الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند...».

توضیح آنکه قاضی در صورتی می‌تواند از پیشرفت تکنولوژی، نظیر بحث تصاویر ضبط‌شده و سایر ادله استفاده نماید که به علم خود استناد کرده باشد و رابطه زنا را محرز بداند مشروط بر اینکه آن علم، برایش حاصل شود.^۱

در پرونده مشاهده می‌شود که شاکی بیان کرده: «خانم در میان خانواده و همسایه‌ها گفته است با فلانی رابطه داشته» یعنی آنجا هم اقرار به زنا یا رابطه نامشروع داشته است. (هرچند این موضوع در جای خود قابل بحث است). مقصود آنکه حتی با چنین اقراری هم نمی‌توان حکم به اثبات زنا داد، لذا به نظر من، رأی به‌درستی صادر گردیده است.

رویکرد قانون جمهوری اسلامی ایران در ارزیابی ادله

دکتر محمدی کشکولی

رویکرد قانون جمهوری اسلامی در نظام‌های ادله اثبات کیفری، بر مبنای هر دو مورد پذیرش دلایل قانونی و سیستم اقناع وجدان قضایی است؛ و البته دلایل قانونی صرفاً در جرایم حدود و قصاص وجود دارند که قانونگذار آنها را احصاء کرده است، اما در اینکه آیا این ادله موضوعیت دارند یا طریقت، اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این باورند دلایل قانونی در حدود و قصاص، موضوعیت دارد و عده‌ای هم به دکتربین حقوق جزا معتقدند چون سیستم نظام حقوقی کشورمان سیستم مختلطی از حقوق عرفی و اسلامی است. بنابراین باید مانند استادانی چون «دکتر آخوندی» قائل به این امر بود که نظام کیفری ما از سیستم دلایل آزاد پیروی کرده است. به هر حال، این یک بحث نظری است.

شرایط ارجاع طرفین یک پرونده به آزمایش DNA

حمید اسدی

قضات، چه مواردی را برای این آزمایش ارجاع می‌دهند؟ آیا صرف درخواست شاکی و ادعای وجود ارتباط نامشروع کافی است یا نیازمند امارات و قرائن دیگری هستند؟

۱. طبق تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) «مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال، مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد».

دکتر محمدی کشکولی

این گونه نیست که به صرف ادعای انجام عمل نامشروع، ارجاع به پزشک قانونی و انجام آزمایش DNA ضرورت داشته باشد. پس از تشکیل پرونده و بنا به اقتضای اوضاع و احوال آن، قاضی تصمیم به ارجاع به پزشکی قانونی می‌گیرد. در این پرونده، همسر سابق متهمه ضمن آنکه ادعای نفی ولد را مطرح نموده، مدعی شده، وی با متهم، رابطه نامشروع داشته است. و برای ادعای خود دلایلی چون اقرار برادر متهمه، و نیز خود متهم ردیف دوم بیان کرده است. البته با اقرار متهم مزبور به داشتن چنین رابطه‌ای، در نزد شاکی و برادر متهمه، شهادت بر شهادت تلقی می‌شود. این گواه بر گواه در جرایم حدود و قصاص و مجازات‌های بازدارنده، در لایحه جدید به رسمیت شناخته نشده.^۱ بنابراین تنها راهکار باقیمانده در این موضوع، آزمایش ژنتیک است. تحقیقات مقدماتی به‌ویژه تحقیقاتی که از برادر خانم (متهمه) صورت گرفته و اظهاراتی که خود خانم در محل و میان بستگان و خویشان مطرح کرده نیز دلالت بر صحت ادعای آقا داشته است. یک قرینه قوی‌تر اینکه بعد از طلاق، زندگی مشترکی را با متهم ردیف دوم آغاز نموده. این موارد، قرائن و آماراتی بوده که ضرورت ارجاع به پزشکی قانونی را ایجاد کرده است.

بررسی ادعای زنا و رابطه نامشروع

حمید اسدی

در قسمت پایانی رأی مشاهده می‌کنیم: «درخصوص اتهام نامبردگان، دایر به: ارتباط نامشروع قبل از ازدواج، نظر به شکایت شاکی و محتویات پرونده به شرح ذیل، اتهام داشتن رابطه نامشروع دون زنا، محرز و مسلم است». دلیل اثبات این رابطه چه بوده است؟ اقرار یا علم قاضی؟ اگر علم قاضی بوده، مستندات علم قاضی که این رابطه نامشروع را اثبات کرده است، چیست؟

دکتر محمدی کشکولی

شاید تعریف زنا توسط قانونگذار به مفهوم حقوقی آن کامل نباشد ولی مصادیق آن را تقریباً کامل بیان کرده است، چه عمل مجرمانه‌ای می‌تواند زنا تلقی شود. در این

۱. مطابق ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) «جرایم موجب حد و تعزیر، با شهادت بر شهادت اثبات نمی‌شود لکن قصاص و ضمان مالی با آن قابل اثبات است».

پرونده دو نفر با هم رابطه جنسی داشتند ولی در حد زنا که مورد تعریف قانونگذار باشد، نبوده است و البته آن رابطه منجر به بارداری خانم و همچنین تولد فرزند شده. در ابتدا شاکی با توجه به تولد فرزند، مدعی شد که رابطه متهمین، زنا بوده است. پرونده به پزشکی قانونی ارجاع داده شد و پزشک قانونی هم ضمن تأیید تعلق بچه به متهم، سه بار به صراحت اعلام داشته متهمه حتی در زمان بارداری هم ازاله بکارت نشده بوده و این اتفاق به هنگام تولد فرزند رخ داده است. گذشته از اقرار متهم بدین موضوع، دادگاه به بررسی آن پرداخت.

در مباحث کیفری مخصوصاً در امر زنا، اقرار، «طریقیت» دارد و نه «موضوعیت».^۱ برای مثال، در این پرونده، اقرار صورت گرفته ولی بعد از محقق شدن نتیجه کمیسیون پزشکی قانونی و تفهیم اتهام، مشخص گردید که رابطه در حد تقبیل و مضاجعه بوده و زنایی انجام نگرفته است.

اهمیت و فایده کیفری نظریه پزشکی قانونی

در نظام کیفری کشورمان، نظریه پزشکی قانونی طریقیست دارد لذا دلیل محسوب نمی‌شود؛ هرچند در قانون فرانسه و احتمالاً انگلستان، یکی از دلایل اثباتی جرم تلقی شده است. در بعضی مواقع، اگر برای اثبات زنا هم باشد ممکن است در نهایت مورد استناد دادگاه قرار نگیرد. حتی طبق رویه قضایی در قتل هم، نظر پزشکی قانونی، دلیل اثباتی قتل نیست، بلکه تنها می‌تواند به عنوان قرائن و اماراتی باشد که مستند علم قاضی قرار می‌گیرد.

یکی از راه‌های ثبوت جرایم کیفری به‌ویژه جرایم حدی، علم قاضی است که موضوع مقررات ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. قانونگذار طبق این ماده پذیرفته است که در حق الله هم می‌توان با علم قاضی حکم داد.^۲ بنابراین باید قرائن و اماراتی باشد که مستند علم قاضی قرار گیرند.

۱. قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در ماده ۱۶۱ اعلام می‌دارد: «در مواردی که دعوای کیفری با ادله شرعی، از قبیل اقرار و شهادت - که موضوعیت دارد - اثبات می‌شود، قاضی به استناد آنها رأی صادر می‌کند؛ مگر اینکه علم به خلاف آنها داشته باشد». همچنین ماده ۲۱۲ می‌گوید: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر، در تعارض باشد اگر علم بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی، معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر، رأی صادر می‌کند. چنانچه برای قاضی، علم حاصل نشود ادله قانونی، معتبر است و براساس آنها رأی صادر می‌شود».

۲. این ماده در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) معادلی ندارد، بلکه در بخش ادله اثبات در امور کیفری، تحت عنوان «علم قاضی» به صورت عام، مورد بررسی قرار گرفته است.

مستند حکم به رابطه نامشروع

در پرونده حاضر، اگر متهمه با متهم ازدواج نکرده بود می‌شد به علم استناد کرد بی‌آنکه به رابطه نامشروع حکم داد، اما صرف ازدواج این خانم با متهم، با توجه به قوانین فقهی ما شائبه‌ای است که باعث شد قضات نتوانند به علم قاضی استناد کنند. به هر حال در نظام کیفری ما، نظریه پزشکی قانونی، «طریقت» دارد و به‌عنوان دلیل قانونی محسوب نمی‌شود.

استناد به ماده ۷۳ (بارداری دختر باکره، دلیل بر زنا نیست)

دکتر کوشا

استناد به ماده مزبور (۷۳) صحیح نیست، زیرا متهمه، باکره نبوده است. بحث فقهی آن - که در کتاب فقهاء مطرح شده - بیشتر مربوط به زمان قدیم است و در حال حاضر در ایران منسوخ شده. به این صورت که در گذشته، حمام‌های زنانه و مردانه یکی بوده؛ از آنجا که مردان در حمام، خوب نظافت نمی‌کردند و دوشیزه‌ای فردای آن روز به حمام می‌رفت و برای انجام شستشو به زمین می‌نشست، ممکن بود اسپرم، وارد بدن او شده و حامله شود. بنابراین، ممکن است به متهمه القاء کرده باشند که مسئله حمام را مطرح کند، زیرا بسیار بعید به نظر می‌رسد که فردی در خانه دیگری به حمام رود.

سیاست بزه‌پوشی و لزوم احتیاط در نسل

من بر این باورم که سیاست قضایی بزه‌پوشی، امری است پسندیده، ولی مسئله‌ای که نباید فراموش کرد وجود ولد زنا در جامعه است. و آن موضوعی نیست که بتوان در آن، تسامح روا داشت. در صورت اثبات زنا، زنا، زنای محصنه است، چون متهم، زن دارد و متهمه هم شوهر. وقتی گفته می‌شود زنایی رخ نداده بدان معناست که زنا به معنای خاصی که جرم تلقی گردد انجام نشده؛ یعنی واقعه و دخول صورت نگرفته، اما تکلیف آن کودک، چه خواهد شد؟ حال آنکه مشخص شده کودک متعلق به آن مرد (متهم) می‌باشد و تولد وی زمانی رخ داده است که این زن (متهمه)، شوهر داشته. بنابراین، باکری وی منتفی می‌گردد.

وضعیت فرزند حاصل از رابطه نامشروع دون الزنا

دکتر محمدی کشکولی

راهکاری که قضات معمولاً برای تعیین تکلیف فرزند نامشروع (ولدالزنا) انجام می‌دهند تا بتواند به عنوان یک شهروند دارای شناسنامه گردد و در جامعه از حقوق اجتماعی‌اش بهره‌مند شود، این است که مشخص کنند حضانت طفل برعهده چه کسی است. در صورت عدم پذیرش وی، به بهزیستی سپرده می‌شود و صورت‌مجلس می‌گردد. وضعیت نماینده ولد را هم مشخص، و صورت‌مجلس می‌نمایند و به‌عنوان دلیل بر پرونده ضمیمه می‌کنند تا بعداً بتواند از طریق طرح دعاوی مدنی، اثبات نسب نماید.

البته تجربه شده است در مواردی که رابطه دو طرف، در حد زنا نبوده و خانم بدون ازاله بکارت حامله شده است، طرفین ولد را پذیرفتند و برای وی شناسنامه گرفتند و سپس، به صدور حکم، مبادرت گردیده است. بنابراین، قانونگذار راهکار خاصی برای این مسئله در نظر نگرفته و صرفاً برای اینکه فرزندان نامشروع (ولدالزنا) در جامعه رها نشوند و مشکلی ایجاد نگردد یک سیاست قضایی در پیش گرفته است و آن اینکه از آنها با اثبات نسب، حمایت نماید، لذا باید دادخواست اثبات نسب دهند. در ۹۰٪ موارد، نسب آنها اثبات می‌شود و اغلب آنان مورد حضانت و حمایت قرار می‌گیرند اما در صورت عدم پذیرش در نگهداری چنین کودکانی، دادگاه حضانت آنان را بر عهده سازمان بهزیستی قرار می‌دهد.

رضایت طرفین برای انجام آزمایش DNA

دکتر کوشا

سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود اینکه: از منظر حقوق بشر آیا این آزمایش‌ها نیازمند رضایت‌مندی فرد مورد نظر است یا خیر؟ ممکن است گفته شود از آنجا که متهم در مظان اتهام است نیازی به رضایت وی نیست ولی از منظری دیگر، آزمایش DNA، تصرف در تمامیت جسمانی این شخص است. بنابراین آیا برای انجام چنین آزمایش‌هایی، رضایت فرد لازم است یا خیر؟

دکتر محمدی کشکولی

در اعمال این‌گونه آزمایش‌ها دو رویه متصور است: الف) گاهی طرفین انجام این آزمایش را درخواست می‌کنند که این امر، فی‌نفسه نشان از رضایت‌مندی

آنهاست؛ ب) برخی مواقع قانونگذار به دادگاه اجازه می‌دهد که در صورت ضرورت، از ادله کارشناسی استفاده نماید؛ یعنی دادگاه مجاز است رأساً به کارشناس ارجاع دهد. در آیین دادرسی مدنی، مقرره‌ای است مبنی بر اینکه هر کجا قاضی تشخیص دهد ادله کارشناسی با اوضاع و احوال قضیه مطابقت ندارد می‌تواند بپذیرد یا نپذیرد،^۱ اما این مقرره، در آیین دادرسی کیفری وجود ندارد، لذا می‌توان با توجه به وحدت ملاک از مقررات دادرسی مدنی، از این مورد در آیین دادرسی کیفری هم استفاده نمود و چون رویه قضایی و قانون اجازه داده است دادگاه می‌تواند در صورت ضرورت، رأساً به پزشکی قانونی ارجاع دهد.

تأثیر تغییر عنوان اتهام بر صلاحیت دادگاه کیفری استان

حمید اسدی

اگر شاکی به جای بیان ارتباط نامشروع و نفی ولد، از همان ابتدا مسئله زنا را مطرح می‌کرد آیا با توجه به نتیجه آزمایش پزشکی قانونی، مجدداً به ارتباط نامشروع حکم صادر می‌شد؟

دکتر محمدی کشکولی

درمورد برخی از موضوعات در دادگاه‌های کیفری استان، مقرره صریح قانونی وجود ندارد و بعضی شعب، طبق رویه سابق دادگاه جنایی استان عمل می‌کنند. در این زمینه، بین شعب، اختلاف نظر وجود داشت تا اینکه رأی وحدت رویه صادر شد و طبق آن، اگر دادگاه کیفری استان، مثلاً به اتهام زنا رسیدگی کند و به جای زنا، جرم رابطه نامشروع دون زنا ثابت گردید، در این صورت رسیدگی را ادامه می‌دهد و حکم را صادر می‌کند.^۲

۱. ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که نظر کارشناس، با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی، مطابقت نداشته باشد دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد».

۲. رأی شماره ۷۰۹ - ۱۳۸۷/۱/۱ وحدت رویه هیأت عمومی: «... به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صورتی که یکی از اتهامات متهم، از جرایمی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه کیفری استان است این دادگاه باید به اتهامات دیگر او نیز - که در صلاحیت دادگاه عمومی است - رسیدگی نماید. همچنین چنانچه بزه‌ی، به اعتبار ترتیب یکی از مجازات‌های مندرج در تبصره الحاقی به ماده ۴ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸، در دادگاه کیفری استان

البته همواره برخی قضات معتقدند رسیدگی به جرم رابطه نامشروع، مستلزم صدور کیفرخواست است، لذا پرونده را به دادسرا اعاده می‌کنند، هرچند قرار عدم صلاحیت صادر نمی‌نمایند ولی به دادسرا ارجاع می‌دهند تا تحقیقات انجام شود و پرونده با کیفرخواست به دادگاه بازگردد، اما رویه اغلب شعب این است که بدون کیفرخواست رسیدگی می‌کنند. و آن روشی است درست و صحیح.

لزوم تبیین دلایل احراز حکم

در این پرونده، دلایل کافی، مبنی بر وقوع رابطه نامشروع^۱ دون‌زنا موجود است؛ منتها نگارش رأی، چندان واضح و روشن نیست. - البته نگارش آن، بر عهده من نبوده است - برای مثال، در پرونده آمده است: با توجه به محتویات پرونده، این رابطه احراز می‌گردد. بدیهی است که بیان این عبارت، بدون ذکر دلایل و قرائن، نادرست و در محل اشکال می‌باشد ولیکن اصول رأی صادرشده، صحیح است.

مستند حکم به رابطه نامشروع

علاوه بر وجود اقرار، قرائن و اماراتی چون جواب آزمایش پزشکی قانونی هم در اختیار بوده که موجب ایجاد علم، مبنی بر وقوع جرم شده است، لذا دادگاه می‌تواند هم از دلایل مستقیم (اقرار) و هم از دلایل غیرمستقیم (نظریه پزشکی قانونی) استفاده نماید. از سوی دیگر، شرایط و اوضاع و احوال (شکایت شاکی و اقرار تلویحی خود متهمه) مندرج در پرونده حاکی از این ادعاست که به منزل آن مرد (متهم) و حتی طبق گفته خود در آنجا به حمام رفته است. همه موارد مزبور، برخلاف عرف جامعه و موازین شرعی می‌باشد و مجموع این شرایط و قرائن، موجب ایجاد علم قاضی شده و دادگاه مبادرت به صدور حکم نموده است.

رویه دادگاه‌ها درباره موارد ارجاع به آزمایش DNA

البته همه پرونده‌ها به چنین آزمایشی ارجاع داده نمی‌شوند بلکه فقط پرونده‌هایی که بحث بارداری زن، یا دعوایی چون نفی ولد در آنها مطرح باشد، ارجاع می‌شوند.

← مطرح گردد و دادگاه، پس از رسیدگی تشخیص دهد عمل ارتكابی، عنوان مجرمانه دیگری دارد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی است، این امر، موجب نفی صلاحیت دادگاه نخواهد بود و باید به این بزه، رسیدگی و حکم مقتضی صادر نماید...»

ادله معتبر در اثبات زنا

نحوه ارتکاب فعل مجرمانه و دلایل و قرائن و اماراتی که ممکن است در پرونده وجود داشته باشد و همچنین نظریه پزشک قانونی - به عنوان یک اماره قوی - ممکن است مستند علم قاضی قرار گیرد و زنا اثبات شود.

علت عدم اثبات زنا

عدم اثبات زنا در این پرونده به این دلیل بود که متهمه ابتدا با همسر اول زندگی مشترک داشته، اما بعد از مدتی از هم جدا می‌شوند و این ادعا نیز زمانی مطرح می‌گردد که وی با متهم ردیف دوم ازدواج کرده است.

ادله مورد نیاز برای شروع رسیدگی در دادگاه کیفری استان

حمید اسدی

با توجه به رویه آیین دادرسی در دادگاه کیفری استان، آیا صرف طرح شکایت و اعلام این ادعا که همسر من در محفلی اقرار به رابطه نامشروع داشته، برای رسیدگی و صدور حکم کفایت می‌کند یا باید ادله دیگری نیز وجود داشته باشد؟

دکتر محمدی کشکولی

در پرونده مورد بحث، این امر (وقوع رابطه نامشروع) مشخص است. و شاکی هم از رابطه همسر خود با متهم تقریباً به یقین رسیده بود.

علت تأخیر در طرح شکایت

یقین شاکی به وقوع رابطه نامشروع، بعد از ازدواج دوم همسرش حاصل می‌شود؛ ضمن اینکه وجود شایعاتی در محل زندگی و تماس‌های متهم ردیف دوم مبنی بر اینکه فرزند متعلق به او (شاکی) می‌باشد باعث ورود شاکی به طرح شکایت شده است.

ساختار فیزیکی سلول‌های جنسی

دکتر قره‌داغی

اسپرم، سلولی است کاملاً متحرک، که تعدادی بسیار زیادی از آن در انزال دفع می‌شود. برای مثال، به طور معمول، مرد در هر انزال، حدود ۴۰۰ میلیون اسپرم

آزاد می‌کند که می‌تواند تا سه روز در دستگاه تناسلی زن، زنده بماند؛ یعنی بعد از یک ارتباط، تا سه روز حیات دارند، ولی در یک محیط نامساعد (خشک) زود از بین می‌روند. این‌گونه نیست که در هر شرایط و هر مکانی که یک اسپرم وجود داشته باشد، این اتفاق رخ دهد. پرسشی که پیرامون آن قسمت از بحث مزبور مطرح می‌شود این است که: آیا بدون وجود رابطه در حدِ واقعه و انجام نزدیکی به معنای خاص آن، امکان حدوث حاملگی وجود دارد یا خیر؟

امکان حاملگی بدون وجود واقعه

در پاسخ باید گفت این مسئله از نظر پزشکی کاملاً قابل تصور است، زیرا رحم، شبیه لوله‌ای توخالی نیست که الزاماً اسپرم داخل آن قرار بگیرد. تمام سطح یک کیسه فریزر را در عین داشتن فضای زیاد (بی‌آنکه باز شده باشد)، می‌توان با دو قطره آب خیس نمود - بدون اینکه تمام آن را پر از آب کرد -، لذا کاملاً متصور است که حاملگی، بدون نزدیکی رخ دهد؛ اسپرم‌ها متحرک هستند و می‌توانند در تماس با ترشحات رحم، داخل این مایع بروند و خود را به قسمت‌های بالاتر و زیرین و محل تخمک برسانند.

دکتر کوشا

البته از آنجایی که فضای حام‌های عمومی، همیشه مرطوب بود این امکان فراهم بوده که اسپرم‌ها حیات داشته باشند، اما این موضوع، بیشتر برای حمام‌های عمومی قابل تصور است و به‌ندرت درباره حمام‌های خانگی مطرح می‌شود.