

الرحمن الرحيم



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه

مدیرمسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی

سر دبیر: دکتر نجات اله ابراهیمیان

جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: محمدرضا خبوک

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

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

نشانی: تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه،

پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر فصلنامه «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۸۰۰۰

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

مقدمه

همان گونه که در شماره های سابق «فصلنامه رأی» نیز مشاهده شده است، حوزه‌ی موضوعی این مجله در چارچوب های متفاوت و متنوعی متبلور می‌شود؛ محقق می‌تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «نقد رأی محور» بپردازد. همچنان که مقاله تحلیلی می‌تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و بصورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های گذشته بخش معتناهی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می‌دهد. به هر حال آنچه تمام بخش های مجله را (جز بخش بایسته‌های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می‌کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می‌شود به منظور آشنایی با سبک‌های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته‌های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می‌پردازد. بخش «نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش بینی شده است. علاوه بر آن، از شماره ۵ این فصلنامه بخش گزارشات نیز به مجله اضافه شده است. گزارش های مزبور در دو دسته‌ی «گزارش رویه‌ی قضایی» که صرفاً به توصیف رویه‌ی قضایی موجود در یک زمینه‌ی خاص می‌پردازد و دسته‌ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت‌جلسات نشست‌های نقد رأی را ارائه می‌دهد پیش بینی شده است.

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

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و 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. در خصوص 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 بخش های مقاله از قبیل نام نویسندگان، متن مقاله، ارجاعات و یا فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسندگان در پاورقی صفحه اول از این قائده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشته های ارسالی صاحب نظران 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 - نقد 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 به‌عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.
- نکته:** درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی

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

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

سه - نقد رأی محور

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

اول) مشخصات مقاله:

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

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می‌گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به‌عنوان 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 روبه قضایی

۱. گزارشات روبه قضایی ممکن است مربوط به روبه‌ی واحد و مستقر یا روبه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان روبه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان روبه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.
۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی روبه‌ی 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 روبه 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 کافاست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به‌عنوان 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 وکلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه‌حل‌های 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

تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آراء دیوان	
عدالت اداری ایران.....	۱۷
محمد جلالی	
فروغ حیدری	
منع ملاقات با فرزند مشترک در تقابل با مصلحت کودک.....	۳۵
سید حمیدرضا جلالی	
نقش فرزند آوری از طریق دریافت جنین: بررسی حق طلاق زوجه در	
خصوص بند ۱۰ سند ازدواج.....	۵۷
سید احسان رفیعی علوی	
محمد صادق ذوقی	
اخراج کارگر به دلیل ادعای وضع بد اقتصادی.....	۷۷
آزاده السادات طاهری	
اثر قید عندالاستطاعه بودن مهریه بر حق حبس زوجه.....	۸۵
محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی	
بزه اختلاس توأم با جعل در پرتو نقد یک رأی.....	۹۵
ابوالفضل یوسفی	
طاهره دهقانی	
یادداشتی بر صلاحیت مرجع رسیدگی به جرایم خرید و فروش،	
حمل و نگهداری اسلحه و مهمات غیرمجاز.....	۱۰۷
مریم ممنون	
اصل «لزوم ارائه تمامی جهات قانونی در دعا» در رویه قضایی فرانسه ...	۱۱۳
اسماعیل شایگان	
گزارش وحدت و تهافت رویه قضایی در امور تجاری (سال	
۱۳۹۲) - قسمت دوم.....	۱۲۱
تهیه و تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی	

گزارش نشست قضایی با موضوع: ذی نفع دعوای ابطال گواهینامه
اختراع با نگاه به رویه قضایی..... ۱۲۹
تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضاییه

تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آراء دیوان عدالت اداری ایران

محمد جلالی *

فروغ حیدری **

۱. مقدمه

امروزه نظریه اصلی و غالب در حوزه مباحث مربوط به مبانی حقوق اداری، نظریه «خدمات عمومی» است. مطابق این نظریه، خدمات عمومی فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای هستند که از طریق نهادهای عمومی و یا خصوصی تحت نظارت اشخاص عمومی برای رفع نیازها و تأمین منافع عمومی انجام می‌شوند. از مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با خدمات عمومی، مفهوم اصول حاکم بر خدمات عمومی است. اصولی که نخستین بار در سال ۱۹۳۰ در فرانسه توسط حقوقدان اداری - لویی رولاند - مطرح شد. این اصول که در حقوق اداری از آن تحت عنوان «اصول کلاسیک» یاد می‌شود عبارتند از: اصل برابری، اصل تداوم یا استمرار، اصل انطباق یا سازگاری و اصل تقدم منفعت عمومی بر خصوصی. لازم به ذکر است اصول مزبور به یکی از جهات نظارت قضایی شورای دولتی فرانسه بر اعمال اداره هنگام اعمال صلاحیت گزینشی تبدیل شده‌اند.

اصل استمرار یا تداوم خدمات عمومی به عنوان یکی از اصول مهم و کاربردی حاکم بر خدمات عمومی بیانگر این است که خدمات عمومی به جهت ضرورت پاسخ‌گویی مداوم به نیازهای عمومی تعطیل‌بردار نیستند. این اصل، تکلیفی را

* عضو هیئت علمی گروه حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی.

Mdjalali@gmail.com

** دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشگاه علوم تحقیقات تهران.



بر مقامات عمومی و اداری بار می‌نماید که به‌موجب آن، تداوم خدمات اداری باید به نحو مناسبی تضمین گردد.^۱ مبنای این اصل، ریشه در حقوق فرانسه و ماده ۵ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه دارد؛ به‌موجب این ماده، «رئیس‌جمهور بر رعایت قانون اساسی نظارت دارد و عملکرد منظم قوای عمومی و استمرار حکومت را تضمین می‌نماید». همچنین در فرانسه این اصل دارای ارزشی اساسی در حقوق اداری است به‌طوری‌که شورای قانون اساسی فرانسه در رأی مورخ ۲۵ ژوئیه ۱۹۷۹ اصل تداوم را یک اصل دارای ارزش قانون اساسی دانسته است.

با توجه به لزوم استمرار دائمی و به‌طور کلی حساسیت در تداوم ارائه خدمات عمومی می‌توان خدمات عمومی را از بعد استمرار به دو دسته تقسیم کرد:

الف) خدمات عمومی ضروری: این ویژگی به‌گونه‌ای است که می‌توان گفت چنین خدماتی، با حفظ جان و مال شهروندان ارتباط تنگاتنگی دارند، به‌نحوی‌که کوچک‌ترین تأخیر در ارائه این‌گونه خدمات می‌تواند حیات شهروندان را به خطر اندازد.^۲

ب) خدمات عمومی با اهمیت بنیادین:^۳ که در سطح اهمیت پایین‌تری نسبت به گروه قبل قرار دارند، اما این امر مانع از آن نیست که انقطاع و ایجاد وقفه جزئی و اندک را در شرایط خاصی مجاز ندانیم. در این راستا می‌توان به خدمات بهداشتی‌درمانی مهمی مانند خدمات مهم آب، برق، گاز، تلفن و خدمات بخش حمل‌ونقل در کلان‌شهرها و شهرهای پرجمعیت و فاقد امکانات اشاره کرد.^۴

۱. مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱)، ص ۲۰۱.

۲. محمدجواد رضایی زاده و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی ایران»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، ش ۵ (زمستان ۱۳۹۱): ص ۳۱.

۳. تقسیم‌بندی خدمات عمومی به خدمات عمومی ضروری و بااهمیت بنیادین، از اصول نهادهای نظارتی سازمان بین‌المللی کار درخصوص حق اعتصاب کارمندان عمومی قابل استنباط است.

۴. محمد جلالی و ابوالقاسم تنگستانی، «حق اعتصاب کارمندان بخش عمومی، ممنوعیت یا محدودیت، مطالعه مقایسه‌ای نظام فرانسه، انگلستان و ایران»، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، ش ۳ (پاییز ۱۳۹۱): ص ۲۸.

این تحقیق درصدد است تا به تبیین جایگاه اصل استمرار خدمات عمومی - به عنوان یکی از مهم‌ترین و کاربردی‌ترین اصولی که شهروندان را در برابر اداره حمایت می‌کند - از منظر قوانین و رویه قضایی دیوان عدالت اداری ایران بپردازد. در این راستا مطالعه قوانین و مقررات و مطالعه آراء دیوان عدالت اداری منبع تحقیق پیش رو برای تبیین بررسی جایگاه اصل استمرار خدمات عمومی می‌باشد.

۲. اصل استمرار در قانون اساسی ایران

اصل استمرار یا تداوم خدمات عمومی به‌صراحت در قانون اساسی ایران بیان نشده است، اما به نظر می‌رسد از مفهوم اصول ۶۳، ۶۸، ۱۱۹، ۱۳۰، ۱۳۱ و ۱۳۵ می‌توان این اصل را استنباط کرد. طبق اصل ۶۳ قانون اساسی «دوره مایندگی مجلس شورای اسلامی چهار سال است و کشور در هیچ زمانی نباید بدون مجلس باشد». این اصل نشانگر تداوم و استمرار قانونگذاری است و مجلس به عنوان نهاد قانونگذاری همواره باید برقرار باشد. و نیز مطابق اصل ۶۸ «در صورتی که به علت جنگ و اشغال نظامی امکان برگزاری انتخابات میسر نگردد، حتی در صورت اتمام دوره نمایندگی، مجلس سابق باید به کار خود ادامه دهد و تعطیل نشود». بنابراین، در زمان جنگ و اشغال نظامی کشور در صورت عدم تشکیل مجلس جدید، مجلس سابق همچنان به کار خود ادامه خواهد داد.

اصل ۱۱۹ درباره انتخابات ریاست‌جمهوری مقرر می‌دارد: «... در فاصله انتخاب رئیس‌جمهور جدید و پایان ریاست‌جمهوری سابق، رئیس‌جمهور پیشین وظایف رئیس‌جمهوری را انجام می‌دهد». مفهوم این اصل نیز در راستای استمرار و عدم تعطیل وظایف و مسئولیت‌هاست که ثبات و استمرار عمومی نیز از جلوه‌های آن می‌باشد. اصل ۱۳۰ قانون اساسی نیز در راستای اهمیت اصل استمرار و تداوم دولت بیان می‌کند: «تا زمانی که استعفای رئیس‌جمهور توسط رهبر پذیرفته نشده وی موظف است وظایف خود را انجام دهد». همچنین طبق اصل ۱۳۵ نیز «وزیران تا زمانی که عزل نشده‌اند یا بر اثر استیضاح یا درخواست رأی اعتماد، مجلس به آنها رأی اعتماد نداده است یا استعفایشان توسط رئیس‌جمهور پذیرفته نشده در سمت خود باقی می‌مانند». همان‌طور که در بالا بیان شد قانون اساسی ایران با این نگاه که

امور عمومی کشور باید بی‌وقفه ادامه یابد، درخصوص اصل استمرار، مقررہ‌گذاری کرده است؛ چنانکه هرگونه فعالیتی در وزارتخانه‌ها در شمار خدمات عمومی هستند: از خدمات عمومی وزارت بهداشت، رسیدگی به امور بیماران و ارائه خدمات پزشکی به‌طور مستمر

در وزارت کشور، تأمین امنیت

در وزارت راه مسکن و شهرسازی، تأمین راه‌ها و سلامت آن و تأمین مسکن

در وزارت علوم، تأمین هرگونه پشتوانه

و از آنجا که اصل استمرار در ارائه خدمات عمومی یک اصل مهم حقوق اداری محسوب می‌گردد و همچنین اکثر خدمات عمومی در ایران زیر نظر ادارات انجام می‌شود و اداره نیز زیرمجموعه وزارتخانه می‌باشد، لذا قانون اساسی ایران نیز در اصول مذکور به تداوم و استمرار وزارتخانه‌ها نیز به‌طور مستقیم اشاره کرده است.^۱

۳. اصل استمرار و آثار مترتب بر آن در سایر قوانین و مقررات اداری ایران

الف) الزام کارمندان به انجام وظیفه در ساعت اداری مقرر و مجازات

تخلف از این وظیفه

لازم به ذکر است که استمرار خدمات عمومی و اینکه دستگاه و ادارات ارائه خدمات عمومی، این‌گونه خدمات را در چه ساعتی از شبانه‌روز ارائه دهند، بستگی به ماهیت و نوع این‌گونه خدمات دارد. ماهیت بعضی از خدمات عمومی و ضرورت آنها اقتضاء می‌کند که این‌گونه خدمات شبانه‌روزی ارائه گردد. خدمات آتش‌نشانی، بیمارستان‌ها و خدمات درمانی، خدمات آب، برق، گاز، تلفن و بسیاری از خدمات دیگر چنین ماهیتی دارند. البته صرف دایر بودن این ادارات کافی نیست بلکه ارائه خدمات حداکثری نیز باید مد نظر گرفته شود و اصل کیفیت خدمات عمومی نیز مغفول واقع نشود.

۱. فروغ حیدری، «اصول حاکم بر خدمات عمومی در رویه‌های اداری و قضایی ایران»، پایان‌نامه

کارشناسی ارشد حقوق عمومی، استاد راهنما: محمد جلالی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تابستان ۱۳۹۴): ص ۹۱.

اما ماهیت برخی خدمات عمومی این گونه است که نیازی نیست دستگاه و نهادهای ارائه دهنده آنها به طور شبانه روز به ارائه خدمات بپردازند، بلکه فعالیت در این قبیل نهادهای در ساعات اداری مقرر صورت می گیرد، ولیکن حاکمیت اصل استمرار بر چنین خدمات نیز ایجاب می نماید که ارائه خدمات در ساعت کاری کارمندان انجام شود.

در این راستا مطابق ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری «ساعت کار کارمندان دولت ۴۴ ساعت در هفته است و ترتیب و تنظیم ساعات کار ادارات با پیشنهاد سازمان مدیریت و تصویب هیأت وزیران تعیین می شود و تغییر ساعت کار کارمندان در موارد ضروری با رعایت سقف مذکور با دستگاه ذی ربط است». مطابق تبصره ۲ این ماده دستگاه های اجرایی می توانند در موارد خاص با موافقت هیأت وزیران و رعایت سقف ساعات کار با توجه به شرایط جغرافیایی و منطقه ای و فصلی، ساعات کار خود را به ترتیب دیگری تنظیم نمایند. بنابراین در راستای تأمین اصل تداوم خدمات عمومی، هرگونه تغییر در ساعات اداری باید متکی و مستند به اختیارات قانونی باشد. طبق ماده ۹۳ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز «کلیه کارمندان دستگاه های اجرایی موظفند در ساعات تعیین شده به انجام وظیفه مربوط بپردازند و در صورتی که در مواقع ضروری خارج از وقت اداری مقرر و یا در ایام تعطیل به خدمات آنان نیاز باشد براساس اعلام نیاز دستگاه، مکلف به حضور در محل کار و انجام وظایف محوله در قبال حق الزحمه یا اضافه کاری برابر مقررات مربوطه خواهند بود». لازم به ذکر است التزام کارمند به انجام وظیفه در ساعت معین، محدودیت هایی را برای کارمندان به دنبال دارد که عدم رعایت آن محدودیت ها تخلف محسوب شده و ضمانت اجرایی را به موجب قوانین متعدد در پی دارد. در این راستا تأخیر در ورود، غیبت غیرموجه و انجام ندادن صحیح خدمات دولتی در ساعات اداری از تخلفات عمده کارمندان به شمار می آید که با ساعت کاری و لزوم اصل استمرار در خدمت عمومی مرتبط است. درباره غیبت و تأخیر در انجام کار، مصادیقی در قانون رسیدگی به تخلفات اداری بیان شده است. این مصادیق عبارتند از: ترک خدمت در خلال ساعت موظف اداری،^۱ تکرار در

۱. قانون هیأت های رسیدگی به تخلفات اداری (مصوب ۱۳۷۲)، ماده ۸، بند ۸.

تأخیر ورود به محل خدمت یا تکرار در خروج آن بدون کسب مجوز،^۱ تعطیل خدمت در اوقات مقرر اداری،^۲ غیبت غیرموجه به صورت متناوب یا متوالی،^۳ انجام ندادن یا تأخیر در انجام امور قانونی آنها بدون دلیل،^۴ شرکت در تحصن، اعتصاب و تظاهرات غیرقانونی.^۵

مصادیق مذکور، تخلف محسوب شده و در صورت بروز توسط کارمندان منجر به اقامه دعوا علیه مقامات و کارمندان دستگاه‌های اداری می‌شود. برای جلوگیری از ارتکاب تخلفات فوق و در راستای تضمین اصل استمرار خدمات توسط کارمندان، به‌طور کلی یازده نوع مجازات اداری و انضباطی در قانون رسیدگی به تخلفات اداری پیش‌بینی شده است. سبک‌ترین ضمانت‌اجرا «اخطار کتبی بدون درج در پرونده» و شدیدترین ضمانت‌اجرا نیز «بازخرید و حتی اخراج کارکنان» از دستگاه متبوع و یا «انفصال موقت و دایم از خدمات دولتی» است.^۶

ب) محدودیت زمان مرخصی کارمندان و لزوم رعایت تشریفات مرخصی

یکی از مهم‌ترین حقوق کارمندان در اداره، حق دریافت مرخصی می‌باشد، اما این حق در راستای تداوم خدمات عمومی به‌وسیله قانون محدود می‌شود. برای نمونه، در قانون مدیریت خدمات کشوری مرخصی استحقاقی کارمندان سی روز اعلام شده است.^۷ همچنین علاوه بر محدودیت زمانی، استفاده از هر نوع مرخصی موکول به درخواست مستخدم و موافقت دستگاه متبوع و صدور حکم توسط کارگزینی می‌باشد. بنابراین، کارمند نمی‌تواند بدون اعلام و موافقت دستگاه متبوع خود به انواع مرخصی برود. در این راستا ماده ۵ آیین‌نامه مرخصی‌های موضوع ماده ۸۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر می‌کند که «استفاده از مرخصی استحقاقی با تقاضای کتبی و موافقت کتبی مدیر واحد مربوط و در غیاب او معاون و یا جانشین وی است. هر

۱. همان، بند ۹.

۲. همان، بند ۱۹.

۳. همان، بند ۲۹.

۴. همان، بند ۳.

۵. همان، بند ۲۳.

۶. همان، ماده ۹.

۷. قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶)، ماده ۸۴.

کارمند موظف است در طول سال مرخصی استحقاقی سالانه خود را درخواست نماید. مدیر یا معاون واحد مربوط نیز موظف است ترتیبی فراهم نماید تا امکان استفاده کارمندان از مرخصی سالانه به میزان استحقاق فراهم گردد و با درخواست ایشان در این زمینه با در نظر گرفتن زمان مناسب، موافقت بشود».

بنابراین، تعیین محدوده زمانی مرخصی در قوانین مختلف حقوق اداری و قانون کار و لزوم رعایت تشریفات درخواست مرخصی به این دلیل است که اصل حاکم در ارائه خدمات عمومی، تداوم و عدم تعطیلی اداره و عدم ایجاد اختلال و وقفه در کارها و انجام امور اداری است.

ج (لزوم رعایت تشریفات استعفا توسط کارمند

استعفای کارمندان اغلب در روند کار و ارائه خدمت توسط بخش ارائه‌دهنده، اختلال ایجاد می‌کند لذا اصل استمرار خدمت عمومی را خدشه‌دار می‌سازد. آنچه درخصوص استعفای کارمند از اهمیت بسیاری برخوردار است اینکه استعفا باید مورد موافقت مقام ذی‌صلاح اداره متبوع کارمند قرار گیرد. فلذا کارمندان بخش عمومی نمی‌توانند با یک درخواست یا اعلام صرف، استعفا داده، از خدمت کناره‌گیری کنند، زیرا این کار نقض آشکار اصل استمرار است و موجب اختلال و وقفه در ارائه خدمت عمومی می‌گردد. بند (و) ماده ۱۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، استعفا را یکی از حالات استخدامی برشمرده است. درواقع، استعفا وضع مستخدمی است که طبق ماده مذکور از خدمت مستعفی شده است. باید اذعان کرد که با توجه به سکوت قانون مدیریت خدمات کشوری درخصوص چگونگی استعفا می‌توان ادعا نمود مقررات ماده ۶۴ قانون استخدام کشوری در این رابطه همچنان پابرجاست. مطابق ماده مذکور، «مستخدم رسمی می‌تواند با یک ماه اعلام قبلی از خدمت دولت استعفا نماید و استعفا از تاریخی محقق می‌شود که وزارتخانه یا موسسه دولتی متبوع مستخدم به‌موجب حکم رسمی با آن موافقت کند». اگرچه ابتکار استعفا با مستخدم است، اما تأثیر حقوقی آن منوط بر قبول استعفا از طرف وزارتخانه یا موسسه متبوع و یا در صورت عدم موافقت دستگاه و شکایت کارمند از دستگاه متبوع نزد دیوان عدالت اداری با صدور حکم دیوان عدالت اداری بر استعفای کارمند است. بنابراین اهمیت اصل استمرار در ارائه خدمت و عدم وقفه و اختلال در ارائه خدمت عمومی توجیه تشریفات مربوط به استعفا می‌باشد.

۴. رویکرد دیوان عدالت اداری نسبت به اصل استمرار خدمات عمومی

درخصوص شناسایی اصل استمرار در رویه قضایی دیوان عدالت اداری باید اذعان کرد که این اصل در برخی از آراء دیوان عدالت اداری ایران صراحتاً مورد استناد واقع شده است و در برخی نیز تلویحاً موجب صدور آرائی شده که آن آراء قابل تفسیر در پرتو اصل استمرار می‌باشند. در ذیل به تحلیل سه رأی در این خصوص می‌پردازیم:

(الف)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۲۱۷

تاریخ: ۱۳۹۳/۷/۱۴

خواسته: ابطال بند ۱ مصوبه شماره ۲۱/۵/۴۵۵۰۲ - ۱۳۹۲/۸/۲۷ شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان البرز در سال ۱۳۹۲، مبنی بر استمرار تعطیلی روزهای پنجشنبه دستگاه‌های اجرایی در استان البرز تا پایان سال ۱۳۹۳
مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

مقدمه

جریان پرونده از این قرار است که به موجب ماده ۸۷ تبصره ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری «کلیه دستگاه‌های اجرایی استانی موظفند ساعات کار خود را در شش روز هفته تنظیم نمایند. به استثناء ستاد مرکز تهران» و با توجه به اصل هفدهم قانون اساسی که «تعطیلی رسمی هفتگی روز جمعه می‌باشد» در حال حاضر ادارات استان البرز طبق بند ۱ مصوبه شماره ۲۱/۵/۴۵۵۰۲ - ۱۳۹۲/۸/۲۷ پنج روز در هفته خدمت‌رسانی می‌کنند و دو روز در هفته تعطیل می‌باشند. این موضوع از نظر شاکی با ماده مزبور و اصل استمرار سازمان‌های اداری مغایرت داشته، لذا شاکی از مصوبه مذکور که اجازه تعطیلی روزهای پنجشنبه را به دستگاه‌های اجرایی استان البرز می‌دهد معترض بوده، تقاضای ابطال و نقض مغایرت قانونی مصوبه یادشده را از دیوان عدالت اداری نموده است. در پاسخ به

شکایت ذکرشده، دفتر بازرسی، مدیریت عملکرد و امور حقوقی استانداری البرز توضیح داده است که استان البرز دارای کلیه شرایط و محدودیت‌های خاص استان تهران ازجمله همجواری با شهر تهران است، لذا تعطیلی روزهای پنج‌شنبه تأثیر بسزایی در رفع معضلات محیطی و ترافیکی و غیره دارد و بی‌شک توجه به این مهم را موجب رضایتمندی شهروندان و مسافری دانسته است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ یادشده با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شده و پس از بحث و بررسی با اکثریت آراء به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی نموده است:

«به موجب اصل هفدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تعطیل رسمی هفتگی، روز جمعه است و بر مبنای ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب سال ۱۳۸۶)، ساعات کار کارمندان دولت چهل و چهار ساعت در هفته تعیین شده است و به موجب تبصره ۳ ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، کلیه دستگاه‌های اجرایی استان موظفند ساعات کار خود را در شش روز هفته تنظیم کنند (ستاد مرکزی دستگاه‌های اجرایی مشمول این حکم نیست). نظر به اینکه بند ۱ مصوبه شماره ۲۱/۵/۴۵۵۰۲ - ۱۳۹۲/۸/۲۷ شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان البرز در سال ۱۳۹۲، مبنی بر استمرار تعطیلی روزهای پنج‌شنبه در استان البرز تا پایان سال ۱۳۹۳ با قوانین فوق‌الذکر مغایر است، مستنداً به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب سال ۱۳۹۲، ابطال می‌شود».

تحلیل رأی

اهمیت و برجستگی رأی مزبور از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که مشعر بر ابطال مصوبه مذکور است در توجه به اصل استمرار خدمت عمومی می‌باشد. همان‌طور که بیان شد استمرار و تداوم خدمت‌رسانی به شهروندان از وظایف اداره به‌شمار می‌آید و اصل بر تداوم اداره است و تنها استثنائی که بر آن واقع شده همان روز جمعه به عنوان تعطیلی رسمی کشور می‌باشد. درخصوص تعطیلی روزهای جمعه نیز لازم به ذکر است که برخی از خدمات و ادارات در روز جمعه تعطیلند ولی برخی از خدماتی که استمرار در آن جلوه بنیادین دارد مانند

خدمات اورژانس، آتش‌نشانی، دفع زباله و مدیریت پسماند و اکثر خدمات شهری و منطقه‌ای خدماتی هستند تعطیل‌بردار نیستند و تعطیلی و عطلت در روز جمعه مانع توقف آنها نمی‌گردد. تعطیلی ادارات در روز پنج‌شنبه در تهران نیز در راستای کاهش آلودگی هوا و ترافیک و جلوگیری از مصرف بیهوده انرژی در ادارات پایتخت است لذا تسری دادن آن به سایر ادارات و تعطیل نمودن اداره در کشوری که تعطیلات رسمی زیادی جز جمعه‌ها نیز در تقویم آن مندرج است خلاف اصل استمرار و تعطیل‌ناپذیری اداره می‌باشد. درخصوص پرونده مذکور از منظر اصل استمرار دو نکته مهم برجسته می‌نماید:

یک) همان‌طور که در گردشکار پرونده گفته آمد شاکی در اعتراض به مصوبه مذکور با استناد به اصلی از قانون اساسی که تعطیلی رسمی کشور را فقط روز جمعه می‌داند این‌گونه استدلال کرده است که تعطیلی روزهای پنج‌شنبه در استان البرز خلاف اصل استمرار سازمان‌هاست. استدلال شاکی در تصریح به اصل مزبور حائز اهمیت است بدان دلیل که نه تنها دیوان را بر آن می‌دارد که به این اصل مهم حاکم بر خدمات عمومی در کنترل‌ها و نظارت‌های خود استناد کنند، بلکه صدور رأی به استناد اصل استمرار خدمات عمومی، سایر ادارات را نیز بر آن وامی‌دارد که خدمات خود را به‌طور مداوم ارائه دهند زیرا چنانچه در وقت مقرر به ارائه خدمت نپردازند شهروندان و مصرف‌کنندگان خدمات عمومی می‌توانند از آن اداره نزد دیوان به علت تضییع حق شکایت کنند.

دو) هرچند هیأت عمومی در رأی خود صراحتاً اصل استمرار را مورد استناد قرار نداده است، اما استناد به اینکه در قانون اساسی، تعطیلی رسمی فقط روز جمعه می‌باشد و همچنین استناد به اینکه قانون مدیریت خدمات کشوری دستگاه‌های اجرایی را ملزم به ارائه خدمات در شش روز هفته و ظرف مدت چهل و چهار ساعت می‌داند حاکی از توجه دیوان به پذیرش استدلال شاکی و درنتیجه، پذیرش اصل استمرار خدمات عمومی به عنوان یکی از اصول مهم حاکم بر خدمات عمومی است. بنابراین، رأی

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری هرچند صراحتاً مستند به اصل استمرار و تداوم خدمت عمومی نیست اما تأییدی است بر محتوای اصل تداوم خدمات عمومی.

(ب)

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۷۲۶/۸۴

تاریخ: ۱۳۸۴/۱۱/۲۳

خواسته: ابطال بند (ب) ماده ۲ و ماده ۵ آیین نامه حضور و غیاب کارکنان دولت
موضوع تصویب نامه شماره ۸۱۴۵۰ مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۲۷ هیأت وزیران

مقدمه

جریان پرونده از این قرار است که طبق بند (ب) آیین نامه حضور و غیاب کارکنان «تأخیر ورود بیش از ۲ ساعت در ماه مستلزم کسر حقوق و فوق العاده شغل و مزایای شغل و مزایای مستمر مستخدمین رسمی و ثابت و اجرت و فوق العاده مخصوص و سایر فوق العاده های مستخدمین پیمانی یا دستمزد کارکنان خرید خدمت و قراردادی به میزان کل ساعات تأخیر خواهد بود». همچنین طبق ماده ۵ آیین نامه مذکور «مستخدمی که در هر ماه بیش از چهار بار تأخیر ورود یا تعجیل خروج غیرموجه داشته باشد و جمع مدت تأخیر مزبور به بیش از ۴ ساعت در ماه برسد در قبال مجموع تأخیر برای ماه اول و دوم کتباً اخطار داده خواهد شد و برای ماه سوم فوق العاده شغل مستخدم خاطی به میزان ۳۰ درصد و برای ماه چهارم به میزان ۵۰ درصد و برای ماه پنجم به میزان صد در صد و به مدت یک ماه کسر خواهد شد و در صورت تکرار پرونده مستخدم جهت رسیدگی به هیأت رسیدگی به تخلفات اداری ارجاع خواهد گردید». شاکی تقاضای ابطال مواد آیین نامه فوق را به دلیل مغایرت قانونی از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نموده است. و اما رأی هیأت عمومی دیوان در این خصوص:

«نظر به اینکه تأخیر در ورود به محل خدمت و یا تعجیل در خروج از آن در زمره تخلفات اداری قرار گرفته و اختیار اعمال مجازات کسر حقوق و فوق‌العاده شغل یا عناوین مشابه حداکثر تا یک‌سوم از یک ماه تا یک سال به شرح مقرر در قوانین رسیدگی به تخلفات اداری ازجمله ماده ۱۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ به مقامات خاص دولتی تفویض گردیده است لذا آیین‌نامه حضور و غیاب کارکنان دولت مصوب ۱۳۶۵/۱۱/۲۷ هیأت وزیران در قسمت بند (ب) ماده ۲ مبنی بر کسر حقوق و فوق‌العاده شغل و عناوین مشابه به میزان کل ساعات تأخیر کارمند متخلف و همچنین مفاد ۵ تصویب‌نامه مزبور مشعر بر کسر فوق‌العاده شغل مستخدم خاطی از حیث تأخیر در ورود یا تعجیل در خروج از محل خدمت مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی نمی‌باشد».

تحلیل رأی

در رأی مذکور اصل استمرار خدمت صراحتاً مورد استناد قرار نگرفته است، اما تأیید آیین‌نامه حضور و غیاب کارکنان و مجازات مندرج در آن برای خاطیان از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در راستای اهمیت و لزوم اصل تداوم و سرعت در انجام خدمت اداری است. وجود چنین تنبیهی در آیین‌نامه مذکور درصدد است تا با مقرر نمودن مجازات، کارمندان را ملزم به حضور در سمت خود و نیز ترک خدمت در وقت معین اداری، نماید. حضور منظم کارمندان سبب می‌شود تا اداره به موقع، خدمات خود را ارائه داده در نتیجه، موجبات رضایت شهروندان را فراهم آورد. تأیید بندهای مورد درخواست ابطال و عدم ابطال آن از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نشان از توجه دیوان عدالت اداری به اصل استمرار و تداوم خدمت و عدم وقفه در انجام خدمت عمومی از سوی مأمورین و مقامات اداری است، لذا توجه به مفهوم استمرار خدمت و استمرار اداره در رأی دیوان به‌طور تلویحی و غیرمستقیم مشهود است.

(ج)

مشخصات رأی

خواسته: اعلان بطلان و ابطال حکم بازنشستگی شماره / ۱۳۰ / ۱ / ۱۰۲۳۶ / د مورخ ۸۹/۱۰/۲۶ که به استناد قانون استخدام کشوری صادر شده است. - ابطال حکم تاییدیه حقوق بازنشستگی شماره ۳۳۰۰۱۲۸۴۸ مورخ ۸۹/۱۲/۲۸ و اعاده به خدمت و الزام طرف شکایت به اعاده کلیه حقوق تضییع شده.
مرجع رسیدگی: شعبه پنجاه دیوان عدالت اداری

مقدمه

ماوقع پرونده بدین شرح است که شاکی چند سال با سمت و مرتبه استادی در دانشگاه شهید بهشتی خدمت کرده است. درخصوص وی در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۶ حکم بازنشستگی به استناد تبصره دوم ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، صادر و تاریخ بازنشستگی ۸۹/۱۱/۱۵ اعلام می‌شود. در صورتی که اعضاء هیأت علمی به استناد ماده ۱۱۷ قانون مزبور، خارج از شمول ماده موصوف هستند و نیز تابع مقررات خاص استخدامی. ضمن اینکه استادان دانشگاه تا هفتاد سالگی می‌توانند به خدمت ادامه دهند؛ در حالی که شاکی تا تاریخ مندرج در حکم بازنشستگی تقریباً شصت و سه ساله بوده است. شعبه رسیدگی کننده پس از بررسی اظهارات نماینده طرف شکایت درخصوص دادخواست تقدیمی چنین رأی می‌دهد:

«آنچه که از مفاد اظهارات نماینده طرف شکایت در صورتجلسه مورخ ۹۲/۱۱/۱۹ برمی‌آید - که البته با مفاد پرونده کارگزینی شاکی موجود در دانشکده حقوق نیز کاملاً همخوانی دارد - این است که شاکی براساس مفاد تبصره دوم از ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری بازنشسته شده است. این درحالی است که به استناد ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری اعضاء هیأت علمی از شمول قانون مزبور خارج هستند از طرفی رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۵۸۷ مورخ ۹۰/۱۲/۲۲ به روشنی مقرر داشته که صدور حکم بازنشستگی اعضای هیأت علمی به استناد ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، فاقد

وجاهت قانونی می باشد. از جهتی دیگر براساس اصول حقوق عمومی ارائه خدمت علمی به عنوان یک خدمت عمومی محسوب می شود که اصل بر استمرار آن می باشد مگر اینکه دلیل قانونی این استمرار را قطع نماید که در پرونده این دلیل و مستند قانونی ملاحظه نگردیده است. آنچه که از ظواهر نیز برمی آید این است که شاکی تقاضای بازنشستگی ننموده است. در هر صورت به نظر می رسد شکایت، واجد جنبه قانونی بوده و شعبه به استناد رأی هیأت عمومی یادشده و ماده ده قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری حکم به ورود شکایت را صادر و اعلام می نماید. رأی صادره در بازه زمانی بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری می باشد».

تحلیل رأی

آنچه در راستای انشای این رأی برجسته می نماید عبارتند از:

یک) استناد صریح قاضی رسیدگی کننده به اصل استمرار: رأی فوق شاید یکی از کمیاب ترین آرائی باشد که قاضی رسیدگی کننده صراحتاً از اصل استمرار در انشای رأی یاد نموده و اصل مزبور را مورد استناد در رأی خویش قرار داده است با این استدلال که چون ارائه خدمت علمی و تدریس در دانشگاه به طور اخص یک خدمت عمومی تلقی می شود، لذا استمرار و تداوم بر آن حاکم است و نمی توان بدون دلیلی موجه، خدمت عمومی را قطع نمود یا وقفه ای در آن ایجاد کرد.

دو) استناد قاضی رسیدگی کننده به اصل استمرار با هدف اعاده

خدمت: هرچند در پرونده مذکور، استناد قاضی به اصل استمرار بیشتر در راستای اعاده خدمت استاد مزبور بوده، اما می توان با استناد به این اصل از بسیاری از تصمیمات غیرموجه و غیرمعقول دستگاه های اداری مبنی بر بازخرید، اخراج و یا بازنشستگی های بدون مبنا شکایت کرد و بدین وسیله از اعمال مجدد چنین رفتارهایی با کارمندان جلوگیری نمود.

سه) اهمیت شناسایی اصل استمرار و نقش آن در تصمیمات قضایی:

استدلال قاضی رسیدگی کننده به اصل استمرار و شناسایی این اصل به عنوان یکی از اصول حاکم بر خدمت عمومی می تواند نقش مهمی در

کنترل تصمیمات قضایی داشته باشد. وی با اصل شمردن استمرار و الزام اداره به تبعیت از آن و پایبندی به عدم نقض آن در مواقع غیرضروری گامی مثبت در شناسایی و معرفی اصل استمرار به ادبیات حقوق اداری ایران برداشته است. بنابراین، قطع استمرار خدمات عمومی می‌تواند یکی از جهات کنترل قضایی محسوب شود.

۵. نتیجه‌گیری

اصل تداوم یا استمرار خدمت عمومی به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر خدمات عمومی، در هیچ‌یک از قوانین ایران صراحتاً به رسمیت شناخته نشده است، اما همان‌طور که پیش‌تر گفته آمد بر اصل استمرار خدمت عمومی آثاری مترتب است که این آثار در قوانینی که از آن نام بردیم مورد تصریح قرار گرفته. لزوم انجام وظیفه در ساعت اداری، لزوم رعایت تشریفات مربوط به استعفا و مرخصی، ورود و خروج به موقع کارمندان آثاری می‌باشند که در قوانین و مقررات اداری ایران بدان تصریح گردیده است. مطالعه آراء دیوان عدالت اداری در خصوص جایگاه اصل استمرار خدمات عمومی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری این نتیجه را دربرداشت که این اصل در آراء دیوان به ندرت مورد استناد صریح واقع شده است، ولیکن تحقیق و جستجو در آراء هیأت عمومی دیوان ما را بدین نتیجه رساند که اصل استمرار و تداوم مبنای صریح آراء این هیأت نبوده، اما این اصل، تلویحاً در برخی از آراء هیأت عمومی مورد استدلال قضات دیوان قرار گرفته است. مسلماً دیوان در برخی قضا یا هنگام صدور حکم به این اصل نظر داشته است؛ برای مثال، می‌توان به ابطال بند ۱ مصوبه شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان البرز مبنی بر استمرار تعطیلی روزهای پنج‌شنبه دستگاه‌های اجرایی از سوی دیوان اشاره نمود. درواقع تعطیل ناپذیری اداره و اهمیت آن به عنوان یک اصل، سبب صدور رأی دیوان مبنی بر ابطال مصوبه مورد اعتراض بوده است. از آنجا که طبق ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) یکی از وظایف هیأت عمومی، صدور رأی ایجاد وحدت رویه است و چون آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در برخی موارد می‌تواند رویه‌ساز باشد لذا استناد قضات هیأت عمومی دیوان به اصل «استمرار خدمت عمومی»، موجب شناسایی این اصل و ورود آن به ادبیات حقوق اداری و در برخی موارد

نیز منجر به ایجاد رویه می‌گردد. فلذا مطابق ماده ۹۰ قانون دیوان عدالت اداری، رأی ایجاد رویه برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی لازم‌الاتباع است. همچنین استمساک به اصل مذکور در انشای آراء دیوان و صدور آرائی که تضمین‌کننده این اصل باشد موجب می‌شود که هم ادارات این اصل را سرلوحه انجام وظایف خود قرار داده و خدمات را به‌طور مداوم ارائه دهند و هم شهروندان در صورت مشاهده تخلف اداره از این اصل به دیوان عدالت اداری شکایت نموده و از حقوق تضییع‌شده خود، دفاع و تقاضای اعاده کنند و یا از تضییع حقوق خود با توسل به این اصل جلوگیری نمایند.

لازم به ذکر است که اصل استمرار در سایر کشورهای جهان یا در قوانین اساسی مورد شناسایی قرار گرفته یا در کدهای اداری مدوّن و یا در رویه قضایی، شناسایی شده، اما - همان‌طور که بیان شد - اصل استمرار خدمات عمومی در هیچ‌یک از قوانین ایرانی صریحاً تعریف یا شناخته نشده. بنابراین، شناسایی اصل استمرار توسط رویه قضایی دیوان عدالت اداری به عنوان یکی از منابع قاعده‌ساز و توجه قضات دیوان به اصل استمرار به عنوان یکی از اصول حقوقی مهم حقوق عمومی و بالأخص حقوق اداری شایسته توجه است و نقش مهمی در ارتقاء نظارت قضایی دیوان عدالت اداری داشته، می‌تواند به یکی از جهات نظارت قضایی نیز تبدیل شود و درنهایت، نفع شهروندان را در برابر اداره بهتر تأمین نماید.

فهرست منابع:

کتاب

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱).
- مقالات و پایان‌نامه‌ها
۱. جلالی، محمد و ابوالقاسم تنگستانی، «حق اعتصاب کارمندان بخش عمومی، ممنوعیت یا محدودیت، مطالعه مقایسه‌ای نظام فرانسه، انگلستان و ایران»، فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، ش ۳ (پاییز ۱۳۹۱).
۲. حیدری، فروغ، «اصول حاکم بر خدمات عمومی در رویه‌های اداری و قضایی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، استاد راهنما: محمد جلالی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (تابستان ۱۳۹۴).
۳. رضایی زاده، محمدجواد و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی ایران»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، ش ۵ (زمستان ۱۳۹۱).

قوانین

۱. قانون اساسی ایران
۲. قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶)
۳. قانون هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری (مصوب ۱۳۷۲)

منع ملاقات با فرزند مشترک در تقابل با مصلحت کودک

سید حمیدرضا جلالی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۰۲

تاریخ: ۱۳۹۵/۰۲/۰۵

خواسته: صدور حکم منع ملاقات با فرزند مشترک

مرجع رسیدگی: شعبه سوم دادگاه عمومی خانواده شهرستان قزوین

متن رأی دادگاه عمومی خانواده

درخصوص دادخواست تقدیمی آقای (...) به طرفیت خانم (...) به خواسته صدور حکم منع ملاقات با فرزند مشترک به این شرح که طرفین سابقاً در عقد نکاح یکدیگر بوده و دارای دو فرزند مشترک می‌باشند که پس از متارکه، حضانت فرزندان به خواهان واگذار گردیده است؛ حالیه خواهان، مدعی است که فرزند بزرگ‌تر به نام علی، حاضر به ملاقات و دیدار مادر خود نمی‌باشد و فرزند کوچک‌تر به نام امیرعباس نیز پس از ملاقات با مادر دچار استرس شدید شده و بیماری یبوست بر وی عارض می‌شود و پزشکی نیز این امر را تأیید نموده است. فلذا استدعای صدور حکم به شرح خواسته را دارد. دادگاه نظر به محتویات پرونده و استماع اظهارات طرفین و احد از فرزندان مشترک؛ اولاً، رابطه مادر و فرزندى بین صغار و خوانده را محرز می‌داند و ثانیاً با توجه به اینکه مطابق ماده ۱۱۷۴ قانون

* وکیل دادگستری و دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی.



مدنی در صورت مفارقت بین ابوبن هریک از ایشان که طفل تحت حضانت وی نیست حق ملاقات با فرزند خود را دارد و گرچه قانونگذار این حق را برای ابوبن مقرر نموده است لیکن بدیهی است ملاقات، امری دو طرفه بوده و طفل نیز محق برای ملاقات می باشد و نیاز به دیدار والدین خود دارد و نمی توان مادر و فرزند را از این حق خود با دستاویز قرار دادن بعضاً امور واهی و یا سایر علل که مکرراً در اختلاف فیما بین زوجین مشاهده می شود محروم کرد؛ ثالثاً، بسیاری مورد ادعای خواهان با توجه به سن طفل، یک بیماری عادی محسوب می شود که با مراقبت و رسیدگی بیشتر که معمولاً توسط مادر این رسیدگی به صورت صحیح تر انجام می شود قابل پیگیری و درمان است و گواهی پزشک مبنی بر اینکه طفل باید به دور از فضای استرس و تشنج باشد ماهیتاً صحیح است لیکن در این دعوی و برای منع ملاقات طفل با مادر قابل استناد نیست زیرا جراح عمومی، صلاحیت اظهارنظر در امور روانشناسی و روانشناختی که در حوزه صلاحیت روان پزشک و روانشناس و مشاوران مربوط می شود را ندارد. ضمن اینکه مشارالیه پزشک متخصص اطفال هم نیست تا حداقل در حوزه اطفال نظر وی قابل اعتبار باشد و مشخص نیست به چه مجوزی نسبت به صدور این گواهی اقدام نموده است؛ رابعاً، با مصاحبه حضوری با احد از فرزندان مشترک، برای دادگاه عدم تمایل وی برای ملاقات با مادرش محرز نگردید و اطفال معمولاً در این سن به راحتی تحت تأثیر سخنان و رفتار اطرافیان قرار می گیرند و فی الحال مدت زیادی است که وی از ملاقات با مادر خود به بهانه بیماری منع شده است و این مفارقت طولانی و تلقین این امر که ملاقات با مادر موجب استرس و ناراحتی وی و خانواده را فراهم می آورد بی تأثیر در خصوص ادعای خواهان و اظهارات سطحی طفل نیست، طرفین پس از اختلاف زیاد و سرانجام با طلاق توافقی از یکدیگر جدا شده اند و زوجه حضانت طفل را با داشتن حق ملاقات با اطفال با خواهان مورد توافق قرار داده است و اولاً موجبی برای بر هم زدن این توافق وجود ندارد و ثانیاً چه بسا ناراحتی های روحی اطفال ناشی از طلاق و اختلاف پدر و مادر باشد. طرفین با توجه به اظهاراتشان حتی پس از طلاق نیز در مورد انجام ملاقات اطفال به نحو صحیح و شایسته با هم برخورد نکرده و ملاقات های هفتگی به صورت آرام انجام نشده است و همین امر نیز می تواند مزید بر علت باشد

و موجب لطمات روحی به اطفال را فراهم بیاورد درحالی که یک والدین مسئول و دلسوز حتی پس از طلاق نیز به جهت جلوگیری از لطمات روحی ناشی از آن به فرزندان نشان و کاهش آثار سوء طلاق می‌بایست سعی و تلاش لازم را به عمل آورده و از انتقال اختلافات خود به فرزندان جلوگیری نمایند که در مانحن‌فیه اظهارات طرفین برخلاف این را نشان می‌دهد؛ خامساً، بدون شک در مانحن‌فیه صدور حکم منع ملاقات به مصلحت و غبطه اطفال نبوده و دادگاه ملزم به رعایت مصلحت ایشان می‌باشد. از طرفی مادر، سمبل مهر و عطوفت و دلسوزی است که آغوش وی ملجأ آرامش اطفال و تسکین دردها و آلام روحی و جسمی ایشان می‌باشد و حتی توافق طرفین مبنی بر ملاقات هر دو هفته چند ساعت محروم نمودن اطفال از امور مذکور است و مطابق با ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده دادگاه ملزم به ترتیب اثر دادن به آن نمی‌باشد، علی‌الهذا نظر به جمیع مراتب معنونه، دادگاه خواسته خواهان را قابل اجابت ندانسته و مستنداً به مواد مذکور و ماده ۴۵ قانون اخیرالذکر ضمن صدورحکم بر بطلان دعوی طرفین ارشاد به حل و فصل اختلافات به دور از سرائت آن به اطفال و تلاش در جهت کاهش آثار سوء طلاق نسبت به ایشان می‌شوند. این رأی ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان قزوین می‌باشد.

مقدمه

تا زمانی که خانواده سیر طبیعی خود را طی می‌کند و فرزندان در کنار ابویین خویش زندگی می‌کنند نگهداری و تربیت کودک، حق و تکلیف مشترک آنان است (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی) و زن و شوهر، مکلف به تشییع مبنای خانواده‌اند (ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی). با این حال ممکن است کانون گرم خانواده از هم پاشیده شود و میان زوجین مفارقت حادث گردد. انعقاد و انحلال زوجیت نیز همچون سایر روابط حقوقی، تحت شرایطی خاص دارای آثار و پیامدهایی است که به واسطه حساسیت نهاد خانواده و به مثابه خشت اول بودن زوجیت در بنای این نهاد مقدس، توجه ویژه قانونگذار را در این زمینه می‌طلبد. ازجمله آثار مهم بعد از جدایی زوجین، مسئله حضانت و سرپرستی، حق ملاقات و... فرزندان است که در ایام زندگی زناشویی انشاء شده‌اند.

بعد از آنکه کودک به موجب حکم قانون و یا توافق ابوينشان تحت حضانت پدر یا مادر قرار گرفتند برای طرف دیگر حق ملاقات ایجاد می شود (ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی)؛ حتی که اگرچه قانونگذار به موجب نص ماده معنونه برای ابوين قائل گردیده است اما قطعاً منافع و مصالح کودک تحت حضانت نیز انتفاع از این حق را می طلبد. مع ذالک همان گونه که حضانت کودک، تحت شرایط قانونی، از پدر و مادرش قابل سلب و سقط است (مواد ۱۱۷۰ و ۱۱۷۱ قانون مدنی) به نظر می رسد حق ملاقات با کودک نیز بنا به شرایطی این امکان را داشته باشد. اگرچه قانونگذار در این خصوص به مانند موضوع حضانت، صراحت ندارد اما با کاوش در اسناد داخلی و بین المللی و همچنین مقایسه حقوق محض و موضوعه، قصد قانونگذار و سایر منابع مورد استفاده در نظام حقوقی ایران می توان به نتایج مطلوب دست یافت.

منع ملاقات با فرزند مشترک به عنوان خواسته ای که اخیراً احکام متعددی پیرو آن صادر شده است موضوع حکمی است که در این مقال، قصد نقد و بررسی آن را داریم؛ حق ملاقات و یا منع آن و یا سایر احکام قانونی در جهت نیل به هدف عالی عدالت و درستی وضع گردیده اند اما گاهی به ابزاری برای انتقام جویی مبدل می گردد که خواسته یا ناخواسته به بخشی از یک نظام اجتماعی آسیبی وارد می سازد که اغلب غیر قابل جبران است.

در دعوای مورد بحث در این مقاله، خواهان (پدر) که حضانت دو فرزند مشترک با مادر مطلقه را برعهده دارد درصدد است تا با ارائه دلایل و مدارک سطحی من جمله عدم تمایل فرزند بزرگ تر به ملاقات با مادر و عارض شدن بیماری یبوست که ناشی از استرس شدید فرزند کوچک تر در اثر دیدار با مادر می باشد و همچنین با ارائه گواهی پزشکی عمومی، دادگاه را به صدور حکم منع ملاقات با فرزندان مشترک قانع نماید که پیرو آن، دادرس دادگاه در دادنامه صادره به صورت کاملاً هوشمندانه به تبیین مصالح کودکان موضوع اختلاف و عدم کفایت و اعتبار ادله ارائه شده جهت صدور حکم مورد خواسته اشاره می کند و در همین راستا ما نیز می کوشیم تا با تحلیل و بررسی حقوقی و اندک تعمق روانشناسانه، موضوع منع ملاقات و تقابل آن با مصلحت کودک را با شفافیتی شایسته و تا حدودی در تأیید دادنامه صادره ارائه نماییم.

گفتار اول) حق ملاقات با فرزند مشترک

براساس ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوبین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند هریک از ابوبین که طفل تحت حضانت او نمی باشد حق ملاقات طفل را دارد ...». بنابراین برای ایجاد حق ملاقات، طفل باید تحت حضانت یکی از زوجین باشد و مادامی که تحت حضانت است برای سرپرست، تکلیف به مهیا ساختن شرایط ملاقات ایجاد می شود.

قانون درباره «حضانت» صراحتاً تعریفی ارائه نداده است ولیکن از لحاظ حقوقی می توان چنین تعریف نمود: «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطاء کرده است».^۱

آنچه مسلم است اینکه حضانت، امری است غیرمالی و براساس ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۰۳ با رسیدن طفل به سن بلوغ شرعی که در پسر پانزده سال قمری و در دختر نه سال قمری است، موضوع حضانت (امر غیرمالی) منتفی است و فرد بالغ (پس از بلوغ شرعی) می تواند بنا به میل و اراده خویش با هریک از والدین و اجداد خود زندگی کند. بنابراین، حق ملاقات فی الجمله در ایام ماقبل بلوغ شرعی ایجاد می گردد اما آیا بعد از بلوغ شرعی امکان ملاقات صرفاً با اختیار فرزند تازه بالغ شده است؟ آیا اراده احد از والدین و یا اجدادی که با او زندگی می کند در این تصمیم گیری دخیل نیست؟ و آیا فرزند بالغ کمتر از هجده سال به دیدار با والدینش نیازمند نمی باشد؟

درمورد ملاقات فرزند بالغ کمتر از هجده سال با عنایت به منطوق ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)، چنانچه مصلحت و غبطه کودک یا نوجوان ایجاب کند صدور حکم ملاقات چنین فرزندی با هریک از والدین و تهیه الزامات آن توسط طرف دیگر، بلاشکال است و احراز این امر با دادگاه می باشد.^۲ و قدر مسلم آنکه سن رشد، خاتمه و پایانی است برای حضانت و به تبع آن، برای حق ملاقات.

۱. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی، خانواده (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹)، ج ۲، ص ۱۳۹؛

سیدحسن امامی، حقوق مدنی (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵)، ج ۱۱، ص ۱۸۷.

۲. نظریه شماره ۷/۳۹۹ - ۱۳۹۲/۲/۲۴ اداره حقوقی قوه قضاییه.

براساس رویه قضایی حاضر، دادگاه‌ها عموماً به بازه زمانی بین بیست و چهار تا هفتاد و دو ساعت در هفته به عنوان حق ملاقات برای طرف غیرسرپرست در نظر می‌گیرند؛ یعنی کودک مشترک میان زوجین عملاً تا حداکثر چهل درصد هفته را می‌تواند با عنوان حق ملاقات و تا حداقل شصت درصد هفته را به عنوان حضانت، با والدین خود زندگی کند. بنابراین، حق ملاقات، حقی است همانند حق حضانت اما کم‌رنگ‌تر از آن، و از این‌رو قانونگذار در قانون مدنی فقط به یک ماده درخصوص حق ملاقات اکتفا نموده است چراکه با اندک تأملی بسیاری از احکام حضانت نسبت به حق ملاقات قابل تسری می‌باشد.

گفتار دوم) رعایت مصلحت کودک در قانون مدنی و حمایت خانواده

قانونگذار در مصوبات و مواد قانونی متعددی به حقوق کودک پرداخته است. مادامی که پدر و مادر با هم زندگی مشترک دارند سرپرستی و نگهداری کودکان، هم حق و هم تکلیف آنان است (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی) اما زمانی که والدین به هر دلیلی، ازجمله طلاق از هم جدا شدند کودکان نیز بالطبع با پدر یا مادر خود زندگی خواهند کرد که آثار حقوقی ویژه خود را خواهد داشت و از آن جمله است حق ملاقات (ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی) برای کودک و طرف دیگر.

بند اول) ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی

تنها ماده‌ای که در قانون مدنی به «حق ملاقات» پرداخته است ماده ۱۱۷۴ است که مقرر دارد: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوبین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند هریک از ابوبین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات طفل را دارد...». درواقع قانون مدنی با این مقرر، حق ملاقات با طفل را به رسمیت شناخته است اما همان‌طور که از منطوق ماده مشخص می‌باشد این حق را صرفاً برای هریک از ابوبین طفل قائل است بدون آنکه به نیاز طفل به ملاقات با والدینش توجه داشته باشد؛ همچنین ذیل ماده معنونه مقرر دارد: «... تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف ابوبین با محکمه است»؛ یعنی به‌گونه‌ای امر ملاقات با طفل را همانند سایر حقوق مالی بدون توجه به نیاز کودک، میان ابوبین قابل توافق دانسته است؛ حال

این سؤال مطرح می‌شود که اگر مادری فرزندش را با پدر مورد توافق قرار دهد و علی‌رغم نیاز کودک به هیچ‌وجه حاضر به دیدارش نباشد آیا می‌توان مادر را الزام به ملاقات نمود؟ پاسخ در قوانین اخیرالتصویب نظام حقوقی ایران قابل جست‌وجوست که مآلاً به آن خواهیم پرداخت اما آنچه مسلم است اینکه ماده مذکور فاقد شفافیت لازم در موضوع ملاقات با طفل می‌باشد بی‌آنکه ذره‌ای به مصلحت کودک توجه داشته باشد و تنها در صورت اختلاف است که محکمه، آن هم به تقاضای یکی از طرفین ورود می‌کند و مکلف به رعایت مصلحت طفل در تصمیم خود است. بنابراین، مصلحت‌گرایی در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی و سایر بخش‌های این قانون و اصول کلی حقوقی و آنچه که باید باشد استنباط می‌گردد درحالی‌که قانون باید از شفافیت برخوردار باشد. مع‌ذالک اگرچه در این ماده فقط به حق ملاقات برای ابوبن تصریح شده است اما این حق را نه تنها برای طفل می‌توان قائل بود، بلکه اجداد پدری و مادری نیز حق ملاقات طفل را خواهند داشت و چنانچه ملاقات طفل از جانب سایر خویشاوندان به تشخیص دادگاه، ضروری یا مفید باشد دادگاه سرپرست طفل را ملزم به فراهم آوردن این امکان می‌کند.^۱

بند دوم) مواد ۴۱-۴۲-۵۴ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)

قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) از ابتکارات بی‌نظیر قانونگذاری ایران در حوزه حقوق خانواده به‌ویژه در بخش مربوط به حقوق اطفال می‌باشد به‌گونه‌ای که برای مصلحت طفل، محوریتی اساسی قائل است و هر مانعی را بر سر راه مصلحت کودک، وادار به تمکین و تعظیم می‌کند. ازجمله این مواد، ماده ۴۱ این قانون است که چه بسیار آگاهانه مقرر داشته است: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت اوست یا ... می‌تواند درخصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا... با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند». بنا بر ماده مذکور حتی توافقات راجع به حق ملاقات با کودک، مابین والدینش در صورتی که خلاف

۱. بیات، شیرین، بیات، فرهاد، شرح جامع قانون مدنی (تهران: انتشارات ارشد، ۱۳۹۴)، ص ۵۲۷.

مصلحت کودک باشد می‌تواند توسط محکمه ملغی‌الاثراً گردد و نهایتاً در صورت ممانعت از فراهم آوردن امکان ملاقات، امر حضانت را به دیگری واگذار کند.

همچنین به موجب ماده ۴۲ این قانون، طفل را نمی‌توان بدون رضایت ولی، قیم، مادر و... از محل اقامت مقرر بین طرفین به محل دیگر و یا خارج از کشور فرستاد مگر آنکه دادگاه آن را به **مصلحت** طفل تشخیص دهد که البته این استثناء نیز با در نظر گرفتن حق ملاقات اشخاص ذی حق خواهد بود و بدین ترتیب اجازه جابجایی و یا سفر طفل به خارج از کشور را می‌دهد و تأمینات لازم را از سرپرست متقاضی اخذ می‌نماید.

قانونگذار در تبصره ماده ۴۱ قانون مزبور، قوه قضاییه را مکلف به تهیه ساز و کار مناسب با مصالح خانواده و کودک، برای نحوه ملاقات والدین با طفل نموده است و با تعیین مجازات برای سرپرستی که مانع ملاقات می‌گردد از این حق به نحو احسن حمایت کرده است (ماده ۵۴) و این حمایت را تا جایی ادامه می‌دهد که حتی اگر خود کودک هم حاضر به ملاقات با والدینش نباشد با تدابیر لازم از قبیل ارجاع موضوع به مددکار اجتماعی یا مرکز مشاوره خانواده در ایجاد تمایل طفل به ملاقات تلاش خواهد کرد و در صورتی که برای دادگاه محرز شود اجرای حکم ملاقات کودک، به سلامت روانی وی آسیب خواهد زد اجرای آن را تا آمادگی طفل به تأخیر خواهد انداخت (ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی).

از آنچه قانونگذار در قانون حمایت خانواده تدبیر نموده چیزی جز مصلحت‌گرایی بی‌قید و بند کودک برداشت نمی‌شود. بدیهی است در غیر این صورت قانون نیازمند اصلاح خواهد بود.

بند سوم) ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)

ماده ۴۵ قانون مزبور، حکم مطلق را به «رعایت مصلحت کودک» داده است. طبق این ماده «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است». اطلاق این ماده دربردارنده تصمیمات مربوط به حق ملاقات کودکان هم می‌باشد.

گفتار سوم) رعایت مصلحت کودک در اسناد بین‌المللی

اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق کودک بر محوریت رعایت بالاترین مصلحت کودک، در همه تصمیم‌گیری‌های مربوط به وی از جمله حق ملاقات تأکید دارند مهم‌ترین اسناد در این زمینه عبارتند از:

بند اول) کنوانسیون حقوق کودک^۱

در بند ۱ از ماده ۳ کنوانسیون مزبور، بر تأمین منافع کودکان در کلیه اقدامات مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی، و ارگان‌های حقوقی تأکید شده و با توجه به عمومیت عبارت «کلیه اقدامات» این اقدامات شامل تصمیم‌گیری در زمینه مراقبت، حضانت و منع جدایی کودک از والدین هم می‌باشد. همچنین طبق بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون یادشده، تصمیم‌گیری درخصوص مراقبت از کودکان باید با محوریت منافع کودکان باشد.

مطابق بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون مذکور، «حکومت‌ها موظف‌اند به مسئله حضانت توجه داشته باشند و اطمینان بدهند والدین را از کودک جدا نکنند مگر در مواردی که جدایی کودکان از پدر و مادر به نفع کودک باشد؛ مثل آنکه مورد سوءاستفاده والدین قرار گیرد».

همچنین در بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون فوق‌الذکر مقرر شده است «در کشورهای طرف کنوانسیون حق کودکی که از یکی یا هر دو والدین جدا شده را مبنی بر حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین به‌طور منظم رعایت خواهد نمود مگر در مواردی که مغایر منافع کودک باشد».

ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک، نخستین ماده‌ای است که به موضوع حضانت و سرپرستی کودکان و حقوق آنها نسبت به والدین و بالعکس پرداخته است. برخی مفسران از این ماده با عنوان «حق جدا نشدن کودک از والدین» یاد می‌کنند. طبق ماده ۹ کنوانسیون مزبور، بالاترین مصلحت کودک، بودن در کنار والدین و حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین به‌طور منظم می‌باشد و

۱. این کنوانسیون در ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ مورد پذیرش مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و از ۲ سپتامبر ۱۹۹۰ لازم‌الاجرا شده است. تاکنون ۱۹۳ کشور آن را تصویب کرده‌اند.

اثبات خلاف آن از سوی ذی‌نفع می‌تواند موجبات رد حکم یادشده را فراهم آورد. خود پاراگراف اول ماده مذکور (۹) اولین استثناء را بر حق کودک بر عدم جدایی از والدینش ایجاد می‌کند. و با توجه به فحوای ماده یادشده، شرایط اعمال این استثناء عبارتند از: الف) لزوم جدایی به‌منظور تأمین بالاترین مصلحت کودک؛ ب) رسیدگی قضایی از سوی مقام صلاحیتدار؛ ج) شریک و سهیم بودن همه اشخاص درگیر در امر حضانت کودک در رسیدگی قضایی؛ د) فراهم بودن امکان رابطه مستقیم کودک با والدین؛ هـ) اطلاع یافتن کودک یا اقربای او از محل نگهداری فرد غایب از محیط خانواده - که از سوی دولت زندانی شده‌اند - در اولین فرصت ممکن.^۱ در ماده ۲۰ کنوانسیون حقوق جهانی کودک، موضوع حمایت کودک در دوره جدایی از والدین مطرح شده، حکومت‌ها را مکلف کرده است در این دوره به کودک کمک کنند. در بند ۲ ماده ۲۷ کنوانسیون مزبور نیز تأمین شرایط مطلوب برای کودک، نخستین وظیفه والدین و سرپرست اوست.

جمهوری اسلامی ایران نیز ازجمله کشورهایی است که کنوانسیون حقوق کودک را در ۵ سپتامبر ۱۹۹۰ امضاء و در آگوست ۱۹۹۴ (اسفند ۱۳۷۲) تصویب کرده است. روند مصوباتی قانونی پس از تصویب کنوانسیون حقوق کودک بیانگر مطابقت روزافزون قوانین داخلی با اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق کودک است؛ ازجمله تجدیدنظر در قانون مدنی درباره سن نکاح، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۱ (اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی)، تجدیدنظر در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی درباره حضانت اطفال، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در آذرماه ۱۳۸۲ مبتنی بر اینکه سن حضانت اعم از پسر و دختر تا هفت سالگی با مادر است، پیش‌بینی آیین دادرسی خاص ویژه کودکان بزه‌کار زیر هجده سال در قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب سال ۱۳۷۸)، و قانون مهم «حمایت کودکان و نوجوانان» (مصوب ۲۹ مردادماه ۱۳۸۱) که از نه ماده تشکیل شده است. طبق ماده ۱ آن، اشخاص زیر هجده سال شمسی از حمایت این قانون بهره‌مند می‌شوند. در این قانون هرگونه اذیت و آزار کودکان و نوجوانان که سلامت جسم یا

۱. سوده ناطق‌نوری، «معیاری برای هر دو نظام بالاترین مصلحت کودک»، پژوهش‌های فقه و حقوق

روان آنان را به مخاطره بیندازد، ممنوع می‌باشد. مطابق ماده ۴، هرگونه صدمه و اذیت و آزار و شکنجه جسمی و روحی کودکان و نادیده گرفتن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی و ممانعت از تحصیل آنان منع شده است. در ضمن، کودک‌آزاری از جرائم عمومی محسوب می‌شود و نیاز به شاکی خصوصی ندارد (ماده ۵ قانون) و اشخاص و مؤسسات و مراکزی هم که به‌نحوی مسئولیت نگاهداری و سرپرستی کودکان را برعهده دارند مکلف‌اند به محض مشاهده کودک‌آزاری به مقامات صالح قضایی جهت پیگرد اطلاع دهند.^۱

روند تطابق قوانین داخلی با مقررات اسناد بین‌المللی نشان‌دهنده درک قانونگذار از محوریت مصلحت کودک در کلیه تصمیم‌گیری‌های حقوقی و کیفری است و در صورتی که آراء صادره این مهم را به نحو احسن تأمین نکنند باید آن را از موارد قابل شکایت در مرجع تجدیدنظر و محکمه انتظامی قضات دانست.

بند دوم) اعلامیه جهانی حقوق کودک

اصل ۶ اعلامیه جهانی حقوق کودک به سرپرستی و حضانت کودک توجه و بر آن تأکید کرده است. طبق این اصل «کودک جهت پرورش کامل و تعادل شخصیتش نیاز به محبت و تفاهم دارد و باید حتی‌الامکان تحت توجه و سرپرستی والدین خود و به هر صورت در فضایی پرمحبت، در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد. کودک خردسال را به جز در موارد استثنائی نباید از مادر جدا کرد. جامعه و مقامات اجتماعی موظف‌اند به کودکان بدون خانواده و کودکان بی‌بضاعت توجه کنند. کمک‌های نقدی دولت و دیگر تسهیلات جهت تأمین و نگاه‌داری فرزندان خانواده‌های پرجمعیت توصیه می‌شود».

این اصل بر عدم جدایی مادر و فرزند به‌شدت تأکید دارد مگر در موارد استثنائی، و این خود نشان‌دهنده اهمیت تعامل مادر با فرزند و تأکید بر نیاز کودک به محبت مادری است. مادامی که تصمیمات مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب مجالس مقننه داخلی نرسیده باشد هیچ‌گونه تعهد و مسئولیت سیاسی و

۱. بابک پورقهرمانی‌گل‌تپه، «نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن»، رواق اندیشه،

قانونی برای ممالک عضو ایجاد نمی‌کند و صرفاً جنبه توصیه دارد؛ از جهتی دیگر اگر هنگام رأی‌گیری و تصویب اعلامیه‌ای در جلسه مجمع عمومی کشوری، رأی موافق داده باشد از نظر عرف بین‌المللی منجر به ایجاد مسئولیت اخلاقی جهت اجرای آن اعلامیه، برای او می‌گردد و بدین ترتیب مصوبه مجمع عمومی سازمان ملل متحد به‌طور غیرمستقیم جزء منابع حقوق داخلی است. بنابراین با توجه به مراتب فوق و با عنایت به اینکه نماینده دولت ایران در جلسه مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ مجمع عمومی حضور داشته، به اعلامیه حقوق کودک رأی موافق داده است، می‌توان ادعا کرد «اعلامیه جهانی حقوق کودک» از منابع غیرمستقیم حقوق داخلی می‌باشد^۱ و درمورد آراء صادره مربوط به حق ملاقات تأثیر می‌گذارد.

بند سوم) اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲

از آنجا که در این اعلامیه جهانی حق همه افراد از حیث برخورداری از حقوق مندرج در آن شناسایی شده و به دیگر سخن، مفاد اعلامیه حالت اطلاق دارد می‌توان گفت کلیه کودکان بدون تبعیض مشمول مقررات مصرح در این سند بین‌المللی‌اند.^۳ در بند ۲ ماده ۲۵ اعلامیه مزبور توجه به حقوق کودک تصریح شده است. طبق این بند «دوره مادری و دوره کودکی، سزاوار توجه و مراقبت ویژه است. همه کودکان اعم از آنکه با پیوند زناشویی یا خارج از پیوند زناشویی به دنیا بیایند باید از حمایت اجتماعی یکسان برخوردار شوند». آنچه اهمیت دارد رعایت حقوق اجتماعی کودک در جامعه و حمایت قانون از او در برابر سایر افراد است، زیرا کودک بدون پشتیبانی قانونگذار امکان دفاع از خود را ندارد و عدم توجه به

۱. شیرین عبادی، حقوق کودک (نگاهی به مسائل حقوق کودک در ایران) (تهران: روشنگران، ۱۳۷۱)، ص ۲۰۸.

۲. اعلامیه حقوق بشر «universal declaration of human rights» (۱۹۴۸) سه سال پس از تأسیس سازمان ملل متحد در مجمع عمومی این سازمان با سی ماده در تاریخ ۱ دسامبر ۱۹۴۸ (روز بین‌المللی حقوق بشر) با چهل و هشت رأی مثبت از جمله رأی دولت ایران به تصویب رسید. این اعلامیه که برای سنجش رفتار کشورها به کار می‌رود یک پیمان بین‌المللی است و هدف آن، تضمین حقوق و آزادی‌های برابر برای همه مردم می‌باشد.

۳. خسرو برادری، «حقوق کودک در اسناد بین‌المللی، چگونگی اجرای حقوق کودکان در سرزمین‌های اشغالی»، مجله کانون وکلا، شماره ۲۰۶ (۱۳۸۸): ص ۱۲۹.

بالاترین مصلحت کودک در همه احکام مربوط به او، ازجمله حق ملاقات با والدین می‌تواند آسیب‌های جبران‌ناپذیری به وی وارد سازد.^۱

بند چهارم) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲

در این میثاق مواد مرتبط با لزوم رعایت مصلحت کودکان در تصمیم‌گیری مربوط به آنها وضع شده است. طبق بند ۱ ماده ۲۴ این میثاق «هر کودکی بدون هیچ‌گونه تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی مکت، یا نسب باید از تدابیر حمایتی که به اقتضای وضع صغیر بودنش از طرف خانواده او و جامعه و حکومت کشور او باید به عمل آید برخوردار گردد». در این سند بین‌المللی حقوق بشری نیز به حقوق کودکان و اهمیت منافع آنان توجه شده است.

گفتار چهارم) ایجاد عسر و حرج

سخنگوی شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۲/۰۹/۱۰ بخشنامه‌ای صادر کرده بود با این مضمون که در صورت پایان یافتن دوران حضانت مادر که جدایی وی از فرزند، طاق‌فرسا و منجر به عسر و حرج گردد، از این کار ممانعت به‌عمل آید. در این باب از حضرت امام «قدس سره» پرسیده شد: اگر جدا کردن فرزند (پسر) از مادر پس از دو سال، و دختر بعد از هفت سال، موجب مشقت تحمل‌ناپذیر برای او شود، آیا در این حالت هم دادگاه، مادر را ملزم به تحویل دادن کودک به پدر می‌کند یا خیر؟ حضرت امام در پاسخ فرمودند: «در این صورت پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند». این مطلب می‌تواند مثبت محوریت مصلحت باشد، زیرا باید کودک را تا حد ممکن از مشقت ناشی از جدایی پدر و مادر دور داشت و این خود منطبق با رعایت بالاترین مصلحت، حسب مورد است.

۱. ساعی سید محمد هادی و کامیاب منصوری نیلوفر، «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر» فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۴ (۱۳۹۵): ص ۷۸۰.

۲. یکی از عهدنامه‌های سازمان ملل متحد، بر پایه اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی «international covenant on civil and political rights» (مصوب ۱۹۶۶) مجمع عمومی سازمان ملل متحد است. دولت ایران در سال ۱۹۶۸ این میثاق را امضاء کرد و در سال ۱۹۷۵ از تصویب گذراند و بدین ترتیب به آن، اعتبار قانونی بخشید و خود را به آن متعهد ساخت.

گفتار پنجم) یافته‌های روانشناسی

طبق یافته‌های روانشناسی، نیازهای عاطفی، شناختی و اجتماعی کودکانی که پس از طلاق با هر عنوانی ارتباطشان با پدر یا مادرشان قطع می‌گردد به‌گونه‌ای مؤثر برآورده نمی‌شود و ممکن است بر آینده آنان اثرات ناگواری از خود به جای گذارد. و در مواردی که این قطع ارتباط با مادر باشد آثار سوء به مراتب بیشتر است، در صورتی که با سلب این حداقلی‌ترین ارتباط (حق ملاقات) که به‌گونه‌ای کمتر از حضانت می‌باشد از پدر کودک به‌ویژه هنگامی که کودک دختر باشد، تا این میزان مشهود نیست. گسسته شدن روابط بین فرزندان و مادر پیامدهای منفی خواهد داشت. «بالبی»^۱ بر آن است که کنش متقابل میان مادر و فرزند نوعی دلبستگی عاطفی ایجاد می‌کند که این ارتباط عاطفی باعث می‌شود کودک در پی آسایش حاصل از وجود مادر باشد و در آینده این تعامل در رابطه وی با دیگران تأثیر می‌گذارد.^۲

«میشل لامپ (۱۹۷۶)» در نتیجه تحقیقات خود اظهار می‌نماید که نوزادان هنگام اضطراب و هیجان، مادر را بر پدر ترجیح می‌دهند، اما حین بودن پدر و مادر در کنار آنها منهای هر هیجان و اضطرابی، هیچ‌گونه ترجیحی قائل نمی‌شوند. طبق گزارش وی نوزادان هجده ماهه در برابر پدر، رفتاری اجتماعی و رسمی و در برابر مادر، رفتاری حاکی از وابستگی نشان می‌دهند.^۳

یافته دیگر اینکه بین سلامت روانی فرزندی که حضانت آنها به عهده مادرانشان است و فرزندی که حضانت آنان از مادرانشان سلب شده تفاوتی معنادار وجود دارد. نتایج نشان می‌دهد اختلال رفتاری در فرزندی که حضانت مادر از آنها سلب شده بیش از گروهی است که حضانت آنها به عهده مادرشان است. این یافته

۱. روانشناس، روانپزشک و روانکاو انگلیسی که به‌سبب تحقیقات در زمینه رشد کودک و نظریه‌پردازی‌اش بر نظریه دلبستگی، شهرت دارد.

۲. پاول هنری ماسن، *رشد و شخصیت کودک*، ترجمه مهشید یاسایی (تهران: مرکز، ۱۳۸۰)، صص ۱۶۱ - ۱۶۳.

۳. پل آدامز، *روانشناسی کودکان محروم از پدر*، ترجمه خسرو باقری (تهران: مؤسسه فرهنگی منادی تربیت، ۱۳۷۹)، ص ۲۵۲.

با همه یافته‌های مطالعات قبلی درباره به خطر افتادن سلامت روان فرزندان پس از طلاق و سلب حضانت از مادر هم‌خوانی دارد؛ به‌طور مثال، «چپمن»^۱ (۱۹۷۷) و «شین»^۲ (۱۹۷۸) در تحقیقات خود خاطرنشان می‌کنند کودکانی که پس از طلاق، حضانت آنها از مادر سلب شده نیازهای عاطفی، شناختی و اجتماعی آنها به‌گونه‌ای مؤثر برآورده نمی‌شود و ممکن است نتایجی جدی و ناگوار را در آینده تجربه نمایند در صورتی که این امر چندان برای پدران خصوصاً هنگامی که فرزند مورد نظر دختر باشد صادق نیست. گسسته شدن روابط میان فرزند و مادر پیامدهای منفی‌ای دربرخواهد داشت.^۳

بنابراین، بهترین راهکار آن است که به نوعی، کودک را با والدین خود به‌گونه‌ای مؤثر مرتبط ساخت تا از هر دوی آنها بهره‌مند باشد که این کار با برقراری عادلانه و منضبط امکان ملاقات برای طرف غیرسرپرست خصوصاً اگر این فرد مادر باشد میسر خواهد بود.

گفتار ششم) موارد منع ملاقات با کودک

با توجه به مطالب پیشین و نیز اقتضاء رعایت مصلحت کودک، من جمیع جهات، اصل بر وجود حق ملاقات با کودک به عنوان حداقلی‌ترین فرصت ارتباط کودک با پدر یا مادر غیرسرپرست و حق مسلم، هم برای کودک و هم ابویین اوست تا مرهمی برای کاهش آثار سوء جدایی آنها باشد، اما در مواردی نیز مصلحت حکم می‌کند کودک از این حق، محروم و یا دست‌کم با محدودیت، روبرو گردد.

برای مثال، مصادیقی که در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به عنوان موانع حضانت بدان تصریح گردیده، از جمله مواردی است که می‌تواند حسب مورد از موارد منع ملاقات (ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده) و یا محدودیت در زمان و مکان ملاقات (مواد ۶۷ و ۶۸ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده) قرار گیرد.

1. Chapman

2. Shinn

۳. سمین حسینیان، «مقایسه ارتباط سلامت روانی فرزندان مادرانی که حضانت فرزندان را دارند با

فرزندان مادرانی که حضانت فرزندان از آنها سلب شده»، *مطالعات اجتماعی روانشناختی زنان*.

شماره ۲ (۱۳۸۲): ص ۵۶۱.

کودکی که مورد سوءاستفاده دارنده حق ملاقات از طریق اجبار به ورود در مشاغل ضداخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق قرار می‌گیرد (بند ۴ ماده ۱۱۷۳ اصلاحی ۱۳۷۶/۰۸/۱۱) قطعاً دارنده حق ملاقات، صلاحیت نگهداری از کودک حتی برای چند ساعت در هفته را هم نخواهد داشت. در همین راستا ماده ۶۷ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مقرر داشته: «اگر به تشخیص دادگاه نتوان طفل را در ایام ملاقات به تنهایی در اختیار کسی که حق ملاقات دارد قرار داد دادگاه می‌تواند ترتیبی اتخاذ نماید تا چنین ملاقات‌هایی در ساعات محدود و تحت نظر مراکزی که دادگستری تعیین می‌کند صورت پذیرد». و همچنین در مواردی که حتی ملاقات لحظه‌ای کودک با پدر یا مادر خود می‌تواند برای او خطرناک باشد مثل موارد ابتلا به بیماری‌های ساری و یا ابتلا به بیماری‌های روانی که به تشخیص پزشکی قانونی حسب مورد برای کودک و یا پدر یا مادر وی به جهت زیان‌آور بودن توصیه نمی‌شود، با توجه به ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده که بر مصلحت کودک تأکید دارد منع ملاقات و مفارقت ترجیح خواهد داشت.

موارد منع یا تحدید یا سقوط حق ملاقات صراحتاً در قانون بیان نگردیده است و این موارد حسب مورد و بسته به اوضاع و احوال محرز و مشخص در یک اختلاف، توسط دادرس می‌باید با در نظر گرفتن مصالح کودک مورد تشخیص و صدور حکم قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

منع ملاقات با فرزند مشترک در تقابل با بالاترین مصلحت طفل اگر خالی از هرگونه تنافی با آن باشد و در مسیر مصالح کودک قدم گذارد فاقد هرگونه اشکالی است، و بلکه چنین راه حلی در این‌گونه موارد، اولی و انسب است، اما همان‌طور که اشاره شد موضوع ارتباط والدین با کودک از موضوعات بسیار حساس به جهت تأثیراتی است که به لحاظ روانی و شخصیتی در کودک باقی خواهد گذاشت به‌خصوص درمورد تعامل مادر و فرزند که این حساسیت به مراتب بیشتر می‌باشد و باید توجه داشت که عدم تأمین نیاز به تعامل کودک با والدین می‌تواند در آینده خود را در قالب عقده‌های درونی در جامعه بروز داده، خسارات غیرقابل جبرانی به افراد بی‌گناه وارد نماید، از این‌روست که بسیاری از قوانین، مقررات، عهدنامه‌ها و میثاق‌های داخلی و بین‌المللی در راستای تأمین حقوق کودک وضع گردیده‌اند؛ چراکه قطعاً و مسلماً پیشگیری بهتر از درمان است، ولیکن همان‌گونه که پیش‌تر گفته آمد این امر مانع از آن نیست تا اگر بالاترین مصلحت طفل اقتضاء داشت از صدور حکم منع ملاقات امتناع نماییم.

دادرس صادرکننده حکم موضوع نقد به نحو احسن به تبیین مصالح کودکان موضوع دعوی، در دادنامه صادره پرداخته است و حقیقتاً مصلحت اطفال را مبتنی بر اصل که حق ملاقات مادر و فرزند می‌باشد، به‌درستی تمیز و تشخیص داده، به خوبی در ادله توجیحی حکم بیان نموده است و اگرچه به ادله تقنینی مربوط به رعایت مصلحت کودک آن‌طور که باید اشاره ننموده، اما پرواضح است که قلمش سراپا آمیخته به مصالح کودک است، و چه‌بسا هدف جامعه جهانی و حامیان حقوق کودک نیز همین تأمین بالاترین مصلحت کودک می‌باشد.

فهرست منابع:

قوانین، اعلامیه‌ها، کنوانسیون‌ها

۱. اعلامیه جهانی حقوق کودک
۲. اعلامیه جهانی حقوق بشر (مصوب ۱۹۴۸)
۳. قانون مدنی - جلد دوم (مصوب ۱۳۱۳)
۴. قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)
۵. کنوانسیون حقوق کودک (مصوب نوامبر ۱۹۸۹)
۶. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (مصوب ۱۹۶۶)

کتاب و مقالات

۱. آدامز، پل، روانشناسی کودکان محروم از پدر، ترجمه خسرو باقری (تهران: مؤسسه فرهنگی منادی تربیت، ۱۳۷۹).
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱۱ (تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵).
۳. برادری، خسرو، «حقوق کودک در اسناد بین‌المللی، چگونگی اجرای حقوق کودکان در سرزمین‌های اشغالی»، مجله کانون وکلا، شماره ۲۰۶ (۱۳۸۸).
۴. بیات، فرهاد، بیات، شیرین، شرح جامع قانون مدنی (تهران: انتشارات ارشد، ۱۳۹۴).
۵. پورقهرمانی گل‌تپه، بابک، «نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن»، رواق اندیشه، شماره ۲ (۱۳۸۳).
۶. حسینیان، سیمین، «مقایسه ارتباط سلامت روانی فرزندان مادرانی که حضانت فرزندان را دارند با فرزندان مادرانی که حضانت فرزندان از آنها سلب شده»، مطالعات اجتماعی روانشناختی زنان، شماره ۲ (۱۳۸۲).
۷. ساعی، سید محمدهادی و کامیاب منصوری، نیلوفر، «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۴ (۱۳۹۵).

۸. عبادی، شیرین، حقوق کودک (نگاهی به مسائل حقوق کودک در ایران)، ج ۳ (تهران: روشنگران، ۱۳۷۱).
۹. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، خانواده، ج ۲ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹).
۱۰. ماسن، پاول هنری، رشد و شخصیت کودک، ترجمه مهشید یاسایی (تهران: مرکز، ۱۳۸۰).
۱۱. ناطق نوری، سوده، «معیاری برای هر دو نظام بالاترین مصلحت کودک»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶ (۱۳۸۹).

پیوست

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۹۳۰۰۸۵۵

تاریخ: ۱۳۹۵/۰۷/۰۸

مرجع رسیدگی: شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران

تجدیدنظرخواهی آقای (ع) به طرفیت خانم (ف) نسبت به آن قسمت از دادنامه شماره ؟ مورخه ۱۳۹۵/..../ صادره از شعبه یک دادگاه عمومی سوادکوه شمالی که دربردارنده حق ملاقات فرزند مشترک پسر ۷ ساله به نام محمد از ساعت ۱۴ هر پنج شنبه لغایت ۱۸ روز جمعه می‌باشد وارد نیست، زیرا دادنامه تجدیدنظرخواسته به‌درستی اصدار یافته و به‌طور مستدل و مستند بوده و براساس اصول حقوقی و بر پایه ادله و با رعایت موازین قانونی صادر شده است. افزون بر استدلال دادگاه بدوی، کمالینکه بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد که جمهوری اسلامی ایران با حق شرط به آن ملحق شده، که وفق ماده ۹ قانون مدنی ایران در حکم قانون داخلی است به حق داشتن ملاقات مادر با فرزند تصریح و تأکید دارد. بدینسان «در کشورهای طرف کنوانسیون حق کودکی که از یکی یا هر دو والدین جدا شده را مبنی بر حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین به طور منظم رعایت خواهد نمود، مگر در مواردی که این امر مغایر منافع کودک باشد» آنچنانکه دادگاه نخستین نیز این حق بنیادین را درخصوص ملاقات وفق ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ لحاظ قرار داده و در این مرحله از رسیدگی تجدیدنظرخواه ادله یا مدرکی ارائه ننموده که دلالت بر این داشته باشد که این چنین ملاقاتی بین مادر و فرزند خردسال در تعارض با منافع کودک در تصمیم اتخاذشده دادگاه بدوی باشد و صرف ازدواج مجدد مادر و اجازه ملاقات آن هم هر هفته به مدت ۲۶ ساعت، نه تنها ضرر و آسیبی به منافع کودک وارد نمی‌کند، بلکه با توجه به شرایط سنی کودک و لزوم برخورداری از عواطف مادری، این ملاقات در حد متعارف می‌تواند در جهت ارتقاء شخصیت اجتماعی و تربیت اخلاقی کودک مؤثر باشد. از

این رو با مردود بودن تجدیدنظرخواهی به استناد اسناد داخلی و بین‌المللی حقوق بشر یادشده و ماده ۳۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را استوار می‌نماید. این رأی به‌موجب ماده ۳۶۵ قانون یادشده قطعی است.

رئیس شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران

نقش فرزند آوری از طریق دریافت جنین: بررسی حق طلاق زوجه در خصوص بند ۱۰ سند ازدواج

سید احسان رفیعی علوی*

محمد صادق ذوقی**

مشخصات رأی مرحله بدوی، تجدیدنظر

شماره رأی بدوی: ۲۵۴۲ - ۱۳۹۰/۱۲/۲۱

مرجع رسیدگی بدوی: دادگاه عمومی حقوقی چناران

شماره رأی تجدیدنظر: ۱۴۱۱ - ۱۳۹۱/۶/۲۹

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی

شماره دادنامه بدوی: ۱۶۸۶

تاریخ صدور دادنامه: ۱۳۹۰/۱۱/۱۵

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۰۰۵۸۹

تاریخ صدور دادنامه: ۱۳۹۲/۴/۳۱

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

* مدرس حوزه علمیه قم و عضو مدعو دانشگاه امام صادق(ع)

rafiealavy272@gmail.com

** کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)



۱. وقایع پرونده:

در طول تاریخ، خانواده مهم‌ترین واحد و نهاد اجتماعی بوده است؛ چراکه شکل‌گیری شخصیت و ویژگی‌های اخلاقی و رفتاری افراد و نیز آینده آنان در این نهاد به‌ظاهر کوچک اتفاق می‌افتد،^۱ لذا یکی از حوزه‌های مهم هنجاری و حقوقی در جامعه، موضوع حقوق خانواده و نیز وظایف و حقوق هریک از اعضای این نهاد اجتماعی است. ضرورت توجه ویژه به این حوزه از قانون‌گذاری، به دو دلیل نسبت به گذشته افزایش یافته است:

اولاً، در جوامع امروزی تأثیر هنجارپذیری اجتماعی^۲ به‌شدت افول کرده و کاهش پذیرش قواعد اخلاقی، عرفی و فرهنگی باعث کاهش قوام حیات نخستین نهاد اجتماعی (خانواده) شده است.^۳ در مقابل، جامعه امروزین هجوم فزاینده‌ای از این وظایف هنجاری را از قانون و قضاء مطالبه می‌کند. هرچند باید اذعان نمود دامنه و فراخوانی طیف کارکردهای اجتماعی قانون و قضاء در حد و اندازه‌ای است که به‌طور طبیعی و منطقی، گستره اخلاق خانوادگی و تعاملات آن را دربر نمی‌گیرد.^۴

ثانیاً، با تغییر و تحول در ساختار اجتماعی و در پی آن، تغییر و تطور در ماهیت نهادها نقش‌پذیری اجتماعی^۵ نیز دگرگون شده^۶ است. بنابراین، مسائل جامعه امروز نیازمند قواعد حقوقی و فقهی جدیدی است؛ بدان معنا که برای پاسخ به این مستحدث اجتماعی و تهافتات آن، و نیز به‌منظور برخورد با این نهادها و ساختارهای نوین، به پویایی فقهی و حقوقی نیاز دارد. برای مثال، تا پیش از توسعه و فراگیری آفرینش‌شناسی یا ژن‌شناسی،^۷ نیاز و روی آوردن به مسائل فقهی - حقوقی آن احساس

1. Schneider, David, *A Critique of the Study of Kinship*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984, p. 182.

2. Social Values

۳. محمد کاوه، آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی (تهران: نشر جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۹۱)،

ج ۱، ص ۲۹ به بعد.

۴. محمود حکمت‌نیا و دیگران، *فلسفه حقوق خانواده* (تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان تهران،

۱۳۸۶)، ج ۲، ص ص ۱۳۱-۱۳۶.

5. Social Roles

6. Jean Cazeuueuve, *L'avenir de la morale*, Editions du Rocher, 1998, p.17, 23.

7. Genetics

نمی‌شد، اما امروزه شاهد تحول و تطور در این حوزه از فقه خانواده هستیم.^۱ توجه خاص اسلام در فقه متعالی امامیه به مسئله حفظ نسل،^۲ اختلاط نسل^۳ و تأثیر آن در تربیت عمومی جامعه نیز به عنوان چندی از ارزش‌های خانواده در اسلام^۴ نیز موضوع اهمیت را دو چندان نموده است.

از جدیدترین حوزه‌های فقهی - حقوقی که ناشی از تحولات تکنولوژیکی مورد تحول قرار گرفته، مسائلی چون ابوت، بنوت و ولادت است. مهم‌ترین تجلی این امر را می‌توان در موضوع فرزندآوری، روش‌های جدید بارداری، تلقیح مصنوعی، رحم اجاره‌ای و اهداء جنین مشاهده کرد. با ظهور چنین روش‌هایی، سؤالات مهم در مورد انتساب فرزندان به پدر و مادر، حسب و نسب آنان، ارث و وصیت و مسائلی دیگر که مربوط به این حوزه می‌باشد ایجاد شد که بنا به ضرورت ایجادشده باید درصدد پاسخ متناسب فقه و حقوق به این سؤالات برآمد.^۵

اگر موضوع حقوق خانواده و مسائل نوظهور قضایی آن، مبتنی بر آسیب‌شناسی باشد این آسیب‌ها را می‌توان در سه نکته خلاصه کرد:

۱. در حقوق موضوعه، چنین موضوعاتی نبوده است، لذا نصوص و رویه‌های قانونی و قضایی در این خصوص وجود ندارد.

۱. برای مشاهده از آخرین دستاوردهای فقهی در این حوزه نک: محسن غروی‌ان، متن درس خارج فقه ژنتیک مدرسه عالی آیت‌الله العظمی گلپایگانی قم، ۱۳۹۶.

۲. زین‌الدین بن علی بن مشرف عاملی، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام** (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ ق)، ج ۹، ص ۲۷۱.

۳. محمدبن محمد غزالی، **المستصفی من علم الأصول** (به ضمیمه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت)، (بیروت: دار الازرقم بن ابی الارقم، بی تا)، ج ۱، ص ۲۸۷.

۴. شیخ محمدبن حسن خراسانی، **وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه** (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ هـ ق)، ج ۴، ص ۱۸، ج ۲۱، ص ۴۲۱ و ۴۷۸.

۵. برای اطلاع بیشتر درخصوص مسئله‌شناسی نک: سیدطه مرقاتی، «تسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه»، **نشریه مقالات و بررسی‌ها**، ش ۷۵ (۱۳۸۳): ص ۱۲۸ تا ۱۴۸؛ علی‌اصغر حاتم، «لقاح مصنوعی از دیدگاه حقوقی»، **نشریه دیدگاه‌های حقوقی قضایی**، ش ۱۵ و ۱۶ (۱۳۷۸): ص ۵۷ تا ۷۴؛ فهیمه ملک‌زاده، «بررسی مسئله لقاح مصنوعی با رویکرد فقهی - حقوقی»، **نشریه فقه و حقوق خانواده**، ش ۴۸ (۱۳۸۷): ص ۷۶ تا ۹۰.

۲. بنا بر نوظهور بودن این گونه موضوعات، در فقه و مباحث استدلالی فقهاء بحث و گفت‌وگوی تفصیلی انجام نشده است تا بتوان در دامنه علمی آن رویه قضایی را منقح و منضبط نمود.

۳. موضوع سومی که تأثیر مهمی در عقیم ماندن مباحث فقهی و حقوقی در موضوعات مورد بحث دارد، «عدم ماهیت‌شناسی و موضوع‌شناسی» دقیق از مسائل حوزه ژنتیک است. برای مثال، در موضوع رحم اجاره‌ای، بسیار مهم است که: آیا اصولاً درمورد موضوعی چون رحم می‌توان احکام اجاره را جاری کرد یا خیر؟ به‌طور کلی ماهیت رحم اجاره‌ای چیست؟ آیا شکلی از اشکال اجاره انسان تلقی می‌شود؟^۱

لذا با وجود این‌گونه تحولات در حوزه موضوعات فقهی و حقوقی لازم است فرآیندها و تحولات حوزه ژنتیک، مورد بررسی و بازخوانی قرار گیرد تا هم شناخت دقیقی از تحولات ژنتیک که تأثیر فراوان در مباحث فقهی - حقوقی دارد داشته باشیم و هم با نظام جدید مسائل آشنا شویم و این آشنایی می‌تواند مقدمه‌ای باشد برای تبیین معرفت حقوقی در این خصوص.

طرح مسئله:

یکی از موضوعات نوظهور که مباحث و احکام حقوقی را تحت تأثیر قرار داده است، موضوع «ناباروری زوجین» و یا به عبارتی «تلقیح مصنوعی» است که در نحوه تحلیل و برداشت مفسرین و قضات از مواد قانونی تأثیر گذاشته است:

در بند ۱۰ اسناد نکاح آمده است: «اگر با گذشت ۵ سال از ازدواج، زن از همسر خود به خاطر عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر، صاحب فرزندی نشود مرد به زن وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر داده که با مراجعه به دادگاه و دریافت حکم از دادگاه، خود را مطلقه نماید».

موضوع این پژوهش بررسی تحقق حق طلاق زوجه در ناباروری زوج در صدق بند ۱۰ سند نکاحیه می‌باشد که در دادگاه‌های مختلف بدوی و تجدیدنظر مورد تعارض قرار گرفته است.

۱. برای اطلاع بیشتر درباره رویه فقه امامیه در مستحدثات حقوق خانواده نک: ابوالقاسم خویی، مستحدثات المسائل

مطابقه لفتاوی سماحه الامام المرجع الاعلی للمسلمین زعیم الحوزه العلمیه (بغداد: مطبعة الآداب بغداد،

۱۴۰۱ ه.ق.)، ج ۱، ص ۱۴۳.

نکته‌ای که در اینجا ملحوظ نظر در آراء قضایی و در استنادات زوجین بوده است، مسئله رجوع به دادگاه و اجازه دریافت جنین از طریق ظرفیت‌های دانش ناباروری، موضوع قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور می‌باشد.^۱ روش کار این گونه خواهد بود که ابتدا ادله موافقین و مخالفین را بررسی نموده و سپس رویکرد تفصیلی خود را در خصوص مسئله، مورد واکاوی قرار خواهیم داد.

متن رأی

در دو پرونده مشابه، زوجین درحالی که از ازدواجشان بیش از پنج سال می‌گذرد به علت ناباروری زوج، با استناد به تحقق بند ۱۰ قسمت ب شروط ضمن عقد نکاحیه، اقدام به طرح دعوی می‌نمایند. این در حالی است که در هر دو پرونده مسبوق به مراجعه به دادگاه برای طلاق با استناد با این بند؛ هر دو زوجه با مراجعه به دادگاه جهت دریافت جنین، موضوع ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور درخواست داده، جنین دریافت نموده و هم‌اکنون دارای ولد از این طریق هستند. براساس بند ۱۰ سند نکاحیه:

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 داده که با مراجعه به دادگاه و دریافت حکم از دادگاه، خود را مطلقه نماید.

در این خصوص، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب رأی شماره ۱۴۱۱ - ۱۳۹۱/۶/۲۹ با استدلال بر عقیم بودن زوج و تحقق شرط دهم از شروط ضمن عقد، حتی با اهداء جنین، این حق را برای زوجه ثابت دانسته است و براین اساس به زوجه اجازه داده تا با اعمال وکالت مندرج در سند رسمی ازدواج و با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید؛ درحالی که شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی چناران در رأی شماره ۲۵۴۲ - ۱۳۹۰/۱۲/۲۱ به استناد عدم اعمال حق در فرصت معین و بنا به مصلحت فرزند، حکم به اسقاط حق به واسطه پذیرش جنین و فرزند و ذی حق نبودن زوجه می‌نماید.

از سوی دیگر، شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۰۰۵۸۹ مورخ ۱۳۹۲/۴/۳۱ در پرونده کلاسه ۰۰۱۵۸ با این استدلال که دریافت جنین

۱. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور، مصوب بیست و نهم تیر ماه یک‌هزار و سیصد و هشتاد و دو مجلس شورای اسلامی.

به معنای انصراف از استفاده از بند ۱۰ سند نکاحیه می‌باشد، حکم به بی‌حقی زوجه صادر نموده است و از این طریق رأی شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه ۱۶۸۶ مورخه ۱۳۹۰/۱۱/۱۵ در پرونده کلاسه ۱۲۴۷ را تأیید می‌کند. لذا درصدد هستیم تعارض آراء در این دو پرونده به‌همراه ادله اقامه‌شده در هر مورد را، بررسی و در پایان، به‌منظور حل این تعارضات، پاسخ صحیحی به عنوان راهبرد ارائه نماییم:

۲. ادله موافقین و مخالفین حق طلاق زوجه

۲.۱. ادله فقهی حقوقی موافقین حق طلاق زوجه

۲.۱.۱. عواطف انسانی زن نسبت به فرزند و علاقه فرزندآوری زوجه^۱

یکی از ادله‌ای که بر ذی‌حق بودن زوجه اقامه می‌شود دلیلی است روانشناسانه که هدف از ازدواج را توالد و تناسل می‌داند، لذا پس از ازدواج و فروکش کردن هیجانات میان زوجین، آنان به‌منظور پایداری و پایایی زندگی تمایل به بچه‌دار شدن پیدا می‌کنند. بنابراین، هر مانعی که سدّ مسدّد این مسئله باشد روند زندگی خانوادگی را به خطر می‌اندازد. فلذا قانون‌گذار مقرر کرده است هر مسئله‌ای که مانع از فرزنددار شدن باشد، به طرف دیگر حق درخواست طلاق دهد. این مسئله به‌قدری حائز اهمیت است که قانون‌گذار حتی به طرفین اجازه داده قراردادی را امضاء کنند که در صورت فرزنددار نشدن، با دریافت جنین بتوانند صاحب فرزند شوند (اشاره به قانون اهداء جنین).

موافقین حق طلاق زوجه معتقدند مسئله اهداء جنین، هیچ‌وقت ارضاء‌کننده عواطف مادرانه نیست، زیرا نه روش اهداء جنین روشی است محمول بر قاعده و رسم و نه نسل، از نسل طرفین. بنابراین، زن می‌تواند درخواست طلاق نماید. بنا بر این دیدگاه، هدف زوجه در ضمن عقد نکاح، مسئله ازدیاد نسل از طریق نسب واقعی می‌باشد و بنای بند ۱۰ هم ولد طبیعی است و استفاده از قانون اهداء جنین نمی‌تواند مسقط حق طلاق زوجه باشد. این نظر مبتنی بر دو مؤلفه است:

۱. دلیل مذکور ازجمله دلایلی است که از استادان مدعو در نشست تخصصی - با موضوع «تعارض رأی» که در پژوهشگاه قوه قضاییه برگزار شده - اصطیاد شده است.

• مؤلفه اول

لازمه و مقتضای عقد ازدواج، فرزندآوری است. در تعریف مقتضای عقد گفته‌اند: مقتضای ذات هر عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد می‌کنند.^۱ به نظر می‌رسد این مؤلفه، مخدوش و ناصحیح می‌باشد، چون بنا به نظر اهل لغت و از جهت ظهور الفاظ، ذات عقد نکاح، زوجیت است.^۲ علاوه بر دلالت الفاظ، فقهاء نیز مقتضای ذات عقد نکاح را رابطه زوجیت ذکر کرده‌اند^۳ و در دانش فقه و حقوق هم به همان غرض اصلی که زوجیت باشد «مقتضای عقد» گویند.^۴ توالد و تناسل از اغراض جنبی مهم هستند ولی مقتضی و سبب ذات نکاح محسوب نمی‌شوند و برخی ادعاها در این خصوص^۵ نیز باید به انصراف غیرذات عقد تعریف شوند. پس اگر کسی فرزندآوری یا مؤلفه دیگری را به عنوان ذات عقد معرفی کرده مراد او از این ذات عقد، معنای اصطلاحی آن نبوده است، لذا استناد فرزندآوری از جهت غرض ذاتی، به عنوان مبدأ نکاح، نقض می‌شود و از این جهت نمی‌توان حکم به ذی حق بودن زوجه داد. افزون بر آن، در محورهای بعدی مقاله درخصوص فرزندآوری نقدهای دیگری مطرح خواهد شد.

• مؤلفه دوم

نکته دیگری که این نظر به آن اشاره می‌کند این است که فرزندی که از طریق اهداء جنین حاصل شده (از طریق دخالت اسپرم ثالث)، صحت انتساب به زوجین ندارد و عرفاً نمی‌توان گفت این فرزند،^۶ فرزند زوجین است و زمانی که این فرزند صحت انتساب به

۱. مهدی شهیدی، **شروط ضمن عقد** (تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶)، ص ۱۱.

۲. برای تفهیم و دریافت بیشتر درخصوص ریشه واژه و نیز توضیحات نگارندگان نک: محمدبن مکرم ابن منظور، **لسان العرب المحیط**، به کوشش یوسف خیاط و ندیم مرعشلی (بیروت: دار لسان العرب، ۱۳۸۹ هـ.ق. / ۱۹۷۰ م)، ذیل ماده «نکح»؛ فخرالدین بن محمد طریحی، **مجمع البحرین و مطلع النیرین** (تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۵)، ج ۴، ص ۳۶۹.

۳. محمدحسن نجفی، **جواهرالکلام** (بی‌جا، بی‌تا)، ج ۲۹، ص ۵.

۴. سیدجلال الدین مدنی، **حقوق مدنی** (تهران: نشر پایدار، چاپ اول، ۱۳۸۲)، ج ۸، ص ۲۸۷.

۵. سیدابوالقاسم نقیبی و سیدمحمدعلی صدرطباطبایی، «جایگاه توالد و تناسل در حقوق و اخلاق اسلامی»، **نشریه اخلاق زیستی**، دوره ۵، ش ۱۷ (۱۳۹۴): ص ۱۴۷ تا ۱۶۸.

۶. مسئله عدم انتساب، عرفی است و نیاز به بیان علت و دلیل خارجی ندارد ولی با در نظر گرفتن وجه برای این عدم باید اذعان نمود که «انتساب» و «عدم انتساب» ناظر به منشأ و علت می‌باشند و از آنجا که منشأ

زوجین نداشته باشد به این معناست که زوجین محل بحث دچار عدم فرزندآوری و عقیم بودن می‌باشند و موضوع بند ۱۰ محقق شده، زوجه ذی‌حق خواهد بود.

این نکته فی‌نفسه، صحیح است و جنین اهدائی (از غیر) به لحاظ عرفی صحت انتساب به زوجین ندارد ولی برای صدور چنین حکمی، چند موضوع باید تفکیک شود:

(۱) اثبات محقق شدن موضوع ماده ۱۰ سند نکاح: بدین معنا که اثبات شود زوج به هیچ نحو از انحاء ممکن (چه به‌طور طبیعی و چه به شکل روش‌های ژنتیکی) نمی‌تواند صاحب فرزند گردد، چون اگر بتوان با هریک از روش‌های نوین باروری، از اسپرم مرد، نطفه‌ای منعقد کرد این نطفه و فرزند به لحاظ عرفی و شرعی، صحت انتساب به زوجین دارد و در این صورت موضوع ماده ۱۰ سند نکاح، منتفی می‌شود و حق طلاق برای زوجه باقی نمی‌ماند.

(۲) برای ذی‌حق بودن، زوجه باید اثبات کند که هیچ مانعی برای اعمال این حق وجود ندارد، چون مانعی که برخی می‌توانند به آن استناد کنند این است که اقدام زوجه به أخذ جنین و استفاده از قانون اهداء جنین عرفاً عدول از حق طلاق می‌باشد (همان‌گونه که دادگاه بدوی تهران و رأی شعبه ۴۰ تجدیدنظر تهران با استناد به این مورد بوده است). پس این دلیل نه به نحو مطلوب، موضوع بند ۱۰ را اثبات کرده و نه به موانع ذی‌حق بودن زوجه پاسخ داده است.

۲.۱.۲. فرزندآوری طبیعی مسقط حق زوجه

دیدگاه دیگری که می‌توان بر ذی‌حق بودن زوجه اقامه کرد این است که ماهیت فرزند در بند ۱۰ سند نکاح، مشمول فرزندآوری طبیعی زوجین است و فرزندآوری از طریق اهداء جنین، منقضی حق طلاق زوجه نخواهد بود. این بیان را می‌توان در رأی تجدیدنظر، موافق حق طلاق نیز مشاهده نمود.

از دیدگاه مزبور می‌توان دو معنا برداشت کرد:

• معنای اول

فرزندآوری از طریق اهداء جنین اصولاً و عرفاً امکان صحت انتساب به زوجین ندارد (در موردی که جنین، متعلق به غیر است) و فرزندى که از این طریق اخذ شده نمی‌تواند موضوع ماده ۱۰ سند نکاح را منتفی کند و کماکان زوجه نسبت به اقامه طلاق ذی‌حق است. اگر این برداشت، منظور نظر این دیدگاه باشد، صحیح است ولیکن باز هم پاسخ‌گوی این اشکال که اخذ جنین عدول از حق طلاق می‌باشد نیست (چنانکه در پاسخ پایانی دلیل اول موافقین بدان اشاره شد).

• معنای دوم

معنای دوم، معنایی اعم از معنا و برداشت نخست است. با این توضیح که علاوه بر اهداء جنین، روش‌های نوظهور ژنتیکی (تقویت اسپرم مرد در آزمایشگاه و تزریق آن به رحم زن) نمی‌تواند مصداق فرزندآوری باشد چون از طریق طبیعی و معمولی نیست و آنچه مراد اصلی می‌باشد فرزندآوری از طرق طبیعی و معمول است که باید بیان کرد برداشت و استنباط معنای اعم کردن، صحیح نیست زیرا گذشته از آنکه فرزند حاصل از تقویت اسپرم، صحت انتساب به زوجین دارد انصراف فرزندآوری به طرق طبیعی نیز ناشی از انصراف بدوی است^۱ و علت انصراف بدوی وجود مصداق کثیر در خارج می‌باشد^۲ و علمای اصول فقه این نوع انصراف را صحیح نمی‌دانند با این استدلال و باور که اطلاق مورد تمسک مخالفین، وجود حق را از میان نمی‌برد.^۳

۲.۱.۳. تفسیر موسع و مضیق در عنوان فرزند

نظر و دلیل دیگری که می‌توان برای حل مسئله در نظر گرفت استفاده از روش تفسیر بند ۱۰ سند نکاح می‌باشد و نکته کلیدی به‌منظور رسیدن به راهکار و

۱. محمدباقر صدر، بحوث فی علم الأصول (قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۷ هـ ق)، ج ۳، ص ۴۳۱.

۲. محمدجعفر جزایری، منتهی‌السدراية فی توضیح الکفایة (قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۵ هـ ق)، ج ۳، ص ۷۳۰.

۳. محمدحسین نائینی، أجدود التقریرات (قم: مطبعة‌العرفان، ۱۳۵۲ هـ ش)، ج ۱، ص ۵۳۲.

پاسخ درست را می‌توان در تفسیر کلمه «فرزند» در بند ۱۰ دانست. در اینجا آنچه به ذهن متبادر می‌شود ابهام در کلمه مزبور است؛ بدان معنا که: مقصود از اطلاق فرزند چیست؟ آیا واژه مزبور از دایره مفهومی وسیعی برخوردار است؛ مانند: تقویت رحم، تقویت اسپرم و...؟ آیا فرزند، همان طفلی است که از طرق معمولی و مشهور برای زوجین حاصل شده است و یا فرزند محقق‌شده از راه‌های غیرمعمولی را هم دربرمی‌گیرد؟ بنابراین در صورت قائل نبودن به توسعه مفهومی واژه مذکور، فرزند حاصل از اهداء جنین، مسقط حق طلاق زوجه نخواهد بود ولی اگر معتقد به توسعه مفهومی باشیم فرزندی که از طریق اهداء جنین و تقویت اسپرم حاصل شده، مسقط حق طلاق زوجه خواهد بود. این دلیل متضمن دو اشکال است:

• اشکال اول

برای یافتن معنا و مفهوم کلمه «فرزند» و رسیدن به پاسخی روشن باید به دلالت عرفی این کلمه رجوع نمود بی‌آنکه متوسل به تفسیر و روش‌های تفسیر حقوقی آن شویم. درمورد انواع مختلف فرزندآوری، حکم و دلالت عرفی متفاوت است؛ اگر موجودیت فرزندی، از طریق تقویت اسپرم، تغییرات ژنتیکی و بافتی در سلول‌های زوج باشد و اسپرمی که به زوجه تزریق می‌شود به نحوی از زوج به‌دست‌آمده باشد در این مورد، عرف و شرع بدون هیچ مانعی به صدق عنوان «ولد» حکم می‌کند؛ یعنی فرزند حاصله از طرق مزبور از مصادیق فرزند به‌شمار می‌آید و عقیم بودن، منتفی است. پس دلالت کافی درخصوص فرزند درمورد موضوع بند ۱۰ سند نکاح وجود دارد و نیازی به توسعه و تضييق مفهومی نیست.

• اشکال دوم

اشکال دیگر موجود بر این توسعه مفهومی این است که طبق این دیدگاه، حالت اهداء جنین، صدق عنوان ولد و فرزند غیرممکن می‌باشد و بلافاصله باید به حق طلاق زوجه، حکم نمود در صورتی که این امر، صحیح نیست، و همان‌طور که پیش‌تر گفته آمد اگر نطفه به‌وجودآمده به نحوی منسوب به زوج باشد، فرزند حاصله هم منتسب به آنهاست، لذا عقیم بودن، منتفی است و حقی برای زوج وجود

ندارد و باید گفت غرض از بند ۱۰، عقیم مطلق بودن است و نه صرف مطلق عقیمی (عقیم قابل درمان). البته فرض دخالت اجنبی در لقاح جنین هنوز مشکوک بوده و استثناء خواهد شد و در قول مختار بدان خواهیم پرداخت. پس تا این مرحله، مسئله عقیم بودن و صدق عرفی و شرعی ولد از طریق کمک‌های ژنتیکی جز درمورد دخالت اجنبی، منتفی است و نافی ایجاد حق بند ۱۰ برای زوجه می‌باشد.

۲.۱.۴. حق یقینی ایجادشده زوال یقینی می‌خواهد

مهم‌ترین ادله‌ای که می‌توان برای ذی‌حق بودن زوجه اقامه کرد این است که حق طلاق زن به واسطه عقیم بودن مرد ایجاد یقینی پیدا کرده است (که البته در سطور فوق در مانحن‌فیه، وجود مقتضی و مانع ایراداتی، قید شد) و این حق به‌منظور زوال یافتن، نیازمند دلیل خاص است و با اطاله آن حق زایل نمی‌شود؛ چنانکه دادگاه بدوی خراسان رضوی با استناد به این دلیل، حکم به ذی‌حق بودن زوجه نموده است.

این نظر فی‌نفسه - فارغ از اینکه در مقابل کدام دلیل از مخالفین اقامه شود - نکته صحیحی است، ولی باید افزود که این دلیل را می‌توان از دو وجه نسبت به مخالفین حق طلاق زوجه اقامه کرد:

وجه اول: یکی از ادله مخالفین حق طلاق زوجه، استناد به مرور زمان است؛ یعنی با گذشت مدت‌زمان طولانی از عقیم بودن زوجه، این دعوا مشمول مرور زمان شده و زوجه حق اقامه دعوا ندارد. اگر دلیل مذکور نسبت به این دلیل مخالفین اقامه شود صحیح است، چون موضوع بند ۱۰ سند نکاح (عقیم بودن زوج)، محقق شده و از جهت دیگر در هیچ‌یک از قوانین مربوطه (قانون اهداء جنین و آیین‌نامه اجرایی اهداء جنین) اشاره‌ای به وجود مرور زمان برای اقامه دعوا در این مورد وجود ندارد، لذا استناد به مرور زمان برای بی‌حق بودن زوجه صحیح نیست.

وجه دوم: دلیل دیگری که بر بطلان حق زوجه اقامه شده است اینکه اگر بتوان نطفه را از طرق نوظهور ژنتیکی (تقویت اسپرم)، تلقیح نمود چون صحت انتساب عرفی وجود دارد، موضوع بند مزبور سند نکاح (عقیم بودن زوج) منتفی

شده است، لذا زوجه حق اقامه دعوا ندارد. اگر دلیل مذکور در مقابل این دلیل از مخالفین اقامه شود صحیح نیست و نمی‌توان به صرف عدم تلقیح نطفه از طرق معمولی، حکم به عقیم بودن زوج نمود و با استناد به اینکه موضوع بند ۱۰ محقق شده و زوال آن هم دلیل یقینی می‌خواهد حکم به ذی‌حق بودن زوجه نمود چون اصولاً موضوع بند ۱۰ که عقیم بودن است محقق نشده و چنین زوجی (که برای مثال، از طریق تقویت اسپرم می‌توان نطفه را از اسپرم او منعقد کرد)، عرفاً عقیم محسوب نمی‌شود لذا هنوز موضوع بند فوق‌الذکر محقق نشده تا بتوان به عدم زوال یقینی آن استناد کرد. پس استناد به دلیل چهارم از این جهت دچار اشکال می‌شود و صحیح نیست.

علاوه بر اشکال موجود در وجه دوم، اشکال دیگری بر دلیل چهارم وارد است و آن اینکه برخی برای نفی ذی‌حق بودن زوجه استناد کردند به اینکه اقدام زوجه به اخذ جنین اهدائی، اماره بر عدول او از حق طلاق است، لذا استناد به دلیل چهارم و اینکه زوال حق ایجادشده دلیل یقینی می‌خواهد، نمی‌تواند پاسخ‌گوی این اشکال و مانع باشد. درنتیجه، دلیل مزبور برای حل مسئله، به پاسخ نهایی اشاره نکرده و علاوه بر این، اشکالات موجود را هم پاسخ نداده است.

۲.۲. ادله فقهی - حقوقی مخالفین حق طلاق برای زوجه

۲.۲.۱. عدم پذیرش دلایل طرف مقابل

تاکنون ادله مختلفی دالّ بر ذی‌حق بودن زوجه از نگاه موافقین بیان شد؛ برخی در متن آراء مذکور، قید شده و پاره‌ای نیز توسط صاحب‌نظران مطرح شده بود که تقریباً پاسخ قطعی به همه ادله از طرف مخالفین انجام پذیرفت و نخستین مستند مخالفین، فقد دلیل از طرف موافقین است. درحقیقت دلیل اول و جامع مخالفین، دلیل نقضی ادله موافقین است.

۲.۲.۲. سیاست حفظ خانواده در فقه و حقوق

یکی از ادله‌ای که دالّ بر بی‌حقی زوجه اقامه شده - همان‌طور که مستند در رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی چناران ذکر شده است - مصلحت فرزند

ناشی از اهداء جنین می‌باشد که این مهم، اقتضاء دارد حکم به عدم امکان طلاق شود و از این طریق، آینده و تربیت طفل به خطر نیفتد. به‌علاوه، تعهدات قانون اهداء جنین دلالت بر این امر دارد که اخذ جنین همراه با تعهدات و مسئولیت‌هایی است که ایفای قسم اعظم این تعهدات منوط به وجود خانواده و عدم طلاق زوجین است. نکته دیگری که قائلین به این دلیل، برای تأیید و صحت نظر خود بیان کرده‌اند استناد به ضرورت حفظ کیان و نیز نهاد مقدس خانواده است و خود شارع و خداوند هم داعی بر استواری این بنا دارد، از آنجا که حفظ و تعالی نفوس که از مقاصد^۱ و مذاق شریعت^۲ است باید این مؤلفه پیوسته در تقنین و ترتیب قضاء ملحوظ شود و مورد توجه قرار گیرد، لذا اقتضاء این نکته همراه با ادله نقضی و اثباتی دیگر، دلالت بر عدم حقانیت زوجه است.

۲.۳. دیدگاه نگارندگان

از مجموعه ادله‌ای که به تفصیل از طرف موافقین و مخالفین بیان شده است، نگارندگان با توجه به ترافعات انجام‌شده معتقد به نظر نفی وجود حق طلاق بر زوجه می‌باشند. عدم تحقق عنوان «عقیم بر زوج» در کثیره موارد و حکم به صدق ولد در اکثر موارد ژنتیکی که - در فوق بیان شد - می‌تواند تمایل اصلی نگارندگان را به خوبی نمایش دهد، اما هنوز یک مسئله مهم باقی است که باید به آن پاسخ داد؛ درجایی که ایجاد جنین با دخالت ثالث از طرفین است و مرد، عقیم مطلق می‌باشد: آیا همچنان می‌توان به انکار حق طلاق برای زوجه تأکید نمود؟

۱. برای تبیین و امکان قضاوت براساس مقاصد شریعت و فهم جامع موضوع نک: ابوالقاسم علیدوست، فقه و مقاصد شریعت، نشریه فقه اهل بیت علیهم‌السلام (فارسی) (قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۴)، ج ۴۱، ص ۱۲۲ به بعد.

۲. برای نمونه در امکان افتاء و قضاء در استناد به مذاق شریعت نک: سیدابوالقاسم خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، مؤلف: میرزا علی غروی (بی‌جا، بی‌تا)، ج ۱، صص ۲۰۰ و ۲۰۲، مهدی مهریزی، کتابشناسی اصول فقه شیعه (قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۴)، ص ۳۴.

بیماری‌های زوج نابارور، عقیم یا سَتَرُونی^۱ را به بی‌نطفگی یا آزواسپرمی^۲، الیگواسپرمی^۳، تراتواسپرمی^۴ و بیمارهای غیراسپرمی تقسیم نموده‌اند؛ اختلالات جسمی و عفونی و حتی ناشناخته نیز وجود دارند که درصد کمی از موارد ناباروری را به خود اختصاص داده‌اند. تقریباً اکثر موارد فوق‌الذکر از لحاظ پزشکی درمان‌پذیر بوده و به دو روش کلی درمان خواهد شد:

• روش اول

متناسب با عوامل بیماری می‌توان اسپرم مورد نیاز را در زوج تقویت، تکثیر و اصلاح نمود. حتی در مواردی که مرد، قابلیت تولید اسپرم نداشته بعضاً می‌توان از طریق سلول‌های بنیادین، اسپرم تولید نموده و لقاح را متناسب با وضعیت تخمک از طریق تزریق یا لقاح بیرون از رحم، بارور و سپس وارد رحم زوجه نمود. باروری در موارد فوق‌الذکر بدون در نظر گرفتن نوع درمان‌های مزبور، سبب بروز جنین از اسپرم و تخمک زوج و زوجه می‌باشد و صدق نسب ولادت شرعی به اجماع^۵ و عرف مسلم

۱. سَتَرُون یا آسْتَرُون: بی‌حاصل، نازا، عقیم؛ واژگان «سترون» و «استر»، از یک ریشه‌اند که معنای ترکیبی آن «آسْتَرمانند» است، زیرا مرکب از «سَتَر یا آسْتَر» (قاطر) و پسوند «ون» (شبیهِ و مانند) می‌باشد. استر، حیوانی است که از خر نر و مادبان زاید، چون خود نمی‌زاید لذا بدین نام خوانده‌اند.

2. Azoospermia

- اختلالی است که در آن، تعداد اسپرم‌های مرد در مایع منی صفر می‌گردد. مردان دارای این اختلال دارای میل و عملکرد جنسی طبیعی و صفات ثانویه جنسی طبیعی هستند و فقط مشکل باروری دارند.

3. Oligospermia

- به حالتی که غلظت اسپرم (تعداد اسپرم) در منی اندک باشد اطلاق می‌شود. برای نمونه، فردی با تعداد زیر ۲۰ میلیون اسپرم در میلی‌لیتر منی الیگواسپرمی تلقی می‌شود.

4. Teratospermia

- دسته‌ای از علل ناباروری در مردان است که در آن، درصد بسیاری از اسپرم‌ها از شکل نرمال و طبیعی برخوردار نیستند. این دسته از علل ناباروری، در میان مردان شیوع بیشتری دارد.

۵. سیدعلی حسینی‌خامنه‌ای، **اجوبه الاستفتائات** (لبنان: الدار الاسلامیه لبنان للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۹۹۰م)، ص ۱۶۷، س ۱۲۷۱ و ۱۲۷۷؛ روح‌الله موسوی خمینی، **تحریر الوسیله** (قم: دفتر جامعه مدرسین، ۱۳۷۰ هـ ش)، ج ۲، التلقیح، م ۱؛ میرزاچواد تبریزی، **صراط النجاه** (قم: دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ هـ ق)، ج ۵، س ۱۰۱۳؛ محمد فاضل‌لنکرانی، **جامع المسائل** (قم: مؤسسه فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۳ هـ ش)، ج ۱، س ۲۱۰۳ و ۲۱۰۴؛ حسین وحیدخراسانی، **توضیح المسائل** (قم: انتشارات مدرسه باقرالعلوم علیه‌السلام، ۱۳۸۰ هـ ش)، م ۲۹۰۰؛ سیدعلی سیستانی، **توضیح المسائل** (قم: دفتر نشر اسلامی، ۱۳۷۹ هـ ش)، تلقیح مصنوعی، م ۶۹؛ لطف‌الله صافی‌گلپایگانی، **جامع الاحکام** (قم: دفتر تنظیم و نشر

خواهد بود و لذا در چنین مواردی چنانچه درخواست طلاق به استناد بند ۱۰ را ننماید فاقد وجهت شرعی و قانونی بوده دادگاه می تواند حکم به بی حقی زوجه نماید.

• روش دوم

در برخی از بیماری های مذکور ممکن است تهیه اسپرم از مرد غیرممکن باشد و تقویت، تکثیر یا اصلاح اسپرم زوج امکان پذیر نباشد که البته این امر، بسیار شاذ و نادر است. در چنین مواردی علم پزشکی راهکار دیگری دارد و آن استفاده از اسپرم مرد دیگر است که نسب شرعی این مورد، محل اختلاف می باشد.^۱ در این موارد، زوج، عقیم مطلق است و شرایط موجود درخصوص بند ۱۰ پس از جری زمان پنج سال حتی با درخواست به دادگاه و دریافت جنین نیز هنوز مرد، عقیم است.

حال: آیا با وجود عقیم مطلق بودن مرد و گذشت زمان کافی در بند ۱۰ زن می تواند درخواست طلاق مستند به بند مزبور نماید؟ در اینجا بطن سؤالات مطرح شده محمل دو نظر است:

• نظر اول

بنا بر اینکه حق، قطعاً برای زن ایجاد شده و زوج، عقیم مطلق است، دریافت جنین موضوع ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور نمی تواند مانع استفاده از حق زن شود لذا زن، حق طلاق خواهد داشت.

• نظر دوم

قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور در ماده ۱ مقرر می دارد:

آثار حضرت آیت الله العظمی حاج شیخ علی صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵ هـ ش)، ج ۲، ۱۳۹۲؛ حسین نوری همدانی، استفتانات (قم: مهدی موعود، ۱۳۸۹ هـ ش)، ج ۲، ۱۳۹۲؛ همان، ج ۱، ۹۸۵ و ج ۲، ۹۰۳؛ مکارم شیرازی، استفتانات، ج ۲، ۱۷۵۷؛ محمدتقی بهجت، استفتانات پزشکی (قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی محمدتقی بهجت، چاپ اول، ۱۳۸۸ ش)، ص ۲۶۷.

۱. روح الله موسوی خمینی، پیشین، س ۲۱۰۵؛ حسین وحید خراسانی، پیشین، م ۲۸۹۸؛ سیدعلی سیستانی، پیشین، فاضل لنکرانی، پیشین، س ۲۱۰۵؛ حسین وحید خراسانی، پیشین، س ۱۳۹۱؛ حسین نوری همدانی، پیشین، س ۹۰۸؛ مکارم شیرازی، پیشین، ج ۱، ۱۵۲۷؛ محمدتقی بهجت، پیشین، ص ۳۵.

به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به 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.

با توجه به عمومیت و شمول ماده فوق‌الذکر باید بیان کرد که به نظر نمی‌رسد روش دخالت اجنبی را نهی کرده باشد و در صورت دخالت اجنبی نمی‌توان حکم به سقوط حق طلاق نمود، فلذا با پذیرش روش دخالت اجنبی و وجاهت قانونی بخشیدن به این روش، باید علی‌رغم اختلاف فقهی موجود، پذیرفت که مقنن نظر گروهی را در فقه پذیرفته است که ولد این روش را مشروع شناخته‌اند^۱ و مدلول ماده ۳ قانون نیز به خوبی وجود حقوق قانونی برای طفل را برای زوجین لازم‌الرعایه دانسته است،^۲ لذا مستند به اینکه این حقوق قانونی مذکور در ماده ۳ جنبه حق و تکلیف داشته، و زوج به مراجعه به دادگاه و درخواست اهداء جنین، شروط قانونی اشاره شده در قانون مزبور را پذیرفته است. پس با توجه به پذیرش حقوق قانونی مذکور در قانون در حقیقت عمل رجوع به دادگاه با علم و آگاهی از روش دخالت غیر و ناباروری مرد، موجب اسقاط حق طلاق زوج می‌شود.

۳. نتیجه‌گیری

به طور قاطع می‌توان گفت در صورت مراجعه زوج به دادگاه، و متمسک شدن وی به استفاده از حقوق قانونی ماده ۲ قانون نحو اهداء جنین، در تمام صور مطروحه، حق استناد به بند ۱۰ سند ازدواج را نخواهد داشت.

۱. سیدعلی حسینی خامنه‌ای، پیشین، ص ۳۰۴، س ۱۲۷۱، ۱۲۷۵ و ۱۲۷۷؛ سیدمجتبی حسینی، رساله دانشجویی، (قم: دفتر نشر معارف، چاپ اول، ۱۳۹۲)، ص ص ۲۹۲-۲۹۳، ص ص ۴۷۵-۴۷۷.

۲. ماده ۳ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور: «وظایف و تکالیف زوجین اهداء‌گیرنده جنین و طفل متولدشده، از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است».

فهرست منابع:

فارسی و عربی

قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب المحيط**، به كوشش يوسف خياط و نديم مرعشلى (بيروت: دار لسان العرب، ۱۳۸۹ هـ ق. / ۱۹۷۰ م.
۲. بهجت، محمدتقى، **استفتائات پزشكى**، قم: دفتر حضرت آية الله العظمى محمدتقى بهجت، چاپ اول، ۱۳۸۸ ش.
۳. تبریزی، میرزا جواد، **صراط النجاة**، ج ۵، قم: دفتر نشر برگزیده، ۱۴۱۶ هـ ق.
۴. جزایری، محمدجعفر، **منتهی الدرایة فی توضیح الکفایة**، ج ۳، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۵ هـ ق.
۵. حاتمی، علی اصغر، «لقاح مصنوعی از دیدگاه حقوقی»، **نشریه دیدگاه‌های حقوقی قضایی**، ش ۱۵ و ۱۶، ۱۳۷۸.
۶. حرّ عاملی، شیخ محمد بن حسن، **وسائل الشیعة فی تحصیل مسائل الشریعة**، ج ۴ و ۲۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ هـ ق.
۷. حسینی، سید مجتبی، **نام رساله دانشجویی**، قم: نشر معارف، ۱۳۹۲.
۸. حسینی خامنه‌ای، سید علی، **اجوبة الاستفتائات**، لبنان: الدار الاسلامیة لبنان للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۹۹۰ م.
۹. حکمت‌نیا، محمود و دیگران، **فلسفه حقوق خانواده**، ج ۲، تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان تهران، ۱۳۸۶.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم، **التنقیح فی شرح العروة الوثقی**، ج ۱، مؤلف: میرزا علی غروی، بی‌جا، بی‌تا.
۱۱. _____، **مستحدثات المسائل مطابقة لفتاوى سماحه الامام المرجع الاعلى للمسلمين زعيم الحوزة العلمية**، ج ۱، بغداد: مطبعة الآداب بغداد، ۱۴۰۱ هـ ق.
۱۲. سیستانی، سید علی، **توضیح المسائل**، قم: دفتر نشر اسلامی، ۱۳۷۹ هـ ش.

۱۳. شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۱۴. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، **جامع الاحکام**، ج ۲، قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی حاج شیخ علی صافی گلپایگانی، ۱۳۸۵ هـ ش.
۱۵. صدر، محمدباقر، **بحوث فی علم الأصول**، ج ۳، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۷ هـ ق.
۱۶. صدر، محمدباقر، **دروس فی علم الأصول**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ هـ ق.
۱۷. طریحی، فخرالدین بن محمد، **مجمع البحرين و مطلع النیرین**، ج ۴، تهران: مؤسسه‌البعثه، مرکز الطباعة و النشر، ۱۳۹۰.
۱۸. عاملی، زین‌الدین بن علی بن مشرف، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۹، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ هـ ق.
۱۹. علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و مقاصد شریعت**، نشریه فقه اهل بیت علیهم‌السلام (فارسی)، ج ۴۱، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۴.
۲۰. غزالی، محمد بن محمد، **المستصفی من علم الأصول** (به ضمیمه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت)، ج ۱، بیروت: دارالارقم بن ابی‌الارقم، بی‌تا.
۲۱. فاضل‌لنکرانی، محمد، **جامع المسائل**، ج ۱، قم: مؤسسه فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۳ هـ ش.
۲۲. **قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور**، مصوب بیست و نهم تیرماه یک‌هزار و سیصد و هشتاد و دو مجلس شورای اسلامی.
۲۳. کاوه، محمد، **آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی**، ج ۱، تهران: نشر جامعه‌شناسان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۲۴. مدنی، سیدجلال‌الدین، **حقوق مدنی**، ج ۸، تهران: نشر پایدار، ۱۳۸۲.
۲۵. مرقاتی، سیدطه، «نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه»، **نشریه مقالات و بررسی‌ها**، ش ۷۵، ۱۳۸۳.

۲۶. ملک‌زاده، فهیمه، «بررسی مسئله لقاح مصنوعی با رویکرد فقهی - حقوقی»، نشریه فقه و حقوق خانواده، ش ۴۸، ۱۳۸۷.

۲۷. موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، ج ۲، قم: دفتر جامعه مدرسین، ۱۳۷۰ هـ. ش.

۲۸. مهریزی، مهدی، *کتابشناسی اصول فقه شیعه*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴.

۲۹. نائینی، محمدحسین، *أجود التقریرات*، ج ۱، قم: مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲ هـ. ش.

۳۰. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج ۲۹، بی‌جا، بی‌تا.

۳۱. نقیعی، سیدابوالقاسم و سیدمحمدعلی صدرطباطبایی، «جایگاه توالد و تناسل در حقوق و اخلاق اسلامی»، *نشریه اخلاق زیستی*، دوره ۵، ش ۱۷، ۱۳۹۴.

۳۲. نوری‌همدانی، حسین، *استفتائات*، ج ۱ و ۲، قم: مهدی موعود، ۱۳۸۹ هـ. ش.

۳۳. وحیدخراسانی، حسین، *توضیح المسائل*، قم: انتشارات مدرسه باقرالعلوم علیه‌السلام، ۱۳۸۰ هـ. ش.

انگلیسی و فرانسه

1. Cazeneuve, Jean, *L'avenir de la morale*, Editions du Rocher, 1998.

2. Schneider, David, *A Critique of the Study of Kinship*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1984.

اخراج کارگر به دلیل ادعای وضع بد اقتصادی

آزاده السادات طاهری *

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۰۰۲۳۴۵

موضوع: نقض اخراج کارگر به دلیل ادعای وضع بد اقتصادی

مرجع رسیدگی: دیوان عدالت اداری

اول) وقایع پرونده

آن گونه که از متن دادنامه استنباط می شود کارفرمایی با ادعای بروز مشکلات اقتصادی، کارگر خود را اخراج کرده است. کارگر در اعتراض به این امر، به مراجع حل اختلاف کار رجوع نموده. در این مراجع با استناد به ماده ۱۶۵ قانون کار، حکم به نفع کارفرما صادر شده است. با شکایت کارگر، پرونده بار دیگر در دیوان عدالت اداری مورد بررسی قرار گرفته با این تفاوت که صرف ادعای اوضاع نامساعد اقتصادی، دلیلی برای اخراج دانسته نشده است.

دوم) نقد و بررسی

اخراج کارگر توسط کارفرما همواره یکی از موضوعات بحث برانگیز در حقوق کار بوده و هست. اگرچه ممکن است خاتمه قرارداد کار به طرق مختلفی از قبیل استعفاء، فوت، ازکارافتادگی و یا بازنشستگی اتفاق افتد لیکن اخراج از اهمیتی دیگر برخوردار است زیرا مقوله «اخراج» به رابطه کار میان کارگر و کارفرما پایان

* عضو هیات علمی دانشگاه سمنان



می‌دهد و به تعبیری کارگر را از کار و دستمزد محروم می‌سازد لذا تأثیر مستقیمی بر زندگی و تأمین معاش کارگر و افراد تحت تکفل وی دارد. از این‌رو، بخش عمده‌ای از شکایات کارگران به مراجع حل اختلاف عموماً ناظر به اخراج است؛ شکایاتی که محتوای آن، تقاضای کارگر برای بازگشت به کار می‌باشد. آنچه سبب می‌شود اخراج در میان سایر شیوه‌های خاتمه رابطه کار، جایگاهی متمایز بیابد اراده کارفرما و تعیین‌کنندگی تصمیم وی در این میان است. از خاطر نمی‌توان برد که حقوق کار با هدف حمایت کارگر متولد شده و رشد یافته است و هر جا بیم آن رود که کارفرما حقوق کارگر را نقض می‌کند حقوق کار، انگشت توجه خود را بر آن می‌گذارد و تصمیم کارفرما به قطع رابطه همکاری، یکی از این نقاط حساس است زیرا در سایر شیوه‌های پیش‌گفته عموماً به اراده کارگر و یا به عللی خارج از اراده طرفین مانند فوت است که رابطه کار خاتمه می‌یابد. اما از کنار هم قرار گرفتن این دو عنصر مهم، یکی پایان رابطه کار که زندگی کارگر را به چالش می‌کشد و دیگری اراده کارفرما که نقطه حساسی در حقوق کار و در حمایت از حقوق کارگران محسوب می‌شود، «اخراج» به کانون توجه در حقوق کار بدل می‌گردد لیکن باید دانست که این حساسیت به معنای منع مطلق اخراج نیست. مسئولیت کارفرما به عنوان اداره‌کننده کارگاه این ضرورت را پدید می‌آورد که از اختیاراتی متناسب نیز بهره‌مند باشد و طبیعتاً باید این اختیار را داشته باشد که عندالاقضاء کارگر را اخراج کند، ولی تمام بحث در همین قید «عندالاقضاء» نهفته است. پرسش اینجاست که بروز چه مواردی اخراج کارگر را پذیرفتنی می‌سازد؟ با طرح این سؤال، مفهوم اخراج موجه و غیرموجه، به میان می‌آید. به تعبیر دیگر، این امر پذیرفته شده است که اخراج بنا به برخی دلایل موجه باشد و به عللی دیگر، ناموجه. کارفرما نمی‌تواند به شکلی خودسرانه کارگر را اخراج کند و تنها با دلیل موجه است که اخراج وی ممکن می‌شود در غیر این صورت کارفرما باید کارگر را به کار بازگرداند؛ دستمزد دوران بیکاری را پرداخت نماید و یا اگر کارگر به هر دلیل دیگر مایل به ادامه همکاری نبود با جبران خسارات، رابطه‌اش را با وی (کارفرما) پایان دهد. علاوه بر دلیل موجه برای اخراج، نظر به آثار قابل توجهی که اخراج در زندگی کارگر به دنبال دارد، رعایت برخی موازین شکلی برای اخراج نیز

ضروری تلقی شده که کارفرما حتی اگر به دلیلی موجه، خواهان اخراج کارگر باشد باید به این تشریفات تن دهد در غیر این صورت قادر به اخراج کارگر نخواهد بود.

اما این دلایل موجه و غیرموجه کدامند و کدام تشریفات برای اخراج کارگر ضروری است؟ یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی که کوشیده است به این پرسش، پاسخ روشنی دهد مقاوله‌نامه ۱۵۸ سازمان بین‌المللی کار^۱ و توصیه‌نامه ۱۶۶^۲ این سازمان است. مطابق این سند سه دسته از عوامل، اخراج کارگر را توجیه می‌کند:

- (۱) اخراج به دلیل رفتار کارگر (اعم از منش و کنش عمومی کارگر و یا اخلاق حرفه‌ای وی که مستقیماً به ایفای وظائف حرفه‌ای وی مربوط می‌شود).
- (۲) توانایی‌های کارگر (اعم از آنکه از ابتدا توانایی انجام کاری که برای آن استخدام شده را نداشته باشد یا بعداً فاقد این توانایی گردد).

(۳) اخراج به دلیل ضرورت‌های کارگاه

اخراج به برخی دلایل نیز هرگز جوازی نخواهد داشت. از آن قبیل است اخراج به دلایلی تبعیض‌آمیز نظیر نژاد و جنسیت (علی‌الخصوص به دلیل بارداری و زایمان). در کنار این علل موجه، تشریفات نیز برای اخراج لازم است و آن عبارتند از:

- الف) کارگر باید از قبل، از اخراج خود مطلع گردد.
- ب) به وی فرصت کافی داده شود که از خود دفاع کند.
- ج) باید زمان کافی برای جستجوی شغل جدید داشته باشد.
- د) باید بتواند نزد مرجعی بی‌طرف از اخراج شکایت برد.

با عنایت به سه دسته علل موجه اخراج متوجه می‌شویم که دسته سوم با دو دسته دیگر دارای تفاوتی اساسی است. در دو دسته نخست، دلایلی مانند رفتار ناشایست و یا عدم توانایی، از جانب کارگر است که اخراج را توجیه می‌کند اما دسته سوم ناظر به عواملی است که کارگر در آن نقشی ندارد و ضرورت‌هایی در اداره کارگاه که عمده‌تاً ریشه‌های اقتصادی دارند باعث می‌شود تا تداوم اشتغال میسر نباشد.

در توضیح باید گفت که گاه عللی غیرمرتبط با کارگر و حتی خارج از اراده کارفرما سبب می‌گردد که کارگاه نتواند به سیاق سابق به فعالیت خود ادامه دهد،

1. Termination of Employment Convention (No 158): 1982

2. Termination of Employment Recommendation (No166): 1982

لذا کاستن از تعداد نیروها و یا تعطیلی تمام یا بخشی از کارگاه اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. تغییر فناوری‌ها و شیوه‌های تولید و یا مشکلات کلان اقتصادی مانند رکود، نمونه‌هایی از این موارد هستند. در چنین شرایطی بی‌آنکه تقصیری متوجه کارگر باشد ادامه رابطه کار میسر نخواهد بود به این دلیل است که در اسناد بین‌المللی معمولاً برای این مورد، تدابیر خاصی اندیشیده می‌شود و از کارگران حمایت‌های بیشتری به‌عمل می‌آید. ازجمله آنکه باید ثابت شود کارفرما تمام تلاش خود را کرده و نتوانسته است راه دیگری جز اخراج کارگران بجوید. (این اصل در کلیه حالات اخراج نیز صادق است و اخراج کارگر باید آخرین راه باشد) یا اینکه در اخراج کارگر هم کلیه ملاحظات سنجیده شده است؛ بدین معنا که اگرچه گاه اخراج کارگران اجتناب‌ناپذیر می‌باشد اما ممکن است با توسل به برخی تصمیمات و اقدامات از تعداد اخراج شوندگان کاست و اگر مقرر است تعدادی اخراج شوند بهتر است این اخراج نه یکباره بلکه به شکل مرحله‌به‌مرحله و با رعایت دسته‌بندی و در نظر گرفتن شرایط خاص کارگران باشد. همچنین باید اثبات گردد هیچ راه دیگری برای نجات کارگاه از مشکلات اقتصادی وجود نداشته و دامنه مشکلات چنان بوده که در کوتاه‌مدت این مشکلات قابل حل نیست و حتماً باید به اخراج کارگران دست زد. در چنین مواردی حتی توصیه می‌شود با بروز اولین نشانه‌های مشکل اقتصادی، کارفرما با نهادهای ذی‌ربط دولتی و نیز سازمان‌های کارگری مرتبط مشورت نماید تا بتواند حتی‌الامکان از اخراج کارگران به دلیل بروز مشکلات اقتصادی جلوگیری کند. بدیهی است انجام چنین اقداماتی در گرو سیاست‌گذاری‌ها و نهادسازی‌های پیشینی می‌باشد و یک روی دیگر آن نیز وجود سازمان‌های قدرتمند و فعال کارگری است.

در این پرونده، دیوان عدالت اداری در رأی خود بر این موازین بین‌المللی تأکید کرده، بر آن صحنه می‌گذارد. به کار بردن تعبیر کوتاه اما بسیار مهم «صرف ادعای وضع بد اقتصادی از ناحیه کارفرما، دلیل و توجیه اخراج کارگر نمی‌باشد»، متضمن چند پیام نهفته است: نخست آنکه انشاءکننده تأکید می‌کند اخراج خودسرانه کارگر ممنوع بوده و تنها اخراج با توجیه، در چارچوب حقوق کار مجاز است؛ دو دیگر آنکه نشان می‌دهد دیوان نیز پذیرفته است اخراج به دلیل مشکلات

اقتصادی که فی الواقع نشأت گرفته از برخی مسائل در اداره کارگاه است باید از شرایط خاصی تبعیت کند و نمی‌توان تنها به صرف ادعای کارفرما و بدون بررسی جوانب و عدم اطمینان از اینکه هیچ راه دیگری جز اخراج کارگران در دست نبوده، این اخراج را موجه دانست. دیوان همچنین در ادامه تأکید می‌کند که در هر حال رعایت تشریفات اخراج که در قانون کار ما تجلی آن در ماده ۲۷ قانون کار است ضروری بوده و کارفرما نمی‌تواند مشکلات اقتصادی را دستاویزی برای فرار از رعایت تشریفات بداند؛ از میان این تشریفات می‌توان به کسب نظر مثبت تشکل کارگری اشاره کرد. لازم به ذکر است اگرچه ماده ۲۷ قانون مزبور، بیشتر ناظر به اخراج به دلیل رفتار کارگر (یعنی دسته نخست از دلایل موجه اخراج) می‌باشد لیکن در فقدان ماده دیگری که تشریفات اخراج را به‌طور عمومی برای انواع مختلف اخراج کارگر مقرر دارد، ارجاع به آن خالی از اشکال به نظر می‌رسد.

در متن رأی به ماده ۱۶۵ قانون کار نیز اشاره‌ای شده است. در این ماده، اختیار تشخیص موجه یا غیرموجه بودن اخراج با هیأت حل اختلاف است اما در رأی دیوان این نکته تذکر داده شده که «صرف استناد به اختیار حاصل از ماده ۱۶۵ قانون کار توجیه قانونی ندارد». از این عبارت می‌توان استنباط کرد که اختیار هیأت، مطلق نیست و تشخیص در این مرحله باید مقید به مجموع شرایط و ادله باشد. این برداشت از ماده ۱۶۵ قانون یادشده را می‌توان با اصل کلی «حمایتی بودن حقوق کار» منطبق دانست؛ اصلی که باعث می‌شود در مقام تفسیر قانون، نفع کارگر بر ملاحظات دیگر پیشی گیرد.

باید خاطر نشان کرد حقوق کار ایران، به‌ویژه متن اولیه قانون کار (مصوب ۱۳۶۹)، از حیث مقررات مربوط به اخراج به‌طور عام و اخراج به دلیل مشکلات کارگاه به‌طور خاص بسیار مختصر و مجمل بوده و تغییرات بعدی نیز به‌تمامی این مشکل را حل نکرده‌اند.

یکی از تغییرات بعدی که در سال‌های اخیر به وقوع پیوسته است و می‌توان آن را به‌نوعی مرتبط با اخراج به دلایل اقتصادی دانست، «ماده ۴۱ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور» است که اصلاحاتی را به قانون کار وارد می‌کند. بند چهارم این ماده بند «ح» را به ماده ۲۱ قانون کار می‌افزاید و شکلی

جدید از خاتمه قرارداد کار را پیش‌بینی می‌نماید: «به‌منظور جبران کاهش تولید ناشی از ساختار قدیمی، کارفرمایان می‌توانند بر مبنای نوآوری‌ها و فناوری‌های جدید و افزایش قدرت رقابت‌پذیری تولید، اصلاح ساختار انجام دهند. در آن صورت وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، مکلف است طبق قرارداد سه‌جانبه (تشکل کارگری کارگاه، کارفرما و اداره تعاون و کار و رفاه اجتماعی محل) کارگران کارگاه را به مدت شش تا دوازده ماه تحت پوشش بیمه بیکاری قرار دهد و بعد از اصلاح ساختار، کارگران را به میزان ذکرشده در قرارداد سه‌جانبه به محل کار برگرداند و یا کارفرمایان می‌توانند مطابق مفاد ماده (۹) قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل و نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده (۱۱۳) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶ و اصلاحات بعدی آن و قانون بیمه بیکاری مصوب ۱۳۶۹/۶/۲۶ عمل کنند».

بند الحاق‌شده اختصاص به شرایطی در کارگاه دارد که کارفرما می‌خواهد با تغییر ساختار قدیمی و نیز جایگزین کردن فناوری‌های جدید بر تولید و قدرت رقابت آن با سایر محصولات بیفزاید. اگرچه مفاد این ماده می‌تواند یکی از مصادیق خاتمه کار به دلیل مسائل مربوط به ضرورت‌های اداره کارگاه - دسته سوم از علل موجه اخراج که پیش‌تر بدان اشاره شد - باشد اما تمام علل را دربرنمی‌گیرد و تنها به‌گونه خاصی از این موارد یعنی تغییر ساختار ناشی از شیوه‌های قدیمی تولید صدق می‌کند. از این‌رو می‌توان مدعی شد که مفاد این ماده تمام مشکلات اقتصادی را پوشش نمی‌دهد و چه‌بسا بر پرونده مانحن‌فیه نیز دلالت نداشته باشد. (در متن رأی مورد شکایت کارفرما ادعای وضع بد اقتصادی عنوان شده و نه بهبود شیوه‌های تولید یا عناوینی که چنین معنایی به ذهن متبادر کند). افزون بر این، باید توجه داشت که قانون مزبور، مصوب اردیبهشت ۱۳۹۴ بوده و رأی مذکور به پیش از این تاریخ تعلق دارد لذا اعمال این قانون بر پرونده کنونی ناممکن بوده است.

برای تکمیل این بحث باید توجه داشت که پیش از قانون ۱۳۹۴، قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل و نوسازی کشور نیز در سال ۱۳۸۲، مقرراتی به این منظور وضع کرده است؛ گرچه بررسی مفاد ماده مرتبط از این قانون نیز حکایت از آن دارد که قانون‌گذار رویکرد جامعی در قبال اخراج به دلیل مسائل و

مشکلات اقتصادی و ضرورت‌های اداره کارگاه اتخاذ نکرده است. ماده ۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل و نوسازی کشور اشعار می‌دارد: «به‌منظور ارتقای سطح کیفی و بهره‌وری، نیروی انسانی شرکتهای صنعتی با مشارکت تشکل کارگری و مدیریت هر شرکت مشخص می‌گردد. در صورت توافق طرفین در زمینه نیروی انسانی موردنیاز و مازاد، نیروی مازاد با دریافت حداقل دوماه آخرین مزد و مزایا بابت هر سال سابقه کار در واحد یا به وجه دیگری که توافق شود، مطابق ضوابط بند(الف) ماده (۷) قانون بیمه بیکاری مصوب ۱۳۶۹/۶/۲۶ تحت پوشش بیمه بیکاری قرار می‌گیرند. در صورت عدم حصول توافق بین تشکل کارگری واحد و کارفرما، موضوع بانظرات طرفین به کارگروهی متشکل از نمایندگان دولت (وزارتخانه‌های صنایع و معادن، کار و امور اجتماعی و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) و سازمان تأمین اجتماعی و تشکلهای عالی کارفرمایی و کارگری احاله و حسب نظر کمیته مذکور، کارگران مازاد باپرداخت حق سنوات مقرر در قانون کار مطابق ضوابط بند (الف) ماده (۷) قانون بیمه بیکاری مصوب ۱۳۶۹/۶/۲۶ تحت پوشش بیمه بیکاری قرار می‌گیرند.»

آنچه در متن ماده قابل توجه به نظر می‌رسد محدوده آن است. صدر ماده تصریح می‌کند که تعیین نیروی انسانی شرکتهای صنعتی، مشمول این موازین خواهد بود و نه تمامی کارگاه‌ها. و از آنجا که شمول قانون کار، بسیار گسترده است و تمامی کارگاه‌ها اعم از صنعتی و خدماتی و غیر از آن را دربرمی‌گیرد دشوار می‌توان مفاد ماده ۹ را ناظر بر تمام موارد اخراج به دلیل مشکلات اقتصادی دانست. ضمن آنکه در این ماده نیز صراحتاً به بروز مشکلات یا وضعیت بد اقتصادی اشاره نشده و تنها ارتقاء کیفیت و افزایش بهره‌وری مدنظر بوده است. اگرچه تشریفات مندرج در این ماده با هدف حمایت از کارگر، تهیه و تصویب شده، شایسته بود که دیوان در تحلیل و صدور رأی خود در پرونده حاضر، به این ماده نیز اشارتی می‌داشت اما همان‌طور که مشاهده شد در رأی، تنها به عمومات قانون کار استناد شده است؛ گرچه در هر دو مورد، نتیجه یکسان خواهد بود و صرف ادعای کارفرما مبنی بر وجود پاره‌ای مشکلات اقتصادی در کارگاه، دلیل موجهی برای اخراج کارگر نخواهد بود. در هر حال، رعایت مراحل برای اخراج، ضرورت خواهد داشت، لذا رأی از این حیث قابل دفاع به نظر می‌رسد.

در عین حال بررسی مفاد این رأی و نیز بررسی دو ماده یادشده که هریک به‌نوعی در اصلاح قانون کار کوشیده‌اند همواره حکایت از آن دارد که موازین ناظر بر اخراج به‌ویژه در زمینه اخراج به دلیل مشکلات اقتصادی و نیز تشریفات اخراج در هر مورد کافی نیست - تفصیل این بحث، مجالی دیگر می‌طلبد - لیکن به هر روی، محتوای این رأی منطبق با موازین بین‌المللی کار و نیز منطق حقوق کار که همانا حمایت از حقوق کارگران و نیز ضرورت وجود دلایل موجه و رعایت تشریفات خاص برای اخراج است، بوده و می‌تواند سرمنشأ توجه مقتضی به مقوله اخراج در حقوق کار ایران و اصلاح مقررات این حوزه باشد.

اثر قید عندالاستطاعه بودن مهریه بر حق حبس زوجه

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۰۱۷۸۹

تاریخ: ۱۳۹۱/۱۱/۲۵

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۳ دادگستری شهرستان بهارستان

شماره رأی تجدیدنظر: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۳۶۰

تاریخ: ۱۳۹۲/۰۸/۱۹

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۲۴ تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده:

متن رأی دادگاه بدوی

درخصوص دعوی فن. به طرفیت س.د. با وکالت الف.ک. مبنی بر تمکین دادگاه با عنایت به مستندات ابرازی؛ نظر به اینکه وفق مقررات شرعی و قانونی، زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع نماید، لذا با توجه به اینکه وکیل خوانده دفاع نموده موکل از حق حبس خود استفاده می کند و قبل از دریافت مهریه، حاضر به تمکین نمی باشد دعوی خواهان را غیروارد، تشخیص، مستنداً به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حکم بر رد دعوی خواهان صادر و اعلام می دارد. رأی صادره، حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می باشد.

متن رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای فن. به طرفیت س.د. نسبت به دادنامه شماره ۰۱۷۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵ شعبه محترم سوم دادگاه عمومی بهارستان در پرونده کلاسه

* طلبه درس خارج، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی



۱۱۸۰ مبنی بر صدور حکم رد دعوی الزام زوجه به تمکین وارد است، زیرا با توجه به محتویات پرونده و ملاحظه لوائح طرفین، رأی صادره دادگاه بدوی مطابق مستندات و مقررات مربوطه صادر نگردیده است، زیرا: اولاً، مهریه زوجه در عقدنامه استنادی عندالاستطاعه شرط گردیده است و لذا با دین زوج به مهریه با توجه به شرط مذکور منجز و حال نمی‌باشد؛ ثانیاً، زوجه هنگامی می‌تواند از حق حبس مندرج از ماده قانونی مذکور استفاده کند که مهریه او در عقدنامه حال باشد. این دادگاه با عنایت به مراتب مذکور به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی رأی صادره دادگاه بدوی را نقض کرده و به استناد ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، حکم به محکومیت زوجه به زندگی مشترک و تمکین در حق زوج صادر می‌نماید. لازم به توضیح است اجرای رأی صادره منوط است به تهیه منزل مناسب و امکانات زندگی توسط زوج و سپس زوجه در معیبت دو نفر از مأمورین واحد مددکار اجتماعی در منزل تهیه‌شده اسکان داده شود. این رأی، قطعی است.

در این پرونده، زوج الزام به تمکین زوجه را از دادگاه تقاضا نموده است. دادگاه بدوی با توجه به مفاد ۱۰۸۵ قانون مدنی و نیز با عنایت به عدم پرداخت مهریه از طرف زوج، دعوی وی را رد نموده است. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با توجه به عندالاستطاعه بودن مهریه و قسمت اخیر ماده مزبور و درنهایت به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض رأی دادگاه بدوی، و نیز به استناد ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، زوجه را به زندگی مشترک و تمکین در حق زوج محکوم کرده است.

۲. نقد و بررسی:

آنچه در محل مناقشه و خدشه است اینکه مفاد رأی شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و استدلال آن صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا به استناد دو مقدمه، محکومیت زوجه را نتیجه گرفته است: **مقدمه اول**، عندالاستطاعه بودن مهریه به معنای حال و منجز نبودن مهریه می‌باشد؛ **مقدمه دوم**، زوجه هنگامی می‌تواند از حق حبس مندرج در ماده قانونی مذکور استفاده کند که مهریه‌اش در عقدنامه، حال باشد.

اول: تحلیل مفهوم قید «عندالاستطاعه» در عقد نکاح

دادگاه، قید عندالاستطاعه بودن را معادل مؤجل و معلق بودن (منجز نبودن) مهریه دانسته است. در رأی چنین آمده است: «... مهریه زوجه در عقدنامه

استنادی عندالاستطاعه، شرط گردیده است و لذا دین زوج به مهریه با توجه به شرط مذکور منجز و حال نمی‌باشد». اگر منجز نبودن مهریه به معنای معلق بودن آن یا دین باشد قطعاً بیان دادگاه، صحیح نیست زیرا زوج به صرف انعقاد قرارداد - در صورت کلی بودن مهریه - مدیون زوجه خواهد بود و قید مزبور وجود دین را معلق بر استطاعت زوج نمی‌کند. عندالاستطاعه نیز در مقام معلق کردن اصل دین نیست؛ چراکه در صورت معلق بودن دین، دین - تا زمانی که معلق‌علیه حاصل نشده - وجود نداشته، و محقق نشده است، لذا قابل مطالبه نیز نخواهد بود درحالی که مهریه با قید عندالاستطاعه بودن، قابل مطالبه از دادگاه می‌باشد و دادگاه حکم الزام به پرداخت آن را صادر می‌کند ولی در مقام اجرای این حکم، نهاد مجری حکم، مکلف به احراز استطاعت زوج می‌باشد.

ممکن است چنین استنباط گردد که عدم تنجز در این رأی به معنای نافذ نبودن التزام ناشی از دین است؛ یعنی قید «عندالاستطاعه» التزام زوج به پرداخت دین را تا زمان استطاعت او برمی‌دارد، اما این معنا نیز غیرمعقول و غیرقابل پذیرش است، زیرا در همه دیون تا زمان استطاعت و عدم اعسار مدیون، او در عین حال که ملتزم به پرداخت دین است ملزم به پرداخت آن نیست. عدم الزام مدیون به پرداخت، با التزام وی به آن (پرداخت) منافاتی ندارد چون التزام متعهد به انجام تعهد، امری است درونی که وی در هنگام ایجاد تعهد یا دین (در دیون یا تعهدات ناشی از عمل حقوقی) در خود ایجاد می‌کند حال آنکه الزام، امری است بیرونی که از جانب دادگاه یا قوه قاهره قانونی به منظور اجرای تعهد بر متعهد یا مدیون اعمال می‌گردد. قید «عندالاستطاعه» نمی‌تواند نافی التزام مدیون به پرداخت دین باشد، زیرا در این صورت قرارداد بدین معنا خواهد بود که یکی از طرفین، دینی را بر ذمه خود قبول می‌کند ولی به شرط آنکه ملتزم به پرداخت آن نباشد یا ملزم به پرداخت نشود. و اگر به معنای عدم التزام او به پرداخت باشد؛ یعنی او دینی را پذیرفته که تا زمان استطاعت، تعهدی به ایفای آن ندارد. روشن است که عرفاً پذیرش دین به معنای تعهد به پرداخت آن است، اما اگر به این معنا باشد که ملزم به پرداخت نشود آنگاه شرط، لغو خواهد بود زیرا به حکم قانون در صورت اعسار و ناتوانی او از پرداخت، او به پرداخت دین ملزم نخواهد شد.

همچنین در رأی دادگاه، قید عندالاستطاعه موجب حال نبودن دین دانسته شده است. به نظر می‌رسد این تفسیر از قید مزبور نیز به دو دلیل غیرقابل پذیرش است:

(۱) به فرض، قید مذکور معادل شرط أجل برای دین باشد. در این صورت با توجه به نامعلوم بودن زمان تحقق استطاعت، دین مؤجل به زمان و همچنین مورد تعهد، مجهول و به اقتضای ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی تعهد به چنین مهریه‌ای عاری از هرگونه اعتبار خواهد بود، زیرا طبق این ماده، «مهر باید تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد». این در حالی است که به مقتضای عموم قاعده «للأجل قسط من الثمن»^۱ با نامعلوم بودن أجل، میزان دین، سرانجام مجهول خواهد ماند. در این صورت عقد نکاح، فاقد مهریه و در صورت تحقق نزدیکی، مهرالمثل، ثابت خواهد بود.

(۲) هدف طرفین از بیان چنین قیدی، مؤجل کردن دین نیست بلکه جلوگیری از آثار کیفری ناشی از قواعد و مقررات مربوط به نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر زوج است. فلسفه وجود این قید در عقدنامه‌ها این بوده است که بار اثبات توانایی زوج در پرداخت مهریه بر دوش زوجه باشد تا به محض مراجعه و مطالبه مهریه از دادگاه، دادگاه، مکلف به اجرای مفاد ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ... نباشد. بنابراین، هدف طرفین از توافق بر قید مزبور مؤجل کردن دین نبوده است.^۲

۱. جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی حلی، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه. ق.)، ج ۲، ص ۳۸۹؛ محمدباقر بن محمد اکمل بهبهانی، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان (قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه. ق.)، ص ۴۱۰؛ سیدجواد بن محمد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه. ق.)، ج ۱۳، ص ۷۱۷.

۲. محقق همدانی در تعریف تأجیل می‌گوید: «... المراد من التأجیل عدم وجوب تسلیم ما انتقل بالعقد إلا بعد انقضاء الأجل و هو كما یجری فی الكلّی كذلك یجری فی الجزئی ثمناً کان أو مثمناً فإن مرجع التأجیل فیهِ مثل الكلّی إلى اشتراط إسقاط حق المطالبة فی الأجل...». میرزافتاح شهیدی تبریزی، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، (تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ه. ق.)، ج ۳، ص ۶۰۰. به اعتقاد وی «تأجیل» به معنای عدم وجوب تسلیم مورد معامله تا زمان انقضای أجل تعیین شده می‌باشد، اما در پایان عبارت، «تأجیل» را به معنای اسقاط حق مطالبه می‌داند. آنچه موجب تناقض و ناسازگاری در عبارت فوق گردیده

فرضاً در صورت تردید داشتن در حالّ یا مؤجّل بودن چنین مهریه‌ای، اصل بر حالّ بودن مهریه است، زیرا مؤجّل بودن قیدی، وجودی است که نیازمند دلیل می‌باشد.

دوم: قلمرو و شمول حق حبس

حق حبس، نتیجه توافق ضمنی طرفین بر اجرای هم‌زمان تعهدات ناشی از عقد است. برخی عقود برای طرفین خود تعهداتی ایجاد می‌کنند که این تعهدات در برابر هم و وابسته به هم هستند؛ برای مثال، عقد نکاح برای طرفین خود تعهداتی ایجاد می‌کند: مرد، متعهد به پرداخت مهریه و نفقه می‌شود و زن، متعهد به تمکین. در برابر هم بودن این تعهدات، به معنای «تعهد مرد به پرداخت مهریه و نفقه» در برابر «تعهد زن به تمکین» است. قصد و هدف مرد از پرداخت مهریه و نفقه کمک مالی به زن و حل مشکل مالی او نیست، بلکه «تعهد مرد» است در برابر «تعهد زن». طرفین علاوه بر اینکه نسبت به تعهداتی که در برابر هم و در عین حال وابسته به یکدیگر دارند متضمن تعهد ضمنی دیگری نیز هستند و آن، اجرای هم‌زمان دو تعهد است زیرا در یک عقد، هیچ‌کدام از طرفین بر دیگری در اجرای تعهد اولویت ندارد مگر به حکم قانون یا توافق طرفین. وقتی چنین اولویتی منتفی است مرتکز ذهن طرفین این است که باید آنها را با هم اجرا کنند. بنابراین، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند اجرای تعهد طرف دیگر را مطالبه نماید مگر اینکه خود نیز در مقام اجرای تعهد باشد.^۱ در نتیجه، هریک از طرفین در صورت استتکاف طرف دیگر از اجرای تعهدات خود، مُحق بر امساک از انجام تعهد خواهد بود، زیرا تعهد او مقید به اجرای هم‌زمان با اجرای تعهد طرف مقابل است.^۲ فلذا حق حبس،

← صدر و ذیل عبارت مزبور است، زیرا عدم وجوب تسلیم غیر از اسقاط حق مطالبه است. و افزون بر آن، با صرف‌نظر از اشکال اول، اگر تأجیل به معنای اسقاط حق مطالبه باشد آنگاه قید عندالاستطاعه نمی‌تواند موجب تعیین أجل و همچنین حالّ نبودن دین باشد؛ چراکه بدون این قید نیز مطالبه به حکم قانون و شرع تنها در صورت ایسار (استطاعت مالی) مدیون، صحیح است.

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳هـ.ق، ج ۶، ص ۲۶۳.

۲. أن فی المعاوضة لكلّ من المتعاضضین الامتناع من تسلیم ما فی جانبه من العوض حتی یسلّم إلیه الآخر، سواء كان موسراً أم معسراً، لتحصل فائدة التعویض. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، مسالک

الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق)، ج ۸، ص ۱.

قاعده‌ای است که نسبت به هر عقدی که برای طرفین خود تعهداتی متقابل ایجاد کند قابل اعمال است. آنچه مانع از اعمال حق حبس می‌گردد صرف‌نظر کردن طرفین از تعهد به اجرای هم‌زمان یا عدم امکان اجرای هم‌زمان تعهدات است، لذا ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی لزوم حال بودن مهریه را شرط نموده، زیرا در غیر این صورت زن شرط اجرای هم‌زمان تعهدات طرفین را نادیده گرفته است.

همان‌گونه که در بند اول اشاره شد قید «عندالاستطاعه» موجب مؤجل شدن و حال نبودن مهریه نمی‌گردد. بنابراین در چنین عقدی، شرط اجرای هم‌زمان تعهدات طرفین ساقط نشده است. مؤید این نظریه، رأی وحدت‌رویه دیوان عالی کشور درباره تقسیت مهریه است.^۱ براساس این رأی، تقسیت مهریه به دلیل عسر و حرج زوج، مانع از اعمال حق حبس زوجه نیست.

ممکن است گفته شود شرط «عندالاستطاعه» برای مهریه به معنای عدول زوجه از حق حبس است، زیرا هدف اصلی طرفین در ازدواج، تمتع است و شرط عدم تمتع به معنای حق حبس تا زمان پرداخت مهریه آن هم در فرض عندالاستطاعه بودن با مقتضای ذات عقد نکاح در تنافی خواهد بود. به علاوه، صحت شرط عدم تمتع در نکاح دائم، محل اختلاف است و بنا بر قول مشهور، چنین شرطی باطل است. در پاسخ می‌توان گفت: اولاً، در صورت عدم قید عندالاستطاعه، زوجه ذی‌حق است، چه - همان‌طور که قبلاً اشاره شد - این حق، نتیجه توافق ضمنی طرفین به اجرای هم‌زمان تعهدات است. گذشته از آن، تعهد به اجرای

۱. رأی شماره ۷۰۸ - ۱۳۸۷/۵/۲۲ وحدت‌رویه هیأت عمومی: به‌موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیت که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک‌جای مهر بوده مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیها، زیرا اولاً، حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست؛ ثانیاً، موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست. بنا به مراتب رأی شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است منطبق با قانون تشخیص می‌شود.

هم‌زمان تعهدات، غیر از شرط عدم تمتع می‌باشد زیرا در این صورت حق تمتع، مقید شده است نه اینکه شرط عدم تمتع شده باشد. پس تقبید این حق صحیح به نظر می‌رسد؛ چراکه به معنای اسقاط حق مطلق زوج است و توسط خود او در ضمن عقد انجام شده است. با توجه به مطالب پیش گفته، قید «عندالاستطاعه» را نمی‌توان به معنای عدول از حق حبس تلقی کرد زیرا عدم حق حبس زمانی است که یا طرفین بر عدم اجرای هم‌زمان تعهدات خود توافق کرده باشند یا اجرای هم‌زمان تعهدات اساساً امکان‌پذیر نباشد بلکه اجرای تعهد یکی از طرفین منوط و متوقف بر اجرای تعهدات طرف دیگر باشد. بدیهی است این قید را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که منافاتی با شرط ضمنی و ارتکازی اجرای هم‌زمان تعهدات طرفین نداشته باشد. با توجه به معنا و مفهوم قید عندالاستطاعه (مُحَق نبودن زوجه بر مطالبه مهریه تا زمان استطاعت زوج) این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که: آیا صرف نظر کردن از این حق به معنای غمض عین از حق مطالبه اجرای هم‌زمان تعهدات است؟ می‌توان فرض کرد چشم‌پوشی زوجه از مطالبه مهریه تا زمان استطاعت با حفظ قید اجرای هم‌زمانی است. به علاوه، این اشکال نسبت به این قید همواره به قوت خود باقی است که: آیا این قید از معنای معقولی برخوردار است؟ آیا در صورت عدم استطاعت زوج، زوجه ذی‌حق بر مطالبه مهریه (دین) می‌باشد؟ در صورت وجود چنین حقی باید اثر حقوقی به همراه داشته باشد درحالی‌که نمی‌توان اثر حقوقی معقولی برای آن تصویر کرد، زیرا در صورت عدم استطاعت یا عسر زوج، قانون‌گذار وجوب پاسخ‌گویی و پرداخت را از دوش وی برداشته است. حال، پرسش اینجاست که: چگونه ممکن است قانون‌گذار، حق مطالبه را برای دائن (در اینجا زوجه) به رسمیت شناخته ولی مدیون را ملزم به ادای دین و پاسخ به این مطالبه ننموده باشد؟

شایان ذکر است که حکم قانون‌گذار به «إنظار» مدیون (مهلت دادن به او تا زمان استطاعت)، مقید به مستثنیات دین است. بنابراین، موضوع حکم قانون‌گذار، استطاعت در مفهوم خاص یعنی استطاعتی ورای مستثنیات دین می‌باشد حال آنکه استطاعت در قید مورد بحث در مفهوم عرفی آن استعمال شده است. قید عندالاستطاعه بودن به معنای لزوم پرداخت دین در هنگام استطاعت عرفی است

ولو به لحاظ داشتن اموری که از نظر قانون‌گذار استثنای حکم به لزوم پرداخت دین هستند. پس این قید دربردارنده معنای معقولی است. با این وجود، این قید منطقاً منافاتی با مقید بودن تعهد زوجه به اجرای هم‌زمان با تعهدات زوج ندارد. البته اگر عرفاً مستفاد از این قید، صرف‌نظر کردن زوجه از قید اجرای هم‌زمان تعهدات باشد باید قائل به زوال حق حبس بود ولی حتی در صورت شک در زوال قید مزبور همواره می‌توان به عموم ارتکاز عقلاء به لزوم اجرای هم‌زمان تعهدات طرفین تمسک جست و قائل به حق حبس شد.

نتیجه‌گیری

در بیان استنباط و انتاج از جستار حاضر، همین بس که رأی شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به محکومیت زوجه به تمکین براساس قواعد عمومی قراردادها شامل عقد نکاح و مفاد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و تفسیر صحیح از قید «عندالاستطاعه» در عقدنامه نکاح، غیرقابل دفاع و تأیید می‌باشد.

فهرست منابع:

۱. اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه. ق.
۲. اکمل بهبهانی، محمد باقر بن محمد، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه. ق.
۳. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ه. ق، ج ۶
۴. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتح، هدایه الطالب إلى أسرار المکاسب، ج ۳، تبریز: چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ه. ق.
۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

بزه اختلاس توأم با جعل در پرتو نقد یک رأی

ابوالفضل یوسفی *

طاهره دهقانی **

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۱۳۰۰۱۷۵

تاریخ صدور رأی بدوی: ۹۲/۱۰/۰۴

اتهام: اتهام توأم با جعل

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی جزایی تهران

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

۱.۱. متن رأی دادگاه بدوی

درخصوص اتهام آقای م.، ۳۸ ساله، اهل و ساکن تهران، کارمند و فاقد سابقه محکومیت کیفری دایر بر اختلاس توأم با جعل به میزان ۴۱/۷۸۷/۰۰۰ ریال، موضوع شکایت شهرداری، با این توضیح (به شرح کیفرخواست) که (... نظر به اینکه قبل از سال ۱۳۸۵ و به دلیل قدیمی بودن سیستم مالی شهرداری، فیش نقدی که در اداره درآمد شهرداری صادر می شد، پس از تودیع مبلغ مربوطه توسط مؤدی، به صورت شیفریه (شمار سند پرداخت دستی و نه سیستمی) و پس از بررسی های لازم و احراز اصالت و صحت فیش صادره، فیش مربوطه تأیید و ثبت می گردید. نامبرده طی سال های ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰ ضمن استفاده از شیفریه

* دکتر حقوق کیفری و جرم شناسی پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضائیه

Yusefi_9@yahoo.com

** کارشناس و پژوهشگر حقوق



غیرمجاز و تنظیم سند پرداختی غیرحضوری صوری و بدون اینکه مبالغی از این حیث به حساب شهرداری واریز گردد، نه تنها نسبت به صدور فیش‌های غیرمجاز اقدام می‌نموده بلکه ضمن صدور مفاصاحساب‌های غیرواقعی و غیرقانونی نسبت به برخی از پلاک‌های مربوطه طی ۳۲۱ فقره فیش، صادر ... اقدام به اختلاس می‌نموده... که کل مبلغ مورد ادعای شهرداری در بدو امر -/۱۰۵/۰۰۰/۱/۶۰۲ ریال اعلام گردیده است. این دادگاه با عنایت به اوراق و محتویات پرونده و مفاد کیفرخواست دادسرا و دلایل احصایی در آن و شکایت شاکی و مستندات ابرازی و نظریه کارشناس رسمی دادگستری که نهایتاً میزان مورد نظر را ۴۱/۷۸۷/۰۰۰ ریال اعلام داشته و مصون از تعرض نیز باقی‌مانده و اظهارات و دفاعیات غیرمؤثر متهم مبنی بر اینکه این قضیه ناشی از بی‌دقتی و بی‌مبالاتی در کار در اثر کثرت ارباب رجوع بوده و عدم ارائه دلیل متقن و محکمه‌پسند در اثبات عدم تصاحب و یا مداخله فرد ثالث و قرائن و امارات موجود بزهکاری‌اش، محرز و مسلم بوده و با استناد به تبصره ۲ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و با مراعات مواد ۱۱ و ۳۷ و ۳۸ از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به لحاظ وضع خاص متهم از نظر معیل بودن (به جهت اعتقاد دادگاه به حاکمیت مطلق این قانون بر قوانین سابق به جهت مساعد بودن به نفع متهم) و با احتساب ایام بازداشت قبلی و با حداکثر تخفیف علاوه بر رد مال به تحمل نودویک روز حبس و پرداخت بیست میلیون ریال جزای نقدی و پنج سال انفصال موقت محکوم می‌گردد. رأی صادره، حضوری، محسوب و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

۱.۲. متن رأی دادگاه تجدیدنظر

بر دادنامه تجدیدنظرخواسته به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۰۶۰۰۴۵۸ مورخ ۹۲/۱۰/۰۴ صادره از شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی جزایی تهران که به موجب آن متهم تجدیدنظرخواه آقای م، کارمند، به اتهام اختلاس توأم با جعل مبلغ چهل و یک میلیون و هفت صد و هشتاد و هفت هزار (۴۱۷۸۷۰۰۰) ریال به تحمل نودویک روز حبس تعزیری و پرداخت جزای نقدی به مبلغ بیست میلیون ریال در حق دولت و

انفصال موقت به مدت پنج سال از خدمات دولتی و رد مبلغ چهل و یک میلیون و هفت صد و هشتاد و هفت هزار (۴۱۷۸۷۰۰۰) ریال در حق شهرداری محکوم گردیده و از جهت قلت میزان مجازات نیز مورد تجدیدنظرخواهی شهرداری قرار گرفته؛ از حیث انطباق عمل ارتكابی با قانون مجازات ایراد وارد است، چه آنکه اقداماتی که متهم تجدیدنظرخواه آقای م. به استناد آن، متهم به بزه اختلاس توأم با جعل شده است با التفات به شکایت شاکی، نظریه کارشناسی رسمی دادگستری و مدارک و مستندات مضبوط در پرونده به خلاصه چنین است که مشارالیه، کارمند شهرداری بوده که به دلیل قدیمی بودن سیستم مالی شهرداری، فیش‌های نقدی که در اداره درآمد شهرداری صادر می‌شد را می‌بایست پس از تودیع مبلغ مربوطه توسط مؤدی به صورت شیفریه (شماره سند پرداختی دستی و نه سیستمی) و پس از بررسی‌های لازم و احراز اصالت و صحت فیش صادره، تأیید و ثبت نماید. درحالی که نامبرده طی سال‌های ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰ وجوه سپرده‌شده از ناحیه مؤدیان را بدون اینکه مبالغی از این حیث به حساب شهرداری واریز گردد، تصاحب نموده و با استفاده از شیفریه غیرمجاز و تنظیم سند پرداختی و فیش‌ها و مفصاحساب‌های ساختگی و غیرواقعی نسبت به برخی از پلاک‌های ثبتی چنین وانمود کرده که مطالبات شهرداری وصول گردیده است. این در حالی است که تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری که رکن قانونی بزه اختلاس توأم با جعل را تشکیل می‌دهد ناظر به مواردی است که کارکنان دولت و مأمورین شهرداری و ... مرتکب قلب متقلبانه حقیقت در سند یا نوشته گردیده و براساس آن، اقدام به برداشت و تصاحب وجوه و اموال سپرده‌شده حسب وظیفه، نمایند ولی اساساً هر جعل سندی از ناحیه مرتکب بزه اختلاس تا مادامی که ارکان و شرایط مقرر در تبصره ۲ از ماده ۵ قانون مرقوم جمع و فراهم نباشد نمی‌تواند «به نحو موجه کلیه» متصف به وصف مجرمانه اختلاس توأم با جعل باشد. به عبارتی هرچند در طبیعت و ذات جرائمی همچون اختلاس، توأم و مقارن با جعل اسناد است، اما ضرورتی ندارد اختلاس در تمامی موارد با جعل اسناد واقع شود. به همین جهت است که قانون‌گذار در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در این رابطه هم جرم اختلاس و هم بزه اختلاس توأم با جعل را جرم‌انگاری کرده است. در مانحن‌فیه

هرچند وجوهی حسب وظیفه به متهم تجدیدنظرخوانده آقای م. از ناحیه مؤدیان شهرداری تسلیم مادی شده است که متهم آن را در حساب شهرداری منظور کند ولی نامبرده با تغییر نیت، حيازت ناقصه خود را به حيازت کامل تبدیل نموده و بهمانند یک مالک با مال برخورد کرده که این امر منتهی به تصاحب وجوه متعلق به شهرداری به میزان چهل و یک میلیون و هفت صد و هشتاد و هفت هزار (۴۱۷۸۷۰۰۰) ریال شده است. النهایه چون متهم تجدیدنظرخوانده از زمره کارکنان شهرداری به عنوان یکی از مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی موضوع ماده واحده فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ بوده که مشمول کارکنان و مستخدمین موضوع ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری است که اموال و وجوه شهرداری به طور مستقیم و غیرمستقیم بنا بر مقتضای وظیفه اداری اش به او سپرده شده که وظیفه حفظ و حراست از اموال و وجوه دولتی را بر عهده داشته و به رغم منع و حذر قانون با سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی و آن هم با سبق تصمیم و برنامه ای از پیش طراحی شده با توسل به یک سری اعمال به ظاهر قانونی ولی در اصل مغایر با قوانین و مقررات مبلغ چهل و یک میلیون و هفت صد و هشتاد و هفت هزار (۴۱۷۸۷۰۰۰) ریال از وجوه متعلق به شهرداری را برداشت و تصاحب نموده که نظریه کارشناس رسمی دادگستری که مورد ایراد و اعتراض طرفین امر جزایی قرار نگرفته، مؤید مراتب فوق الذکر می باشد. اضافه بر اینکه در این بین در اختیار شخص اداری قرار گرفتن وجوه مورد اختلاس که از جمله شرایط تحقق این جرم است به نظر می رسد در پرونده امر تحقق یافته است، چون آنچه از مفهوم سپرده شدن وجوه نقدی، مطالبات، حواله یا سهام و یا سایر اسناد و اوراق بهادار یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان ها و مؤسسات مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری به ذهن متبادر می گردد همان مفاهیم عرفی است و سپرده شدن نیز از اعم از سپردن مستقیم و یا غیرمستقیم آن است. به عبارت دیگر، چگونگی سپردن وجه یا مال اعم از اینکه به وسیله مقامات و یا سایر اشخاص حقیقی و حقوقی به مؤسسات و دستگاه های مورد نظر تحویل و بعد از طی مراحل اداری در اختیار کارمند قرار گرفته و اینکه توسط مقامات و یا افراد مستقیماً به کارمندان مدنظر واگذار شده باشد ملاک تحقق سپرده

شدن نبوده و فقط تحویل وجوه یا اموال به کارمندان آن هم حسب وظیفه مورد توجه است که چه به صورت واقعی و یا حکمی تحقق یابد و در باب بزه اختلاس تسلیم مال یا وجه ناشی از یک رابطه و قرارداد حقوقی ایجادشده در چهارچوب مقررات حقوقی اداری است. علاوه بر اینکه برداشت وجوه، به منزله تصاحب و تملک آن به حساب می آید؛ یعنی در مورد وجوه به صرف برداشت، جرم به صورت تام واقع می شود و مرتکب به عنوان مختلس قابل تعقیب جزایی خواهد بود، ولی در مورد سایر اموال بایستی رفتار مرتکب به صورت تصاحب، بروز و ظهور پیدا کند تا جرم به شکل تام واقع شود. از طرفی در جرم اختلاس، بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه های مذکور در ماده ۵ قانون اخیرالذکر از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد و به محض اینکه اندیشه مرتکب بر محرومیت دستگاه های موصوف از آن اموال تعلق گرفت، در آن صورت، موقت یا دائم بودن قصد محرومیت، تأثیری در تحقق جرم نداشته و این امر صرفاً در مواردی در مجازات اثرگذار است. به علاوه، استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس، تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی کند. در این جرم، مقنن، خروج وجه یا مال از مالکیت دولت و سایر دستگاه ها را ملازم با نفع خود یا شخص دیگری دانسته، خواه شخص مرتکب، از آن وجه یا مال بهره مند شده یا نشده باشد. از سوی دیگر، عمل ارتكابی متهم قابل انطباق با جرم اختلاس توأم با جعل نیست، چونکه اقدامات متهم در قلب حقیقت در اسناد شهرداری متعاقب بزه اختلاس و تنها برای مخفی نمودن و کتمان واقعیت موضوع صورت گرفته است نه اینکه متهم برای برداشت و تصاحب وجوه شهرداری و آن هم پیش یا مقارن با رفتار مجرمانه جرم اختلاس، مبادرت به جعل در اسناد کرده باشد. علی هذا با عنایت به مراتب مسطوره دادگاه با وصف احرار گناهکاری متهم صدرالمشار، با انطباق موضوع با ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و تبصره ۶ ذیل آن و ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و تغییر عنوان مجرمانه از اختلاس توأم با جعل به اختلاس و جعل در اسناد و مجازات وی از نودویک روز حبس تعزیری و پرداخت جزای نقدی به مبلغ بیست میلیون ریال در حق دولت و انفصال موقت از خدمات دولتی به مدت پنج سال بابت بزه اختلاس توأم با جعل؛ به تحمل دو سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت

قبلی و پرداخت جزای نقدی به مبلغ بیست میلیون ریال در حق دولت و انفصال دائم از خدمات دولتی از بابت اتهام اختلاس بیش از مبلغ پنجاه هزار ریال و به پرداخت جزای نقدی به مبلغ سه میلیون ریال بابت اتهام جعل در اسناد با رعایت تبصره ۶ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری از جهت ممنوعیت اعمال تخفیف مجازات از حداقل حبس و انفصال دائم از خدمات دولتی در بزه اختلاس و تبصره ۳ از ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب از حیث تشدید مجازات به لحاظ تجدیدنظرخواهی شاکی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را با استناد به ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و تبصره ۴ ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاح و ضمن رد تجدیدنظرخواهی‌های به عمل آمده، آن را در نتیجه تأیید و استوار می‌نماید. رأی دادگاه، قطعی است.

۱.۳. خلاصه پرونده:

به موجب کیفرخواست تقدیم شده به شعبه ۱۰۸۳ دادگاه عمومی جزایی تهران کارمند یکی از نهادهای عمومی غیردولتی، متهم به اختلاس توأم با جعل می‌شود. رفتار انتسابی به متهم آن است که وی وجوه پرداخت شده از طرف مؤدیان و نیز سپرده شده به او را بدون اینکه مبالغی از این حیث به حساب شاکی واریز نماید تصاحب نموده، با استفاده از تنظیم سند پرداختی و فیش‌ها و مفاصاحساب‌های ساختگی و غیرواقعی، تخادع به وصول مطالبات شاکی کرده است. دادگاه بدوی، متهم را به استناد تبصره ۲ از ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و با مراعات مواد ۱۱، ۳۷ و ۳۸ از قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) با تأکید بر اینکه حداکثر تخفیف را قائل شده است، علاوه بر رد مال به تحمل نود و یک روز حبس و پرداخت بیست میلیون ریال جزای نقدی و پنج سال انفصال موقت محکوم می‌نماید. شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر تهران در مقام رسیدگی به اعتراض و تجدیدنظرخواهی متهم و شاکی اینچنین حکم صادر کرده است: اولاً، به دادنامه صادره از حیث انطباق عمل ارتكابی با قانون ایراد وارد است و باید به اتهامات متعدد اختلاس و جعل (تعدد مادی) رسیدگی می‌شد، زیرا اختلاس براساس جعل

نبوده است بلکه جعل، متعاقباً و برای مخفی کردن اختلاس صورت گرفته است؛ ثانیاً، مستند به ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و تبصره ۶ ذیل آن و ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، مجازات مرتکب به تحمل دو سال حبس تعزیری با احتساب ایام بازداشت قبلی و پرداخت جزای نقدی به مبلغ بیست میلیون ریال در حق دولت و انفصال دائم از خدمات دولتی و پرداخت جزای نقدی به مبلغ سه میلیون ریال بابت اتهام جعل در اسناد، دادنامه تجدیدنظرخواسته را در نتیجه تأیید و استوار می‌نماید. ماحصل حکم صادره از شعبه ۶۸ دادگاه مزبور درخصوص تغییر عنوان اتهامی از «اختلاس توأم با جعل» به «اختلاس و جعل» را می‌توان با این عبارت خلاصه کرد:

چنانچه کارمندی براساس ارتکاب جعل، اموال عمومی را تصاحب نماید، اتهام او اختلاس توأم با جعل به‌شمار می‌آید اما اگر برای مخفی کردن اختلاس و کتمان جرم، جعل کند اتهامات منتسب به وی تعدد مادی اختلاس و جعل خواهد بود.

۲. نقد و بررسی

۲.۱. اختلاف مبانی آراء بدوی و تجدیدنظر

یکی از معیارهای دادرسی عادلانه، اصل «تفسیر به نفع متهم» است. شاید بتوان مدعی شد این اصل در ادامه اصل «بی‌طرفی قاضی» قرار می‌گیرد و در تأمین حقوق متهم نقش بسزایی دارد. دادگاه بدوی با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال وقوع جرم و با احراز ضمنی سبق تصمیم کارمند مبنی بر تصاحب وجوه سپرده‌شده به وی و کتمان آن از طریق ساخت سند مجعول، اعتقاد به توأم بودن جعل و اختلاس داشته و اتهام متهم را اختلاس توأم با جعل اعلام کرده است. در مقابل، دادگاه تجدیدنظر با تفکیک میان دو فرض که در یک حالت اختلاس ناشی از جعل است و در حالت دیگر، بعد از اختلاس و برای مخفی کردن جرم، جعل صورت می‌گیرد، معتقد است رفتار انتسابی به متهم، مصداق تعدد مادی جرائم اختلاس و جعل است و نهایتاً مجازات مرتکب را تشدید می‌کند. بررسی و تحلیل تفاوت میان بزه «اختلاس توأم با جعل» و جرائم «اختلاس و جعل» هدف نوشتار حاضر است.

۲.۲. نقد و بررسی مبانی استدلال دادگاه تجدیدنظر

دادنامه اصداری از دادگاه تجدیدنظر با ایراد به دادگاه بدوی درخصوص نحوه انطباق عمل با قانون، استوار شده است. بنا به توضیح دادنامه مزبور، متهم وجوه سپرده شده از طرف مؤدیان را تصاحب، سپس با جعل سند وانمود به وصول مطالبات شاکی کرده است. برخی از استدلالات دادگاه تجدیدنظر در دادنامه اصداری چنین است: «تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری ناظر به مواردی است که کارکنان دولت و ماموران شهرداری و ... مرتکب قلب متقلبانه حقیقت در سند یا نوشته گردیده و براساس آن، اقدام به برداشت و تصاحب وجوه و اموال سپرده شده حسب وظیفه نمایند». و همچنین استدلال دیگر که: «هرچند در طبیعت و ذات جرائمی همچون اختلاس، توام و مقارن با جعل اسناد است، اما ضرورتی ندارد اختلاس در تمامی موارد با جعل سند واقع شود و به همین جهت است که قانون گذار در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری در این رابطه، هم جرم اختلاس و هم بزه اختلاس توام با جعل را جرم انگاری کرده است». دادگاه تجدیدنظر در تقویت استدلال فوق بیان کرده است متهم «با سوءاستفاده از مقام و موقعیت شغلی و آن هم با سبق تصمیم و برنامه ای از پیش طراحی شده با توسل به یک سری اعمال به ظاهر قانونی ولی در اصل، مغایر با قوانین و مقررات وجوه متعلق به شاکی را برداشت و تصاحب نموده است». در جای دیگری از دادنامه استدلال شده است: «درمورد وجوه، به صرف برداشت، جرم بصورت تام واقع می شود و مرتکب به عنوان مختلس قابل تعقیب جزایی خواهد بود». اگرچه دادنامه مورد بحث برخلاف عرف دادنامه های صادره از مراجع کیفری، متضمن استدلالات و تفصیل مطالب می باشد و نیز در نوع خود قابل توجه و درخور تمجید است که در سطور آتی اشاره و بررسی خواهد شد، اما استدلال دادگاه برای تغییر عنوان اتهام «اختلاس توأم با جعل» به «تعدد مادی اختلاس و جعل»، به جهت زیر قابل ایراد است:

اولاً: توأم بودن از لحاظ زمانی، هم می تواند به معنای تقدم باشد و هم تأخر. آنچه در توأم بودن در معنای عرفی مهم است بلافصل بودن رفتار و متصل بودن قصد می باشد به گونه ای که عرفاً «توأم» تلقی گردد. در جایی که تقدم یا اقتران

زمانی در «توأم بودن» ملاک باشد قانون‌گذار تصریح به آن دارد. به‌طور مثال، در معاونت در جرم، شرط تقدم یا اقتران زمانی تصریح شده است (تبصره ماده ۱۲۶ ق.م.ا.). گاهی نیز عقلاً تقدم زمانی در توأم بودن، مفروض است مانند وقتی که از جرم مقدمه سخن گفته می‌شود. برای نمونه، جعلی که به عنوان وسیله متقلبانه، موجب فریفتن شاکی و بردن مال وی شده است (اگرچه در مقدمه محسوب شدن جعل و استفاده از سند مجعول برای ارتکاب بزه کلاهبرداری اختلاف‌نظر وجود دارد). مقنن در تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری صرفاً به اختلاس توأم با جعل، اشاره کرده بی‌آنکه توضیح دیگری ارائه داده باشد، لذا تبعیت از اصل تفسیر به نفع متهم می‌تواند استدلال دادگاه تجدیدنظر را رد کند و از طریق ملاک قرار دادن معنای عرفی عبارت «توأم بودن» و بسط مفهوم آن به تقدم و تأخر زمانی، مانع از تحقق تعدد مادی جرم و تشدید مجازات مرتکب، شد. به تعبیر دیگر، وقتی دادگاه معتقد است مرتکب با سبق تصمیم و برنامه از پیش طراحی شده وجوه سپرده‌شده را تصاحب می‌کند لزوماً جعل نیز در این برنامه و سبق تصمیم جای می‌گیرد و اینجاست که معنای توأم بودن نمود می‌یابد.

ثانیاً، بنا به اعتقاد دادگاه تجدیدنظر، «در اختیار شخص اداری قرار گرفتن وجوه مورد اختلاس، ازجمله شرایط تحقق این جرم است... و سپرده شدن اعم از سپردن مستقیم و یا غیرمستقیم است». از آنجا که یکی از شروط تحقق بزه اختلاس، سپرده شدن مال به کارمند (متهم به ارتکاب جرم) حسب وظیفه و براساس روال اداری است، لذا تصور اینکه کارمند برای سپرده شدن مال به وی (حسب وظیفه)، مرتکب بزه جعل شود برخلاف ظاهر قانون بوده و فرضی بعید محسوب می‌شود مگر اینکه گفته شود: سپردن به‌گونه‌ای است که کارمند برای تصاحب و ارتکاب بزه اختلاس نیاز به جعل داشته باشد. به نظر می‌رسد در این حالت نیز به مفهوم «سپردن» خدشه وارد می‌شود، زیرا واژه سپردن در ذات خود به معنای «در اختیار داشتن» و «تسلط داشتن» است و در غیر این صورت سپردن محقق نمی‌گردد. نگارنده بر این باور است که تعدد مادی جرائم اختلاس و جعل، ناظر به فرضی است که کارمند مختلس، بدون قصد مخفی کردن بزه اختلاس (با قصد و نیت دیگری)

مرتکب بزه جعل می‌شود. به عبارت دیگر، اگر کارمند در راستای مخفی کردن بزه اختلاس، مرتکب جعل گردد به جهت متصل بودن سوءنیت و توأم بودن رفتار، نمی‌توان قائل به تعدد مادی جرم و تعدد مجازات شد.

ثالثاً، حتی اگر دادگاه تجدیدنظر قائل به تعدد مادی جرم در این فرض باشد قانون‌گذار، مجموع رفتار ارتكابی را جرم خاص (اختلاس توأم با جعل)، تلقی و مجازات جداگانه تعیین کرده است که مصداق تبصره ۲ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، محسوب و اعمال قواعد تعدد جرم، آشکارا غیرقانونی است؛ دادگاه تجدیدنظر نیز این رویکرد را به‌طور ضمنی با عبارات «قانون‌گذار در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری در این رابطه، هم جرم اختلاس و هم بزه اختلاس توأم با جعل را جرم‌انگاری کرده است»، تأیید و جعل توأم با اختلاس را جرم مستقل اعلام نموده است.

همان‌گونه که گفته شد، سطور این دادنامه سراسر استدلال است و صدور چنین دادنامه‌ای از مراجع کیفری، قابل تقدیر می‌باشد. به‌طور مثال، دادگاه تجدیدنظر مرقوم داشته است: «در جرم اختلاس، بین محروم نمودن موقت یا دائم دستگاه‌های مذکور در ماده ۵ قانون اخیرالذکر (قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری) از اموال متعلقه، تفاوتی وجود ندارد ... استفاده یا عدم استفاده عملی شخص مرتکب از وجوه یا مال موضوع اختلاس تفاوتی در ماهیت جرم ایجاد نمی‌کند...». قصد محروم کردن (موقت یا دائم) شاکی (نهادها و سازمان‌های عمومی دولتی یا غیردولتی مندرج در ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء اختلاس و کلاهبرداری) از اموال متعلقه، وجه تمایز بین این بزه و جرم استفاده غیرمجاز از اموال نهادها و سازمان‌های عمومی دولتی یا غیردولتی مندرج در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ است که در حکم دادگاه مورد توجه قرار گرفته و تصریح شده است. همچنین ورود به بحث عدم شرط استفاده کردن یا نکردن از اموال اختلاس‌شده توسط متهم در تحقق بزه اختلاس، توضیح و تفسیر قضایی از عبارت قانونی «به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید» است که به‌طور ضمنی بیانگر مطلق بودن این جرم می‌باشد.

آنچه از مطالب پیش گفته استنباط و استنتاج می گردد آن است که نظر دادگاه تجدیدنظر در تعدد مادی تلقی کردن جعل کارمند برای مخفی کردن بزه اختلاس و تشدید مجازات مرتکب، فاقد توجیه منطقی است ولیکن از حیث صدور دادنامه مستدل جهت تبیین محل اختلاف نظر با دادگاه بدوی، درخور تمجید است.

یادداشتی بر صلاحیت مرجع رسیدگی به جرایم خرید و فروش، حمل و نگهداری اسلحه و مهمات غیرمجاز

مریم ممنون*

وقایع پرونده:

در پی گزارش مأمورین نیروی انتظامی مبنی بر حمل سلاح غیرمجاز توسط آقای غ.ن. و طی تشریفات قانونی، پرونده به دادگاه کیفری دو زاهدان ارجاع می‌گردد. شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو زاهدان با استناد به مواد ۶ و ۱۸ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰، موضوع را خارج از صلاحیت (دادگاه کیفری دو) دانسته و با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه انقلاب ارسال می‌نماید. شعبه ۲ دادگاه انقلاب زاهدان نیز برابر دادنامه شماره ۰۰۴۲۲ - ۱۳۹۳/۱۲/۱۲ به استناد رأی وحدت‌رویه شماره ۷۲۷ - ۱۳۹۱/۹/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، صلاحیت را نمی‌پذیرد و به جهت حدوث اختلاف و در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، پرونده را به دیوان عالی کشور می‌فرستد. دیوان نیز با تأیید قرار صادره از دادگاه انقلاب، بر صلاحیت دادگاه عمومی جزایی (کیفری دو) نسبت به رسیدگی به بزه حمل و نگهداری سلاح غیرمجاز، تأکید می‌نماید.

مشخصات رأی دادگاه عمومی جزایی

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۵۴۱۱۱۰۰۹۶۰

تاریخ: ۱۳۹۴/۸/۱۴

اتهام: حمل و نگهداری سلاح غیرمجاز

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی شهرستان زاهدان

* پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه و دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی



متن رأی

درخصوص اتهام آقای غ. ن. دایر بر حمل و نگهداری یک قبضه کلت کمری، مستنداً به مواد ۶ و ۱۸ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز، موضوع را در صلاحیت دادگاه انقلاب دانسته و قرار عدم صلاحیت صادر می‌نماید.

مشخصات رأی دادگاه انقلاب

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۵۴۱۲۲۰۰۴۲۲

تاریخ: ۱۳۹۳/۱۲/۱۲

اتهام: حمل و نگهداری سلاح غیرمجاز

مرجع رسیدگی: شعبه ۲ دادگاه انقلاب شهرستان زاهدان

متن رأی

در خصوص اتهام آقای غ. ن. دایر بر حمل یک قبضه سلاح گرم جنگی که به موجب دادنامه صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو زاهدان، با قرار عدم صلاحیت به این مرجع ارسال گردیده است، صرف نظر از صحت و سقم موضوع، با عنایت به قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی و رأی وحدت‌رویه شماره ۷۲۷ تاریخ ۱۳۹۱/۹/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و با این استدلال که تعیین صلاحیت مرجع قضایی از قوانین آمره و شکلی است و عطف ماسبق می‌شود و به موجب رأی وحدت‌رویه مذکور، صرفاً ورود و خروج اسلحه و مهمات از کشور در صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب است و سایر جرایم مربوط به قانون مذکور در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی می‌باشد. بنابراین ضمن نفی صلاحیت از خود، مستنداً به ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ اصلاحی ۱۳۸۱ و ماده ۱ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز ۱۳۹۰، قرار عدم صلاحیت به اعتبار و شایستگی دادگاه‌های عمومی جزایی زاهدان صادر و اعلام می‌گردد. با عنایت به حدوث اختلاف بین دو دادگاه عمومی جزایی و انقلاب، در اجرای ماده ۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی، پرونده جهت حل اختلاف به دبیرخانه دیوان عالی کشور در تهران ارسال می‌شود.

مشخصات رأی دیوان عالی کشور

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۰۳۳۶

تاریخ رسیدگی: ۱۳۹۴/۱/۱۸

اتهام: حل اختلاف در صلاحیت دادگاه عمومی و دادگاه انقلاب

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور

متن رأی

درخصوص اختلاف در صلاحیت بین دادگاه‌های انقلاب اسلامی و عمومی زاهدان به شرحی که در قرارهای صادرشده از سوی مراجع قضایی مذکور بازتاب یافته است، با عنایت به صائب بودن نظر دادگاه انقلاب به ویژه در استناد به رأی وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، توجهاً به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی زاهدان حل اختلاف می‌شود. شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور

نقد و بررسی آراء صادره:

تا قبل از تصویب «قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۶/۷» به جرایم حمل و نگهداری اسلحه و مهمات غیرمجاز با توجه به اعتبار و حاکمیت «قانون تشدید مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و قاچاقچیان مسلح مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۲۶» و اینکه قانونگذار با توجه به عنوان قانون و عبارات به کار برده‌شده در متن قانون، حمل و نگهداری اسلحه و مهمات را قاچاق، تلقی و محسوب نموده بود این جرایم در دادگاه انقلاب مورد رسیدگی قرار می‌گرفت.

اما پس از تصویب قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۶/۷ و نسخ صریح قانون تشدید مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و قاچاقچیان مسلح مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۲۶ در ماده ۲۱ قانون مزبور و با در نظر گرفتن تعریف قاچاق اسلحه و مهمات در ماده ۱ و تغییرات اساسی به‌وجودآمده در قانون فعلی در مقایسه با قانون سابق، به نظر می‌رسد قانونگذار حمل و نگهداری غیرمجاز اسلحه و مهمات را برخلاف رویکرد سابق از

شمول عنوان و تعریف قاچاق اسلحه و مهمات، خارج نموده و مجازات مستقلی برای مرتکبین آن در نظر گرفته است. با این وجود و علی‌رغم صراحت عبارات قانونی و وضوح تغییر رویکرد و نیز نظرات متعدد اداره حقوقی قوه قضاییه در تأیید صلاحیت دادگاه عمومی جزایی به دنبال استعلامات صورت‌گرفته از آن اداره بر مبنای قانون فعلی، بعضاً میان برخی محاکم عمومی جزایی و انقلاب درخصوص مرجع صالح به‌منظور رسیدگی به جرایم حمل و نگهداری اسلحه و مهمات، اختلاف حادث گردیده و گاه این اختلافات در میان شعب دیوان‌عالی کشور نیز ملاحظه می‌گردد؛ حال آنکه مستنداً به ماده ۱ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۶/۷ که در تعریف قاچاق صرفاً آن را ناظر بر وارد کردن به کشور و یا خارج نمودن سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل از کشور دانسته است و نه حمل و نگهداری و خرید و فروش و امثال آن، و ایضاً به‌موجب مواد ۵ و ۶ ماده فوق‌الذکر، حمل و نگهداری و ... سلاح و مهمات از یکدیگر تفکیک شده است بدون آنکه نظیر ماده ۲ قانون سابق (قانون تشدید مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و قاچاقچیان مسلح مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۲۶ با اصلاحیه‌های بعدی)، ناظر بر ماده ۱ باشند و در رسیدگی به این جرایم هیچ‌گونه اشاره‌ای به صلاحیت دادگاه انقلاب نشده است و براساس ماده ۲۱ قانون اخیرالتصویب ۱۳۹۰/۶/۷ از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون ۱۳۹۰/۸/۴ کلیه قوانین مغایر ازجمله قانون فوق‌الذکر مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۲۶ لغو گردیده است.

در اینجا اشاره به رأی وحدت‌رویه شماره ۷۲۷- ۱۳۹۱/۹/۲۱ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور خالی از لطف نیست:

«نظر به اینکه ماده ۴۵ قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۲۹/۱۲/۱۳۱۲ که مقصود از قاچاق اسلحه را وارد کردن به مملکت و یا صادر کردن از آن یا خرید و فروش و یا حمل و نقل و یا مخفی کردن و نگهداشتن آن در داخل مملکت عنوان کرده بود، طبق ماده ۲۱ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۷/۶/۱۳۹۰ لغو گردیده و در ماده ۱ این قانون قاچاق سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل وارد کردن آنها به کشور یا خارج نمودن آنها از کشور به‌طور غیرمجاز تعریف شده است، لذا به نظر اکثریت

اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور خرید و فروش، حمل و نقل، مخفی کردن و نگاهداشتن سلاح، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل به طور غیرمجاز از شمول عنوان قاچاق، خارج و رسیدگی به این جرایم در صلاحیت دادگاه عمومی است. این رأی به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری، صادر شده و برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها در موارد مشابه لازم الاتباع است».

نتیجه گیری

آنچه از مطالب پیش گفته منتج می شود آن است که دادگاه عمومی جزایی، مرجع صالح رسیدگی به بزه حمل، نگهداری و خرید و فروش سلاح و مهمات غیرمجاز، است ولی مرجع صالح رسیدگی به بزه قاچاق سلاح و مهمات غیرمجاز، دادگاه انقلاب اسلامی می باشد.

اصل «لزوم ارائه تمامی جهات قانونی در دعوا» در رویه قضایی فرانسه

اسماعیل شایگان*

مشخصات رأی

شماره رأی: ۵۴

تاریخ: ۷ ژوئیه ۲۰۰۶

خواسته: مطالبه حقوق معوقه

مرجع رسیدگی: دیوان عالی کشور فرانسه - هیأت عمومی

چکیده رأی: «خواهان، مکلف است تمامی جهات [قانونی] را که از نظر وی مبنای دعوا را تشکیل می‌دهد در دادرسی راجع به نخستین دعوی اقامه شده ارائه نماید».

یادداشت مترجم

اعتبار امر قضاوت شده، طرح مجدد دعوایی را که پیش‌تر مورد رسیدگی و قضاوت قرار گرفته است ممنوع می‌نماید مشروط بر اینکه در هر دو دعوا اصحاب، موضوع و سبب دعوا یکسان باشند. رویه قضایی فرانسه به طور سنتی تغییر مبنای حقوقی دعوایی را که پیش‌تر مورد رسیدگی واقع شده است تغییر سبب دعوا، تلقی و علی‌رغم اتحاد طرفین و موضوع دعوا، دعوی جدید را فاقد اعتبار امر قضاوت شده دانسته، آن را قابل رسیدگی اعلام نموده بود. برای نمونه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور فرانسه در رأی مورخ سوم ژوئن ۱۹۹۴، اعتبار امر قضاوت شده دعوی بطلان قرارداد بر مبنای اعتبار رضای طرف قرارداد را مانعی برای اقامه دعوی جدید بطلان قرارداد بر مبنای قیمت واقعی، ندانسته است.^۱ با این همه، هیأت عمومی

* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه پاریس ۲، پانتئون اسس

1. Assemblée plénière., 3 juin 1994, Bull. civ., n°4.



دیوان عالی کشور مزبور در رأی صادره (هفتم ژوئیه سال ۲۰۰۶)، مفهوم سنتی «سبب» در اعتبار امر قضاوت شده را مورد تردید قرار داده است. براساس محتویات پرونده منتهی به رأی پیش گفته^۱ خواهان (آقای ژیلبرت) در دعوایی که علیه برادر خود اقامه می نماید اظهار داشته است سالیان متمادی در شرکت متعلق به پدرش کار کرده، بی آنکه پدر حق الزحمه او را پرداخت نموده باشد. به همین جهت، پس از درگذشت والدین خود، دعوای خود را با خواسته مطالبه حقوق معوقه به مدت ۲۳۰ ماه به همراه سود متعلقه از تاریخ ۱۱ دسامبر ۱۹۹۲، علیه برادر خود (آقای رنه - دیگر ورثه متوفی) در دادگاه شهرستان «آژان» اقامه می نماید. این دادگاه پس از رسیدگی، با این استدلال که خواهان، قرارداد موضوع مواد ۳۲۱ - ۳۲۳ قانون کشاورزی مبنی بر انجام کار در شرکت متوفی را ارائه نکرده، وی را با صدور رأی مورخ ۳۱ مارس ۱۹۹۸ محکوم به بی حقی می نماید. رأی صادره به دلیل عدم تجدیدنظرخواهی قطعی می شود.

محکوم علیه مجدداً دعوایی را در تاریخ ۲۸ دسامبر ۱۹۹۸ با خواسته مطالبه همان مبلغ، این بار بر مبنای حقوقی دارا شدن ناعادلانه در همان دادگاه اقامه می نماید و دادگاه یادشده با این استدلال که دعوا پیش تر رسیدگی و منتهی به صدور حکم شده است، قرار ردّ دعوا را صادر می کند (۲۲ مارس ۲۰۰۱). تجدیدنظرخواه ضمن تجدیدنظرخواهی از رأی صادرشده، در دفاعیات خود اعلام می دارد که تنها آنچه که به موجب دادنامه مورخ ۳۱ مارس ۱۹۹۸ مورد قضاوت قرار گرفته (حقوق معوقه بر مبنای قانون کشاورزی)، واجد اعتبار امر قضاوت شده است. بنابراین، دعوایی که برای بار دوم بر مبنای دارا شدن ناعادلانه طرح گردیده، فاقد اعتبار امر قضاوت شده می باشد. بر این اساس، فسخ رأی مرجع نخستین و محکومیت تجدیدنظرخوانده به پرداخت مبلغ مندرج در دادخواست نخستین و خسارات دادرسی را تقاضا نموده است.

در مقابل، تجدیدنظرخوانده در دفاعیات خود اعلام می نماید که سبب در هر دو دعوا یکسان است. از نظر وی، تجدیدنظرخواه مفاهیم «سبب» و «جهت» را خلط نموده و بر این مبنا ردّ دعوای تجدیدنظر را درخواست کرده است. دادگاه تجدیدنظر نیز پس از رسیدگی، با این استدلال که تغییر امر حکمی به معنای

تغییر سبب دعا تلقی نمی‌شود، با تأیید رأی نخستین، قرار رد دعوی تجدیدنظر را صادر می‌کند.

با فرجام‌خواهی محکوم‌علیه از رأی دادگاه تجدیدنظر، شعبه ۲ دیوان‌عالی کشور فرانسه موضوع را جهت اتخاذ تصمیم به هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور ارجاع می‌نماید. هیأت عمومی دیوان مزبور پس از شنیدن نظریه نماینده دادستان کل کشور، در تاریخ ۷ ژوئیه ۲۰۰۶ نسبت به موضوع تصمیم‌گیری نموده است.

براساس رأی هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور فرانسه - که ترجمه آن در ذیل بیان خواهد شد - تفسیر نوینی از مفهوم «سبب» به عنوان یکی از عناصر سه‌گانه اعتبار امر قضاوت‌شده، ارائه شده است. از نظر این مرجع قضایی، تغییر مبنای حکمی یا قانونی دعا به معنای تغییر سبب دعا تلقی نمی‌شود تا خواهان بتواند به استناد آن، مبادرت به طرح مجدد دعا نماید. به بیان دیگر، این رأی دیوان‌عالی کشور، طرفین دعا را مکلف نموده است تا تمامی جهات حکمی ادعای خود را در دعوی که برای نخستین‌بار طرح می‌نمایند به دادگاه تقدیم کنند. از این تکلیف اصحاب دعا که مطابق رأی مورد بحث وارد حقوق موضوعه فرانسه شده است، با عنوان اصل «لزوم ارائه تمام جهات حکمی»^۱ در دعا یاد می‌شود. اصل لزوم ارائه تمامی جهات قانونی در دعوی اقامه‌شده، مسئولیت مهمی را متوجه اصحاب دعا به ویژه وکلای آنها می‌کند، زیرا هرگونه سهل‌انگاری در ارائه جهات قانونی مبنای ادعا یا ادعاهای طرح‌شده می‌تواند آنها را از احقاق حقوق خود باز دارد. امری که به نوبه خود اصحاب دعا را به سمت اقامه دعوی مسئولیت، به دلیل عدم ارائه تمامی جهات قانونی در دعوی طرح‌شده، علیه وکلای خود هدایت می‌نماید.^۲

هرچند به اعتقاد برخی از استادان حقوق دادرسی فرانسه، این رأی دیوان‌عالی کشور، بر مبنای و پایه اصل «صداقت در دادرسی» صادر شده است،^۳ اما مهم‌ترین دغدغه دیوان‌عالی کشور در صدور رأی پیش‌گفته، حجم انبوه دعوای

1. Principe de la concentration des moyens

2. L. Cadiet et E. Jeuland, **Droit judiciaire privé**, 9e édition, LexisNexis, 2016, p. 616.

3. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, **Procédure civile**, 33e édition, 2016, p. 767.

طرح شده در دادگستری و ضرورت پیشگیری از طرح دعاوی بوده است. دیوان عالی کشور فرانسه در آراء متعددی که پس از رأی یادشده صادر نموده، نه تنها مفاد این رأی را تأیید کرده است، بلکه بر اصل «لزوم ارائه تمام جهات دفاعی در دعا»^۱ از سوی خواننده نیز تأکید نموده است.^۲ رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور فرانسه که به دلیل نام خانوادگی طرفین دعوا در نوشته های حقوقی از آن با عنوان رأی «سزارو»^۳ نام برده می شود، مورد نقد گسترده حقوقدانان و استادان فرانسوی قرار گرفته است.^۴ از نظر برخی از نویسندگان علم حقوق، این رویه دیوان عالی کشور مزبور مغایر با اصول دادرسی بوده، می تواند به استنکاف از احقاق حق منجر شود، زیرا رسیدگی به امر قضاوت نشده را - با فرض داشتن اعتبار امر قضاوت شده - غیرقابل پذیرش می داند.^۵ از نظر «روژه پرو» - استاد برجسته حقوق دادرسی مدنی - رأی دیوان عالی کشور، مفهوم «وحدت سبب» را عملاً از محتوای خود تهی و نسبی بودن اعتبار امر قضاوت شده را بی اثر نموده است.^۶ انتقاد حقوقدانان موجب شده تا دیوان عالی کشور مذکور در برخی موارد رویه خود را تعدیل نماید. چنانکه برای نمونه، شعب ۲ و ۳ دیوان عالی کشور ردّ دعوا به استناد ایراد امر قضاوت شده را به دلیل تغییر جهت حکمی ادعا، به موردی محدود نموده اند که امور موضوعی مبنای جهات قانونی در هر دو دعوا یکسان باشد.

در این راستا فرضی را که رویدادهای بعد از نخستین دعوا، وقایع حقوقی مبنای دعوا را اصلاح نماید از شمول اعتبار امر قضاوت شده خارج دانسته اند.^۷

1. Principe de la concentration des moyens de défense

2. Com. 20 février 2007, Bull. civ. IV, n° 49.

3. Arrêt *Cesareo*

۴. برای مطالعه و مشاهده پاره ای از نقدها نک:

RTD civ. 2006-4, 825, obs. R. Perrot ; **Dalloz**, 2006, 2135, note Weiller; **JCP**, 2007, II. 10070, note G. Wiederkehr.

5. S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de changer le fondement juridique des demandes », **Mélanges**, G. Wiederkehr, **Dalloz**, 2009, p. 379.

6. R. Perrot, Chose jugée. Sa relativité quant à la cause: qu'en reste-t-il ?, **RTD Civ.** 2006, p.825.

7. Civ. 3e , 20 janvier. 2010, n° 08-70.206, Bull. Civ.2010, III, n°17; Civ. 2e , 6

علی‌رغم تعدیل انجام‌شده، رأی مورخ هفتم ژوئیه سال ۲۰۰۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورد بحث، حاکمیت خود را بر مفهوم جدید «سبب» در حقوق دادرسی مدنی فرانسه حفظ نموده است.

یادآوری این نکته مناسب می‌نماید که هیأت عمومی دیوان عالی کشور فرانسه از رئیس کل دیوان عالی کشور و رؤسای شعب شش‌گانه این دیوان و دو تن از قضات هریک از شعب (درمجموع ۱۹ قاضی) تشکیل می‌شود. ارجاع پرونده به هیأت عمومی دیوان مزبور براساس ماده ۶ - ۴۳۱ قانون سازمان قضایی این کشور، در موارد زیر امکان‌پذیر می‌باشد:^۱

۱. هنگامی که دعوا ناظر به یک امر حکمی تعیین‌کننده و مهم است و ضرورت دخالت هیأت عمومی دیوان عالی را ایجاب می‌نماید.
۲. در فرضی که بین مراجع قضایی رسیدگی‌کننده به ماهیت دعوا یا مراجع اخیر و شعب دیوان عالی کشور رویه‌های متناقضی وجود داشته باشد.
۳. در مواردی که دعوای موضوع فرجام‌خواهی پس از نقض به شعبه هم‌عرض دادگاه صادرکننده رأی، ارجاع و رأی مرجع اخیر به استناد همان موارد نقض پیشین، مورد فرجام‌خواهی مجدد قرار گیرد.

دادنامه هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۲

«براساس رأی فرجام‌خواسته (رأی مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۳ دادگاه تجدیدنظر اژان)، فرجام‌خواه دادخواستی علیه برادر خود - تنها ورثه دیگر متوفی - مبنی بر مطالبه حقوق معوقه مترتب بر ماترک پدر خود تقدیم نموده است با این استدلال که پیش از درگذشت پدرش، بدون دریافت حق‌الزحمه در شرکت وی مشغول به کار بوده است. دادگاه نخستین با این استدلال که فعالیت مورد اختلاف در

→ mai 2010, Bull. Civ.2010, II, n° 88.

۱. برای مطالعه درباره سازمان دیوان عالی کشور فرانسه، نک. اسماعیل شایگان، اصلاحات دردیوان عالی کشور فرانسه، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، پاییز ۱۳۹۶، سال شصت و نهم، شماره پیاپی ۲۳۸، ص ۱۲۹ به بعد.

۲. به نقل از :

چارچوب بهره‌برداری زراعی انجام نشده است، حکم به بی‌حقی خواهان صادر می‌نماید. فرجام‌خواه مجدداً دعوایی را بر مبنای دارا شدن ناعادلانه با خواسته مطالبه همان مبلغ، علیه برادر خود اقامه می‌نماید.

فرجام‌خواه نسبت به رأی دادگاه تجدیدنظر که تصمیم دادگاه نخستین مبنی بر ردّ دعوا را به استناد اعتبار امر قضاوت‌شده تأیید نموده است، اعتراض و چنین استدلال نموده است که: «اعتبار امر قضاوت‌شده تنها در فرض وحدت سبب ایجاد می‌شود؛ بدین معنا که دعوای اقامه‌شده بر مبنای قانون یا اصول حقوقی یکسان اقامه شده باشد. نظر به اینکه دادگاه تجدیدنظر در رأی صادر شده، دعوای نخستین و دوم فرجام‌خواه را که به ترتیب بر پایه حقوق معوقه موضوع قانون کشاورزی و دارا شدن ناعادلانه اقامه شده بود، دو دعوا با سبب واحد تلقی نموده است، بنابراین، استنباط صحیحی از محتویات پرونده نداشته و ماده ۱۳۵۱ قانون مدنی^۱ و ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ را نقض نموده است».

اما از نظر این شعبه؛

نظر به اینکه از یک‌سو خواهان، مکلف است تمامی جهات [قانونی] را که از نظر وی مبنای دعوا را تشکیل می‌دهد در دادرسی راجع به نخستین دعوای اقامه‌شده ارائه نماید و از سوی دیگر، مطابق رأی دادگاه تجدیدنظر، هر دو دعوای اقامه‌شده بین اصحاب دعوای واحد و با هدف مطالبه مبلغی پول به عنوان حق الزحمه انجام کاری که طبق ادعا عوض آن پرداخت نشده، اقامه شده است. بر این اساس، دادگاه تجدیدنظر به درستی استنباط نموده است که فرجام‌خواه نمی‌تواند با استناد به مبنای حقوقی دیگری [دارا شدن ناعادلانه] که در زمان مناسب ارائه نشده است، نسبت به وحدت سبب دو دعوا اعتراض نماید؛ چراکه دعوا پیش‌تر مورد رسیدگی قرار گرفته و واجد اعتبار امر قضاوت‌شده می‌باشد.

۱. ماده ۱۳۵۱ (سابق) قانون مدنی فرانسه بر وجود وحدت اصحاب دعوا، وحدت موضوع و وحدت سبب به عنوان شرایط تحقق اعتبار امر قضاوت‌شده تأکید نموده است. مفاد این ماده در ماده ۱۳۵۵ قانون اصلاح قانون مدنی فرانسه، موضوع تصویب‌نامه مورخ دهم فوریه ۲۰۱۶، تکرار شده است.

۲. ماده ۴۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه احکام و نیز برخی از قرارهای صادرشده را نسبت به آنچه که مورد رسیدگی قرار گرفته و موضوع دعوا بوده، واجد اعتبار امر قضاوت‌شده دانسته است.

بر این مبنا جهت نقض استنادشده از طرف فرجام‌خواه، موجه نمی‌باشد و بنا به استدلال‌های پیش‌گفته، رأی به ردّ فرجام‌خواهی صادر می‌شود».

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

تهیه و تنظیم: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی*

- وحدت رویه قضایی در خصوص «اصل حاکم بر ظهن نویسی در اسناد تجاری»
ظه ن نویسی سند تجاری به دو منظور انجام می گردد: یکی به قصد «انتقال» صورت می گیرد دیگری به منظور «وکالت». از آنجا که آثار ناشی از هریک از موارد فوق، متفاوت می باشد لذا تعیین نوع ظهن نویسی حائز اهمیت است. در صورت بروز اختلاف میان طرفین در مورد دلالت ظهن نویسی، محاکم معتقدند ظهن نویسی سند تجاری، ظهور در انتقال سند تجاری دارد مگر اینکه صراحتاً ظهن نویسی به عنوان وکالت در وصول قید شده باشد، زیرا در ظهن نویسی، اصل بر انتقال است. و آن (ظه ن نویسی) به قصد اعطای وکالت و نمایندگی، باید اثبات گردد.^۱
- وحدت رویه قضایی در خصوص «حفظ حقوق دارنده با حسن نیت در فرض امانی بودن چک»

اثبات امانی بودن چک، خللی به حقوق دارنده با حسن نیت وارد نمی کند.^۲
بنابراین، چنانچه چک، علی رغم اقرار دارنده اولیه آن به امانی بودن، به شخص ثالثی منتقل شده باشد با توجه به اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در مقابل دارنده با حسن نیت، صدور حکم به استرداد چک غیر ممکن است.^۳

* آدرس پستی پژوهشگاه قوه قضاییه

Adress Email Pajooheshkade

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۰۶۳۳ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۲ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۸۲۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۳۹۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۰۹۱۸ مورخ ۱۳۹۲/۷/۹ شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران



• وحدت رویه قضایی در خصوص «امکان تقاضای تأخیر تأدیه چک بعد از اجرا از طریق ثبت»

در صورت مطالبه توسط دارنده، متعهد چک، مکلف به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه چک از تاریخ صدور، در حق دارنده می باشد و مطالبه وجه چک از طریق اجرای ثبت، مسقط مسئولیت خوانده در تأدیه خسارت تأخیر تأدیه آن نیست.^۱

• وحدت رویه قضایی در خصوص «جاری نشدن اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در صورت درج شروطی مربوط به روابط پایه»

در صورت درج مشروط بودن قابلیت وصول چک بر امری (مربوط به روابط پایه منجر به صدور چک) در متن چک، دارنده ثالث نمی تواند ادعای عدم اطلاع از رابطه قراردادی صادرکننده و دارنده اولیه و شروط قراردادی آنها را مطرح کند و به وصف تجریدی اسناد تجاری و اصل عدم قابلیت استماع ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت، استناد نماید.^۲

• وحدت رویه قضایی در خصوص «ضمانت اجرای عدم انطباق تاریخ صدور با تاریخ مندرج در چک»

گفتنی است شاید وجه تسمیه چک وعده دار عرفاً به سبب مغایرت با تاریخ مندرج در چک باشد، لذا طبق نظر برخی از شعب دیوان عالی کشور، در صورت اثبات وعده دار بودن چک، آن چک به عنوان سند تجاری محسوب نمی شود ضمن آنکه مشمول حکم تضامنی بودن مسئولیت امضاءکنندگان و نیز مسئولیت صادرکننده و صاحب حساب، نمی گردد.^۳

• تهافت رویه قضایی در خصوص «وضعیت معاملات تاجر پس از تاریخ توقف»

در اینجا باید اذعان نمود که ممکن است بین تاریخ صدور حکم ورشکستگی و تاریخ اعلام شده توسط دادگاه به عنوان «تاریخ توقف»، تفاوت باشد و به عبارت

۱. رأی شماره ۱۱۷۱/۲۲۲۸۰۹۲۰۹۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۷ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۱۴۶۰/۲۲۱۷۰۹۹۷۰۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۹ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۲۳۵/۲۲۱۳۰۰۲۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۸ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۰۰۳/۲۲۱۳۰۰۲۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۸ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۲۹۳/۰۸۱۰۰۲۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۹ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور؛ رأی شماره

۰۰۳/۲۲۱۳۰۰۲۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۱ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور

دیگر، در حکم ورشکستگی تاریخ مقدماتی به عنوان تاریخ توقف ذکر گردد. وضعیت معاملات تاجر در فاصله میان تاریخ توقف تا تاریخ صدور حکم ورشکستگی، منجر به اختلاف نظر در رویه قضایی شده است چنانکه:

طبق بعضی از آراء قضایی، هر معامله‌ای توسط تاجر پس از تاریخ توقف، با عنایت به عدم اهلیت وی و خلل در ارکان صحت معامله، فاسد بوده، محکوم به بطلان است، حتی اگر تاریخ توقف، سال‌ها بعد از طی حکمی اعلان گردد و او (تاجر) را در زمان معامله، ورشکسته اعلام نماید و یا حتی در این معامله، غبطه شرکت و طلبکاران لحاظ شده باشد.^۱

اما برخی دیگر از آراء قضایی مبتنی بر این نتیجه است: معاملاتی که تاجر بعد از تاریخ توقف و قبل از صدور حکم ورشکستگی انجام می‌دهد در صورتی باطل است که به ضرر طلبکاران باشد.^۲

• **وحدت رویه قضایی در خصوص «مهلت اعتراض ثالث به حکم ورشکستگی»**
در موردی که شخص ثالثی نسبت به حکم ورشکستگی معترض باشد این امر منجر به تعارض میان مقررات قانون آیین دادرسی مدنی و قانون تجارت می‌گردد. براساس رویه استخراج شده از آراء منتخب، شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طبق قانون تجارت، اشخاص مقیم ایران می‌توانند ظرف یک ماه از تاریخ انتشار رأی ورشکستگی، اعتراض خود را اعلام نمایند و قاعده مذکور، نسبت به حکم عام آیین دادرسی مدنی درباره اعتراض ثالث، قاعده خاص بوده و کماکان مراعی است.^۳

• **وحدت رویه قضایی در خصوص «ملاک صدور حکم ورشکستگی»**
دادگاه برای صدور حکم ورشکستگی شرکت باید عدم توانایی مالی شرکت برای پرداخت دیون را احراز نماید و صرف عدم پرداخت یک دین، موجب صدور حکم ورشکستگی نخواهد بود.^۴ بنابراین، به صرف برگشت خوردن یک فقره چک،

۱. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۵ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۰۸۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۱ شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۵۲ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۷ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۴۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۷ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۸۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۵ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۶۳ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۵ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

نمی‌توان حکم به اعلام ورشکستگی صادرکننده چک، صادر نمود.^۱ همچنین، چنانچه شرکت به پرداخت مبلغی محکوم گردد و نسبت به اجرای حکم اقدام ننماید، مطابق ماده ۴۱۲ قانون تجارت نمی‌توان او را به سبب عدم پرداخت محکوم‌علیه، محکوم به ورشکستگی کرد.^۲

• **تہافت رویہ قضایی در خصوص «شرایط اقامہ دعوی ورشکستگی توسط تاجر»**

یکی از اشخاصی کہ مطابق قانون تجارت می‌تواند و حتی در برخی موارد مکلف است دعوی ورشکستگی را اقامہ کند، شخص تاجر است. علت اختلاف رویہ میان محاکم در خصوص شرایط و تشریفات طرح این دعوا از سوی تاجر می‌باشد چنانکہ:

طبق نظر برخی از محاکم، در صورتی کہ دادخواست ورشکستگی تقدیمی تاجر مدعی ورشکستگی، مستند بہ صورت حساب با اوصاف مقرر در ماده ۴۱۴ قانون تجارت و نیز لیست بستانکاران با میزان طلب آنان نبوده و دفاتر شرکت نیز ارائه نشده باشد دعوی، مطابق شرایط مقرر در قانون نہ تنها اقامہ نمی‌شود بل مردود می‌گردد.^۳

و اما بنا بہ باور برخی دیگر از محاکم، ہرچند شخص تاجر باید برای اثبات ادعای ورشکستگی خود، دفاتر تجاری‌اش را بہ دفتر محکمہ تحویل نماید لیکن صرف عدم ارائه آن، مانع از پذیرش دعوی ورشکستگی نیست. دادگاہ در این مورد با اختیارات محولہ (مطابق مادہ ۱۹۹) و جلب نظر کارشناس می‌تواند درباره صحت و سقم موضوع در ماہیت امر تصمیم‌گیری کند بی‌آنکہ بہ لحاظ نقص فوق، قرار عدم استماع یا رد دعوی صادر نماید.^۴

۱. رأی شماره ۱۵۳۸/۲۲۳۷۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۷ شعبہ ۳۷ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران؛ رأی

شمارہ ۲۱۲/۲۲۰۳۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۵ شعبہ ۳ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران

۲. رأی شماره ۲۲۳۵۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۹ شعبہ ۳۵ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران

۳. رأی شماره ۲۲۳۷۰۰۰۵۸/۲۲۰۳۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شعبہ ۳۷ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران

۴. رأی شماره ۲۹/۲۲۰۳۰۰۰۵۸/۲۲۰۳۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شعبہ ۱۸ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران؛ رأی

شمارہ ۷۶۷/۲۶۹۴۰۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۶/۳۱ شعبہ ۵۱ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران؛ رأی شمارہ

۷۴۶/۲۶۹۵۰۰۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶ شعبہ ۵۲ دادگاہ تجدیدنظر استان تہران

• تهافت رویه قضایی در خصوص «لزوم طرح دعوی ورشکستگی تاجر به طرفیت همه طلبکاران»

مطابق برخی از آراء صادره، در موردی که دعوی ورشکستگی از سوی خود تاجر طرح می‌شود، طرح دعوی توقف و ورشکستگی از سوی وی باید به جهت لزوم تدارک شرایط دفاع برابر به طرفیت همه بستانکاران اقامه گردد.^۱ در مقابل، مبنای صدور آراء دیگر بر این است که در دعوی صدور حکم ورشکستگی، لزومی به طرح این دعوی به طرفیت طلبکاران تاجر نیست، زیرا در هیچ یک از قوانین جاری، بر لزوم طرح دعوی تاجر به طرفیت طلبکاران به منظور رسیدگی به ورشکستگی اشاره‌ای نگردیده است و در صورتی که طلبکاران نسبت به اعلان ورشکستگی و تاریخ توقف تاجر، معترض باشند حق رسیدگی به اعتراض آنان در همان دادگاه پیش‌بینی شده است.^۲

• تهافت رویه قضایی در خصوص «طرح دعوی ورشکستگی علیه دادستان»

بر اساس نظر برخی از شعب دادگاه تجدیدنظر، طرح دعوی ورشکستگی توسط ذی‌نفعان علیه دادستان عمومی موضوعیت ندارد و در مورد این دعوی قرار رد صادر می‌گردد.^۳

ولیکن برخی از شعب معتقدند حکم ورشکستگی دارای اثرات اجتماعی وسیع و گسترده بوده به طوری که بعضاً افراد متعدد و زیادی را در جامعه تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. از این رو دادستان عمومی، طرف دعوی ورشکستگی است.^۴ فلذا برای مثال، دعوی ثالث که در مقام اعتراض به رأی بدوی دائر بر ورشکستگی طرح شده باید به طرفیت تاجر ورشکسته (خواهان دعوی بدوی) و دادستان طرح گردد و چنانچه در این دعوی، دادستان، طرف دعوی قرار نگرفته باشد محکوم به رد است.^۵

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۰۰۸ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۹ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۲۳۷ مورخ ۱۳۹۲/۳/۵ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۴. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۸۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۸/۶ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۵. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۱۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۷ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

• وحدت رویه قضایی در خصوص «ضمانت اجرای عدم اثبات تاجر بودن خواهان در دعوی ورشکستگی»

در موردی که دعوی ورشکستگی طرح می شود به ویژه در مواردی که خواهان، شخص تاجر است دادگاه ابتدائاً باید تاجر بودن وی (خواهان) را در دعوی اعلام ورشکستگی احراز نماید در غیر این صورت باید با یک تصمیم شکلی به صورت قرار عدم استماع دعوا یا قرار رد دعوا، موضوع را فیصله دهد و اتخاذ تصمیم ماهیتی از جمله صدور حکم به بطلان دعوا یا حکم به بی حقی خواهان، فاقد وجاهت است.^۱

• تهافت رویه قضایی در خصوص «استفاده از علائم تجاری یکسان در کالاها و خدمات دو طبقه متفاوت»

اگر علامت تجاری - که به دلیل یکسان بودن، تقاضای ابطال آن شده است - نسبت به علامت تجاری خواهان، از طبقه کالای متفاوتی باشد درمورد امکان ابطال علامت مؤخرالصدور، میان محاکم اختلاف نظر وجود دارد:

براساس برخی آراء، ملاک در پذیرش اعتراض نسبت به علامت تجاری که تقاضای ثبت آن شده یا به ثبت رسیده، واحد بودن طبقه و محصولات نیست بلکه ملاک، اشتباه مصرف کنندگان عادی در تشخیص مبدأ تولید محصولات و تمیز کالا یا خدمات یک شخص از کالا یا خدمات اشخاص دیگر است.^۲

اما بنا به استدلال بعضی از آراء، اگر کالاهایی با علامت تجاری مشابه، از دو طبقه مختلف کالا یا خدمات باشند موجبی برای ابطال علامت تجاری مؤخرالثبت وجود ندارد.^۳

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۶۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۵/ ۵ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۳۳۴ مورخ ۱۳۹۲/۹/ ۳۰ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۰۳ مورخ ۱۳۹۲/۸/ ۲۰ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۲۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/ ۱۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۱۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۲/ ۱۱ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی

شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۴۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۵/ ۹ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

• وحدت رویه قضایی در خصوص «شرط حمایت قانونی از علامت تجاری ثبت شده در دیگر کشورها در حقوق ایران»

تا زمانی که مالک علامت تجاری، علامت موصوف را در ایران ثبت نکرده باشد نمی تواند از حمایت های قانونی مندرج در کنوانسیون پاریس برخوردار گردد.^۱ بنابراین، صرف ثبت علامت تجاری در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، مالک علامت را از حمایت قانونی در سایر کشورهای عضو از جمله ایران بهره مند نخواهد ساخت.^۲ بهره وری از حمایت های کنوانسیون پاریس در ایران، مستلزم آن است که متقاضی ظرف مدت شش ماه از تاریخ ثبت اظهارنامه، درخواست خود را در ایران ثبت نماید.^۳

۱. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۷۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۲. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۶۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۳. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۶۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

گزارش نشست قضایی با موضوع: ذی نفع دعوای ابطال گواهینامه اختراع با نگاه به رویه قضایی

تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضاییه

درمورد ابطال گواهینامه اختراع، ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات (مصوب ۱۳۱۰)، تقاضای صدور حکم بطلان برگه اختراع را از جانب «ذی نفع» ممکن می دانست و نیز مطابق ماده ۱۸ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۱۳۸۶) هر ذی نفع می تواند ابطال گواهینامه اختراع را از دادگاه درخواست نماید. در هیچ یک از قوانین مزبور، تعریفی از ذی نفع به میان نیامده است لذا تشخیص آن با توجه به عمومات آیین دادرسی مدنی، با دادگاه خواهد بود که در این دعوی با عنایت به ویژگی نفع عمومی نهفته در حقوق اختراعات، محرومیت جامعه از استفاده آزادانه از اختراع با ثبت آن و متأثر ساختن عموم فعالان حوزه مربوط به اختراع، حائز اهمیتی مضاعف است.

دادگاه ها در این راستا از ملاک های متفاوتی برای تعیین ذی نفع در این دعوی بهره می جویند؛ برخی تغییر در وضعیت مالی خواهان در صورت ابطال اختراع را ملاک قرار می دهند و بعضی دیگر، از معیارهایی چون فعالیت اقتصادی (تولید، صادرات، واردات) در زمینه اختراع ثبت شده استفاده می نمایند. و همچنین شماری هم امکان بالقوه طرح دعوای نقض از سوی دارنده اختراع علیه فرد را ملاکی برای تشخیص ذی نفع خواهان می دانند. با این همه لازم است ملاک های تشخیص ذی نفع و یا مصادیق آن در دعوای ابطال گواهینامه اختراع مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.



ملاک‌های تشخیص ذی‌نفع دعوای ابطال گواهینامه اختراع در رویه قضایی چیست؟ آیا طرح چنین دعوایی منوط به ادعای مالکیت اختراع یا تقدیم اظهارنامه ثبت می‌باشد؟ آیا استناد به ماده ۶۰ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری درمورد دعوای ابطال گواهی اختراع صحیح است؟ آیا مفهوم ذی‌نفع در حقوق اختراعات با ذی‌نفع مندرج در عموماًت آیین دادرسی مدنی متفاوت است؟ آیا مقامات عمومی یا دولتی می‌توانند به عنوان نماینده عموم جامعه در دعوای ابطال گواهی اختراع، ذی‌نفع تلقی شوند؟

به‌منظور بحث و بررسی موضوع و به چالش کشیدن ذهن مخاطب با طرح پرسش‌های یادشده، در تاریخ ۱۶ مردادماه ۱۳۹۶ نشست علمی با موضوع «ذی‌نفع دعوای ابطال گواهینامه اختراع با نگاه به رویه قضایی» توسط گروه حقوق مالکیت فکری پژوهشکده حقوق خصوصی در پژوهشگاه قوه قضاییه برگزار گردید. نشست حاضر میزبان میهمانانی چون دکتر طیبیه صاحب (عضو هیأت علمی دانشگاه تربیت مدرس)، دکتر محسن اسماعیلی (مدرس دانشگاه و وکیل دادگستری)، دکتر اصغر محمودی (عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور)، آقای قیصری (مستشار دادگاه تجدیدنظر)، آقای رمضان‌زاده (مستشار دادگاه تجدیدنظر) و آقای امی (رئیس شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر) بوده است.

۱- مفهوم ذی‌نفع؛ بررسی تطبیقی

دکتر طیبیه صاحب

درخصوص طرح دعوای ابطال گواهینامه اختراع، قانون حاکم بر نظام حقوقی ایران همچون قوانین بسیاری از کشورها از بحث «ذی‌نفع» سخن به میان می‌آورد. رویکرد کشورها در این زمینه متفاوت است. به‌طور مثال، ژاپن نیز ضمن اشاره به «ذی‌نفع»، آن را به دو دسته تقسیم می‌کند:

الف) شخصی که برای منافع عمومی طرح دعوی می‌کند: یعنی شخصی که مدعی است اختراع ثبت‌شده دارای ویژگی‌هایی چون جدید بودن و کاربرد صنعتی نیست، زیرا اختراع انحصاری را به نفع تولیدکننده، ایجاد می‌کند و جامعه

را از مصرف آن اختراع، محروم. نفع جامعه در این است که به‌منظور استفاده از ابداعات بیشتر تا حد امکان نوآوری‌های بیشتری در اختیار عموم جامعه باشد. حال اگر اختراعی ثبت گردد و به انحصار درآمد به ضرر منافع عمومی جامعه است. طبق ماده ۱۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری^۱ (مصوب ۱۳۸۶) هر ذی‌نفع می‌تواند ابطال گواهینامه اختراع را از دادگاه درخواست کند و در صورتی که ثابت کند یکی از شرایط مندرج در مواد مورد نظر رعایت نشده است، حکم به ابطال اختراع صادر می‌شود.

ب) شخصی که مدعی حق یا منافع شخصی است: بدان معنا که - برای مثال - وی مدعی مالکیت اختراع می‌باشد. در ماده ۱۸ قانون مزبور دقیقاً به همین موضوع پرداخته شده است: «یا اینکه مالک اختراع مخترع یا قائم‌مقام قانونی او نیست».

کره جنوبی در سال ۲۰۱۶ با انجام اصلاحیه‌ای در قانون خود پا را فراتر نهاده، با حذف قید «ذی‌نفع بودن» بیان می‌کند «هر شخصی» می‌تواند برای ابطال گواهینامه اختراع درخواست دهد. دلیل حذف قید مذکور را حفظ مصالح جامعه می‌داند؛ حق اختراع یک حق انحصاری است که حتی‌الامکان باید به‌طور مضیق تفسیر شود. قانون هم در همین راستاست لذا معتقدم بایستی ذی‌نفع را موسّع‌تر شرح و تفسیر نمود. اینکه آن را به مدعی مالکیت، محدود نماییم دیدگاه درستی نیست.

البته در حقوق ایران باید ذی‌نفع در طرح دعوای ابطال گواهینامه اختراع را طوری تفسیر کنیم که شخص تا حدودی نفع شخصی نیز داشته باشد. و به اینکه هر شخصی بتواند ابطال اختراع را درخواست نماید بی‌آنکه کوچک‌ترین ارتباطی با اختراع داشته باشد اعتقاد ندارم. ازجمله اشخاصی که در این راستا می‌توانند ذی‌نفع محسوب شوند: (۱) فردی است که «دعوای نقض حقوق دارنده اختراع علیه

۱. ماده ۱۸: هر ذی‌نفع می‌تواند ابطال گواهینامه اختراعی را از دادگاه درخواست نماید. در صورتی که ذی‌نفع ثابت کند یکی از شرایط مندرج در مواد (۱)، (۲)، (۴) و صدر ماده (۶) و بند (ج) آن رعایت نشده است یا اینکه مالک اختراع، مخترع یا قائم‌مقام قانونی او نیست، حکم ابطال گواهینامه اختراع صادر می‌شود. هر گواهینامه اختراع یا ادعا یا بخشی از ادعاهای مربوط که باطل شده است، از تاریخ ثبت اختراع باطل تلقی می‌شود. رأی نهایی دادگاه به اداره مالکیت صنعتی ابلاغ می‌گردد و اداره مزبور، آن را ثبت و پس از دریافت هزینه، آگهی مربوط به آن را در اولین فرصت ممکن منتشر می‌کند.

او طرح شده» است؛ ۲) کسی که به عنوان «فعال حوزه تولید در زمینه اختراع ثبت شده» می باشد و بالقوه می تواند مورد اتهام دعوای نقض قرار بگیرد. در نهایت، با توجه به مسئله ذی نفع در نظام حقوقی ایران به نظر می رسد نمی توان دیدگاهی همچون دیدگاه کره جنوبی اتخاذ نمود.

دکتر محسن اسماعیلی

موافقت نامه جنبه های تجاری حقوق مالکیت فکری (ترپیس) در ماده ۳۲ خود - که مرتبط با بحث «ابطال» است - به اینکه چه کسی می تواند دعوای ابطال را مطرح کند اشاره ای نداشته، دست دولت های عضو را در این زمینه بازگذاشته است اما دو ماده اساسی دارد که می توان از مفهوم آنها استفاده کرد:

الف) مطابق ماده ۷ ترپیس، حمایت از حقوق مالکیت فکری و اجرای این حقوق باید به توسعه ابداعات تکنولوژیک و انتقال و گسترش و جمع آوری و استفاده متقابل تولیدکنندگان و بکارگیرندگان دانش فنی کمک کند به گونه ای که به رفاه اقتصادی و اجتماعی و توازن میان حقوق و تعهدات انجامد.

ب) طبق مقرر ماده ۸ ترپیس، باید اقدامات مناسبی صورت گیرد تا از سوءاستفاده از حقوق مالکیت فکری توسط صاحبان حق جلوگیری شود. با توجه به این مواد، ترپیس در جایی که از توازن حقوق و تعهدات بحث می کند افق دیدش متمایل به سرمایه گذاران است و هدف اصلی آن در نظر گرفتن منافع کشورهای در حال توسعه می باشد. بنابراین، اگر ذی نفع را محدود نماییم، با استظهار و پشتگرمی نشان ندادن به سرمایه گذاری که با هدف کسب سود، از مخترع حمایت می کند، بی آنکه کوچک ترین حقی برای اعتراض و ادعای بطلان اختراع برای وی قائل باشیم، گویی از حمایت کردن «سرمایه گذاری» دریغ ورزیده ایم.

۲- استناد به ماده ۶۰ آیین نامه اجرایی قانون در دعوای ابطال

گواهینامه اختراع

دکتر اصغر محمودی

درخصوص قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری باید دو مرحله را از هم تفکیک نمود:

نخست، بحث ابطال گواهی اختراع، در فرضی که فرایند ثبت پایان یافته است. دو دیگر، گواهی اختراع صادر شده که در اینجا ماده ۱۸ قانون یادشده مطرح است ولی تا قبل از صدور این گواهی، یک فرایند ثبت اختراع هست که پروسه‌ای است اداری بی‌آنکه دادگاه، مخاطب باشد. اداره مالکیت صنعتی که اظهارنامه را بررسی می‌کند می‌خواهد احراز نماید که: آیا اختراع ادعایی شرایط لازم را دارد؟ آیا در چنین مواردی موانعی وجود دارد یا خیر؟ ماده ۶۰ آیین‌نامه اجرایی^۱ به قبل از صدور برگه اختراع بازمی‌گردد ضمن آنکه به یک پروسه اداری ثبتی اشاره می‌کند. من نیز معتقدم قانون‌گذار در گزینش واژه درستی چون «هر شخصی»، بیراهه نرفته است. اداره مالکیت صنعتی، دادگاه نیست که اعتراض را تنها از شخص ذی‌نفع استماع کند. مضافاً اینکه هر قدر مرحله بررسی و رسیدگی دقیق‌تر باشد برگه اختراعی صادره، از اعتبار بیشتری برخوردار خواهد بود کما اینکه بعداً احتمال ابطال آن پایین‌تر خواهد آمد، چون مخاطب ماده ۱۸ قانون مذکور و مواد ۵۹^۲ و ۶۰ آیین‌نامه مجزاست. بنابراین، استناد دادگاه‌ها به مواد مزبور (۵۹ و ۶۰) برای تقاضای ابطال گواهینامه اختراع صحیح به نظر نمی‌رسد.

وقتی شخص طرح دعوا می‌کند ذی‌نفع به‌شمار می‌آید؛ ممکن است بعد از رسیدگی حقی برای وی ثابت شود یا نشود، در این زمان از ذی‌حق بودن سخن به

۱. ماده ۶۰: هرگاه اعتراض معترض، مبنی بر ادعای حق مالکیت نسبت به اختراعی باشد که اظهارنامه ثبت آن، تسلیم مرجع ثبت شده است در صورتی که اختراع قبلاً به نام او ثبت نشده است، باید هم‌زمان با اعتراض، برای اختراع خود مطابق قانون و این آیین‌نامه تقاضای ثبت کرده و حق ثبت اظهارنامه و حق ثبت اختراع و تمام مخارج مربوط به آن را تادیه نماید. مرجع ثبت با رعایت ماده ۵۹ این آیین‌نامه موظف است ظرف ۱۰ روز از وصول اعتراض، نسخه‌ای از اعتراض‌نامه را به‌انضمام رونوشت مدارک و دلایل استنادی به متقاضی ثبت ابلاغ نماید.

۲. ماده ۵۹: هر شخصی که نسبت به تقاضای ثبت اختراع اعتراض داشته باشد باید اعتراض خود را در دو نسخه به مرجع ثبت تسلیم نماید. پس از ثبت اعتراض‌نامه، نسخه دوم آن با قید تاریخ و شماره وصول به معترض مسترد می‌گردد. اعتراض‌نامه باید همراه با دلایل و مدارک استنادی و رسید مربوط به پرداخت هزینه رسیدگی به اعتراض باشد. چنانچه پس از بررسی اعتراض‌نامه و مدارک استنادی، تکمیل مدارک منضم به اعتراض‌نامه ضرورت داشته باشد، مرجع ثبت با تعیین موارد، کتباً از متقاضی می‌خواهد که ظرف ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ نسبت به رفع نواقص اقدام نماید. در غیر این صورت، اعتراض‌نامه کان‌لم‌یکن تلقی خواهد شد.

تبصره - مهلت مذکور در این ماده برای اشخاص مقیم خارج از کشور ۶۰ روز می‌باشد.

میان می‌آید. پس ذی‌نفع بودن یک مرحله قبل از ذی‌حق بودن است که امکان دارد به آن (ذی‌حق بودن) برسد یا نرسد. «ذی‌نفع بودن» و «مالکیت»، دو مقوله‌ای است جدا و متفاوت؛ در بعضی شقوق دعاوی مالکیت فکری، مالک به‌طور مطلق ذی‌نفع نیست؛ یعنی ذی‌نفع بودن یا نبودن مالک، یک احتمال است. برای مثال، مالکی که اجازه بهره‌برداری از برگه اختراع را به‌طور انحصاری به شخصی می‌دهد و شخص ثالث به این مال فکری، تجاوز می‌کند در این فرض، طبق بعضی شقوق (مانند فرضی که میزان حق امتیاز ثابت است) مالک متضرر نمی‌شود چون منطقه خاص بهره‌برداری خود را به‌طور انحصاری به لیسانس‌گیرنده داده است. اینجاست که تفکیک واژگان، لازم و بایسته است. بنا به تصور من ذی‌نفع بودن این قابلیت را دارد که شامل «لیسانس‌گیرنده»، «فرانشیزگیرنده» و «مرتهن» هم گردد. مرتهن، ذی‌نفع است زیرا اگر ارزش بازاری مال فکری با توجه به تعدی‌ای که صورت گرفته، کاهش یابد به‌طور قطع منتهی به ضرر وی (مرتهن) می‌شود. حتی ذی‌نفع می‌تواند «واردکننده»، «فروشنده» یا «عرضه‌کننده» کالایی باشد که اختراع برای آن ثبت شده است. امری که در ماده ۱ آیین‌نامه موضوع ماده ۱۶ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی^۱ (مصوب ۱۳۸۳) مشاهده می‌کنیم.

هنگامی که در آیین دادرسی مدنی هم سخن از نفع به میان می‌آید منظور، نفع شخصی و مستقیم است و گرنه شرایط جامعه به‌گونه‌ای است که با هر اقدامی، همه افراد ممکن است به شکل غیرمستقیم متضرر یا منتفع شوند. محور بحث اینکه قید «نفع مستقیم و شخصی داشتن» حتماً باید احراز شود. لیسانس‌گیرنده، فرانشیزگیرنده، مرتهن، واردکننده، عرضه‌کننده، صادرکننده نوعاً نفع مستقیم دارند یعنی اگر حق اقامه دعوی برای این موارد قائل نشویم از یک سود بازاری و موقعیت مالی محروم می‌شوند یا موقعیت مالی آنان نسبت به قبل محدودتر و مخدوش می‌گردد.

۳- نظام مختلط فرایند ثبت اختراع در ایران

دکتر اسماعیلی

درخصوص دو ماده ۵۹ و ۶۰ آیین‌نامه اجرایی قانون باید گفت در ثبت اظهارنامه حق اختراع، دو سیستم وجود دارد:

۱. ماده ۱: در این آیین‌نامه اصطلاحات به‌کار برده شده دارای معانی زیر می‌باشد:
 هـ - ذی‌نفع: ذی‌نفع اعم از تولیدکنندگان، مصرف‌کنندگان، تجار و مقام صلاحیتدار مربوط می‌باشد.

(۱) سیستم اعلامی و شکلی

(۲) سیستم ماهوی

متأسفانه بین قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۸۶) و آیین‌نامه آن البته نه مواد ۵۹ و ۶۰، بلکه اصلاحیه رئیس قوه قضاییه در ۱۱ آبان ۱۳۹۲ که ماده ۲۸ آیین‌نامه^۱ را اصلاح کرده ناهماهنگی حاکم است. و اما ماده ۲۸ اصلاح‌شده بدین نحو است: مرجع ثبت پس از دریافت اظهارنامه و ضامین مربوطه به آن ظرف چهار ماه ضمن انطباق با شرایط مندرج بررسی مقدماتی می‌نماید. پس از بررسی مقدماتی و احراز شرایط شکلی اختراع، مرجع مذکور موظف است یک نسخه از اظهارنامه به همراه مدارک و مستندات مربوط را به مراجع ذی‌صلاح جهت احراز ماهوی اختراع ارسال کند؛ یعنی با این اصلاحیه، سیستم مورد نظر قانون ایران به سیستم ماهوی تبدیل شده حال آنکه نه در ماده ۱۸ قانون مزبور و نه در موادی من جمله ماده ۶ قانون ثبت اختراعات یا ماده ۱۵ که به بهره‌بردار قبلی هم اشاره دارد از موضوع بررسی ماهوی سخنی در میان نیست و این اصلاحیه منجر به ایجاد تضاد میان قانون و آیین‌نامه شده. قانون به هیچ وجه به بحث ماهوی اشاره نمی‌کند. در تمام نظام‌هایی که سیستم ماهوی را پذیرفتند «اعتراض در مرحله ثبت» جایگاهی ندارد زیرا گذشته از ماهوی بودن سیستم، وقتی اظهارنامه به‌طور کلی مورد بررسی قرار می‌گیرد، دیگر اعتراض هر شخص معنایی نخواهد داشت اما در سیستم شکلی دقیقاً در مرحله ثبت اظهارنامه این اعتراض حاکم است و جالب اینکه مواد ۵۹ و ۶۰ آیین‌نامه هم صراحتاً به اعتراض

۱. ماده ۲۸: مرجع ثبت، پس از دریافت اظهارنامه و ضامین مربوط، آن را ظرف ۶ ماه از حیث انطباق با شرایط شکلی و ماهوی مندرج در قانون و این آیین‌نامه بررسی می‌نماید.

تبصره ۱- مرجع ثبت در صورت ضرورت می‌تواند از مراجع ذی‌ربط اعم از خصوصی یا دولتی و یا از متخصصان و کارشناسان امر برای احراز شرایط ماهوی اختراع استعمال و کسب نظر نماید. مهلت پاسخ به استعمال و اعلام نظر حداکثر ۳ ماه خواهد بود.

تبصره ۲- اظهار نظر مراجع و اشخاص مذکور جنبه مشورتی داشته و عدم پاسخ به استعمال و کسب نظر مانع از بررسی و اتخاذ تصمیم مرجع ثبت نیست.

تبصره ۳- استعمال و کسب نظر از مراجع و اشخاص مذکور می‌تواند براساس قراردادهای منعقد با آنها صورت گیرد.

در زمان پیش از ثبت اشاره می‌کنند. پس سیستم ما سیستم اعلانی و شکلی است، لذا به‌نوعی اعتراض در مرحله ثبت بروز می‌یابد. برای نمونه، آن بند مربوط به ماده ۶۰ که معترض باید ادعای مالکیت داشته و یا مالک باشد و یا اظهارنامه‌اش را داشته باشد منعکس‌کننده مرحله اعتراض است که این مرحله نیز در مرجع ثبت صورت می‌گیرد و دادگاه به‌هیچ‌وجه مداخلت ندارد. بنابراین استناد دادگاه به مواد ۵۹ و ۶۰ آیین‌نامه در دعوای ابطال گواهی اختراع صحیح نیست.

آقای قیصری

به‌رغم سخنان دکتر اسماعیلی معتقدم جای اصلاح ماده ۲۸ آیین‌نامه و بخشنامه در مقررات ما خالی بود. کارشناسان ثبت علائم و اختراعات ما کارشناسان شکلی هستند بی‌آنکه در همه فنون و صنایع متخصص باشند درحالی‌که بخشی از مقررات قانون ثبت اختراعات، ماهوی است. برای مثال، مواد ۲ و ۴ قانون، گذشته از آنکه مربوط به امور ماهوی هستند مستلزم رسیدگی ماهوی‌اند. اینکه ابداع، جزو کشفیات و فرمول‌های ریاضی نباشد یک امر شکلی نیست. اگر به امر مزبور (شکلی) اکتفا کنیم باید این بخش از مقررات را خارج نماییم یعنی به محض وصول اظهارنامه فقط شرایط شکلی را احراز، و اختراع را ثبت کنیم. آیا کارشناس اداره ثبت اختراع قادر است به تشخیص اینکه اختراع قبلاً در فنون و صنایع پیش‌بینی نشده، پردازد؟ آیا این امر، مستلزم آن نیست که درخواست ثبت اختراع در یک فرایند ماهوی هم رسیدگی شود؟ بدیهی است با نبود فرایند رسیدگی ماهوی، اداره ثبت اختراع که کارشناس شکلی است مبسوط‌الید می‌شود؛ بدان معنا که هر درخواست را می‌تواند بپذیرد یا نپذیرد. هموست که تعیین می‌کند یک اختراع، کاربرد صنعتی دارد یا خیر؛ جدید است یا قدیم. و اگر نظر اداره منفی باشد تنها راه باقیمانده، اقناع اداره است؛ یعنی فرد را در مسیری قرار می‌دهد که برای ثبت اختراع ناگزیر است به کمیسیون ماده ۱۷۰، سپس به دادگاه برود اما فرایند رسیدگی ماهوی، مبسوط‌الید بودن را از کارشناس شکلی خلع می‌کند. به اعتقاد من اصلاح آیین‌نامه کار درستی بوده که البته ممکن است به نحو صحیح عملی نشود یا اداره مالکیت صنعتی نتواند سازوکار لازم را فراهم سازد.

دکتر اسماعیلی

محور سخن بر سر انتخاب یا گزینش سیستم برتر نیست که آن بحثی است علی‌حده، بلکه دراین‌خصوص است که به‌رغم پذیرفتن سیستم شکلی، ماده ۲۸ آیین‌نامه از سیستم ماهوی پیروی می‌کند لذا میان مواد ۵۹ و ۶۰ آیین‌نامه اجرایی و ماده ۲۸ مزبور تضاد و تنافی برمی‌خیزد.

آقای قیصری

من نیز قائل به رجحان و تفوق هیچ‌یک از سیستم‌ها نیستم اما برآنم که نظام منطبق با قانون شکلی - از دیدگاه شما - کاملاً شکلی نیست بلکه در بحث اختراع، شکلی - ماهوی است؛ چنانکه مقرر قانون در ماده ۱۸ که «اگر ذی‌نفع ثابت کرد شرایط مواد ۲ و ۴ مراعات‌نشده اختراع، قابل ابطال است»، مربوط به بحث ماهوی است نه شکلی. مبحث شکلی، حول نحوه تنظیم اظهارنامه است یعنی آن شرایطی که باید در اظهارنامه رعایت شود مانند طرز آگهی کردن و پذیرفتن اعتراضات، و آن فرایند موجود در اداره ثبت علائم، شکلی است. پس نظام بررسی اظهارنامه در ایران بر پایه اختراعات شکلی - ماهوی می‌باشد، زیرا قانون‌گذار به این نتیجه رسیده است که سیستمی داشته باشیم هم شکلی و هم ماهوی.

۴- لزوم تعریف قانونی از ذی‌نفع دعوی ابطال گواهینامه اختراع

دکتر محمودی

قوانین اصولاً به قوانین «شکلی» و «ماهوی» تقسیم می‌شوند. درست است که در فرایند ثبت اظهارنامه به مباحث شکلی هم اشاره شده، ولی این قانون (قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری) در مقایسه با قانون آیین دادرسی مدنی، قانون ماهوی محسوب می‌شود. تصور من این است که همین میزان اشاره به واژه «ذی‌نفع» توسط قانون کفایت می‌کند و نیازی به تعریف مصادیق آن (ذی‌نفع) احساس نمی‌شود. از قانون ثبت اختراعات نباید انتظار ورود به مباحث شکلی داشت زیرا چنین مباحثی بایسته آیین دادرسی است - چنانکه هست - حال اینکه ذی‌نفع

کیست و چه معیاری باید اعمال نمود معیارهایی است مربوط به اصول و مقررات آیین دادرسی مدنی.

دکتر اسماعیلی

آنچه جملگی بدان معتقدیم این است که قانون‌گذار، عالماً عامداً کلمات را به کار می‌برد. و واژگانی چون «خواهان»، «ذی‌حق» و «ذی‌نفع» را عندالافتضاء استعمال می‌کند ولیکن نکته لازم به ذکر آنجاست که اگر مقنن، دانسته «ذی‌نفع» را به کار برده بهتر می‌بود آن را تعریف می‌کرد. برای نمونه، بند (هـ) ماده ۱ آیین‌نامه موضوع ماده ۱۶ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی (مصوب ۱۳۸۳) بیان می‌دارد: ذی‌نفع اعم از تولیدکنندگان، مصرف‌کنندگان، تجار و مقام صلاحیت‌دار است. بنابراین، چنین روندی (استعمال هر واژه توأم با تعریف آن)، مستند و نقطه آغازی است برای شروع. در اکثر قوانین کشورهای اروپایی «ذی‌نفع» تعریف نشده؛ واژگان ترکیبی مستعمل در قوانین بسیاری از کشورها یا «هر شخص» است و یا «دارنده حقوق» که مورد اخیر ظهور در ذی‌حق دارد و نه ذی‌نفع، اما در پاره‌ای از مواد قانونی از جمله ماده ۶۴ قانون اختراعات آلمان آمده است: برگه اختراع به درخواست صاحب حق، ابطال می‌گردد. یا - برای مثال - در ترکیه به کسی اشاره می‌کند که از این اقدام صدمه می‌بیند و افراد ذی‌حق هم مسلماً شامل لیسانس‌گیرنده و فرانشیزگیرنده و صاحب مجوز اختیاری می‌شوند. یکی از مهم‌ترین ذی‌نفع‌هایی که باید در نظر گرفت «استفاده‌کننده مقدم» است که در قانون هم بدان اشاره شده، زیرا آن واقعاً ذی‌نفع است و از آنجا که در قانون مورد حمایت قرار گرفته، در دعاوی هم باید حمایت گردد. فلذا نمی‌توان اذعان نمود تنها کسی که مالک بوده یا ادعای مالکیت دارد می‌تواند به این سبک ادعا کند.

۵- الزامات قضایی و تشریح وضعیت فعلی

آقای امی

آنچه لازم به ذکر است اینکه در حال حاضر نظر دادگاه تجدیدنظر بر این است که ذی‌نفع عنوانی موسع‌تر از کسی است که مدعی مالکیت اختراع می‌باشد.

با توجه به سؤال اصلی موضوع مورد بحث، مبحث «نفع» درخصوص اقامه دعوای ابطال سند ثبت اختراع است. با رجوع به فرهنگ لغت درباره معنای لغوی واژه «نفع» می‌توان اظهار نمود کسی که از کاری منتفع می‌شود همو ذی نفع می‌باشد که ممکن است به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم نفع داشته باشد. تصور می‌کنم کسی که ادعای مالکیت این اختراع را دارد فردی است که مستقیماً از نفع بهره‌مند است ولی اگر در نتیجه رسیدگی دادگاه - یعنی در نتیجه ابطال این سند اختراع - در وضعیت مالی فردی تغییری ایجاد شود اعم از اینکه واردکننده، فروشنده، عرضه‌کننده و یا استفاده‌کننده باشد او می‌تواند غیرمستقیم ذی نفع باشد. یا - به‌طور مثال - فردی است که مالک اختراع از او به جهت نقض حقوق مالکیت معنوی این فرد شکایت کیفری کرده است آن فرد، مالک نیست بلکه عرضه‌کننده یا تولیدکننده‌ای می‌باشد که از این سند اختراع سوءاستفاده کرده است. این فرد در دادسرا تحت تعقیب قرار می‌گیرد و محکوم می‌گردد. نمی‌توان اعتقاد داشت که او در اقامه دعوای ابطال ذی نفع نیست. یکی از مواردی که فرد را ذی نفع می‌شناسیم در مقامی است که از فردی شکایت کیفری می‌شود. برای نمونه، دادگاه بدوی استدلال می‌کند: چون فقط حقوق صاحب اختراع را نقض کرده به‌هیچ‌وجه ذی نفع نیست. در صورتی که ما قائل به ذی نفع هستیم و این‌گونه آراء را در دادگاه تجدیدنظر نقض می‌کنیم. قانون‌گذار یک لفظ کلی و عام و مطلق را به‌کار برده است بدون اینکه تفکیکی قائل شود لذا گفته: «هر ذی‌نفعی». همان‌طور که مقنن - البته بر فرض عاقل بودن وی - در آیین‌نامه، بحث ادعای مالکیت را مطرح کرده ارائه اظهارنامه هم‌زمان با اعتراض را در دستور کار خود قرار داده، می‌توانست بگوید فقط کسی که مدعی مالکیت باشد مجاز به طرح دعوی است. پس در استعمال واژه ذی نفع، عامد بوده چراکه ذی نفع هم می‌تواند مستقیم باشد (کسی که ادعای مالکیت دارد) و هم غیرمستقیم. طبق ماده ۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری کشفیات، بعضی ابداعات مانند نظریات علمی و روش‌های تشخیص بیماری و روش‌های ریاضی به‌هیچ‌وجه قابل ثبت نیست. اگر ذی نفع را صرفاً مدعی مالکیت بدانیم راه بر درخواست ابطال این‌گونه اختراعات - که اصولاً قابل ثبت نبوده‌اند و خواهان، مدعی مالکیت نسبت به آنها نیست - بسته

می‌شود. بنابراین امروزه رویه اتخاذشده دادگاه‌های ما این است که کسی را که در نتیجه ابطال گواهی اختراع ممکن است در وضعیت مالی‌اش تغییری ایجاد شود به‌عنوان ذی‌نفع بشناسیم و دادخواست ابطال را از وی بپذیریم. طبق ماده ۶۱ آیین‌نامه^۱ «دادخواست ابطال باید به همراه مدارک زیر باشد». در اینجا دیگر ناظر به فرضی است که فرد به دادگاه مراجعه می‌کند. بند ۱ می‌گوید: اصل یا رونوشت مصدق کلیه اسناد و مدارک «مثبت ادعای ابطال»؛ یعنی وی باید دلیلی بیاورد که ادعایش برای ابطال را اثبات کند پس سخنی از مدارک مثبت ادعای مالکیت به میان نمی‌آید. به‌طور نمونه، در سایر دعاوی، قانون مقرر دارد: برای طرح دعوی خلع ید، اولین دلیل، دلیل مالکیت است؛ برای طرح دعوی تخلیه، نخستین دلیل، دلیل وجود رابطه استیجاری است (که فرد در اینجا باید قرارداد اجاره را ارائه دهد). مطابق آیین‌نامه، مدارکی که باید همراه دادخواست ابطال تقدیم دادگاه گردد دلیل اثبات ابطال است نه دلیل اثبات مالکیت. در این دعوی فرق است میان ذی‌نفع و ذی‌حق. ذی‌نفع کسی است که صلاحیت اقامه دعوی، مطابق قانون آیین دادرسی مدنی را دارد که ممکن است بعداً در نتیجه دادرسی به‌موجب حکم دادگاه، حقی برای وی ثابت شود. اینجاست که او ذی‌حق می‌گردد. مادامی‌که حکمی برای کسی صادر نشده آن فرد موسوم به «ذی‌حق» نیست. در ماده ۵۹ قانون‌گذار گفته است: «هر شخصی» می‌تواند با شرایط مندرج در قانون، به تقاضای ثبت اعتراض نماید. با استعمال «هر شخص» یا فراتر گذاشته، از به‌کار بردن لفظ ذی‌نفع ابراء نموده است که هرکس اعتراض داشت حتی با داشتن تقاضای ثبت، می‌تواند اظهارنامه خویش را ارائه نماید تا رسیدگی گردد. در دادگاه نیز همین روند اجرا می‌شود. پس هر فردی که به هر طریقی - مستقیم یا غیرمستقیم - از این ابطال نفعی به وی برسد ذی‌نفع است و دعوی او پذیرفتنی.

۱. ماده ۶۱: در صورت درخواست ابطال گواهی‌نامه اختراع، ذی‌نفع می‌تواند با اثبات یکی از موارد مذکور در ماده ۱۸ قانون دادخواست خود را تسلیم دادگاه صالح مقرر در ماده ۵۹ قانون نماید. دادخواست ابطال باید همراه مدارک ذیل باشد:

۱- اصل یا رونوشت مصدق کلیه اسناد و مدارک مثبت ادعای ابطال

۲- رسید مربوط به پرداخت ودیعه تسلیم دادخواست ابطال به دادگاه، به شرح مذکور در جدول هزینه‌ها

۳- وکالت‌نامه، در صورتی‌که دادخواست توسط وکیل تسلیم شود.

آقای قیصری

«ذی‌نفع» کسی است که از آن اختراع، منتفع یا متضرر می‌شود. پس در تعریف ذی‌نفع می‌توان عبارت «متضرر شدن» را نیز افزود. کسی که اختراعی به نامش ثبت می‌گردد از بعضی امتیازات بهره‌مند می‌شود که این امتیازات در ماده ۱۵ قانون ذکر شده است. در این ماده به‌صراحت گفته ساخت و صادرات و واردات و عرضه برای فروش مورد حمایت قرار می‌گیرند. بنابراین کسی که در امر صادرات محصولی که کسی گواهی اختراع آن محصول را گرفته و اجازه تولید را به تولیدکننده نداده و این شخص فقط آن را دارد فعالیت می‌کند از ثبت این اختراع متضرر می‌شود؛ یعنی هر کسی که مطابق ماده ۱۵ قانون،^۱ طرف دعوا قرار گیرد و

۱. ماده ۱۵ - حقوق ناشی از گواهینامه اختراع به ترتیب زیر است:

الف - بهره‌برداری از اختراع ثبت‌شده در ایران توسط اشخاصی غیر از مالک اختراع، مشروط به موافقت مالک آن است. بهره‌برداری از اختراع ثبت‌شده به شرح آتی خواهد بود:

۱- در صورتی که اختراع در خصوص فرآورده باشد:

اول - ساخت، صادرات و واردات، عرضه برای فروش، فروش و استفاده از فرآورده

دوم - ذخیره به قصد عرضه برای فروش، فروش یا استفاده از فرآورده

۲- در صورتی که موضوع ثبت اختراع فرآیند باشد:

اول - استفاده از فرآیند

دوم - انجام هریک از موارد مندرج در جزء (۱) بند (الف) این ماده در خصوص کالاهایی که مستقیماً از طریق این فرآیند به‌دست می‌آید.

ب - مالک می‌تواند با رعایت بند (ج) این ماده و ماده (۱۷) علیه هر شخص که بدون اجازه او بهره‌برداری‌های مندرج در بند (الف) را انجام دهد و به حق مخترع تعدی کند و یا عملی انجام دهد که ممکن است منجر به تعدی به حق مخترع شود، به دادگاه شکایت کند.

ج - حقوق ناشی از گواهینامه اختراع شامل موارد زیر نمی‌شود:

۱- بهره‌برداری از کالاهایی که توسط مالک اختراع یا با توافق او در بازار ایران عرضه می‌شود.

۲- استفاده از وسایل موضوع اختراع در هواپیماها، وسائط نقلیه زمینی یا کشتی‌های سایر کشورها که به‌طور موقت یا تصادفاً وارد حریم هوایی، مرزهای زمینی یا آب‌های کشور می‌شود.

۳- بهره‌برداری‌هایی که فقط با اهداف آزمایشی درباره اختراع ثبت‌شده انجام می‌شود.

۴- بهره‌برداری توسط هر شخصی که با حسن نیت قبل از تقاضای ثبت اختراع یا در مواقعی که حق تقدم تقاضا شده است، قبل از تاریخ تقاضای حق تقدم همان اختراع، از اختراع استفاده می‌کرده یا اقدامات جدی و مؤثری جهت آماده شدن برای استفاده از آن در ایران به‌عمل می‌آورده است.

د - حقوق استفاده‌کننده قبلی که در جزء (۴) بند (ج) این ماده قید شده است، تنها به همراه شرکت یا کسب و کار یا به همراه بخشی که در آن از اختراع استفاده می‌شده یا مقدمات استفاده از آن فراهم گردیده، قابل انتقال یا واگذاری است.

از آن دعوای صاحب اختراع متضرر شود «ذی‌نفع» محسوب می‌شود و طبق ماده ۱۸ می‌تواند دعوای ابطال را اقامه کند. پس مصادیقی که می‌توان برای این ذی‌نفع در نظر گرفت عبارتند از: ۱- کسی است که ادعای مالکیت دارد؛ ۲- فردی است که مدعی حق تقدم می‌باشد؛ ۳- شخصی است که می‌تواند طرف دعوا در ماده ۱۵ قانون قرار بگیرد.

در زمان رسیدگی در شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر، آرائی مشاهده می‌شد که کسی که دادخواست ابطال علامت تجاری یا یک برگه اختراع را می‌داد دادگاه بدوی وی را ملزم به ارائه اظهارنامه ثبت علامت تجاری همراه با دادخواست ابطال می‌کرد؛ درحالی‌که این شخص هنگام تقدیم اظهارنامه همراه با دادخواست، تنها اظهارنامه به اداره ثبت می‌رفت. از یک‌طرف، در دادگاه دعوای ابطال در جریان بود از طرف دیگر، آن اظهارنامه به اداره ثبت علائم ارسال می‌شد و چون سابقه ثبت داشت، رد می‌شد چراکه این علامت یا اختراع قبلاً ثبت شده بود. این فرد ناگزیر بود به نظر اداره ثبت در کمیسیون ماده ۱۷۰ اعتراض کند؛ یعنی بی‌هیچ ضرورتی هم‌زمان پروسه بیهوده‌ای در جریان بود.

۶- مقامات عمومی و دولتی به‌مثابه ذی‌نفع دعوای ابطال گواهی اختراع

آقای رمضان‌زاده

به اعتقاد من دایره شمول ذی‌نفع قانون ثبت اختراعات، گسترده‌تر از دایره شمول قانون آیین دادرسی مدنی است و با توجه به ویژگی نفع عمومی نهفته در حقوق مالکیت فکری به نظر می‌رسد ذی‌نفع در دعوای ابطال اختراع باید موسع‌تر تفسیر شود. در ماده ۱۸ قانون به بندهایی اشاره دارد که مربوط به حقوق خصوصی افراد نمی‌شود. نفع در اینجا نفع مستقیم همانند ذی‌نفع قانون آیین دادرسی مدنی نیست. آنچه در ماده فوق، مستقیم می‌باشد مواردی است از موجبات ابطال مربوط به حقوق عمومی. ساختار ترکیبی این بند بدین نحو بود که «هر ذی‌نفع می‌تواند تقاضای ابطال گواهی‌نامه اختراع را بنماید». شاید می‌شد گفت که فقط به‌واسطه ادعای مالکیت می‌توان ابطال اختراع را درخواست کرد ولیکن به مواد ۱ و ۲ معطوف شده و عدم رعایت این مواد قانونی صرفاً مربوط به حقوق عمومی افراد

است نه حقوق خصوصی آنان. بنابراین، مقاماتی چون سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان، مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی و وزارت بهداشت هم می‌توانند دادخواست ابطال را تقدیم نمایند.

طبق ماده ۱۷ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، دولت یا اشخاص مجاز از طرف عام با رعایت ترتیباتی می‌توانند از اختراع بهره‌برداری نمایند - چنانکه کمیسیون هم در نظر گرفته - . ناگفته نماند که دولت در مواردی، مجاز است بدون موافقت مالک اختراع، از آن بهره‌وری کند. اختراعاتی هستند که فرضاً به کارشناس، ارجاع می‌گردد و مشخص می‌شود در اروپا ۵۰ یا ۱۰۰ سال قبل مورد استفاده قرار گرفته است. به فرض، اگر کسی دست به اختراعی زند که دولت نیاز به استفاده از آن را دارد چرا دولت نتواند درخواست ابطال چنین اختراعی را بنماید؟

آقای قیصری

ذی‌نفع قانون ثبت اختراعات - بی‌هیچ تفاوتی - در معنا و مفهوم همان ذی‌نفعی است که در ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. پذیرش این موضوع که چون سازمان استاندارد، متولی بحث فنون و صنایع استانداردسازی می‌باشد پس در اقامه ابطال ورقه اختراع، ذی‌نفع است اندکی دشوار به نظر می‌رسد. از آنجا که نماینده عام (مدعی‌العموم) مشخصاً دادستان است لذا حق دادن به وی مبنی بر اینکه آسیب و ضرر سازمان مزبور ممکن است کل جامعه را دربرگیرد، قابل توجیه است ولی ادارات دولتی چون نفع و ضرری در این‌باره ندارند اگر در مقام نماینده جامعه اقامه دعوی کنند گمان نمی‌کنم اقامه چنین دعوی‌ای، در محاکم دادگستری پذیرفته شود و ذی‌نفع را با این وسعت تفسیر کنند.

آقای امی

درمورد ذی‌نفع بودن مقامات عمومی و دولتی در طرح دعوی ابطال گواهینامه اختراع باید گفت این مقامات در صورتی در طرح چنین دعوایی، ذی‌نفع هستند که به‌موجب شرح وظائف و اختیارات، متولی امر مربوط به موضوع اختراع باشند. برای نمونه، ممکن است دعوی ابطال اختراع در زمینه مسائل شهری از

شهرداری پذیرفته شود ولی از سازمان ثبت احوال چنین پذیرفتنی غیرممکن باشد زیرا شهرداری متولی منافع عمومی در زمینه امور شهری است. درحقیقت باید دید آیا این سازمان یا نهاد یا مقام عمومی حق داشته برای منافع عمومی دادخواست دهد یا خیر؟