

اللَّهُمَّ إِنِّي
بِكُوْنِكَ مُسْتَحْشِيٌّ

رأي

سال بیجم / شماره ۱۷ / زمستان ۱۳۹۵

صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضاییه

مدیر مسئول: حجت الاسلام و المسلمین علیرضا امینی

سودبیر: دکتر نجات‌الله ابراهیمیان

جانشین سودبیر: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: محمدرضا خبوک

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

هیئت تحریریه: حجت‌الاسلام و‌المسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر نجات‌الله ابراهیمیان، دکتر احمد بیکی حبیب‌آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سید حسین صفائی، دکتر محمد تقی عابدی، دکتر میرحسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمدصادقی، دکتر رضا وصالی‌مصطفوی، دکتر محمدحسین هاشمی

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

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

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

ایمیل: majaleh_ray@jpri.ir

شماره گان: ۵۰۰۰

قیمت: ۸۰/۰۰۰ ریال

«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 می شود؛ محقق می تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «تقد رأی محور» بپردازد. همچنان که مقاله تحلیلی می تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و بصورت «تقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «بادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های گذشته بخش معتبرابهی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می دهد. به هر حال آنچه تمام بخش های مجله را (جز بخش بایسته های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی تمایز می کند نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می شود به منظور آشنایی با سبک های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است می پردازد. بخش «تقد 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 می پردازد و دسته‌ی «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت جلسات نشسته‌های نقد رأی را ارائه می دهد پیش بینی شده است.

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

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه‌ی مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه‌ی مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه می‌گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسنده‌ان 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:

۰ 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.

۰ 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.

۰ منبع الکترونیک

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

Sample: Jon Lang, "The Protection of Commercial Trade Secrets," **Jon Lang Mediation**, available at:
<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>
(last visited on 10/10/ 2015).

۵. در صورت لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تایید خواهد بود. درخصوص ترتیب درج مأخذ، لازم به ذکر است که کلیه‌ی منابع ابتدائاً براساس نوع و سپس براساس نام خانوادگی نویسنده‌گان 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%202025%20Issue%202010.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 کلیه‌ی بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسنده‌گان، متن مقاله، ارجاعات و یا فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسنده‌گان در پاورقی صفحه اول از این قائمه مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نکارش بخش‌های مجله

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

یک - بایسته‌های نگارش و نقد رأی

۱. حجم مقالات تألیفی ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه باشد.
۲. هدف این دسته از مقالات، تبیین و آموزش شیوه و سبک نگارش آراء قضایی می‌باشد.
۳. این نوع از مقالات اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسنده‌گان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مأخذ می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشتة‌ها 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 آئینهٔ آراء مختلف است؛ لذا لاقل استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامي 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 نویسنده‌گان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مأخذ می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشتة‌ها 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 دادنامه مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.
نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضاط رسیدگی‌کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و

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

۶. در بدنهٔ مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویهٔ قضایی و آراء صادرهٔ 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 شیوهٔ 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 نویسنده‌گان ذکر می‌شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده‌گان، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پورقی نوشته خواهد شد.

(دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصراً از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسهٔ 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 بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

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

سوم) نقد و بررسی:

در این بخش 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 نوشتته‌ها 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 مختصراً از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه 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 خصوصی و

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

سوم) نقد و بررسی:

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

پنج - گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاهها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاهها لاقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات منضاد ذکر شود.
 ۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ وجه مدنظر نیست. لازم به ذکر است که اینگونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.
 ۳. حجم گزارشات حداقل ۵۰۰ کلمه می‌باشد.
 ۴. در این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده (گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده (گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
 ۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیست؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.
- نکته: درخصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. درخصوص آراء صادره از دیوان

عدالت اداری، صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

شش - ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه‌های آراء برگزیده‌ی مراجع قضایی بین‌المللی و نیز داخلی سایر کشورها، ترجمه‌های 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 ۸۰۰ کلمه می‌باشد.
۳. در این دسته از نوشه‌های ابتدائی ترجمه‌ی عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) و همچنین نام مترجم(ان) ذکر می‌گردد. افرون 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 پاورقی‌های متن اصلی و عنداقتضاء ترجمه آن الزامیست. هرگونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان‌پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده‌ی فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه‌ی مزبور اقدام نمایند.

یادداشت سردبیر

بسم الله الرحمن الرحيم

از آموزه‌های مسلم حقوق این است که شناخت حقوق یک کشور صرفاً به اتکای قانون، امری دشوار بوده و اگر شناختی از نظام حقوقی یک کشور از راه ترجمه متون قانونی 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 فوق العاده شکایت و کسب تأیید یک راه حل نزد قضاط دادگاه‌های عالی تاثیر به سزاپی در ریشه دوanدن 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 راه حل‌های روشی 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، راه حل‌های 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 مفهوده دستگاه عدالت ما است.

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

در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه حل مسائل دشوار قضایی ایفا می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با بر جسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل‌گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنتگینی 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 قدیمی موثر برداشته شده است. 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 راهنمای 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
نجات‌الله ابراهیمیان

فهرست مطالب

ضمانت اجرای خودداری از آزمایش بدن ۱۷	حسن محسنی
هدف دادرسی در دعاوی خصوصی برخوردار از جنبه اقتصادی ۳۵	محمد صادقی
بازبُژوهی نظریه صحت فروش مال مرهونه ۴۹	علی ساعتچی
	فرزاد جاویدی آلسعدی
بزه ترک اتفاق قبل از شروع زندگی مشترک در پرتو نقد و بررسی دو رأی ۷۳	ابوالفضل یوسفی
	طاهره دهقانی
حق حبس در عقود غیرتملیکی ۸۳	محمد عبدالصالح شاهنوش فروشنانی
نقد دادنامه شماره ۸۶/۳/۲۰ مورخ ۸۶/۱۷۰ هیأت عمومی دیوان عدالت	
اداری در ارتباط با هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر دیوان	
محاسبات کشور ۹۵	علی محمد فلاح‌زاده
	روح‌الله علیدادزاده
اثر تفکیک جهات دعوى طلاق از ناحیه زوجه ۱۱۳	زکیه نعیمی
حقوق اساسی، موازنه و عقلانیت ۱۱۹	حسین باقری‌نیا
روش نقد و بررسی آرای قضایی در نظام آموزش حقوقی فرانسه ۱۳۳	سیدناصر سلطانی
گزارش نشست نقد رأی با موضوع: حقوق دارنده علامت تجاری	
در صورت عدم تمدید اعتبار ۱۶۱	تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضاییه

ضمانت اجرای خودداری از آزمایش بدن

حسن محسنی*

۱. وقایع پرونده:

«حسب محتويات پرونده محاکماتی آقای الف.خ. به وکالت از خانم ر.د. به طرفیت آقای ح.د. در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۱۵ دادخواستی به خواسته صدور حکم بر فسخ نکاح به علت عیوب زوج از جمله عنن و خصاء موضوع بند ۱ و ۲ ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی به دادگاه عمومی شهرستان کهگیلویه، تقدیم و در توضیح خواسته اعلام کرده است که: «براساس عقدنامه پیوستی موکله مورخ ۸۵/۳/۶ در دفترخانه ازدواج و طلاق شماره ... دهدشت با خوانده ازدواج دائم نموده است و مدتی با همدیگر زندگی نموده که متعاقباً کاشف به عمل آمده که مرد به علت معیوب بودن موارد فوق الذکر از انجام رابطه زناشویی ناتوان بوده و از هرگونه انجام وظائف زناشویی امتناع کرده است و چنین عیوبی برای موکله حق فسخ ایجاد می‌نماید که باکره بودن مشارکه مذکور مؤید و مشتب این امر می‌باشد که در صورت ارجاع امر به پزشکی قانونی، موضوع محرز و مسلم بوده، لذا درخواست رسیدگی و صدور حکم وفق ستون خواسته را دارد». شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت عهدهدار رسیدگی به پرونده گردیده است. وکیل زوجه (خواهان) در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۸ دادگاه ضمن تکرار مطالب خواسته افزود: «... خوانده، پسرعموی وی (خواهان) بوده که مدتی زندگی مشترک را سپری کرده و به خاطر ترس و استرس

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
hmohseny@ut.ac.ir

۱. رأي و گزارش آن به نقل از: بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضائيه.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2>Showjudgement.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9> (22/10/1396)



از وی فامیل و شوهرش این زندگی را ادامه داده چراکه بعد از عقد کاشف به عمل آمده بود که شوهر وی به علت عیوب از جمله عنن قادر به رابطه زناشویی نبوده است و این عیب قبل از عقد ازدواج در زوج وجود نداشته و موکله از آن بی اطلاع بوده است و بعد از عقد به خاطر موارد فوق الذکر قادر به بیان آن نبوده است. وکیل خوانده به نقل از موکل خود اظهارات وکیل زوجه را تکذیب و اظهار داشته: «زوج بنا به قول خودش با همسرش رابطه زناشویی داشته تا جایی که حتی در طول ۲۴ ساعت ۴ بار رابطه همبستری داشته است». زوجه برگ گواهی از متخصص زنان ارائه نموده است که حکایت از سلامت پرده بکارت وی دارد، اما پزشکی قانونی اعلام کرده است پرده بکارت از نوع حلقوی و دارای پارگی در ساعت ۷ و ساییدگی در ساعت ۹ می باشد. این موضوع توسط کمیسیون پزشکی قانونی شیراز تأیید شده است. پزشکی قانونی شهرستان کهگیلویه در پاسخ معرفی آقای ح.د. (زوج) جهت معاینه اعلام کرده است: «پس از معاینه و مشاوره تخصصی انجامشده و تست های پاراکلینیکی لازم، نامبرده توانایی نعوظ و انجام مقاربت را دارد». وکیل زوجه نسبت به این نظریه، اعتراض و درخواست استعلام نظریه کمیسیون پزشکی قانونی را نموده است. علی رغم دعوت دادگاه از زوج جهت اعزام به کمیسیون پزشکی، نامبرده در دفتر دادگاه حاضر نشده لذا دادگاه در تاریخ ۱۴/۱۰/۹۲ ختم رسیدگی را اعلام و طی دادنامه شماره ۶۹۱-۲۱/۱۰/۹۲ با استناد به نظریه پزشکی قانونی درخصوص توانایی زوج بر انجام مقاربت، مستندأ به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، حکم به بطلان دعوى خواهان صادر کرده است. با اعتراض وکیل زوجه پرونده در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان کهگیلویه و بویراحمد مورد رسیدگی قرار گرفته. دادگاه مرقوم طی دادنامه شماره ۱۱۸۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۵ با عنایت به اینکه دادگاه بدوى قبل ازأخذ نظریه کمیسیون پزشکی قانونی اقدام به انشاء رأى نموده، دادنامه را به علت نقص تحقیقات مستفاد از ماده ۲۹۹ و ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار تلقی و به استناد ماده ۳۵۳ همان قانون آن را نقض و جهت رفع نقص و تکمیل تحقیقات و اتخاذ تصمیم در ماهیت امر، پرونده را به دادگاه بدوى ارسال کرده است. شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت به رغم دعوت های مکرر، موفق به احضار و اعزام زوج به کمیسیون پزشکی نگردیده است.

نهایتاً طی دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۹ با اشاره به اینکه جهت معرفی زوج به کمیسیون پژوهشی حضور او لازم و ضروری می‌باشد و مشاوره علی‌رغم ابلاغ قانونی اخطاریه و منقضی شدن مهلت مقرر قانونی از مراجعه سر باز زده و بدونأخذ نظریه کمیسیون پژوهشی قانونی اتخاذ تصمیم مقدور نیست، فلذًا با وحدت ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار ابطال دادخواست خواهان را صادر نموده است. این دادنامه در تاریخ ۹۳/۴/۲۴ به وکیل زوجه ابلاغ گردیده که نامبرده در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۶ پس از انقضاء مهلت قانونی تجدیدنظرخواهی نسبت به آن فرجام خواهی کرده که پرونده پس از وصول به دفتر دیوان عالی کشور و جری تشریفات لازم جهت رسیدگی به این شعبه ارجاع گردیده است. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای قدیانی عضو ممیز و اوراق پرونده درخصوص دادنامه شماره ۲۰۶ - ۹۳/۴/۱۹ فرجام خواسته مشاوره نموده، به موجب دادنامه شماره ۱۳۹۳/۱۱/۱۳ مورخ ۹۳۰۳۳۷۰۹۰۷۵۰۰۳۳۱ چنین رأی می‌دهد:

مشخصات رأى

شماره دادنامه مرحله نخستین: ۱۱۸۲

تاریخ صدور رأى نخستین: ۱۳۹۲/۱۲/۱۵

مرجع رسیدگی نخستین: شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت

شماره دادنامه مرحله فرجام خواهی: دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۵۰۰۳۳۱

تاریخ صدور رأى در مرحله فرجامی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۳

مرجع صدور دادنامه فرجامی: شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور

۲. متن رأى:

«دادنامه فرجام خواسته به شماره ۲۰۶ - ۱۳۹۳/۴/۱۹ صدره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دهدشت به شرح زیر واجد اشکال است: روح و ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر بر اعمال خواهان می‌باشد. بدین توضیح که اگر خواهان با عدم پرداخت هزینه کارشناسی شرایط و زمینه انجام آن را فراهم ننماید، یا - همان‌گونه که در ماده ۹۵ اشاره شده

است - خواهان از حضور در دادگاه و ادای توضیح امتناع ورزد، دادخواست توسط دادگاه ابطال می‌شود. اگر عدم حضور خوانده ملاک ابطال دادخواست قرار گیرد هر خوانده‌ای با امتناع از حضور، موجب ابطال دادخواست علیه خویش خواهد شد. بنابراین، دادگاه مکلف است برابر ماده ۲۵۹ قانون مرقوم خوانده را الزام به اجرای دستور نموده و الاً موضوع را با اتیان سوگند از ناحیه خواهان فیصله دهد. بنابراین به استناد بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی دادنامه فرجام خواسته، نقض و رسیدگی به پرونده با تکمیل نفائص مذکور و اتخاذ تصمیم در ماهیت امر به دادگاه صادر کننده دادنامه منقوص ارجاع می‌گردد».

۳. نقد و بررسی رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور:

۱.۳. گرچه این دادنامه درباره موضوعی از موضوعات حقوق مدنی خاص (خانواده) به شرح مورد ادعای زوجه و انکار زوج است اما آنچه در این دادنامه مورد توجه نگارنده قرار گرفته، امری است که بخشی از ضمانت‌اجراهای آیین دادرسی بهشمار می‌آید؛ ضمانت‌اجrai خودداری از آزمایش بدن و عدم همکاری با دادگاه در اجرای ترتیب تحقیقی. بدن آدمی (روان و کالبد) رکنی از شخصیت انسان است که هم در روانشناسی و هم در دانش پژوهشی قابل مطالعه می‌باشد و تاریخ زندگی بشر مشحون است از فراز و نشیب‌های بی‌شمار در راه شناخت روان و کالبد این مخلوق الهی.^۱ امروزه دانش پژوهشی و روانشناسی به درجه‌ای از رشد و تکامل رسیده‌اند که می‌توان این ادعا را پذیرفت که ابعاد مختلف نفس برای پزشکان و روانشناسان شناخته شده و آنان می‌توانند با بررسی یا معاینه بدن انسان، تا حد زیادی به رمز و رازها و بیماری‌ها و درمان‌ها پی‌برند. با این وصف، برخلاف اموال و مالکیت که در امکان معاینه آن از سوی

۱. واژه «پژوهش» در زبان اوستایی مرکب از «بِ إِشْ زَ» می‌باشد که بخش نخست این واژه «بِ إِش» در زبان پهلوی و نیز فارسی به‌گونه «بیش» به معنای «رنج و درد» درآمده است و بخش پایانی آن یعنی «زَ»، مشتق از مصدر «زدن» که واژه ترکیبی آن به معنای «زدن یا از میان بدن درد و رنج» توسط درمانگر یا پژوهش است. فریدون جنیدی، داستان ایران؛ بر پایه گفتارهای ایرانی، دفتر نخست (تهران: نشر بلخ، ۱۳۹۲)، ص. ۳۰۵.

قاضی، به تشخیص وی یا درخواست متداعیین تردیدی نیست، در معاینه بدن (روان و کالبد)، تردید فراوان هست. وجهه تردید به باور پژوهنده، ناشی از جدایی موضوع و اهمیت حقوق شخصیت در مقابل حقوق مالکیت است. تصرف در حقوق مربوط به شخصیت، یا ممکن نیست و یا مستلزم رضایت شخص است حال آنکه تصرف در حقوق مالکیت اینچنین نیست. برای نمونه، اموال و مالکیت قابل بهره‌برداری و نقل و انتقال می‌باشد ولی بدن انسان یا اجزای آن فارغ از چنین بهره‌وری یا نقل و تحويل است. بر همین بنیاد و جدایی، گرچه در قانون مدنی (ماده ۱۳۲۴) و قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۲۴۸ تا ۲۵۶) به اوضاع و احوال درخصوص مورد و معاینه محل و تحقیق محلی تصریح شده است و منشأ دلایل اثبات همواره اخبار یا اعلام یا احراز طرفین یا اشخاص ثالث و اقدامات قاضی است و برای مثال، قاضی می‌تواند شهادت گواه را بشنود یا سوگند متداعیین را در فرایند احلاف قرار دهد یا اینکه خود به هرگونه تحقیق و اقدام بر پایه اختیارات قانونی موضوع ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی دست یازد اما در هیچ ماده‌ای از قوانین و مقررات به دادگاه اجازه داده نشده است تا بر پایه درخواست احده از متداعیین یا به تشخیص خود، معاینه بدن (روان و کالبد) کسی را در دستور ترتیب تحقیق قرار دهد و از همین رو است که استادان، وقتی که خواسته‌اند: یکی از محدودیتهای اصل آزادی تحقیق را تبیین کنند چنین نوشته‌اند: «اختیار دادرس باید به گونه‌ای اعمال شود که او را از بی‌طرفی خارج نسازد و در معرض اتهام جانبداری از طرفی که به سود او است قرار ندهد و به آزادی فردی و حرمت خانوادگی هیچ یک از اصحاب دعوا صدمه نزند (برای مثال، دستور ندهد که خون یکی از دو طرف گرفته و تجزیه شود یا مکالمه خصوصی او ضبط گردد)». پس گرچه در بیشتر نظامهای حقوقی، برای اعلامات و اظهارات طرفین

۱. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰)، ج ۱، ص ۴۶، ش ۲۴.

ارزش اثباتی قائل شده‌اند^۱ و دلایل را به دو گروه تقسیم نموده‌اند:

الف) دلایل برتنیه از سوگند، اقرار، گواهی و گزارش کارشناسان؛

ب) دلایل حاصل از بررسی اشیاء و محل وقوع آن‌ها و بررسی جسمی یا روانی اشخاص^۲، اما به هر روی، آیچه در بدن انسان نهفته است و با آزمایش بروز بیرونی می‌یابد با آن چه که در درون آدمی هست از با زبان و گفتار یا اشاره او به عالم وارد می‌شود قابل مقایسه نیست. بایسته یادآوری است که به ویژه قوانین ناظر به دادرسی و اثبات درباره این که اساساً بدن انسان حاوی دلیلی است یا خیر و چگونه می‌توان جسم و جان اشخاص را بررسی و معاینه نمود و از آن دلیلی به دست آورد که احیاناً له یا علیه اوت، ساکت است و رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور از این منظر حاوی نوعی استدلال و راهکار در فرض نیاز به آزمایش بدن خوانده است که مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۲.۳. مبانی صدور رأی شعبه ۱۵، فرجام‌خواهی است که زوجه از رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی دهدشت با انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی انجام داده است. این شعبه که پس از نقض حکم به بطلان دعوای زوجه در شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان کهکیلویه و بویراحمد، مباردت به رسیدگی نموده، طی دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۹ با تأکید بر اینکه «جهت معرفی زوج به کمیسیون پزشکی حضور او لازم و ضروری می‌باشد و مشارالیه علی‌رغم ابلاغ قانونی اخطاریه و منقضی شدن مهلت مقرر قانونی مراجعه ننموده و بدونأخذ نظریه کمیسیون پزشکی قانونی اتخاذ تصمیم مقدور نیست»، با اخذ «وحدت ملاک ماده ۲۵۹ قانون آینین دادرسی مدنی قرار ابطال دادخواست خواهان را صادر» کرده است. به بیان دیگر، شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دهدشت، جهت بررسی ادعای زوجه، به زوج برای مراجعته به کمیسیون پزشکی اخطار نموده که

۱. حسن محسنی و مجید غمامی، آینین دادرسی مدنی فرامی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۶)، ص ص ۱۶۳ - ۱۶۸.

۲. بند یک اصل شانزدهم اصول آینین دادرسی مدنی فرامی.

به اقامتگاه او ابلاغ شده است و چون زوج حضور نیافته و مهلت اعطایی نیز سپری شده، دادگاه اعلام نموده است که بدون اظهارنظر کارشناسی قادر به تصمیم‌گیری نیست، با وحدت ملاک گرفتن از ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار ابطال دادخواست زوج را صادر کرده است. پس، در این پرونده با پذیرش اینکه بدن انسان حاوی دلیل است، سه امر مطرح می‌گردد: (الف) امر پزشکی و اثبات آن (که تنها با آزمایش پزشکی میسر می‌باشد)؛ (ب) نحوه الزام زوج برای بررسی بدن او؛ (ج) ضمانت اجرای عدم همکاری وی در تشخیص پزشکی.

۳.۰۳. از جهت موضوعی، موضوع این پرونده مربوط است به ادعای زوجه در ابتلای زوج به بیماری عنن که طبیعتاً به جهت شخصی و خصوصی بودن ماهیت، و نیز علمی و تخصصی بودن طبیعت، جز با روش پزشکی قابل اثبات نیست. به بیان دیگر، هم موضوع امر طبیعتاً فنی و تخصصی پزشکی است و هم اوضاع حاکم بر آن، که امری خصوصی و شخصی و مربوط به حالات خلوت انسان است. همین طبیعت و اوضاع و احوال است که موجب شده نتوان در تعارض و دعوای موضوع پرونده، قول یکی را مقدم دانست و ناگزیر دخالت پزشک در امر فنی و تخصصی پزشکی، بایسته می‌شود.

۴.۰۳. از جهات حکمی نیز موضوع این پرونده فاقد راهکار شناخته شده در اصل قضیه و آثار و پیامون آن است. از جهت اینکه آیا از اصل و اساس، امکان بررسی و معاینه بدن انسان (روان و کالبد) همچون بررسی و معاینه اموال و اشیاء هست یا خیر، حکمی در قوانین ایران مشاهده نمی‌شود. باید تأکید نمود فرضی که شخص با بررسی و آزمایش بدن خود موافق است و بدان رضایت دارد، و نیز فرضی که در جرائم و مجازات‌ها به‌ویژه جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص آثاری از بدن وی (خون و مو ...) در صحنه حادثه یافت می‌شود^۱ یا اینکه مانند تست الکل در حین

۱. نحوه حضور در صحنه جرم موضوع ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) و آیین‌نامه اجرایی آن (مصوب ۱۳۹۶).

رانندگی به علت رؤیت آثار و علائم ظاهری^۱ براساس اصول پیشگیری از گسترش جرائم مشهود،^۲ شخص ودار به انجام آزمایش الكل می‌شود، خارج از حوصله و موضوع این نوشتار است و بی‌گمان این‌گونه مباحث و اندیشه‌ها در این جستار مطرح نمی‌شود. فلذا اینکه گفته شد قانون در این‌باره ساكت است ناظر به فرضی است که شخص بدان رضایت ندارد یا با آن صریحاً یا عملاً مخالف است. از این منظر آنچنانکه در رأی شعبه ۱ دادگاه عمومی دهدشت دیده می‌شود، راهکار دادرس این شعبه، أخذ وحدت ملاک از ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی اعلام شده و بر پایه آن، دادگاه قرار ابطال دادخواست خواهان (زوجه) را در فرض عدم مراجعة زوج به کمیسیون پزشکی اعلام نموده است؛ یعنی اثر بخشیدن به عدم همکاری مدعی^۳ علیه با دادگاه، نه به سود مدعی و زیان مدعی^۴ علیه که به زیان خواهان و ابطال دادخواست او. شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور به عکس، ماده مزبور (۲۵۹) را ضمانت‌اجراي همکاري ننمودن خواهان دانسته است و نه طفره رفتن خوانده: «روح و ملاک ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر بر اعمال خواهان می‌باشد» و همچنین استدلال این شعبه برای نقض قرار ابطال دادخواست دادگاه تالی، که «اگر عدم حضور خوانده ملاک ابطال دادخواست قرار گیرد هر خوانده‌ای با امتناع از حضور، موجب ابطال دادخواست علیه خویش خواهد شد»، غیرمنطقی می‌نماید و با اعلام نهایی که «...، دادگاه مکلف است برابر ماده ۲۵۹ قانون مرقوم، خوانده را الزام به اجرای دستور نموده و الا موضوع را با اتیان سوگند از ناحیه خواهان فیصله دهد»، قرار ابطال دادخواست بدین نحو استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، دادگاه باید خوانده را برای تشخیص ملزم به حضور نماید و اگر همچنان میسر نشد با سوگند خواهان، موضوع را مختومه اعلام کند.

۱. بند (ب) ماده ۱۰ قانون راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹) که اجازه تست راننده به صرف وجود قرائن و شواهد مستی یا استفاده از مواد روانگردان و مخدّر را داده است.

۲. مواد ۴۴ و ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲).

۵.۳. همه سخن بر سر امکان یا عدم امکان الزام یکی از طرفین به بررسی و آزمایش بدن (روان و کالبد) است. چگونه است که آنچه از دهان کسی بیرون می‌آید نباید با الزام، فشار و زور یا شکنجه به زبان آمده باشد (اصل ۳۸ قانون اساسی) اما آنچه در بدن است و هنوز بیرون نیامده، با الزام به شرح رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور ممکن است بیرون کشیده، آزمایش شود؟ بنابراین، صرف نظر از دلیل بودن یا نبودن اجزاء یا گوشت، پوست، خون، مو و محتویات درون بدن، ایراد و نقصان کار را باید در محل یا مقام دیگری جست. الزام خوانده یا خواهان به بررسی پزشکی و آزمایش به هر روش بی‌گمان مقصود شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور نیست، گرچه دیوان در این رأی امکان الزام به آزمایش را پذیرفته که خود محل گفتگوست. وانگهی، مقتن نیز برای آیین الزام، حکمی مقرر ننموده است و آنچنانکه در رأی شعبه ۱۵ و گردشکار آن گذشت، امر دائر است بین ضمانت اجرای ابطال دادخواست خواهان و الزام خوانده به حضور برای کارشناسی و در صورت عدم امکان صدور رأی براساس نظریه کارشناس، سوگند خواهان. با وجود این، نه اصل امر (الزام یا عدم الزام)، امر مسلمی است و نه ضمانت اجرای آن به شرح مذکور در رأی شعبه ۱۵ مرقوم، استناد درستی است. به ویژه این که خوانده یک بار نزد پزشک رفته و وقتی که برای دومین بار از وی خواسته شده به کمیسیون پزشکی قانونی برود، چنین نکرده است و معلوم نیست بی‌میلی او را باید عدول از رضایت پیشین دانست یا خیر.

۶.۳. درباره اصل موضوع به شرح بالا، نوشته شد که در صورت رضایت یا عدم مخالفت با آزمایش، هیچ تردیدی در پیگیری فرایند توافقی از سوی دادگاه نیست اما در همین فرض هم ضمانت اجرای نقض توافق یا عدول از رضایت مجھول است. درخصوص آیین الزام هم قانونگذار حکمی مقرر ننموده است تا چه رسد به ضمانت اجرای آن. شعبه ۱ دادگاه نخستین و شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور، موضوع را مشمول کارشناسی و ضمانت اجرای همکاری ننمودن در این فرایند دانسته‌اند و قدر مسلم تصمیم دادگاه تالی

و دیوان عالی همین استناد به ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی است؛ ماده‌ای که درباره ضمانت اجرای عدم ایداع حق الزحمه کارشناس است و نه همکاری ننمودن با او: «ایداع دستمزد کارشناس به عهده متقارضی است و هرگاه ظرف مدت یک هفته از تاریخ ابلاغ آن را پرداخت نکند، کارشناسی از عداد دلایل وی خارج می‌شود. هرگاه قرار کارشناسی به نظر دادگاه باشد و دادگاه نیز نتواند بدون انجام کارشناسی انشاء رأی نماید، پرداخت دستمزد کارشناسی در مرحله بدوي به عهده خواهان و در مرحله تجدیدنظر به عهده تجدیدنظر خواه است، در صورتی که در مرحله بدوي دادگاه نتواند بدون نظر کارشناس حتی با سوگند نیز حکم صادر نماید دادخواست، ابطال می‌گردد و اگر در مرحله تجدیدنظر باشد تجدیدنظر خواهی، متوقف ولی مانع اجرای حکم بدوي نخواهد بود» لذا هم شعبه ۱ مرقوم و هم شعبه ۱۵ دیوان بهنوعی دست بهأخذ وحدت ملاک از آن ماده زده‌اند. بنابراین، دو شعبه مزبور نیز متوجه نادرستی استناد صریح به این ماده بوده‌اند و به وحدت ملاک بسنده کرده‌اند. صرف نظر از توجه به ویژگی‌های دادرسی و آیین آن (تشrifاتی و امری بودن)، باید بررسی نمود که به‌واقع در این فرض استناد صحیح کدام ماده می‌تواند باشد؟

۷.۳ در حقوق فرانسه، مقتن در بند ۱ ماده ۱۶ کد مدنی بدن انسان و اجزاء و فرآورده‌های آن را موضوع دارایی اشخاص نمی‌داند و در بند ۳ این ماده تأکید می‌کند که به تمامیت جسمانی انسان جز در فرض ضرورت پزشکی او، یا در شرایط استثنائی، برای منافع درمانی دیگری نمی‌توان آسیب رساند و در هر حال رضایت پیشین ذی‌نفع برای این کار لازم است مگر در موردی که وضعیت او برای درمان ضرورت را ایجاب نماید؛ اصل مصون از تعرض بودن بدن انسان^۱. کد تندرستی همگانی^۲ این کشور نیز در

1. Le principe de l'inviolabilité du corps humain.

2. Code de la Santé Publique

ماده ۳۶ جلب رضایت شخص مورد آزمایش یا شخصی که از او خون گرفته شده را در همه حال اصل دانسته گرچه استثنایی هم برای آن پیش‌بینی نموده است. شعبه ۱ دیوان عالی کشور فرانسه نیز در رأیی به سال ۲۰۰۰، کارشناسی زیست‌شناسی (بیولوژیک) را در دعوای نسب حق تلقی نمود؛ رأیی که مورد بررسی گسترده قرار گرفت.^۱ قانونگذار این کشور نیز در مواد ۱۰ - ۱۶ - ۱۳ تا ۱۶ کد مدنی آزمایش ژنتیک را برای مقاصد درمانی یا تحقیقات علمی با ویزگی نظم عمومی پذیرفت که به شکل دستور ترتیب تحقیقی موضوع مواد ۱۱، ۱۰ و ۱۴۳ به بعد کد آینین دادرسی مدنی انجام می‌شود و باید با رضایت شخص باشد گرچه وی می‌تواند هر زمان از رضایت خود به هر شکل که بخواهد عدول کند. در آزمایش خون یا اسپرم و دیگر اجزاء و فرآورده‌های بدن هم همین اصول حاکم است. با این وصف، اگر همچون فرض پرونده حاضر یکی از طرفین درخواست آزمایش بدن طرف مقابل را بنماید و او نخواهد یا نتواند، و یا رضایت بدهد و در آزمایشگاه حضور نیابد یا این بررسی به تشخیص قاضی لازم باشد ضمانت اجرای آن صراحتاً در کد آینین دادرسی مدنی نیامده است جز اینکه بتوان آن را به تبع روش دستور (یعنی ترتیب تحقیقی) مشمول ترتیبات تحقیقی قانوناً قابل پذیرشی دانست که قاضی می‌تواند برابر ۱۰ کد آینین دادرسی مدنی رأساً دستور دهد. پس اگر قاضی قانوناً بررسی بدن یکی از طرفین را طی یک ترتیب تحقیقی دستور دهد، برابر ماده ۱۱ آن کد «در ترتیبات تحقیقی طرفین ملزم به همکاری هستند و گرنه دادرس به عواقب امتناع یا عدول از این امر ترتیب اثر می‌دهد. اگر یک طرف عنصری اثباتی در اختیار دارد، دادرس می‌تواند به درخواست طرف دیگر خطاب به او دستور ارائه آن را صادر کرده و در

1. Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. n° 103 ; Defrénois, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. Massip; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. Garé ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, conclusions C. Petit et note M.C.Monsallier-Saint-Mieu. Voyez: Anne Pascal et Martine Trapero, Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in: *La vérité*, Rapport annuel 2004 de la cour de cassation, La documentation Française, 2004, p. 89.

صورت لزوم جریمه تأخیر معین کند. دادرس می‌تواند به درخواست هریک از طرفین، اگر مانع قانونی وجود ندارد با همان جریمه، ارائه هرگونه مدرکی را که ثالث نزد خود حبس نموده تقاضا کرده یا دستور دهد^۱. براین اساس، اصل بر لزوم همکاری طرفین با دادگاه می‌باشد و این دادرس است که عواقب امتناع یا عدول را معین می‌نماید با این تفاوت که در آزمایش بدن، در هر حال برابر بند ۳ ماده ۱۶ کد مدنی، رضایت شخص قبلًا باید تحصیل شود و در هر حال او می‌تواند از رضایت خود به هر شکل عدول نماید.

۸.۳. بررسی رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور و رأی فرجم خواسته نشان می‌دهد که دادگاه نخستین با عنایت به اینکه بررسی ناتوانی جنسی زوج (عن) امری پزشکی است و مراجعته به پزشک در قالب قرار کارشناسی باید انجام شود و چنین هم شده که با اعتراض به نظریه پزشک قانونی، امر به کمیسیون پزشکی ارجاع گردیده است، عدم مراجعته با وصف ابلاغ به اقامتگاه زوج را در حکم فرضی دانسته که شخص از ایداع حق الرحمه کارشناس خودداری می‌کند که برابر ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حتی اگر با سوگند نیز نتوان رأی داد، منجر به قرار ابطال دادخواست خواهد شد. هر دو مرجع قضایی تالی و عالی در استناد به ماده یادشده (۲۵۹) تردیدی نداشته‌اند و علت نقض در رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور، صرفاً الزام به حضور و در صورت عدم امکان، اتیان سوگند است. هیچ‌یک از مراجع قضایی به دنبال ضمانت اجرای استنباط قرینه مثبته از عدم حضور خوانده در این فرض نرفته‌اند و هم اصل مراجعته به کارشناس و هم ضمانت اجرای آن را به کیفیت موصوف، مسلم انگاشته‌اند درحالی که به باور پژوهنده کارشناسی به شمار آوردن تشخیص پزشکی را نباید برابر با تبعیت از مقررات باب کارشناسی از جهت

۱. حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچه دکتر عباس کریمی و مقدمه بروفسور لوییک کادیه (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵)، ص. ۸۱. برای مطالعه در این باره ر.ک: Daburon Corinne. *Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation*. In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2001-2. pp. 201-214.

ضمانت اجرای عدم همکاری با کارشناس دانست بلکه باید آن را همکاری نکردن با دادگاه به شمار آورد؛ به بیان دیگر، پیشبرد موضوع پرونده با صرف استناد به مقررات کارشناسی، دادگاه را به حقیقت علمی نمی‌رساند چراکه آیین توسل به کارشناس در مقررات آیین دادرسی مدنی پیش و بیش از همه در پی تأمین حقوق کارشناس قبل از ترتیب اثر دادن به نظر اوست لذا مقنن، اثیر عدم پرداخت حق‌الزحمه کارشناس را به شرح مذکور در ماده ۲۵۹ پیش‌بینی نموده است. وانگهی، در فرض پرونده حاضر، موضوع بر سر همکاری نکردن با کارشناس نیست بلکه همکاری ننمودن با دادگاه روی داده است. از این منظر رأی شعب تالی و عالی قابل نقد می‌باشد و به باور پژوهندۀ جامه قضیه پرونده حاضر، بر قامت مقررات باب کارشناسی راست نمی‌آید.

۹.۳. صرف‌نظر از اینکه چنین آزمایشی در نظام حقوق ایران بدون رضایت قبلی قابل انجام است یا خیر و اثر عدول از رضایت چیست، استنباط قرینه مثبته یا به عبارتی برداشت مخالف از همکاری ننمودن شخصی که بدن او باید آزمایش شود نیز راهکار دیگری است که در رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور کمترین توجهی به آن دیده نمی‌شود. روانشاد کاتوزیان در کتاب اثبات و دلیل اثبات خود درباره ضمان‌اجراخودداری از آزمایش خون چنین نوشه است: «به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند به استناد ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ امتناع از دادن خون را بهویژه در موردی که احتمال بروز هیچ خطری برای مدعی علیه وجود ندارد، از جمله قرائناً درستی ادعا به‌شمار آورد».^۱ اینکه استاد به فرض عدم رضایت مدعی علیه پرداخته و امتناع بدون احتمال بروز خطر را از قرائن مثبته درستی ادعای طرف مقابل به حساب آورده، راهکار بسیار نزدیکی است به روش مقبول فرانسوی برای تضمین همکاری طرفین در فرایند کشف حقیقت علمی در

۱. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، پیشین، ص ۱۶۲، ش ۹۱.

دادگاه، در عین احترام به اصل مصونیت بدن انسان از تعرض. از این منظر به باور پژوهنده استناد دادگاه نخستین و شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور به ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی استنادی ناصحیح است که می‌بایست شعبه مذبور دیوان به متن ماده ۲۰۹ قانون مرقوم، استناد و توجه می‌نمود که دادگاه را به طور عینی‌تر و حقيقی‌تر به حقیقت می‌رساند و ضمانت اجرای رفتار طرفین دادرسی را شخصی می‌کند. بهویژه این که خوانده یکبار نزد پژشک رفته و آزمایش داده است و برای حضور نزد پژشکی قانونی همکاری از او در این پرونده دیده نشده است. مزایای این روش فراوان است از جمله اینکه ناظر به تراضی طرفین یا موافقت شخص با آزمایش نیست چراکه می‌توان عدم مراجعت پس از رضایت را دلیل عدول دانست و همچنین مانع تشخیص قاضی برای انجام آزمایش نیز نمی‌گردد و به احتمال بروز هرگونه خطر (ترس از آزمایش یا آبروریزی و افشای امور شخصی و خصوصی) توجه دارد و طرف مقابل را در شرایطی قرار نمی‌دهد که برای آزمایش بدن یا اجزاء و فرآوردهای آن ناخواسته از ناحیه دادگاه که طرف دعواوی بهشمار نمی‌آید، الزام شود. این راهکار برداشت ناشی از همکاری ننمودن را صرفاً در سطح ارزش قرینه درستی ادعا قرار می‌دهد که در برخورد با دیگر قرائن و امارات باید ارزش آن سنجیده شود و از همه مهم‌تر نتیجه دادرسی را به سوگند گره نمی‌زند؛ سوگندی که فی‌نفسه دلیل اثبات نیست بلکه استنکاف یا نکول از قسم و رد آن (از سوی مدعی^۱ علیه یا حاکم) به طرف مقابل دلیل اثبات است.^۱ به بیان دیگر، خواهان در این فرض با سوگند نمی‌تواند موضوع را ثابت کند بلکه باید خواستار استخلاف خوانده باشد و در صورت سوگند وی، دعوای خواهان ساقط می‌شود و اگر از خلف اباء نماید و آن را به خواهان رد کند در این حین سوگندی که خواهان در نتیجه رد به او متوجه می‌شود، موضوع را اثبات می‌کند (مواد ۲۷۲، ۲۷۳ و ۲۷۴ قانون

۱. نک: محمد مصدق‌السلطنه، دستور در محاکم حقوقی، با مقدمه و تصحیح دکتر حسن محسنی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵)، ص ص ۲۱۲ - ۲۱۳.

آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۳۲۸ قانون مدنی). بر این اساس، بیان شعبه ۱۵ در رأی خود مبنی بر سوگند دادن خواهان بهمنظور اثبات، دقیق و صحیح نیست. پس، گرچه موضوع حکم ماده ۲۰۹ قانون مرقوم سند معینی است که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است که نزد طرف دیگر هست و به درخواست طرف باید سند ابراز شود و گرچه مقتن در این ماده مقرر نموده که «هرگاه طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله قرائن مثبته بداند» ولی از حیث اثباتی فرایند مقبولتری برای سرایت حکم به فرض پرونده حاضر، نسبت به الزام به آزمایش و درنهایت، سوگند خوانده و رد آن، دارد زیرا قرینه مثبته، به خلاف سوگند که سعی در قطع بی‌چون و چرا و متأفیزیک امور دارد در ترازوی ثبوت و اثبات معقول و متعارف ارزش‌گذاری می‌شود. برای نمونه، درخصوص پرونده حاضر که کارشناس نخستین نظر به نبود عنن داده، این قرینه مثبته ناشی از عدم حضور خوانده، یا هیچ چیزی را اثبات نمی‌نماید یا اینکه تاب برابری با اوضاع و احوال ناشی از دلیل کارشناسی پیشین را ندارد و دادگاه نخستین می‌توانست با تصمیمی که به حقیقت قضایی نزدیک‌تر است، موضوع را حل و فصل نماید و در امور علمی و پژوهشی به دلایل غیرعلمی و مابعدالطبیعی استناد نکند. به باور پژوهندۀ سوگند اثری در اثبات خواسته زوجه برای عنن ندارد و در اینکه اساساً عنن - این عارضه پژوهشی و علمی - را می‌توان با سوگند ثابت نمود یا خیر، تردید جدی هست و بهتر بود شعب ۱ و ۱۵ دیوان دست‌کم عدم حضور یا همکاری ننمودن زوج با وصف ابلاغ صحیح را قرینه درستی ادعا قرار می‌داد که برای نمونه در ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم آن درباره سند آمده است؛ چنانکه سند باید در اختیار طرف ابراز شود و الا قرینه مثبت ادعای طرف است. آثار و علائم بیماری درون بدن او نیز در حکم چنین سندي است که باید ابراز گردد کما اینکه او می‌تواند با عدم ابراز این آثار، عواقب ناشی از این همکاری نکردن را به‌طور ضمنی بپذیرد. وانگهی، چنین به نظر

می‌رسد کهأخذ وحدت ملاک از ماده فوق الذکر (۲۰۹) به مراتب سهل‌تر و موضوعاً میسرتر ازأخذ چنین وحدتی از ماده ۲۵۹ آن قانون در فرض پرونده حاضر باشد. اگر گفته شود قرینه صحت نیز همچون سوگند، حقیقت علمی را برای قضاؤت احراز نمی‌کند ولی، تفاوت آن با سوگند در این است که دست‌کم قرینه درستی است درحالی‌که سوگند نه صلح است و نه در حکم آن، بلکه حداقل نوعی رفع اختلاف مذهبی تنازعات خصوصی است که لزوماً قرابتی به حقیقت و واقع ندارد^۱ و بهمنظور «استفاده از نیروی معنوی و تقویت و ترس از خدا برای تقویت حق» به کار می‌رود «نه تراضی و قرارداد که جوهر آن آزادی کامل در پذیرش و رد پیشنهاد است».^۲ همچنین از جهت اثباتی نیز قرینه درستی ادعا از امارات است که برابر حکم ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی مقدم بر سوگند می‌باشد: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دعوای مدنی نزد حاکم به موجب اقرار یا شهادت یا علم قاضی بر مبنای اسناد یا امارات ثابت نشده باشد، در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی‌علیه است، منوط به قسم او نماید». بنابراین، وقتی قرینه صحت ادعا به عنوان اماره می‌تواند مفید علم قاضی باشد، توسل به قسم و آثار آن موضوعاً و حکماً منتفی است.

۱۰.۳ بررسی پرونده حاضر نشان داد که تا چه حد نظریه عمومی ضمانت‌اجراها در نظام حقوقی ایران با ایرادات عملی و اجرایی مواجه است. همچنین، موضع حقوق ایران درباره دلایل علمی و پژوهشی چه

۱. برخی حقوقدانان درباره ارتباط میان سوگند و حقیقت می‌نویسند: «و آن اخبار به امری و گواه گرفتن خداوند است بر صدق گفتار خود. سوگند ادعایی بیش نیست و ممکن است درواقع دروغ باشد، بدین جهت از نظر تحلیلی نمی‌توان سوگند را مثبت حق دانست، ولی قانون در موارد خاصی که دلیل دیگری بر اثبات ادعا نباشد، سوگند را دلیل بر اثبات حق دانسته است. علت این امر [...] اثکاء به ایمان مذهبی و اعتماد سوگند یادکننده است و نظم اجتماعی ایجاب می‌نماید قانون احترام به ایمان افراد گزارد و سوگند را در موارد معینی معتبر بداند». سیدحسن، امامی، حقوق مدنی (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹)، ج ۶، ص ص ۲۸ - ۲۹.

۲. ناصر کاظمیان، اثبات و دلیل اثبات، (تهران: نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۸)، ج ۲، ص ۱۹۰، ش ۳۷۳.

وضعی دارد و ارزش علم ناشی از آن تا چه اندازه تاریک است و از این رو، نمی‌توان دریافت که تمامیت معنوی انسان و بدن و جان او در مقابل دستورهای قضایی چه تأمین و تضمینی دارد. قوانین نه به توافق طرفین برای آزمایش و نه به اختلاف آنان یا عدول و انصراف ایشان از رضایت قبلی، اشاره‌ای ننموده‌اند و موضوع در همه ابعاد خود در حد کلیات نامفهوم، رها و یله است. این وضعیت، خود را در ضمانت اجرای عدم حضور برای آزمایش در کمیسیون پژوهشکی به شرح پرونده حاضر نشان می‌دهد که از جهات متعدد راهکار شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور را ناپذیرفتی و نقدپذیر می‌کند. به باور پژوهنده اصل آزمایش بدن در امور خانوادگی و خصوصی، باید منوط به رضایت آن شخصی باشد که دادگاه به دنبال بررسی بدن او است و اگر چنین رضایتی در میان نباشد یا این که شخص از آن عدول کند و از ادامه کار بازماند، دادرس باید همکاری نکردن او با دادگاه را بسنجد و تبعاً به یکباره نمی‌تواند موضوع را در مدار دلایلی قرار دهد که توانایی اثبات علمی ندارند و موضوع را تبادل سوگند. احالت می‌دهند.

فهرست منابع:

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۶ (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۹).
۲. جنیدی، فریدون، داستان ایران؛ بر پایه گفتارهای ایرانی، دفتر نخست (تهران: نشر بلخ، ۱۳۹۲).
۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱ (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).
۴. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۲ (تهران: نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۸).
۵. محسنی، حسن و مجید غمامی، آیین دادرسی مدنی فراملی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۹۶).
۶. محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فرانسه، با دیباچه دکتر عباس کریمی و مقدمه پروفسور لوییک کادیه (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵).
۷. مصدق‌السلطنه، محمد، دستور در محاکم حقوقی، با مقدمه و تصحیح دکتر حسن محسنی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵).

8. Daburon Corinne. **Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation.** In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2001-2. pp. 201-214.
9. **La vérité**, Rapport annuel 2004 de la cour de cassation, La documentation Française, 2004.
[http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2>Showjudge
ment.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9](http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2>Showjudge ment.aspx?id=dGxtWXZ5TlNpY1U9) (22/10/1396)

هدف دادرسی در دعاوی خصوصی برخوردار از جنبه اقتصادی

محمد صادقی*

مقدمه

با توجه به اینکه اصول و قواعد حقوقی در حوزه‌های مختلف ناظر به غبظه و مصالح وضع شده است و تبلور این اصول در قالب قوانین و مقررات مربوط به دادرسی جنبه اثباتی به خود می‌گیرد، گاهی ممکن است تعارض برخی از این اصول منجر به بروز مسائلی گردد که عملاً بخشی از حیات اقتصادی هریک از طرفین دعوا را تحت الشعاع قرار دهد. در این نوشتار به منظور بررسی و طرح این مسئله، با تأسی از یکی از آراء صادره توسط هیأت داوری بورس و اوراق بهادار، در مقام تبیین تعارض دو اصل مسلم حقوقی در حوزه عمل خواهیم بود و در اثناء این بحث به اصالت عدالت یا فصل خصومت نیز اشاره‌ای خواهیم نمود. درواقع، هدف اصلی مقاله حاضر این است که با امعان نظر به رأیی که اشاره خواهد شد، به اصالت احراق حق یا فصل خصومت در موضوع مورد بحث پرداخته و با توجه به اینکه چنین دعواهایی واجد صبغه تجاری و اقتصادی است، حجیت آراء مشابه مبتنی بر رعایت مصالح بیشتر (فارغ از صرف خواسته خواهان) را مورد بررسی قرار خواهیم داد. از این رو مراد از آراء ناظر به دعاوی خصوصی با صبغه اقتصادی که ممکن است بدون اتکاء صرف به منافع خواهان، منافع کلان‌تر را مدنظر قرار دهد آرائی است که ضمن در نظر داشتن مطالبات خواهان، در نیل به هدف اقتصادی دعوا، واقعیت محور نیز باشد. بنابراین، برای تبیین چنین امکانی لازم است به تفسیر موضوع مجرای حقوق خصوصی اکتفا نکرده، به فراخور برخورداری موضوع از آثار



تجارتی، مسائل حقوق اقتصادی را نیز در نظر بگیریم. در ادامه ضمن اشاره به یکی از دعاوی که ناظر به چنین مسئله‌ای منتهی به صدور رأی شده، محل نزاع و تأمل در این خصوص را بیان خواهیم نمود تا درک مسئله اصلی شفاف‌تر گردد. پیش از ورود به بحث اصلی باید اذعان کرد که چون استناد به رأی صادره توسط هیأت داوری بورس به‌سبب برخورداری از آثار و جوانب اقتصادی و از باب نمونه است، رأی مذبور در موضوع مبحوث‌عنہ موضوعیت ندارد و استنادات و تحلیل‌های صورت‌گرفته، به آراء مشابه صادره از محاکم دادگستری نیز قابل تسری می‌باشد.

بحث نخست: رأی هیأت داوری بورس و اوراق بهادر

الف) مشخصات دعوا

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۶۱۱۰۰۰۱۶

تاریخ صدور رأی: ۹۶/۰۲/۲۷

خواسته: الزام خوانده به پرداخت ۳۹۵,۵۰۰,۹۷۸,۵۰۰ ریال خسارت تأخیر تأدیه و هزینه‌های قانونی از جمله هزینه‌های کمیته سازش و هیأت داوری

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۶۱۱۰۰۰۱۷

تاریخ: ۹۶/۰۲/۲۷

خواسته: الزام خوانده به پرداخت ۱۱۱,۸۵۱,۰۴۱,۵۰۰ ریال خسارت تأخیر تأدیه و هزینه‌های کمیته سازش و هیأت داوری.

ب) متن رأی

مطالبات خواهان ۱ - ص.ب.ن.م. بابت سود سهام سال‌های مالی ۱۳۹۲ و ۱۳۹۳ به تعداد ۲۶۳,۶۶۷,۳۱۹ سهم مستند به صورت جلسات مجتمع عمومی عادی سالیانه به تاریخ ۹۴/۰۳/۳۰ و ۹۳/۰۳/۳۱ جمعاً به میزان ۳۹۵,۵۰۰,۹۷۸,۵۰۰

ریال؛ ۲- ش.س.ت.ن.م. بابت سود سهام سال مالی ۱۳۹۳ به تعداد ۱۴۹,۱۳۴,۷۲۲ سهم به استناد صورتجلسه مجمع عادی سالیانه مورخ ۹۴/۰۳/۳۰ مورد انکار و تکذیب خوانده قرار نگرفته و بلکه همواره در فرآیند تعقیب و رسیدگی اعم از کمیته سازش و جلسه هیأت داوری مطالبات خواهانها از شرکت خوانده مورد تصدیق و اذعان قرار گرفته و به اشتغال ذمه خود به میزان مطالبات در قبال خواهانها اقرار و اعتراف نموده است. مستندات ابرازی خواهانها مضبوط در پرونده که مصون از خدشه و تعرض باقی مانده‌اند مبین صحت ادعا و مطالبات است و در مقابل، دلیلی بر برائت ذمه شرکت خوانده در برابر خواهانها ارائه و اقامه نشده است؛ و شرکت خوانده به شرح لوایحی که تسلیم هیأت داوری نموده و تحت شماره‌های ۹۶۱۰۷۰۰۷۶ و ۷۷ مورخ ۹۶/۰۲/۱۱ در بایگانی هیأت به ثبت رسیده‌اند، ضمن قبول میزان مطالبات هر دو خواهان یادشده، صرفاً به دلیل کمبود شدید نقدینگی ناشی از عدم پرداخت مطالبات شرکت از سوی کارفرمایان و مآل طولانی شدن دوره وصول مطالبات خود و علی‌رغم تمایل خوانده به تسویه، از پرداخت مطالبات خواهانها اظهار تعذر نموده جهت انجام مذاکرات اصلاحی به امید حصول سازش از هیأت داوری استمهال کرده و هیأت طبق سیاست جاری خود به توصیه همیشگی اصحاب دعوا به صلح و سازش با استمهال موافقت نمود، لیکن با این وجود با انقضای مهلت اعطایی نتیجه‌ای حاصل نشده و شرکت ت.ا.ن.م. در هر دو پرونده بالاصاله و به نمایندگی با توجه به متمرثمر واقع نشدن مذاکرات فیما بین، درخواست صدور حکم برابر خواسته را نموده است که تحت شماره ۹۶۱۰۷۰۰۱۱۸ مورخ ۹۶/۰۲/۲۴ به ثبت رسیده است. بنا به مراتب، ادعای خواهانها به شرح خواسته‌های اعلامی، محرز و مسلم تشخیص و با عدم احراز برائت ذمه شرکت خوانده در قبال خواهانها مستندًا به ماده ۱۵ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ ناظر بر ماده ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادر مصوب ۱۳۸۴ و ماده ۲۴۰ قانون تجارت حکم به محکومیت شرکت ح.ش. به پرداخت الف: مبلغ ۳۹۵,۵۰۰,۹۷۸,۵۰۰ ریال (سیصد و نود و پنج میلیارد و پانصد میلیون و نهصد و هفتاد و هشت هزار و پانصد ریال) بابت اصل خواسته و خسارت تأخیر تأديه به اعتبار کاهش ارزش پول طبق شاخص بانک مرکزی از تاریخ

۹۵/۰۶/۲۹ الی اجرای حکم و پرداخت هزینه‌های کمیته سازش و داوری برابر رسیدهای موجود جمعاً به مبلغ ۱۰۹,۰۰۰,۰۰ ریال در حق ص.ب.ن.م؛ ب: مبلغ ۱۱۱,۸۵۱,۰۴۱,۵۰۰ ریال (یکصد و یازده میلیارد و هشتصد و پنجاه و یک میلیون و چهل و یک هزار و پانصد ریال) بابت اصل خواسته و خسارت تأخیر تأدیه به اعتبار کاهش ارزش پول طبق شاخص بانک مرکزی از تاریخ ۹۵/۰۶/۹ الی اجرای حکم و پرداخت هزینه‌های کمیته سازش و داوری برابر رسیدهای موجود جمعاً به مبلغ ۱۰۹,۰۰۰,۰۰۰ ریال در حق شرکت س.ت.ا.ن.م. صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره، حضوری و قطعی است و از طریق اجرای احکام دادگاهها لازم‌الاجراست.

بحث دوم: هدف دادرسی

بند نخست: از عدالت (احقاق حق یا کشف حقیقت) تا فصل خصوصت

بی‌تردید رویکرد اصول و قواعد دادرسی در برخورد با رسیدگی‌کننده و صاحبان دعاوی، به نظام‌های دادرسی و مبانی مربوط به آن بستگی دارد.^۱ فارغ از این مبنا از حیث نظام حاکم بر دادرسی، یکی از مسائلی که باید مدنظر قرار گیرد آن است که: هدف نظام دادرسی چیست؟ آیا آشکار شدن حقیقت به منظور صدور رأی می‌تواند انصاف و حقایق خارجی (ازجمله مسائل اقتصادی منبعث از نتیجه رأی) را نادیده انگارد؟

با امعان نظر به سوابق نظری علمی و مبانی غالب در این خصوص،^۲ آنچه از مفاد رأی مارالذکر - که نمونه‌های آن در قاموس آراء قضایی نیز اندک نیست - روشن است اینکه محق بودن خواهان بر حسب ادله و مستندات محزز و مسلم می‌باشد لکن چون محکومیت خوانده به نوعی دامن‌گیر بقای اقتصادی او نیز خواهد

۱. حسن محسنی، «نظام‌های دادرسی مدنی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، ش ۱ (۱۳۸۶): ص ۸۲.
۲. این رویکرد مبنای عموماً بر دو محور «کشف حقیقت» و «فصل خصوصت» مبتنی است. البته علاوه بر این دو مبنای غالب، احتمالات و استدلالات دیگری نیز وجود دارد. به هر حال از باب قوت و غلبه مبنای احقيق حق و فصل خصوصت صرفاً به همین دو رویکرد نظر می‌کنیم. برای اطلاع بیشتر نک: عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی - قواعد عمومی دعاوی (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ص ۴۶-۳۶؛ حسن محسنی، «عدالت آینینی؛ پژوهشی در نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، ش ۱ (۱۳۸۷): ص ص ۲۸۸-۲۸۰.

بود باید عاقب اقتصادی - اجتماعی ناشی از محکوم‌به را نیز متحمل شود. چنین وضعیتی برای بنگاه‌های اقتصادی شرایطی را ایجاد می‌کند که علاوه بر میزان محکومیت، از جهاتی بازار و اعتبار خویش برای رقابت را نیز از دست دهد. وضعیت برخی از بنگاه‌هایی که دچار این سرنوشت می‌شوند در شرکت‌هایی که در حوزه فعالیت اقتصادی خویش بهنوعی با دولت همکاری دارند نامطلوب‌تر است، زیرا از سویی، یکی از مشتریان اصلی محصولات و خدمات آنان دولت می‌باشد و از سوی دیگر، بعض‌اً امکان دریافت مطالبات خود از دولت را نداشته و به‌سبب جایگاه دولت و برخورداری او از قدرت بهنحوی با محدودیت وصول مطالبه مواجه شده و یا تا اعلام وضعیت از سوی دولت، مجبور به انتظار می‌گردد. قاعده‌تاً^۱ اگر این انتظار برای اعلام وضعیت پرداخت مطالبه شرکت توسط دولت با زمان زیادی همراه شود، میزان آسیب‌پذیری این بنگاه‌ها نیز افزایش خواهد یافت. میرهن است خوانده موضوع رأی فوق با وجود تمایل به تسویه، از همین جهت از پرداخت مطالبات خواهان‌ها متغیر شده است؛ یعنی از یک سو امکانأخذ منابع مالی خویش از دولت را نداشته و از سوی دیگر اذعان دارد که منابع لازم برای پرداخت بدھی خویش را ندارد. از این رو از یک منظر تردیدی در محق‌بودن خواهان‌ها نیست و از نظر دیگر محکوم شدن خوانده باعث انجلال فعالیت اقتصادی او خواهد بود، لذا در این دعوا، نزاع بر نوع رأیی است که مرجع رسیدگی باید صادر نماید.

بند دوم: وضعیت نظام حقوقی ایران

فارغ از اختلاف‌نظر حقوق‌دانان درخصوص اصالت عدالت در تقابل انصاف و به رغم تمایل تقنی‌ی بـه هر دو مبنـا،^۱ در فرض تقارن این دو، مطلقاً مطلوب نهایی مقنن در نظام کنونی دادرسی در این خصوص ذکر نشده است؛ چراکه هریک از این دو مبنـا به تنـهایی، متضمن ایراداتی هستـند کـه مانع تمسـک یـکـجانـبـه بـه آنـها

۱. بهفرض مثال، ماده ۵۷۱ قانون تجارت درخصوص دعای اعداء اعتبار، صدور حکم طبق عدل و انصاف را پذیرفته است. برخی از حقوق‌دانان ضمن اشاره به این ماده قانونی، حکم ماده ۳۷۷ قانون مدنی راجع به حق حبس را نیز بنیان‌شده براساس عدل و انصاف می‌دانند و باورشان بر این صحت و درستی استوار است که عدل و انصاف، روح قانون و نیز هدف انسانی قوانین است. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی (تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۱)، ج ۴، ص ۵۷۲.

می‌گردد.^۱ با این حال، در مسائل مبتنی بر امور اقتصادی، رویکرد غالب، بر انتخاب مبنای فصل خصومت می‌باشد زیرا در چنین مواردی حسب مورد تحقق منوبیات تجاری و در نظر گرفتن سرعت مبادرات و همچنین نظم عمومی اقتصادی در اولویت قرار می‌گیرد. درواقع، دغدغه فصل خصومت نسبت به مسائل تجاری و اقتصادی در نظرگاه کنونی نمایان‌تر و توجیه‌پذیرتر است. در تحلیل این موضوعیت و بررسی اصالت احقاق حق یا فصل خصومت در دعاوی بورسی نیز به نظر می‌رسد در مانحن فیه فصل خصومت بر دغدغه کشف حقیقت دادرسی غالب دانسته شده است؛ چراکه در مسائل اقتصادی و تجاري، نظم عمومی و آرامش حاکم بر بازار موضوعیت دارد و طبیعت و ذات فعالیت‌های بورسی نیز چنین قاعده‌ای را می‌طلبد و فعالان بازار با این اعتقاد در حوزه مزبور به فعالیت می‌پردازند که ریسک موجود را پذیرا باشند ضمن آنکه در اینجا منافع عمومی (نظم و آرامش حاکم بر بازار)، بر منافع خصوصی (اقامه دعواهی شخص یا اشخاصی علیه دیگران) ارجحیت دارد. این پیش‌فرض در قانون تأسیس بورس اوراق بهادر نیز تداعی داشته و مقرره ماده ۱۸ آن قانون بهوضوح دال^۲ بر این مدعاست. در این خصوص حتی مشروح مذاکرات تصویب قانون اخیرالذکر نیز گواه دیگری است که می‌تواند بر اولویت سرعت عمل در امور بورسی و فصل خصومت صحه گذارد.^۳ حتی رویکرد مقنن در حکم تبصره ۵ ماده ۳۷ قانون بازار اوراق بهادر جمهوری اسلامی ایران نیز بر همین اساس بوده که قائل به قطعی و لازم‌الاجرا بودن آراء هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ شده است. گذشته از مباحث فوق‌الذکر، در مقررات دیگری نیز می‌توان با وجود دغدغه مقنن بر تحقق عدالت در دعاوی حقوق خصوصی، به انعطاف قانونی به سوی انصاف یا فصل خصومت پی برد. این مهم را می‌توان در قواعد و ضوابط ناظر به صلح و سازش میان طرفین و اولویت مصالحه بر دعوا فهم نمود؛ چراکه بهموجب قواعد و مقررات آیین دادرسی مدنی، در هر مرحله از دادرسی مدنی طرفین می‌توانند دعواهی خود را به طریق سازش خاتمه دهند. این به آن معناست که طرح دعاوی خصوصی نزد مراجع رسیدگی در قیاس با روش‌های جایگرین موضوعیت ندارد، لذا

۱. حسن محسنی، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۳۱۶.

۲. برای اطلاع بیشتر نک: مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره ۲۱، جلسه ۲۲۰، صص ۲۵ به بعد.

اگر دعوای مطروحه قابلیت رفع از طریق یکی از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف را داشته باشد چنین امری در اولویت خواهد بود. و چنانچه بنا بر ادامه رسیدگی به دعوا نزد محکمه مدنی باشد جری تشریفات دادرسی اجتناب‌ناپذیر است. البته درخصوص تشریفات نیز باید میان «تشریفات امری» و «تشریفات اختیاری» تفکیک قائل شد، اما در این خصوص به فراخور شکل‌گرایی حاکم بر دادرسی، محدودیت مرجع رسیدگی به دعوا در نادیده گرفتن عدالت به نفع انصاف بیشتر نمایان می‌شود. از این رو، اگر مرجع رسیدگی بخواهد بدون تضییع حقوق خواهان، انصاف را نیز رعایت کند باید از طریق ارشاد طرفین به مذاکره اصلاحی و صلح اقدام نماید و در وضعیت کنونی امکان نادیده گرفتن حقوق مسلم یکی از طرفین به‌سبب رعایت انصاف وجود ندارد مگر به طریقی که رضایت خواهان جلب شده و یا در حدود مقررات قانونی عمل شود.

در کنار مورد یادشده، مسئله پراکنده‌ای نیز وجود دارد که برخلاف اینکه ناظر به موضوعی خاص است، لکن با وحدت ملاک گرفتن از آن می‌توان امعان نظر مقتن به انصاف و رعایت مسائل و وضعیت محکوم‌علیه را استنباط نمود. نمونه این مقرره در حکم ماده ۲۷۷ قانون مدنی است که اشعار می‌دارد: «متعهد نمی‌تواند متعهدَه را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید، ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط دهد».

بديهی است ماده فوق الاشاره ناظر به ايفای تعهد است که از حيث موضوع مورد نظر گذار وضعیت روشی دارد. و چنانچه بتوان از حکم مزبور یک ضابطه عام استخراج نمود می‌توان در دعوای شبیه دعوای مورد بحث نیز چنین امکانی را فراهم دانست که هیأت داوری با توجه به وضعیت شرکت خوانده و وجود روابط مالی او با دولت و نظر به بستانکار بودن دولت به آن شرکت می‌تواند لاقل حکم به تعیین مهلت یا اقساط عادله به منظور پرداخت مطالبات به خواهان دهد و در این خصوص رضایت وی (خواهان) در این امکان بی‌تأثیر خواهد بود زیرا حقوق دانان، عدل و انصاف را «قاعده» می‌دانند و هر قانونی را که برخلاف آن باشد، «خلاف قاعده»^۱ لذا در اینجا نیز می‌توان هدف را رعایت قاعده مورد بحث و

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ج ۳، ص ۳۰۲.

ملاحظه مصالح عالیه اجتماعی دانست.^۱ وانگهی در تحلیل دادرسی باید از تلقی حق گونه دعوا به تحلیل حق - تکلیف تغییر جهت داد و روابط راجع به دعوا را با رویکردی دوسویه بررسی نمود؛ چراکه ابعاد اجتماعی دعوا یک طرفه نیست و در دعوا باید به حقوق هر دو طرف توجه گردد.^۲ به هر حال، فارغ از عام یا استثناء بودن حکم مورد بحث، در صورت رضایت خواهان به اعطاء مهلت یا امکان تقسیط در این دین مزبور تردیدی در قابلیت اتخاذ چنین رویه منصفانه‌ای نخواهد بود چون فرض اخیر، در عداد مسائل عمومی راجع به حل و فصل، اختلاف دارد و نمی‌تواند محدود به فرض ماده ۲۷۷ قانون مدنی شود.

بديهی است که حکم فوق ناظر به روابط فیمابین خواهان و خوانده است و در هر صورت استنکاف خوانده دعوا از پرداخت بدھی به دلیل عدم انجام تعهدات از سوی دولت، از مسئولیت او در قبال خواهان نمی‌کاهد و نمی‌توان به دلیل وجود بستانکاری به واسطه رابطه اقتصادی با دولت، قائل به برائت مطلق خوانده بود، اما درخصوص رابطه خوانده با دولت، باید با امعان نظر به سازوکارهای مربوطه در مسائل حقوق عمومی به ضوابط حقوقی ناظر به مسئولیت دولت در قبال اعمال اقتصادی او رجوع نمود. از این رو چنانچه رابطه فیمابین خوانده و دولت از حیث اعمال حاکمیتی نباشد توجیه و مطالبه منابع مالی مورد ادعا در قالب مسئولیت قراردادی و ضمان قهری دشوار نخواهد بود که حسب مورد مستلزم طرح دعوا نزد مرجع صلاحیتدار می‌باشد.

بند سوم: کارآیی اقتصادی مسئله

به رغم اختیاری بودن حکم ماده مزبور (۲۷۷) برای دادرس، قائل شدن به چنین امکانی (به عنوان یک قاعده) باید از حیث کارآیی اقتصادی نیز بررسی شود؛ یعنی برای تصمیم درخصوص کارآمدی این موضوع باید شاخصه‌های اقتصادی را نیز در نظر گرفت تا آثار مشبت تصمیم بر خواندگان بالقوه دعاوی مشابه رعایت گردد و حقوق خواهان‌ها نیز از آثار منفی احتمالی مصون بماند. از رئوس مهم

۱. همان، ص ۳۰۴.

۲. عبدالله خدابخشی، پیشین، ص ۴۶.

درمورد ارتباط این مسئله با شاخصه‌های اقتصادی می‌توان به هزینه فرست و هزینه‌های نهایی اشاره نمود که توجه به آن باید نگرشی پیشگیرانه بهمنظور کنترل اختلافات بالقوه و احتمالی بهدست دهد؛ چراکه غایت کارآمدی دادرسی، عدول از تک‌کارگردگرایی است.^۱

به دلیل برخورداری موضوع از آثار اقتصادی به نظر می‌رسد با توجه به تحقق نتیجه اعلامی از طریق اقناع قضایی و رعایت شرایط و اوضاع و احوال دعوا از سوی مرجع رسیدگی، نسبت به آن دسته از اختلافاتی که رعایت حقوق خواهان را با توجه به رضایت او تأمین می‌کند، تردیدی بر کارآیی و کارآمدی حقوقی و اقتصادی وجود نخواهد داشت، زیرا این امر تا حدود زیادی، هم مصالح خوانده را تأمین می‌کند و هم مانع خواهان در نائل شدن به مطالبه خود نخواهد بود لذا با توجه به اینکه تحقق عملی این مهم ارتباط وثیقی با نهادهایی همچون صلح، سازش و داوری می‌باید توفیق بیشتر اعطاء مهلت یا تقسیط در ایفای دین به خوانده در گرو رعایت قواعد و ضوابط ناظر به نهادهای اخیرالذکر خواهد بود تا از این طریق عاقب ناشی از وصول و ایصال خواسته، کاسته شود و از انحلال بنگاه اقتصادی مربوطه نیز جلوگیری گردد. علی‌ایّ حال، از آنجا که سرانجام دادرسی نتیجه اثر متقابل ناشی از تلاش‌هایی است که طرفین دعوا به کار می‌برند، چنانچه متناسب‌عین به جای علاقمندی به قانون و رعایت انصاف صرفاً در پی بردن مطلقاً نتیجه دعوا باشند، نتیجه چنین امری متفاوت خواهد بود و فرجام آن در گرو بهره‌وری نسبی آن‌هاست؛^۲ چراکه در چنین حالتی هزینه نهایی جای خود را به ارزش واقعی و معقولی می‌دهد که طرفین (خصوصاً ذی حق) با پافشاری، آن را محقق می‌سازند. بنابراین، چون تحقق این موارد منوط به احترام به حقوق خصوصی طرفین بوده و نمی‌توان آن را به ایشان تحمیل نمود، در اینکه آیا مرجع رسیدگی‌کننده به دعوا می‌تواند طرفین (به‌ویژه ذی حق) را فراتر از هزینه‌های واقعی به رعایت هزینه‌های نهایی اقتصادی الزام نماید محل تأمل خواهد بود، لکن ترغیب و دعوت آنها با در

۱. نجاعلی‌الماسی و بهنام حبیبی‌درگام، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرآیند دادرسی کارآمد»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش. ۵۸ (۱۳۹۱): ص. ۷۰.

۲. بهنام حبیبی، *تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی* (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۹)، ص. ۹۲.

نظر داشتن این موهبت، با اشکالی مواجه نیست. فلذا توفیق بیشتر این امر در گرو رفع تعارض منافع خصوصی و نزدیک ساختن نقاط مشترک متنازعین است، چون رفتار سودجویانه طرفین موجب اختلال در نتیجه منتهی به موضوع حاضر شده و تمایل و توافق ایشان منجر به از میان رفتن احتمال فرستطلبی می‌گردد که نهایتاً کاستن از هزینه‌های بیشتر فی نفسه توجیه اقتصادی را در پی خواهد داشت.^۱ البته نکته مهمی که باید در این خصوص مدنظر قرار گیرد آن است که توجه به هزینه نهایی هر دعوا از نوع دعاوی مورد بحث نمی‌تواند هدف نهایی دادرسی (هزینه‌ای که در مجموع و در اثر طرح کلیه دعاوی مطرح در مراجع رسیدگی به وقوع می‌پیوندد) را نادیده انگارد و یا نافی حقوق جمعی باشد؛ یعنی کارآیی اقتصادی مسئله برای طرفین نباید نفی‌کننده کارآیی اقتصادی کلان در سطح دادرسی باشد و یا به عنوان حریه و ابزاری برای سوءاستفاده علیه طرف مقابل یا توجیه قصور و تقصیرات تلقی گردد. برای مثال، اگر در یک پرونده خاص، با خوانده‌ای که به دلیل عدم انجام تعهدات دولت متضرر شده، با نگاه ارفاقی برخورد شود، آثار آن نباید بر خواندگان بالقوه بهنحو مطلق بار شود؛ بدین معنا که حکم هر دعوا را باید با توجه به شرایط خاص پرونده دریافت نمود و قائل شدن به اینکه موضوع در عداد مسائل عمومی راجع به حل و فصل اختلاف قرار دارد، نباید بهانه‌ای باشد تا خواندگان بالقوه با توجه به نگاه ارفاقی موجود تعهدات و مسائل حقوقی خود را بهخوبی انجام نداده یا به عبارت دیگر، احتیاط و مآل‌اندیشی‌های آنها کاهش یابد و از این طریق عدم ایفای تعهد خود را موكول به روابط سابق خویش با طرفی دیگر نمایند. بدیهی است چنین امری، هم برخلاف اصول و هدف دادرسی است و هم با مبانی اخلاقی و اقتصادی تعارض دارد. بنابراین، رویکرد امتنانی مورد اشاره نباید برخلاف امتنان و ارافق به کار گرفته شود.

۱. مهدی انصاری، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها* (تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۳).

نتیجه‌گیری

از آنچه بیان شد این برآمد قابل تأمل و محل توجه است که متعاقب دو مبنای احراق حق یا فصل خصومت در دعاوی حقوق خصوصی با صبغه اقتصادی، در نظر گرفتن شرایط اقتصادی اجتناب ناپذیر خواهد بود؛ چراکه اگر نیک بنگریم چنانچه کشف حقیقت را ملاک دادرسی قرار دهیم - همان‌گونه که در رأی و دعاوی مورد اشاره ذکر شد - شکل‌گرایی حاکم بر دادرسی نهایتاً ممکن است برخی از ابعاد و مسائل مربوط به فصل خصومت را پوشش دهد لکن همه مواهب آن را در بی نخواهد داشت. مضاف بر اینکه اگر بخواهیم احراق حق را مبنای مطلق قرار دهیم، هر آن احتمال مصادره این مبنای نفع هریک از طرفین وجود دارد و طرفین با ذی حق دانستن خویش راه ختم دعوا را با اطاله بیشتری همراه خواهند ساخت تا از این طریق، حقانیتی را که برای خود متصور هستند به رخ دادرس و طرف مقابل بکشند. در نقطه مقابل، تمسک مطلق به مبنای فصل خصومت نیز ممکن است عملاً مشکلاتی را به وجود آورد. از این رو به نظر می‌رسد با توجه به اینکه دعاوی حقوقی با جنبه اقتصادی اغلب معطوف به رویکرد فصل خصومت است، چنین نتیجه‌ای مناسب باشد که چه مبنای دعاوی این‌چنینی را کشف حقیقت بدانیم و چه فصل خصومت، هیچ‌یک از دو رویکرد مورد اشاره نباید نسبت به عواقب و نتایج اقتصادی ناشی از دعوا بی‌تفاوت باشد. بنابراین، چنانچه در دسته‌ای از دعاوی - همان‌طور که نمونه آن گذشت - عدم تمكن وقت محکوم‌علیه برای مرخص رسیدگی احرار شود، می‌توان قائل به در نظر داشتن امکان لحظ مهلت یا فرصت عادلانه و منصفانه‌ای بود تا در عین رعایت حقوق خصوصی محکوم‌له، منافع اقتصادی محکوم‌علیه نیز پابرجا مانده، موجب از بین رفتن حیات اقتصادی و امکان رقابت آن بنگاه اقتصادی نشود. این نتیجه با توجه به فراضبته بودن قاعده عدالت و انصاف، در شمول تعریف قانون‌گذار از آین دادرسی مدنی نیز قرار می‌گیرد و قائل شدن به آن به منزله پذیرش امری استثنائی نخواهد بود. البته با توجه به اینکه تحقق چنین فرآیندی ارتباط نزدیکی با حق خصوصی و روش‌های جایگزین حل اختلاف دارد، هزینه‌ای که درنهایت عاید نظام دادرسی می‌شود برخورداری از قواعد و ابزارهای مقرن به صرفه‌تر خواهد بود، اما تحقق بیشتر آن منوط به توجه طرفین

و ذی حق اصلی به هزینه نهایی در ازاء هزینه واقعی است، لذا همین مسئله عملاً موجب دشواری تحقیق چنین نتیجه‌ای (توجه به هزینه‌های نهایی و اقتصادی دعوا) از سوی مرجع رسیدگی خواهد بود؛ یعنی رعایت کامل این امکان با کاستی‌هایی از سوی مرجع رسیدگی همراه است و دادرس در صورت عدم رضایت ذی نفع نمی‌تواند تسهیلاتی را که مبتنی بر انصاف (به منظور حفظ منافع اقتصادی خوانده) است برخواهان تحمیل نماید. مضاف براینکه قائل شدن به کارآبی اقتصادی چنین دعوایی نباید نافی کارآبی اقتصادی و حقوقی دادرسی باشد و یا منجر به پیامدهایی برخلاف امتنان گردد.

فهرست منابع:

۱. الماسی، نجادعلی و بهنام حبیبی‌درگاه، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرآیند دادرسی کارآمد»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۵۸ (۱۳۹۱).
۲. انصاری، مهدی، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها* (تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۳).
۳. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، *دانشنامه حقوقی*، ج ۳ و ۴ (تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۱).
۴. حبیبی، بهنام، *تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی* (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۹).
۵. خدابخشی، عبدالله، *حقوق دعاوی – قواعد عمومی دعاوی* (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۳).
۶. محسنی، حسن، «عدالت آیینی؛ پژوهشی در نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۸، ش ۱ (۱۳۸۷).
۷. _____، «نظامهای دادرسی مدنی»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۳۷، ش ۱ (۱۳۸۶).

بازپژوهی نظریه صحت فروش مال مرهونه

علی ساعتچی*

فرزاد جاویدی آلسعدی**

مقدمه

فروش مال مرهونه توسط راهن پیش از موعد دین، منجر به طرح مباحث مفصل و اختلافات عمیقی در متون فقهی شده است بهنحوی که این اختلاف نظرات به طور گسترده‌ای در رویه قضایی وارد گشته، مشکلات عدیده‌ای برای دادگاهها به وجود آورده است. حال سؤال قابل طرح آن است که: وضعیت حقوقی فروش مال مرهونه چگونه است؟ آیا فروش مال مرهونه از اساس باطل است یا آنکه اختیار معامله به دست مرتهن بوده، قرارداد به صورت عدم نفوذ می‌باشد؟

برخی از حقوقدانان، قائل به این دیدگاه هستند که معاملات مزبور به طور صحیح میان طرفین منعقد می‌شود اما چنین قراردادی در مقابل مرتهن به صورت غیرقابل استناد بوده، و او می‌تواند توافق موجود میان راهن و شخص ثالث را نادیده بگیرد و طلب خود را در موعد دین، برداشت نماید. در مقابل، عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که معاملات مذکور نه تنها باطل نبوده بلکه چنین معاملاتی باید صحیح تلقی گردد. به عبارت واضح‌تر هرگاه راهن اقدام به فروش مال مرهونه نماید قرارداد، صحیح تلقی شده و مرتهن، حق رد و یا نادیده گرفتن توافق را نخواهد داشت چراکه چنین قراردادی، منافی با حقوق او قلمداد نخواهد شد، اما مرتهن (به دلیل حق عینی تبعی که نسبت به مال مرهونه در نتیجه عقد رهن به دست آورده است) قادر خواهد بود در صورت عدم پرداخت دین، طلب خود را از مال موجود برداشت کند اگرچه در آن زمان، مال، متعلق به راهن نباشد زیرا مرتهن

* دکترا حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران و مدرس دانشگاه؛ نویسنده مسئول
alisaatchi68@yahoo.com

** دانشجوی دکترا حقوق خصوصی دانشگاه شیراز و مدرس دانشگاه



دارای حق عینی تبعی بوده، حق خود را نسبت به عین مرهونه خواهد داشت و انتقال مالکیت عین، تأثیری در این حق نخواهد داشت. دیدگاه صحت فروش مال مرهونه که در اندیشه فقهای متأخر تقویت شده است نتیجه یک سیر طولانی و متحول نظریات فقهی درخصوص این دست از معاملات است چراکه در آغاز و سدههای نخست نوشههای فقهی، این نظر عموماً مورد پذیرش بود که تصرفات ناقله راهن نسبت به عین مرهونه باطل می‌باشد و اساساً چنین تصرفاتی هیچ‌گونه اثر شرعی بار نمی‌شود. اما چندی بعد با نقد اساسی نظریه بطلان، نظریه عدم نفوذ از سوی فقهاء برگزیده شد با تقویت این عقیده که سرنوشت قراردادهای مزبور می‌باید به دست شخص مرتضی داده شود. با این همه، نظریه عدم نفوذ نیز توسط برخی فقهاء سرشناس متأخر و معاصر مورد انتقاد قرار گرفت. و دیدگاه صحت چنین تصرفاتی ارائه شد.

در حقوق ایران نیز عدمه حقوقدانان به تبعیت از نظر مشهور فقهاء، نظریه عدم نفوذ را مورد قبول قرار داده‌اند اما در سال‌های اخیر نظریه صحت و حتی نظریه عدم قابلیت استناد، افرادی را به خود جلب نموده است.

تحقيق پیش رو نیز درصد است با بیان جنبه‌های مختلف دیدگاه صحت، به شناسایی هرچه دقیق‌تر این نظر بپردازد. بنابراین در نوشهه حاضر، ابتدا به شباهات مطرح شده درخصوص بيع مرهونه پرداخته که این موضوع در قالب بررسی ادله نظریه صحت قابل مطالعه می‌باشد (گفتار نخست) هم‌چنین در قسمت دیگر بحث، بازخورد نظریه صحت در رویه قضایی بهطور مختصر مورد مطالعه قرار می‌گیرد (گفتار دوم).

گفتار نخست: بررسی ادله نظریه صحت

اصولاً روش شدن ابعاد مختلف یک نظر، در سایه بررسی دیگر دیدگاه‌های رقیب مشخص می‌شود به همین علت در گفتار حاضر، ادله سایر نظریات را درخصوص فروش مال مرهونه مورد بررسی قرار می‌دهیم. در این‌باره باید بیان داشت که دیدگاه بطلان معاملات راهن در مقایسه با سایر ادله از ضعف بیشتری برخوردار است و پاسخهای قاطعی از سوی اندیشمندان فقهی

به آن داده شده است.^۱ با این وجود، از میان سایر نظریات، دیدگاه عدم نفوذ، از شهرت خاصی در میان نویسنده‌گان فقهی و حقوقی برخوردار می‌باشد که ذیلاً به نقد این دیدگاه می‌پردازیم.

اما نظریه عدم قابلیت استناد نیز اخیراً از سوی برخی حقوقدانان مطرح شده است که در ادامه مباحث به بررسی آن نیز خواهیم پرداخت.

الف) نقد نظریه عدم نفوذ

در این خصوص دلایل فقهی و حقوقی نظریه عدم نفوذ مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

دلایل فقهی

سه دلیل عمدۀ فقهی مبنی بر عدم نفوذ معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بیان شده است که ذیلاً به مطالعه و نقد این نظریات می‌پردازیم:

(۱) تعارض فروش مال مرهونه با حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»

یکی از ادله عمدۀ مورد استناد دیدگاه عدم نفوذ، حدیث مرسله‌ای است از پیامبر اکرم (ص)، مطابق این حدیث، راهن و مرتهن از تصرف در مال مرهونه ممنوع شده‌اند، به همین دلیل تصرفات ناقله راهن در عین مرهونه، مخالف نهی واردۀ در حدیث می‌باشد که از این حیث نافذ نیست. با این حال، عده‌ای از فقهاء چنین روایتی را فاقد سند معتبر می‌دانند لذا تمسک به سند مزبور را جایز نمی‌دانند، زیرا حدیث یادشده، مرسله و فاقد اعتبار کافی است و عمل مشهور فقهاء نیز جبران‌کننده ضعف سند نمی‌باشد.^۲

۱. مباحث مفصلی پیرامون ادله بطلان بیع عین مرهونه توسط راهن، در متون فقهی بیان گشته است و از آنجا که امروزه کمتر کسی قائل به چنین دیدگاهی است از بیان مجرد این نظر پرهیز می‌گردد، اما برای اطلاع بیشتر درباره نقدهای - نکته قابل ذکر اینکه درمورد نقدها رفرانس داده شده اما درخصوص قائلین به این نظریه ارجاعی صورت نگرفته است کما اینکه چنین رفنسی در این مورد هم ضروری است - واردۀ به نظریه مزبور نک: محمدحسین اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب (قلم: انوارالمهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق)، ج. ۳، ص. ۲۶۴.

۲. و اما النبوي المشهور النقل كما عن بعض والمعتمد عليه كما عن آخر: الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف.

اما از باب سندیت روایت که بگذریم درخصوص دلالت حدیث نیز بحث و اختلاف نظر هست چراکه عده‌ای معتقد هستند دلالت حدیث مزبور خالی از اشکال نیست زیرا ظهوری درخصوص تصرفات اعتباری همچون بیع وجود ندارد.^۱ و حداقل حدیث نبوی در این باره با اجمال مواجه است. بنابراین، تصرفات اعتباری را نباید شامل نهی وارد کرد در حدیث دانست و فروش مال مرهونه، منافاتی با حدیث ذکر شده ندارد؛ چراکه بیع مال مرهونه از جمله تصرفات منافی تلقی نمی‌شود. حتی برخی فقهاء قائل به این نکته هستند که اگر خواسته شود مطابق حدیث مزبور عمل نماییم می‌باید کلیه تصرفات استقلالی راهن و یا مرتهن براساس روایت وارد شده باطل بدانیم و درنتیجه، برخلاف وضعیت عدم نفوذ، هیچ‌گونه راه تصحیح در آن وجود نخواهد داشت.^۲

۲) مخالفت بیع عین مرهونه با حق سلطنت مرتهن

برخی اندیشمندان فقهی بر این اعتقادند که به دلیل وجود رهن، مرتهن نسبت به قرارداد راهن حق سلطنت دارد. بنابراین، مرتهن به جهت سلطنتی که شارع برای او قائل شده است حق رد معامله راهن را خواهد داشت، اما در صورتی که چنین حقی را برای او قائل نباشیم برابر با عدم سلطنت مرتهن خواهد بود.^۳ در پاسخ به نقد گفته شده باید بیان کرد که سلطنت شخص مرتهن



فالدالله لاتخلو من اشكال لعدم ظهور التصرف فيه فيما يعم التصرف بالبيع و نحوه من التصرفات الاعتبارية». ۱. «أن الأحكام الشرعية خارجة عن باب المقتضى والمانع بل القيدات والشروط فيها معتبرة في الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، وأحاديته تمام الشروط فإذا لم يتم شيء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحة بيع الرهن إنما هي مترتبة على اجتماع كل من الرهن والمرتهن على البيع فإن اجتمعاً في ذلك فيصح وإذا استقل كل منهما في التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف وعلى هذا فلو باع الراهن العين المرهونة وقبل إجازة المرتهن فك الرهن بإسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فك و ما بعد فيكون باطلًا». سید محمد حکیم، *نهج الفقاهه* (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی‌تا)، ص ۳۸۷.

۲. سید ابوالقاسم خوبی، *مصباح الفقاهه (المکاسب)* (بی‌جا، بی‌تا)، ص ۲۵۲.

۳. «و دعوى أن إجازة المرتهن ليست للعقد، لعدم كونه مالكاً، وإنما له إسقاط حق رهنته، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع والمقتضى تمام الاقتضاء. يدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضهم كالفضل في التحرير و الثاني الشهيدين وغيرهم، في أن للمرتهن إجازة العقد، و له فسخه، وأن الشارع قد جعل له

در قرارداد راهن نسبت به عین مرهونه وجود دارد، ولیکن این سلطنت اولاً و بالذات نیست بلکه سلطنت مذکور جهت وصول دین از مال مرهونه است نه آنکه به طور مطلق (همچون عقد فضولی) چنین سلطنتی را برای مرتنهن قائل شویم. همچنین پاسخ داده شده است لزومی ندارد که مالکیت راهن تا پایان عقد رهن برای راهن موجود باشد چراکه این امر منافاتی با حق مرتنهن خواهد داشت.^۱ عدهای دیگر از فقهاء با این استدلال که عین مرهونه می‌تواند مال دیگری نیز باشد اذعان داشته‌اند که هرگاه استفاده از عین مرهونه ابتدا صحیح باشد به طریق اولی، بیع آن نیز می‌باید صحیح تلقی شود.^۲ با این وجود، امام خمینی(ره) احتمال داده‌اند دلیل عدم نفوذ فروش مال مرهونه، منافات آن با حق مرتنهن نباشد بلکه دلیل منع فروش ممکن است در متعلق حق مرتنهن باشد مع الوصف همان‌گونه که تصرف در اموال مردم جایز نیست تصرف در متعلق حقوق آنان نیز جایز نخواهد بود. و از طرفی فروش مال مرهونه، تصرف در متعلق حق مرتنهن است به همین جهت، فروش مزبور غیرنافذ خواهد بود، اما در مقابل این استدلال بیان شده که در تصرف حقوقی شرکاء در اموال مشاعی علی‌رغم آنکه حقوق همه شرکاء به عین اموال تعلق گرفته است و عین اموال متعلق حقوق همه آنان است تصرفات حقوقی هر شریک، نسبت به سهم خویش بدون نیاز به إذن یا اجازه سایر شرکاء صحیح خواهد بود.^۳

هذه السلطنة بارتهانه، لا أن المعن من التصرف فيه شرعى بحيث لامدخلية للمرتنهن فى ذلك، وإنما له إسقاط حقه من الرهانة خاصة، وإلا لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له، ضرورة عدم السلطنة له على ذلك». محمدحسن نجفي، *جوهر الكلام في شرح شرائع الإسلام* (بيروت: دارأحياءالتراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ)، ج۵، ص ۲۵۰.

۱. سیدصادق حسینی روحانی، *فقه الصادق*(ع) (قم: دارالكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ)، ج ۱۶، ص ۲۶۵.

۲. «لا وجه للبطلان وللتوقف على إجازة المرتنهن بل الوجه هو الصحة والالتزام وانتقال العين إلى المشترى مستحقة للمرتنهن فيكون حق المرتنهن محفوظاً و العين ملكاً للمشتري إذ لا يعتبر فى العين المرهونة أن تكون ملكاً للراهن فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداء جاز بالأولى بيع العين المرهونة فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلك بحسب الابتداء». على: بن عبدالحسين نجفي ابرهانی، *حاشية المكاسب* (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ)، ج ۱، ص ۱۹۰.

۳. سیدمحمدتقی قبولی درافشان، «وضعیت تصرفات ناقله عین مرهونه از سوی راهن»، *مجله آموزه‌های*

۳) تنافی عرفی فروش مال مرهونه با حق مرتهن

در یکی دیگر از ادله‌ای که طرفداران نظریه عدم نفوذ، به آن استناد می‌نمایند این است که فروش مال مرهونه عرفًا با حقوق مرتهن منافات دارد چراکه با فروش مال و خارج شدن آن از دست راهن، ما را به این احتمال سوق می‌دهد که منتقل‌الیه در نگهداری مال دقت لازم را مبذول نداشته و مال موجود، ناقص و تلف شود لذا در این حالت باید سرنوشت قرارداد راهن با اشخاص ثالث را در اختیار مرتهن قرار دهیم تا در پرتو آن بتوان از حقوق مرتهن حمایت کرد.

در مقابل، دیدگاه صحت بیان می‌دارد که جواز بيع عین مرهونه، منافی حقیقت رهن و حقوق مرتهن نمی‌باشد، زیرا آنچه از نصوص وارد درخصوص تعریف رهن برمری آید این است که مال موجود، وثیقه دین جهت استیفاده طلب از آن قرار گیرد.^۱ و این موضوع و حقیقت با فروش مال مرهونه باقی خواهد بود. و شخص مرتهن می‌تواند در زمان سرسید، در صورت عدم پرداخت دین، طلب خود را از عین موجود برداشت نماید.^۲

با این حال، پذیرش این موضوع که فروش مال مرهونه از تصرفات منافی تلقی می‌شود یا خیر، نیاز به یک معیار مناسب و قابل اعتماد دارد و بهترین معیار در این خصوص، نظر عرف است. به این ترتیب، اینکه برخی معتقد هستند وجه ممانعت بيع عین مرهونه، وجود یک نوع ارتکاز ذهنی است^۳ دال بر این مطلب



فقه مدنی، ش ۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰): ص ص ۵۳-۵۴.

۱. سید تقی طباطبائی قمی، مبانی منهاج الصالحين (قم: منشورات قلم الشرق، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ).

۲. ج، ۹، ص ۲۱.

۳. «و الكلام في أن بيع الراهن الرهن بلا إذن المرتهن تصرف ينافي عقد الرهن أم لا والأظهر عدم منافاته للرهن فيلزم بصحّة بيعه وعدم وقوفه على شيء من اجازة المرتهن أو غيرها وتعلق حق المرتهن بالعين لainafī نفود البيع حيث يبقى حقه في العين المتنقلة إلى المشترى غایة الأمر لو كان المشترى عالمًا بحال المبيع وأنه رهن و مع ذلك أقدم على شرائها فلا يثبت له خيار الفسخ و يثبت مع جهله لأن تعلق الرهن بالمباع نقص فيه». جواد بن على تبریزی، إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ج سوم، ص ۱۶۵. همچنین برای مشاهده نظر مشابه نک: سیدصادق روحانی، پیشین، ص ۲۶۶.

۴. آقاضیاء الدین عراقی و علی کزانی، شرح تبصرة المتعلمين (اللآغاضیاء) (قم: دفتر انتشارات اسلامی

است که یک معیار نوعی مرتبط با قضاوت درخصوص وجود تصرفات منافی راهن وجود دارد که ناشی از یک نوع ارتکاز ذهنی و عرفی در این زمینه می‌باشد. به طوری که حتی برخی طرفداران دیدگاه صحت فروش مال مرهونه، به این امر اقرار داشته و وجود ارتکاز عرفی مبنی بر تنافی فروش مال مرهونه را دور از انتظار ندانسته‌اند.^۱ به همین جهت باید درخصوص داوری این موضوع که بیع عین مرهونه، خلاف حقوق مرتهن است یا خیر به عرف معاملاتی توجه نماییم.

به نظر می‌رسد در این زمینه باید میان رهن اموال منقول و غیرمنقول قائل به تفکیک بود با این توضیح که رهن اموال منقول به دلیل آنکه به سرعت می‌تواند در دست اشخاص مختلف به گردش درآید فروش مال مرهونه با حقوق مرتهن در تضاد است و چنین عمل حقوقی را نمی‌توان صحیح دانست اما در برابر، وضعیت فروش اموال غیرمنقول به‌ویژه املاک به جهت ثبت سراسری که درخصوص این اموال وجود دارد و همچنین به دلیل آنکه امکان تلف شدن این اموال در اثر خرید و فروش ممکن نیست می‌بایست داوری عرف در این زمینه را در عدم تنافی فروش مال مرهونه با حق مرتهن مورد پذیرش قرار داد.^۲ البته با این استدلال احتمالی که تضییع حقوق مرتهن حتی در بیع مال غیرمنقول نیز ممکن است - زیرا در برخی موارد شخص ثالث می‌تواند اقدام به تخریب خانه و یا نقصان آن مال نماید که در این صورت، موجب کاهش قیمت ملک می‌شود -، بدیهی است در وضعیت اخیر (کاهش قیمت ملک)، فروش مال مرهونه، با حقوق مرتهن منافات خواهد داشت.

اینکه برخی فقهای معاصر قائل به این نظر هستند که اصولاً تنافی در فروش مال مرهونه و حق مرتهن مشاهده نمی‌شود^۳ و همان‌طور که بیع عین مستاجره،



و استه به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ، ج. ۵، ص. ۷۹.

۱. «... لامانع من أني يكون حق الرهانة قائماً بالعين و لو انتقلت من الراهن إلى غيره و الاستيفاء كما يكون من مال المديون يكون من مال غيره و لذا جازت الاستئجار للرهن. اللهم إلا أن يكون ذلك خلاف المرتكبات العرفية كما هو غير بعيد» سیدمحسن حکیم، پیشین.

۲. با این حال عدهای از حقوقدانان با وجود پذیرش چنین تفکیکی در فروش مال مرهونه، سرانجام با ادله دیگر نظریه عدم نفوذ را مورد پذیرش قرار داده‌اند. برای اطلاع از این ادله نک: ناصر کاتوزیان، عقود معین (تهران: شرکت سهایی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹)، ج. ۴، ص. ۵۸۳؛ برای پاسخ به نقد واردشده نک: قسمت بعدی نوشtar حاضر.

۳. محمداصحاق فیاض، *منهج الصالحين* (بی‌چا، بی‌تا)، ج. ۲، ص. ۱۳۹؛ جوادبن‌علی تبریزی،

صحیح است و استیجاری بودن ملک، مانع بیع نخواهد بود و عین مزبور با سلب منافع دوران اجاره به مشتری منتقل می‌شود، درخصوص بیع راهن نسبت به عین مرهونه نیز باید قائل به این نظر بود؛ چراکه در این حالت نیز مال با ویژگی مرهونه بودن، به مشتری منتقل می‌شود،^۱ باید این‌گونه تأویل گردد که میان امر اعتباری انشای قرارداد و آثار عقد بیع - که همانا تسلیم مال است - قائل به تفکیک شد و بیان داشت که از حیث اعتباری هیچ‌گونه تنافی‌ای میان فروش بیع و حق مرتهن دیده نمی‌شود و تنها از حیث آثار بیع چنین تعارضی رخ می‌دهد و در این حالت، تسلیم عین مرهون را باید منوط به إذن مرتهن بدانیم.^۲ به عبارت دیگر، قرارداد راهن همچون معاملات شریک در مال مشاع است که می‌بایست تصرفات حقوقی را صحیح تلقی نمود و تصرفات مادی را منوط به إذن سایر شرکاء دانست. البته باید به این نکته توجه داشت که هدف از بیان قیاس مذکور تنها از باب تقریب به ذهن خواننده است، زیرا میان معاملات راهن و معاملات شریک در مال الشرکه تفاوت بنیادینی وجود دارد به این صورت که در معاملات راهن، حق شخص ثالث (مرتهن) در قرارداد دخیل است درحالی‌که در معاملات دوم، شخص شریک همان حق را که داشته (مالکیت در ذرات منافع) انتقال می‌دهد و به حقوق اشخاص ثالث (شرکاء) تعرضی نمی‌نماید لذا قرارداد او صحیح بوده، برای تسلیم مال باید سهم خود را افزار کند درواقع، شریک همان مالی را فروخته است که بعداً به افزار می‌رسد، اما در معاملات راهن، با فروش مال مرهون چون تضییع احتمالی حقوق مرتهن در هنگام استیفاده دین ممکن است روی دهد به همین سبب تسلیم مال نیز می‌باید با اجازه مرتهن صورت بگیرد.

به عبارت دیگر، اجتماع حقوق عینی متعدد در شیء واحد، محتمل است. فرض کنید خانه متعلق به «الف»، در اجاره «ب» است. «ج» نسبت به آن حق

← منهاج الصالحين (قم: مجمع الإمام المهدی (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ - ق)، ج ۲، ص ۱۶۵؛ حسين

وحید خراسانی، منهاج الصالحين (قم: مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ هـ - ق)، ج ۳۳، ص ۳۳.

۱. محمدعلی اراکی، کتاب البيع (قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ - ق)، ج ۲، ص ۲۰۵.

۲. علیرضا یزدانیان، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظور فقه و حقوق ایران»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر پنجم (پاییز ۱۳۸۶)، ص ۱۲۵.

ارتفاقی دارد و در «رهن» نیز می‌باشد. بنابراین، چنانکه در مثال مذبور ملاحظه می‌گردد ممکن است چند حق عینی در یک مال وجود داشته باشد.^۱ درواقع، در رهن، رابطه افراد با شیء است نه با فرد، لذا این شیء در اختیار هر کسی که باشد حقوق متعلق به آن نیز وجود خواهد داشت. به عبارت دیگر، در حق عینی، محوریت با شیء است درحالی که در حقوق دینی، محوریت با شخص می‌باشد. با این وصف مهم نیست مال در دست چه کسی باشد بلکه آنچه در عقد رهن اتفاق می‌افتد ایجاد یک حق عینی برای مرتضی در عین مرهونه است و اگر در مالی، حق عینی، جدای از مالکیت عین برای کسی موجود باشد (برای مثال، مالکیت منفعت، حق ارتفاق و ...) و نیز اگر کسی به واسطه عقد رهن، حق عینی در مالی به دست آورد این حق عینی، مانع از انتقال عین یا منفعت مال نخواهد بود.

دلایل حقوقی

درخصوص عدم نفوذ بیع عین مرهونه در حقوق ایران عمدتاً به دلایل فقهی استناد می‌شود با این حال برعی از حقوقدانان در این زمینه به سه دلیل دیگر تمسک نموده‌اند که ذیلاً به بررسی این موارد می‌پردازیم:

نخست آنکه مفاد ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی در رهن قضایی حاکی از این مطلب است که بیع عین مرهونه، غیرنافذ است؛ دلیل دوم ناظر به لحن ماده ۳۴ مکرر اصلاحی قانون ثبت (مصوب ۱۳۵۱)^۲ می‌باشد و سه دیگر اینکه، ماده ۲۲۹ قانون امور حسبي،^۳ تصرفات ناقل ورثه را بدون اجازه بستانکاران در ترکه نافذ نمی‌دانند.

۱. میرحسین عابدیان، *تقریرات درس حقوق مدنی ۲* (تهران: زیراکس دانشکده حقوق دانشگاه شپید بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۹۱)، ص. ۱۶۶.

۲. ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت مقرر می‌دارد: «در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون، بدھکار می‌تواند با تودیع کلیه بدھی خود اعم از اصل و أجر و خسارات قانونی و حقوقی اجرایی نزد سرفکر اسناد رسمی تنظیم کننده سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید». ماده ۲۲۹ قانون امور حسبي: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادای دیون».

۳. ماده ۷۹۳ قانون مدنی: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفاتی کند که منافی حق مرتضی باشد مگر به اذن مرتضی».

درخصوص نقدهای واردشده باید بیان داشت که حکم فروش مال مرهونه، در ماده ۷۹۳ قانون مدنی آمده است و در آنجا تصرفات منافی با حقوق مرتضی نفی شده. به عبارت بهتر، در ماده مذبور (۷۹۳)، حکم کلی تصرفات اعتباری راهنم ذکر شده، بدون آنکه مصدق خاصی (همچون انتقال عین مرهونه) را در این خصوص بیان نماید. به همین جهت برای شناخت تصرفات منافی بایستی یک معیار نوعی ارائه داد و در هر مورد به قضایت آن پرداخت. سابقاً گفته آمد که بیع عین مرهونه در انشاء و اعتبار اصولاً تعارضی دیده نمی‌شود اما در آثار بیع - که همانا تسلیم مال است - ممکن است چنین منافاتی با حقوق مرتضی ملاحظه شود.

حال با توجه به مطلب فوق این سؤال مطرح می‌شود بر فرض آنکه دلالت ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت^۱ مبنی بر عدم نفوذ بیع عین مرهونه مورد پذیرش قرار گیرد و این موارد نیز حکایت از عدم نفوذ بیع عین مرهونه دارد، آیا باز هم ایرادی به نظر پذیرفته شده (نظریه صحت فروش مال مرهونه) در نظام حقوقی ایران وارد می‌شود یا خیر؟ در پاسخ بدین پرسش می‌توان گفت ماده ۲۶۴ قانون یادشده و ماده ۳۴ مکرر قانون مذبور، حکم خاص تلقی گشته و در مقام تعارض میان حکم عام و حکم خاص، قاعده کلی تنها در مصدق خاص خود مقید می‌شود و حکم عام همچنان در سایر مصادیق خود جریان دارد.

اما درمورد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی باید توجه داشت که مبنای موجود در ماده ۷۹۳ قانون مدنی درخصوص فروش مال مرهونه همانا تنافی یا عدم تنافی تصرفات است نه آنکه بیع عین مرهونه، غیرنافذ قلمداد گردد. به عبارت دیگر نمی‌توان برای اثبات حکم، یک مصدق از حکم موضوع دیگر استفاده کرد زیرا در ماده ۲۲۹ علت عدم نفوذ معاملات ورثه همانا تعرض به حقوق طلبکاران است که این موضوع درمورد تصرفات راهن نیز مصدق دارد به شرط آنکه تعرض به حقوق مرتضی تنافی شود. حال آنکه درباره بیع عین مرهونه با توجه به توضیحات فوق الاشاره چنین تنافی‌ای ملاحظه نمی‌شود. و در پایان بیان شده که اگر بیع عین

۱. برخی از حقوقدانان در لحن ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت درخصوص عدم نفوذ فروش مال مرهون خدشه وارد آورده‌اند و معتقد هستند ماده مذبور در مقام بیان وضعیت اعتباری عقد بیع نبوده و تمها یکی از طرق فک رهن را مطرح کرده است. نک: علیرضا یزدانیان، پیشین، ص ۱۲۳.

مرهونه از جمله تصرفات منافی محسوب نشود با این تالی فاسد موافق خواهیم بود که ماده ۷۹۳ قانون مدنی بدون مصدق خواهد بود. و این امر موجب می‌گردد حکم قانون‌گذار لغو و بیهوده تلقی شود، اما با توضیح ارائه شده روش می‌شود که نقد مزبور نیز خالی از قوت لازم است زیرا از جمله تصرفات منافی می‌توان به تسلیم مادی مال بدون إذن مرتهن یاد کرد که در این وضعیت، کلیه تصرفات، منوط به إذن مرتهن می‌باشد ولیکن در خصوص نقل و انتقالات اعتباری به چنین إذنی نیاز نبوده و با توافق راهن و شخص ثالث، این امر میسر خواهد بود. از سوی دیگر اگر تمامی استدلالات حقوقی با عدم پذیرش موافق گردد باز هم هیچ‌گونه ایرادی بر نظریه صحت وارد نیست زیرا دلایل ارائه شده مبنی بر عدم نفوذ بیع موهونه، نشان از تبعیت قانون‌گذار از نظریه مشهور دارد (چنانکه در اکثر مواد قانون مدنی این‌چنین است). البته این موضوع مانع از آن نخواهد شد که با قانون‌گذاری جدید، این موضع تغییر یابد.

(ب) نقد نظریه عدم قابلیت استناد

طرفداران دیدگاه مزبور، بر این باورند که فروش مال مرهونه توسط راهن با وضعیت عدم قابلیت استناد موافق باشد. با این استدلال که: اولاً، گردش صحیح ثروت و اجتناب از حبس و معطل ماندن بیهوده سرمایه به عنوان یکی از اصول اقتصادی هر نظام حقوقی توسعه یافته، حکم به صحت قرارداد میان راهن و خریدار و غیرقابل استناد بودن آن در برابر مرتهن می‌نماید. بهویژه هنگامی که ارزش اقتصادی مال مرهونه بیشتر از میزان دینی باشد که این مال، جهت پرداخت آن به وثیقه نهاده شده است؛ ثانیاً، یکی از قواعد حقوقی مهم حقوق اسلام و به تبع حقوق موضوعه ایران، قاعده لاضر می‌باشد. و وضعیت حقوقی قرارداد فروش راهن نسبت به عین مرهونه باید حتی‌امکان به‌گونه‌ای تفسیر شود که هر سه طرف راهن، خریدار و مرتهن را مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، عدم نفوذ قرارداد راهن، موجب ضرر بیهوده راهن و خریدار خواهد شد اما با صحیح دانستن قرارداد میان طرفین و عدم قابلیت استناد آن نسبت به مرتهن، حقوق سه طرف درگیر در عقد تأمین خواهد شد؛ ثالثاً، مطالعه نوشتۀ فقهاء به‌وضوح حاکی از آن است که اتفاق نسبی مبنی بر ضمانت‌اجرای عدم نفوذ قرارداد مزبور است. البته پذیرش این نظر،

دلیل بر مخالفت با راهکار عدم قابلیت استناد که بسیار نزدیک به نظریه عدم نفوذ است نمی‌باشد؛ چراکه تمامی اهداف فقهاء را در این خصوص برآورده می‌سازد. از طرفی دیگر، برخی قائل به این نظر هستند که رد مرتهن، سبب بطلان قرارداد فروش مال مرهونه نمی‌شود و عقد مزبور همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد و معنای تلویحی این نظر، چیزی جز صحت قرارداد فروش میان راهن و خریدار و در عین حال غیرقابل استناد بودن آن در برابر مرتهن نیست.^۱

با این حال نظریه عدم قابلیت استناد که از سوی برخی حقوقدانان مطرح شده است، قابل تأمل و بررسی به نظر می‌رسد، زیرا وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی، کاربردی و مستعمل است که قانون‌گذار قصد حمایت از اشخاص ثالث را دارد که بی‌اطلاع از قرارداد واقعه میان طرفین هستند و از این رهگذر، شخص ثالث متهم ضرر خواهد شد نه آنکه به‌طورکلی و در هر مورد جهت حمایت از اشخاص ثالث (مرتهن) از ضمانت‌اجرامی مذکور استفاده شود. همچنین توجیهات و مبانی‌ای که از این مفهوم در متون فقهی ارائه شده، مبتنی بر این نکته است که اصولاً وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی جاری می‌شود که از اشخاص ثالث بی‌اطلاع از توافق واقع‌شده حمایت گردد و این عدم اطلاع شخص ثالث می‌تواند ناشی از عدم انتشار و یا ثبت واقعه مورد نظر باشد (همچون محدودیت اختیارات مدیران، فروش مال غیرمنقول و...) یا آنکه ناشی از حیله و فریب شخص انتقال‌دهنده و یا دریافت‌کننده باشد (معاملات به قصد فرار از دین).^۲

۱. اکبر میرزازاد جویباری، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد»، *فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۲ (تابستان ۱۳۹۰): ص ص ۲۹۳-۲۹۲.

۲. مثالی که ارائه کرداند ناظر به حالتی است که موکل اقرار نماید عقد منعقدشده توسط وکیل، برای او واقع گشته است و باید به وی رجوع شود. از آنجا که وکیل در این خصوص مسئولیتی ندارد نمی‌توان در مقابل فروشده به آن استناد کرد؛ چراکه ممکن است برای سلب امکان رجوع به وکیل، میان وکیل و موکل تبیان شده باشد زیرا در برخی موارد رجوع به وکیل مناسب‌تر از رجوع به موکل است. به عبارت دیگر، عقد مورد اقرار وکیل و موکل میان خود آن‌ها قابل استناد است اما در مقابل ثالث اعتباری ندارد. در حقیقت این مثال بیان می‌دارد پنهان کاری دو طرف در برابر ثالثی که از آن مطلع نیست قابل استناد نمی‌باشد. عبدالله خدابخشی، «تحلیل دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۷۱ (۱۳۸۹): ص ۲۳.

گذشته از این موضوع، برخی دلایل استنادی طرفداران دیدگاه مزبور، قابل تأمل است؛ بهخصوص در آنجا که آنان سخن برخی فقهاء درمورد عدم تأثیر رد قرارداد، توسط مرتضی را مورد تمکن قرار می‌دهند و بیان می‌دارند چنین موضوعی نشان از صحت عقد میان طرفین قرارداد و در عین حال، عدم قابل استناد نسبت به شخص ثالث (مرتضی) دارد. حال اگر معنای گفته اخیر این موضوع باشد که شخص مرتضی تا قبل از فرا رسیدن موعد دین، حق نادیده گرفتن قرارداد میان طرفین را نداشته باشد اما پس از موعد مقرر و عدم پرداخت دین بتواند از محل عین، طلب خود را وصول نماید چنین نظری برابر با نظر دیدگاه افرادی است که قائل به صحت قرارداد فروش مال مرهونه به‌طور مطلق هستند و نظر ذکر شده چندان تفاوتی با آن ندارد زیرا اگر قائل به وضعیت عدم قابلیت استناد در مفهوم اخص کلمه باشیم باستی شخص ثالث در هر زمان این اختیار را داشته باشد که قرارداد میان راهن و شخص ثالث را نادیده انگاشته، طلب خود را وصول نماید؛ در حالی که از حیث مبانی فقهی بحث، چنین نظری ارائه نشده است. و افرادی که معتقد به عدم تأثیر رد شخص مرتضی می‌باشند بیان می‌دارند که مرتضی، حق رد عقد بیع را نداشته و می‌باشد تا فرا رسیدن موعد دین به انتظار بنشیند^۱ نه آنکه همچون وضعیت عدم قابلیت استناد، در هر زمان این حق را داشته باشد که قرارداد میان طرفین را نادیده بگیرد و دین خود را وصول نماید. مضافاً آنکه وضعیت عدم قابلیت استناد اصولاً هنگامی مطرح می‌شود که تنافسی بیع عین مرهونه و حقوق مرتضی ثابت شود که با توجه به توضیحات گذشته، نظر ارائه شده از این حیث نیز قابل خدشه است.

گفتار دوم: بررسی انعکاس نظریه صحت در رویه قضایی

بازتاب نظریه صحت در رویه قضایی نیز به تبع اختلافاتی که در میان فقهاء حاکم است موجب تشتبه آراء در این زمینه شده است. در واقعیت امر، اختلافات

۱. این موضوع سابقاً بیان شد که مرتضی هیچ‌گونه سلطنتی نسبت به قرارداد راهن ندارد و به گفته برخی فقهاء (سیدروح‌الله موسوی خمینی، کتاب البيع (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرہ، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ ق)، ج. ۳، ص ۲۸۱) طرف قرارداد نیز نمی‌باشد که بخواهد همچون معاملات فضولی درخصوص سرنوشت قرارداد تصمیم‌گیری نماید، لذا قرارداد به صورت معلق (قابل شدن به تعليق عقد و درواقع تلقی آن به عنوان عقد معلق، بلاوجه و خارج از تعریف این‌گونه عقود است).

موجود در متون فقهی به حیطه عمل نیز وارد گشته. با این حال، استدلالاتی که قضات عموماً درخصوص عدم نفوذ بیع عین مرهونه ارائه می‌دهند عمدتاً به دو دلیل منتهی می‌شود: اولاً، فروش مال مرهونه، خلاف ماده ۷۹۳ قانون مدنی بوده است؛ ثانیاً، رأی وحدت رویه سال ۷۶ درخصوص فروش مال مرهونه، حکم به عدم نفوذ بیع مرهونه داده است. با این وجود، برخی از دادگاهها با چنین استدلالی ضمن اظهار مخالفت خویش بیان می‌دارند ممنوعیت راهن در تصرفات خود در عین مرهونه بهطور مطلق نبوده، بلکه صرفاً شامل آن دسته از تصرفات مادی و اعتباری است که موجب نقصان عین یا ارزش آن و درنتیجه، منافی استیفادی حقوق مرتهن از عین مرهونه (در فرض امتناع راهن از پرداخت وجه الراهنه) باشد و اساساً همین تعلیل است که وجه شناسایی حق تقدیم و عینی مرتهن بر عین یاد شده است. بدین ترتیب، سایر تصرفات اعتباری مالکیت (در فرض بقای مالکیت راهن) در صورت امکان استیفادی حقوق مرتهن از عین موجود بلاشكال می‌باشد. درنتیجه، امر مشروعی بوده، محتاج به إذن شخص اخیر نیست. همچنانی رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز بهطورکلی بر این مفهوم دلالت دارد^۱ مضافاً اینکه موضوع رأی هیأت عمومی ناظر به انتقال سرقالی

۱. تاریخ: ۸۶/۱/۱۸ شماره دادنامه: ۶ کلاسه پرونده: ۱۹۱۵/۱۲/۸۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آقای... به طرفیت آقای... با وکالت آقای... نسبت به دادنامه شماره ۱۰۹۷ مورخ ۸۵/۸/۳ صادره از شعبه ۱۸۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران تجدیدنظرخواهی کرده است. بهموجب دادنامه تجدیدنظرخواسته، دعوا اولیه تجدیدنظرخواه دائر بر ابطال (فروش) شش دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۱۲۰ متر مربع قطعه ۶ تفکیکی به شماره ۳۰۱۰ فرعی از دعوا صادر و اعلام گردیده است. اینکه با ملاحظه جمجمه ارواق و محتویات پرونده و مطالعه لواجع ابرازی طرفین در این مرحله از دادرسی چون ایراد و اعتراض موثری که موجب فسخ و بی اعتباری دادنامه معتبرض عنبه باشد از سوی تجدیدنظرخواه به عمل نیامده است بهویژه آنکه ماده ۷۹۳ قانون مدنی که عدمتاً مورد استناد تجدیدنظرخواه قرار گرفته است مشعر بر ممنوعیت راهن در تصرفات خود در عین مرهونه بهطور مطلق نبوده بلکه صرفاً شامل آن دسته از تصرفات مادی و اعتباری است که موجب نقصان عین یا ارزش آن و درنتیجه، منافی استیفادی حقوق مرتهن از عین مرهونه (در فرض امتناع راهن از پرداخت وجه الراهنه) شود و اساساً همین تعلیل است که وجه شناسایی حق تقدیم و عینی مرتهن بر عین یاد شده و بدین ترتیب، سایر تصرفات انتقال اعتباری مالکیت (در فرض بقای مالکیت راهن) در فرض امکان استیفادی حقوق مرتهن از عین بلاشكال است و امر مشروعی بوده و محتاج اذن شخص اخیر نیست و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز بهطورکلی بر این مفهوم دلالت دارد و چون در قضیه حاضر نیز فروش زمین موضوع دعوا به

است و اساساً انتقال ملک را در برنمی‌گیرد. همچنین یکی از شعب تشخیص دیوان عالی کشور در آذرماه سال ۱۳۸۵ در یکی از آراء خود تأکید کرده است فروش مالی که در رهن می‌باشد با رعایت حقوق مرتهن، بلاشکال خواهد بود.^۱ و نظر اخیر، این استدلال را تقویت می‌کند که در فروش مال مرهونه، ملاک، تضییع حقوق مرتهن است که اگر این موضوع وجود نداشته باشد معامله مذکور صحیح خواهد بود. شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر تهران نیز در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۵۱۱ ضمن نقض رأی دادگاه بدوفی بیان می‌دارد: «در رهن بودن مبیع، منافاتی با انتقال نداشته خریدار نیز با علم و اطلاع از مرهونه بودن اقدام به خریداری نموده و بدیهی است که حقوق مرتهن با انتقال محفوظ می‌ماند...».^۲

◀

تجددنظرخوانده با توجه به میران وجهالهانه از یکسو و از دیداد فوق العاده ارزش ملک موصوف از سوی ۱۱۴ اصلی موضوع مبایعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۵۷/۱/۱۲ به دلیل مرهونه بودن مبیع در حین معامله، به طور خلاصه و با این استدلال که رهن بودن مال، آن را به طور کلی از مالکیت راهن خارج ننموده و مالکیت موصوف ولو به نحو متزلزل کمکاکن باقی است و اینکه ابطال عقد بیع اساساً ناظر بر فقدان ارکان اساسی صحت معامله بوده است و مادام که مرتهن قادر به استیفای حقوق خود از عین مرهونه باشد بیع آن بلاشکال است و منافی حقوق مرتهن نمی‌باشد نهایتاً با استناد به اصل صحت و لزوم عقود، وقوع بیع را در عالم خارج سسلم و محقق دانسته و حکم بر بطلان دیگر به نحوی نیست که استیفای حقوق مرتهن از آن را در فرض عدم پرداخت دین از سوی راهن (تجددنظرخواه) و حتی منقل‌الیه (تجددنظرخوانده) ناممکن سازد و در هر صورت، مرتهن قادر به استیفای حقوق خود از عین مرهونه خواهد بود. بنابراین، مستندا به ماده ۳۵۸ قانون آذم. ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته را که مطابق موازین حقوقی قانونی صادر گردیده از جهت رعایت تشریفات دادرسی نیز خدشهای بر آن وارد نیست عیناً تایید و استوار می‌نماید.

۱. دادنامه به شماره ۵/۱۴۵۲ در تاریخ ۸۵/۹/۲۰ همچنین در نظریه مشورتی ۱۳۸۳/۱۱/۱۳ - ۷/۸۵۴۸ به گونه‌ای دیگر نظر ارائه شده را تقویت می‌نماید: فروش عین مرهونه با حفظ حقوق مرتهن شرح این پرونده از این قرار بوده است که آقای س.غ. بطرفیت خانم، خالویی دعوایی به خواسته صدور حکم به ابطال مبایعه‌نامه شماره ۱۰۱۱ مورخ ۹۰/۱۰/۱۰ و الزام خوانده به پرداخت ثمن معامله به مبلغ یکصد و هفتاد و پنج میلیون ریال به‌انضمام خسارتم دارسی و تاخیر تادیه در شعبه ۱۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح می‌نماید. دادگاه بدوفی در قسمتی از رای خود بیان می‌دارد: «... با توجه به در رهن بودن و غیرقابل انتقال بودن خودرو به جهت منافات با حق مرتهن دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص و مستندا به ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی و ۷۹۳ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۲۶۲ قانون مذکور و ماده ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن صدور حکم به ابطال مبیع موضوع قرارداد شماره ۱۰۱۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۰ حکم به محکومیت خوانده به مبلغ یکصد و هفتاد و پنج میلیون ریال بایت

کمیسیون حقوقی دادگستری استان تهران نیز در پاسخ به سؤال زیر بیان می‌دارد: «آیا دعوی الزام به تنظیم سند رسمی درخصوص ملک مرهونه به طرفیت باعث توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۲۶/۸/۲۰ و رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ قابل استماع است؟

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه ۸۲/۹/۱۳:

در مرور دو قسمت اول سؤال:

هرچند لحن قانون‌گذار در مواد ۷۹۳ قانون مدنی و ۲۶۴ قانون آینین دادرسی مدنی سابق و ۳۴ مکرر اصلاحی ثبت و نیز ۲۹۹ قانون امور حسبی و مفاد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ که از نظریه مشهور فقهای امامیه مبنی بر منع و غیرنافذ بودن چنین معاملاتی پیروی کرده، و طرح دعوای مذکور از سوی هر فرد ذی‌فعل را به طرفیت باعث نسبت به ملک مرهونه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی مسدود نموده، اما نظر دیگر این است که هدف، حفظ حقوق مرتضیان می‌باشد لذا با حفظ این حقوق هرگونه تصرف در ملک مذکور جایز خواهد بود و می‌توان گفت این عقیده با منطق قضایی و رویه محاکم که شاهد مثال آن، رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ می‌باشد و به فاصله کمی بعد از رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ صادر گردیده و نیز با نظر بسیاری از فقهاء (حضرت آیت‌الله خوبی) و علمای حقوق (مرحوم امامی و کاتوزیان) سازگاری دارد. ضمن اینکه اعضای کمیسیون حاضر در جلسه هم در اظهار نظرات خود همگی بر حفظ حقوق مرتضیان تأکید داشته‌اند، لذا با توجه به فرض سؤال رسیدگی به این دعوا بلامانع است.

درخصوص قسمت دوم سؤال (طرح دعوی فک رهن به همراه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ضرورت دارد؟)، دو نظر ابراز گردید اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه معتقد بودند «چون فک رهن، خود نوعی دعواست و الزام به فک رهن

← ثمن مأخوذه از خواهان ... محکوم می‌نماید. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء منتخب قوه قضاییه |

(دفتر فصلنامه مطالعات آراء قضایی، ۱۳۹۴)، ص. ۷۲.

خوانده نسبت به حکم صادر از دادگاه بدوى به شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اعتراض می‌کند. دادگاه تجدیدنظر پس از بررسی پرونده تجدیدنظر خواهی را با این استدلال که در رهن بودن مبيع منافاتی با انتقال نداشته خریدار نیز با علم و اطلاع از مرهونه بودن مبيع اقام به خریداری نموده و بدیهی است که حقوق مرتضیان با انتقال محفوظ می‌ماند صحیح می‌داند، و ضمن نقض دادنامه بدوى، حکم رد دعوای خواهان بدوى را صادر می‌کند.

درواقع موجب انحلال عقد رهن و یک رابطه حقوقی است لذا ضرورت دارد که خواهان ضمن تقدیم دادخوست الزام به تنظیم سند، به عنوان دعوای دوم فک رهن را هم بخواهد، لیکن اقلیت عقیده داشتند با توجه به اینکه فک رهن همانند مفاصا حساب شهرداری مالیاتی از لوازم اجرای حکم تنظیم سند رسمی است و نیز فرض بر این است که دادگاه رسیدگی کننده استحضار دارد که ملک موضوع دعوا در رهن است لذا به هنگام صدور حکم، الزام به تنظیم سند رسمی با آوردن قید حفظ حقوق مرتهن در حکم مورد خاص است و نیاز به طرح دعوای جداگانه در این خصوص نمی‌باشد.^۱ بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نظریه صحت در میان آراء صادره از دستگاه قضاء دارای جایگاه بوده و براساس آن رأی صادر شده است.

انعکاس نظریه صحت بیع عین مرهونه در حقوق خارجی (مصر و انگلیس):

دیدگاه مزبور در حقوق مصر و به تبع حقوق برخی کشورهای عربی از جمله عراق نیز مورد پذیرش واقع شده و بیان داشته شده است که فروش مال مرهون توسط راهن با معنی مواجه نبوده و شخص مرتهن می‌تواند با توجه به حق تعقیبی که نسبت به مال مرهون دارد، بدون استثنای حق خود را از هر کس که عین به او انتقال یافته، مطالبه نماید.^۲ همچنین در رابطه با وضعیت فروش مال مرهون در حقوق انگلیس باید توجه داشت که در هنگام انعقاد قرارداد رهن، مالکیت مال مرهون به بستانکار منتقل می‌شود اما با این شرط که در حین پرداخت مجدد بدھی، مالکیت به بدھکار باز می‌گردد. در این حالت، موضوع اخیر شبیه به بیع شرط می‌شود. بنابراین روشن است که راهن حق فروش مال مرهون را دارد. لیکن انتقال مزبور هنگامی موثر خواهد بود که راهن دوباره مالکیت مال را به دست آورد.^۳ در حقیقت، انتقال مال مرهون معلق بر به دست آوردن دوباره مالکیت است. با این حال در یکی از دعاوی طرح شده در حقوق انگلیس، دادگاه حکم به صحت بیع مرهونه به صورت مطلق داده است و نهایت مطلبی که در این زمینه وجود دارد آن است که فروش مال مرهون خلاف توافقاتی قراردادی بوده و حکم به جبران خسارات وارد داده شده است. مطابق این نظر با وجود آن که فروش مال مرهون در حقوق انگلیس معلق بر

۱. غلاملی صدقی، «فروش مال مورد رهن»، دو فصلنامه رویه قضایی، ش ۱ (۱۳۹۲): ص ص ۸۸-۸۹.

۲. سنهوری، عبدالرازق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار احیاء التراث العربي، الطبعه الاولی، ۱۹۵۴م، ج ۱، ص ۲۱۲.

3.Birks,Peter,English Private law, volume 1,oxford university press,oxford,2000,p417.

پرداخت بدھی است اما طبق ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر که مقدم بر قوانین داخلی کشورهای اروپایی است.^۱ تلویحاً این موضوع دانسته می‌شود که فروش مال مرھون در هر حال صحیح است. مطابق با ماده ۱ این پروتکل «هر شخص حقیقی یا حقوقی مجاز به بهره برداری صلح جویانه از کلیه تصرفات خود است و هیچ کس نمی‌تواند او را از این متصرفات محدود نماید جز در مورد منفعت عمومی و مطابق شرایط مقرر در قانون یا اصول کلی حقوق بین الملل».^۲

1. Protocol 1 on Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section 1 of the -European Convention on Human Rights ROME 4 November 1950 Sales of Goods 1979

۲. در این رأی، خواهان که مرتئن است مدعی است که راهن بدون آن که از دادگاه اجازه فروش مال مرھون را گرفته باشد آن را فروخته است. راهن هم برای فروش مال مرھون به ماده ۱ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی استناد می‌کند. قاضی در این پرونده بعد از بررسی ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و نیز بررسی قانون مالکیت بخش ۱۰۱، به این نتیجه می‌رسد که فروش مال مرھون به وسیله راهن بدون اجازه برخلاف ماهیت قرارداد رهن است و به این دلیل راهن از انصاف خارج شده و بایست خسارات واردہ به مرتئن را جبران نماید.

برای ملاحظه رأی مذکور در حقوق انگلیس ر.ک.

Horsham Properties Group Ltd v Clark and another [2008] EWHC 2327 (Ch),
[2008] All ER (D) 58

نتیجه‌گیری

حاصل سخن آنکه بیع عین مرهونه از جمله مباحث چالش‌برانگیز در فقه شیعه و به تبع حقوق ایران بوده است. و علت عدمه آن، فقدان نص صریح شرعی و قانونی در این زمینه بوده است.

عدم تشریع چنین نص صریحی شاید برخاسته از این علت باشد که فروش مال مرهونه از جمله مصادیق و موضوعات محسوب می‌شود. و همچنین شارع مقدس که اصولاً در موضوعات دخل و تصرف نمی‌کند و این مسئله را به مکلف و عرف واگذار می‌نماید.

در این‌باره نیز حکم کلی موضوع از سوی شارع و مواد قانونی و یا حتی مفهوم رهن بیان شده است و آن اینکه تصرفات منافی با حقوق مرتهن، ممنوع می‌باشد اما در اینکه چه تصرفاتی مشمول حکم کلی می‌شود اختلاف نظر هست.

این اختلاف در بارزترین تصرف - که همانا انتقال مال مرهونه است - آشکار می‌شود. به گونه‌ای که موجب تعارض عقیده‌ای عده کثیری شده است. در همین راستا برخی، نظریه بطلان را برگردانده‌اند و بسیاری دیگر، از نظریه عدم نفوذ حمایت کرده‌اند و برخی از حقوقدانان نیز نظریه عدم قابلیت استناد را به عنوان راه حل مسئله، انتخاب و پیشنهاد نموده‌اند. با این حال، نظریه بطلان با بیشترین انتقاد روبرو بوده است. همچنین دلایل دیدگاه عدم نفوذ نیز مورد نقد قرار گرفته؛ چراکه حدیث استنادی طرفداران این دیدگاه و تعارض بیع عین مرهونه با حقوق مرتهن و تنافی عرفی فروش مال مرهونه، جملگی مورد نقد طرفداران نظریه صحت قرار گرفته است. حتی دلایل حقوقی و قانونی نظریه عدم نفوذ نیز مصون از انتقاد باقی نمانده است.

مع‌الوصف، اینکه بیع عین مرهونه جزء تصرفات منافی به حساب می‌آید یا خیر، باید به یک ملاک عینی دست یافت. و بهترین معیار درخصوص این موضوع، داوری و عقیده عرف خاص آن مال است که در هر حال، عرف معاملاتی فروش مال مرهونه در عالم اعتبار را منافی حق مرتهن نمی‌داند؛ چراکه موضوع مهم و اساسی، استیفاده دیون مرتهن در زمان عدم پرداخت بهموقع بدھی است، و اینکه راهن یا شخص ثالث، مالک مال تلقی شود مهم نمی‌باشد اما درخصوص تسلیم مال مرهونه

به نظر می‌رسد در برخی مصاديق و بهویته اموال منقول، حقوق مرتهن نادیده انگاشته می‌شود، و باید تسلیم مال مزبور با اجازه مرتهن انجام شود ولیکن باید توجه داشت کماکان بیع انجام شده در عالم اعتبار و حقوق، صحیح تلقی می‌گردد. درنتیجه، فروش مال مرهونه به هیچ عنوان این اختیار را به مرتهن نمی‌دهد که قرارداد واقع شده را رد کند و تنها این حق را به او می‌دهد که از تصرفات مادی (برای مثال، تسلیم عین مرهونه) بدون اجازه مرتهن جلوگیری نماید.

البته پر واضح است در مواردی که ثابت شود تسلیم مال، منافاتی با حقوق او ندارد، می‌توان مال مزبور را در اختیار شخص ثالث قرار داد. لازم به ذکر است که قرارداد بیع مال مرهونه در مقابل مرتهن نیز قابلیت استناد دارد، اما با توجه به اینکه در نتیجه عقد رهن، حق عینی تبعی برای مرتهن ایجاد شده که به استناد همین حق، می‌تواند نسبت به احراق حق خود از محل مال مرهونه اقدام نماید.

فهرست منابع:

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، **حاشیة المکاسب** (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه. ق.).
۲. اراکی، محمد دعلی، **کتاب البيع للأراکی**، ج ۲ (قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه. ق.).
۳. اصفهانی، محمد حسین، **حاشیة كتاب المکاسب**، ج ۳ (قم: انوارالهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه. ق.).
۴. ایروانی، باقر، **دروس تمہیدیة فی الفقه الاستدللی علی المذهب الجعفری**، ج ۲ (قم: ، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه. ق.).
۵. پژوهشگاه قوه قضاییه، «مجموعه آراء منتخب قوه قضاییه»، دفتر **فصلنامه مطالعات آراء قضایی** (۱۳۹۴).
۶. تبریزی، جواد بن علی، **منهاج الصالحين (لتبریزی)**، ج ۲ (قم: مجمع الإمام المهدي (عج)، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه. ق.).
۷. حسینی روحانی، سید صادق، **فقه الصادق (ع) (للروحانی)**، ج ۱۶ (قم: دارالكتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه. ق.).
۸. ———، **منهاج الفقاہة (للروحانی)**، ج ۴ (قم: انوارالهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ه. ق.).
۹. ———، **منهاج الصالحين**، ج ۲ (بی جا، بی تا).
۱۰. حکیم، سید محسن، **نهج الفقاہة** (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا).
۱۱. خدابخشی، عبدالله، «تحلیل دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش ۷۱ (۱۳۸۹).
۱۲. خوبی، سید ابوالقاسم، **مصابح الفقاہة (المکاسب)** (بی جا، بی تا).
۱۳. سنہوری، عبدالرزاق، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی** (بیروت: دار احیاء التراث العربي، الطبعه الاولی، ۱۹۵۴ م.).

۱۴. صدقی، غلامعلی، فروش مال مورد رهن، دو فصلنامه رویه قضایی، ش ۱ (۱۳۹۲).
۱۵. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۹ (قم: منشورات قلم الشرق، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه. ق.).
۱۶. عابدیان، میرحسن، تقریرات درس حقوق مدنی ۲ (تهران: زیراکس دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۹۱).
۱۷. عراقی، آقضیاءالدین و علی کزازی، شرح تبصرة المتعلمين (للآقضیاء)، ج ۵ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.).
۱۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲ (تهران: المکتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه. ق.).
۱۹. فیاض، محمداسحاق، منهاج الصالحین (للفیاض)، ج ۲ (بی‌چا، بی‌تا).
۲۰. قبولی درافشان، سیدمحمد تقی، «وضعیت تصرفات ناقله عین مرهونه از سوی راهن»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰).
۲۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴ (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹).
۲۲. مامقانی، محمدحسن بن الملعبدالله، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۳ (قم: مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۱۶ ه. ق.).
۲۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، ج ۳ (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه. ق.).
۲۴. میرزانزاده جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲ (تابستان ۱۳۹۰).
۲۵. نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲ (بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه. ق.).

۲۶. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیة المکاسب**، ج ۱ (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.).
۲۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعه فی أحكام الشريعة**، ج ۱۴ (قم: مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.).
- ۲۸.وحید خراسانی، حسین، **منهاج الصالحين (اللوحید)**، ج ۳۳ (قم: مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ه.ق.).
۲۹. بزدانیان، علیرضا، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق ایران»، **مقالات و بررسی‌ها**، دفتر پنجم (پاییز ۱۳۸۶).
30. Birks,Peter, English Private law, volume 1,oxford university press,oxford,2000
31. Protocol 1 on Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section 1 of the - European Convention on Human Rights ROME 4 November 1950 Sales of Goods 1979

بزه ترک اتفاق قبل از شروع زندگی مشترک در پرتو نقد و بررسی دو رأی

ابوالفضل یوسفی *

طاهره دهقانی **

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۲۰۱۰۴۰

مورخ: ۱۳۹۲/۱۱/۱۳

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه ۱۱۶۳ دادگاه عمومی جزایی تهران

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۸۰۲۳۴

مورخ: ۱۳۹۳/۰۲/۲۸

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

اتهام: ترک اتفاق

رأی دادگاه بدوی

در خصوص کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه پنج تهران علیه آقای رض. فرزند ا. دایر بر ترک اتفاق نسبت به خانم س. آ.، حسب اظهارات شاکیه در جلسه رسیدگی دادگاه، عقد ازدواج صورت گرفته ولی هنوز با یکدیگر زیر یک سقف زندگی نکرده اند و اصطلاحاً عروسی انجام نشده است. لذا تحقق ارکان تشکیل دهنده بزه موصوف احراز نمیشود و مستدنا به مواد ۱۲۰ و ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم بر برائت صادر و اعلام می گردد. رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران می باشد.

رئیس شعبه ۱۱۶۳ دادگاه عمومی جزایی تهران - مسعود معصومی

* دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی | پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضائيه

yusefi_9@yahoo.co

** پژوهشگر و کارشناس حقوق



رأی دادگاه تجدیدنظر

در خصوص تجدیدنظرخواهی خانم س.آ. نسبت به دادنامه شماره ۱۰۴۰۳۰۱۰۴۰ در ۱۳۹۲/۱۱/۱۳ شعبه ۱۱۶۳ دادگاه عمومی جزائی تهران که به موجب آن حکم بر براحت آقای ر.ص. از اتهام ترک اتفاق (عدم پرداخت نفقة همسرش تجدید نظر خواه) باستدلال اینکه عقد ازدواج صورت گرفته ولی هنوز با یکدیگر در زیر یک سقف زندگی نکرده اند و اصطلاحاً عروسی انجام نشده است که ظاهراً منظور این است که تشکیل خانواده مشترک نداده و بطور مشترک در یک محل زندگی نمیکنند دادگاه با توجه به مفاد شکایت شاکیه خصوصی و اظهارات و ادعای وی مفاداً آنکه با وجود انعقاد عقد نکاح بین مشارالیها و زوج اعلام آمادگی وی به تشکیل زندگی مشترک اولاً زوج نسبت به تشکیل زندگی مشترک و اجابت بخواسته زوجه اقدام ننموده است ثانیاً با وجود تعیین وقت دادرسی در دادگاه بدروی و دعوت زوج جهت حضور در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۳ نه در دادگاه حضور یافته و نه دفاعی نسبت بشکایت و ادعای شاکیه خصوصی بعمل آورده است و نه اقدام بپرداخت و تهیه نفقة زوجه خود ننموده است و با التفات بساير اوضاع و احوال و قرائن موجود و مفاد سند نکاح بین آنان که مشعر است چند سال است بین آنان حلقه زوجيت ايجاد شده است و مفاد شکایت بی شائبه مقرنون بصحت شاکیه خصوصی و با عنایت بمدلول ماده ۵۳ قانون حمايت خانواده اخير التصويب با موجه تشخيص شدن تجدیدنظرخواهی مستنداً بمدلول بند چهارم قسمت ب ذيل ماده ۲۵۷ قانون آيین دادرسي دادگاههای عمومی و انقلاب در امور كيفرى ضمن نقض راي تجدید نظر خواسته آقای ر.ص. بتحمل شش ماه حبس تعزيرى محکوم مینماید این رأی غایبی است و ظرف بیست روز بعد از ابلاغ واقعی قابل واخواهی در همین دادگاه است.

سید محمد میراحمدی - حسن کریمی یزدی
رئيس شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

الف) شرح م الواقع

به موجب کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه پنج تهران، زوجه‌ای علیه زوج طرح شکایت ترک اتفاق می‌کند. حسب اظهارات شاکیه در جلسه رسیدگی دادگاه، بین طرفین شکایت عقد ازدواج دائم صورت گرفته ولی هنوز با یکدیگر زیر یک سقف زندگی نکرده اند و اصطلاحاً عروسی انجام نشده است. دادگاه بدروی به جهت عدم شروع زندگی مشترک، ارکان بزه ترک اتفاق را محقق ندانسته و رای براحت زوج از اتهام ترک اتفاق صادر می‌کند. این رای با تجدیدنظر خواهی زوجه به شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع می‌شود. این شعبه با بررسی پرونده و با

این استدلال که مفاد سند نکاح بین آنان مشعر است چند سال بین آنان حلقه زوجیت ایجاد شده است و زوج نسبت به تشکیل زندگی مشترک و اجابت بخواسته زوجه اقدام ننموده است، لذا مستند به ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده زوج را محکوم به تحمل شش ماه حبس تعزیری کرده است. این در حالی است که در موضوع مشابه سابق (۶ روز قبل در تاریخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۲) شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، رای برائت صادر کرده و اعتقاد به وقوع جرم در شرایط مشابه نداشته است.

۱. مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۴۳۷

مورخ: ۱۳۹۲/۱۱/۲۳

مرجع بدبوی: شعبه ۱۱۲۸ ۱ دادگاه عمومی جزائی تهران

شماره دادنامه: ۱۸۲

مورخ: ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۰

مرجع رسیدی: شعبه ۵۳ ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

اتهام: ترک اتفاق

رأی دادگاه بدبوی

درخصوص اتهام آقای الف.م.دایر بر ترک نفعه موضوع شکایت خانم الفن. با وکالت اقای س.ج. ا. با عنایت به جامع محتويات پرونده مفاد شکایت شاکی تحقیقات انجام شده مستندات ابرازی اظهارات طرفین نظر به اینکه نامبردگان دوران عقد و نامزدی را سپری می کنند و عروسی و انتقال به منزل مشترک صورت نگرفته است و زوجه در منزل پدر خود سکونت دارد که طبق سنت جاریه متعارف نفعه بر عهده زوج مستقر نمیگردد از طرف دیگر تمکن زوجه که از شرایط اصلی وقوع بزه ترک اتفاق می باشد نیز تکوین نیافته است که دادنامه غیر قطعی صادره از شعبه ۲۳۰ دادگاه خانواده نیز مودی این موضوع می باشد لذا بالحظ عدم تحقق ارکان بزه مضافا به اصل کلی برائت به استناد بند الف ماده ۱۷۷ قانون آینین دادرسی کیفری حکم بر برائت متشکی عنه صادر و اعلام میگردد رای صادره ظرف بیست روز قابل تجدید نظر در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می باشد

صفوی رئیس شعبه ۱۱۲۸ ۱ دادگاه عمومی محلاتی

رأی دادگاه تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظر خواهی خانم الفن. نسبت به دادنامه شماره ۹۲/۱۱/۲۳ صادر از شعبه ۱۱۲۸ ۱ دادگاه عمومی جزائی تهران که متضمن حکم تبرئه تجدیدنظر خوانده آقای الف.م. از اتهام ترک نفعه می باشد با توجه به مجموع محتويات پرونده دادنامه مذکور وفق موازين و مقررات قانونی صادر و تجدیدنظر خواهی و اصله با هیچ یک از شقوق ماده ۲۴۰ قانون آینین دادرسی کیفری اनطباق ندارد علیهذا دادگاه آن را مردود اعلام و دادنامه تجدیدنظر خواسته استنادا به بند الف ماده ۲۵۷ قانون مارالذکر تایید و استوار می نماید رای صادره حضوری و قطعی است.

رئیس شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشاردادگاه

سید کاظم ساداتی - حمیدرضا طایفی

ماحصل نظر شعبه ۴۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران این است که با حصول عقد دائم، زوج مکلف به تهیه مقدمات زندگی مشترک بوده و باید نفقة همسر خود را پردازد، لذا عدم برگزاری جشن ازدواج دلیلی برای رفع الزام قانونی به پرداخت نفقة زوجه نیست.

ب) تحلیل اختلاف مبانی آراء بدوى و تجدیدنظر

در این شکایت، دادگاه بدوى و دادگاه تجدیدنظر از دو استدلال متفاوت در تحلیل بزه ترک انفاق تبعیت کرده و هریک از آنها منجر به صدور رای متفاوتی شده است. دادگاه بدوى شروع زندگی مشترک را علاوه بر وقوع عقد بین طرفین شکایت، از ارکان تحقق بزه ترک انفاق دانسته است. دادگاه تجدیدنظر با رد نظر دادگاه بدوى معتقد است صرف انعقاد عقد ازدواج موجب استقرار الزام زوج به پرداخت نفقة است و عطف به مدت سپری شده از زمان وقوع عقد و عدم پرداخت نفقة از سوی زوج، اتهام انتسابی را محرز دانسته است. این تفاوت دیدگاه در رویه سایر محاکم نیز قابل تشخیص است. به عنوان مثال، در موضوع مشابه، دادنامه شماره ۱۴۳۷ مورخ ۹۲/۱۱/۲۳ صادره از شعبه ۱۱۲۸ دادگاه عمومی جزائی تهران که به موجب دادنامه ۱۸۲ مورخ ۹۳۰/۹۹/۷۰ مورخ ۲۲/۰۲/۱۳۹۳ صادره از شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر تهران تایید گردیده، حکم به برائت متهم از بزه ترک انفاق صادر شده است. در این پرونده استدلال شده است که نامبردگان دوران عقد و نامزدی را سپری می‌کنند و عروسی و انتقال به منزل مشترک صورت نگرفته است و زوجه در منزل پدر خود سکونت دارد که طبق سنت جاریه متعارف نفقة بر عهده زوج مستقر نمی‌گردد از طرف دیگر تمکین زوجه که از شرائط اصلی وقوع بزه ترک انفاق می‌باشد نیز تکوین نیافته است. به عبارت دیگر، دادگاه علاوه بر توجه به بحث تمکین زوجه، اشاره‌ای به عرف نیز داشته است؛ لذا صرف وقوع عقد ازدواج برای احراز بزه ترک انفاق کافی ندانسته است. به نظر می‌رسد صرف وقوع عقد ازدواج برای احراز بزه ترک انفاق کافی نیست، زیرا مواردی مانند تمکین زوجه نیز بخشی از رکن مادی بزه ترک انفاق است که به صرف گذشت زمان از وقوع عقد نمی‌تواند مفروض پنداشته شود و باید تمکین زوجه عرفا احراز شود، ضمن اینکه ممکن است

زوجه از موجبات قانونی عدم تمکین برخوردار باشد؛ لذا در هر مورد باید به دقت به وقایع مربوط به پرونده و موضوع تمکین توجه کرد. شواهدی وجود دارد که این دیدگاه را تقویت می‌کند.

ج) نقد و بررسی احکام و مبانی حقوقی مطرح شده

ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مستند قانونی بزه ترک اتفاق است که مخصوص عقد دائم بوده و مقرر می‌دارد: «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقة زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقة سایر اشخاص واجب النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. تبصره - امتناع از پرداخت نفقة زوجه ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقة فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.» به موجب این ماده، شروط تحقق بزه ترک اتفاق استطاعت مالی زوج، تمکین زوجه، امتناع زوج از تأدیه نفقة و عدم وجود موارد مجاز قانونی در عدم تمکین زوجه است. بدیهی است هر کدام از اجزای موصوف باید توسط مقام قضائی احراز گردد. در رابطه با عدم تمکین مجاز و قانونی زوجه باید به مقررات قانون مدنی مراجعه کرد. در این خصوص مواد ذیل قابل استناد است. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مقرر داشته است: زن می‌تواند تا مهر به او تسليم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقة نخواهد بود. همچنین بلافاصله ماده ۱۰۸۶ مقرر کرده است اگر زن قبل از اخذ مهر باختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند. ماده ۱۱۱۵ نیز مقرر داشته است: اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متنضم خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد زن می‌تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مadam که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است نفقة بر عهده شوهر خواهد بود. ماده ۱۱۲۷ در رابطه

با حق عدم تمکین زوجه با استحقاق دریافت نفقة به بهداشت زوج پرداخته است. به موجب این ماده هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربی گردد زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع بعلت مذبور مانع حق نفقة نخواهد بود.

با این وجود، بحث «شرایط و اوضاع و احوال بزه ترک اتفاق» در آراء محاکم به خوبی تفسیر نشده است. چالش و مناقشه آنجاست که در فاصله زمانی بین عقد تا برگزاری مراسم جشن عروسی، شکایت ترک اتفاق مطرح می‌شود. در این شرایط زوج (متهم) حسب عرف شناخته شده محل، به جهت عدم تحقق رابطه زناشویی ادعای عدم تمکین می‌کند و در مقابل، زوجه (شاکیه) به جهت وقوع عقد، خود را معاف از اثبات تمکین می‌داند و اذعان دارد که نشوز نکرده است؛ در این شرایط خاص، معلوم نیست اثبات تمکین، شرط استحقاق نفقة می‌باشد یا به صرف وقوع عقد، نفقة مستقر است و یا فرض دیگری وجود دارد؟ به عبارت دیگر، آیا در فاصله زمانی میان عقد و جشن عروسی باید قائل بر آن باشیم که چون نکاح واقع شده، مرد، مکلف به پرداخت نفقة است مگراینکه نشوز زن را اثبات کند یا اینکه قائل بر آن باشیم که شرط استحقاق نفقة تمکین (نه امکان تمکین) است و به صرف وقوع عقد، تمکین محرز نیست؟

درخصوص مبنای الزام به اتفاق، تأمل در نظر فقهاء خالی از فایده نیست: مشهور فقهاء شیعه، تمکین را همانند عوض یا شبه عوض در برابر نفقة قرار داده‌اند و نفقة را مشروط به "تمکین" نموده اند و وجوب نفقة را مشروط به عقد دائم و تمکین کامل زوجه می‌دانند (حلی، ۱۴۱۳ق: ص۵۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ج۲، ص۴۶۵؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق: ج۲، ص۳۴۷). تنها دلیلی که قائلین به این نظر اقامه کرده‌اند شهرت بین فقهاء و هیچ آیه و روایتی که دلالت بر این شرط داشته باشد، وجود ندارد. گروه دیگری از فقهاء «عقد نکاح» را علت و سبب وجوب نفقة می‌دانند و معتقدند به جهت اینکه ادله وجوب نفقة، بر عنوان زوجه حمل می‌شود و زوجیت هم به مجرد عقد حاصل می‌گردد پس عقد، سبب وجوب اتفاق است و فقط نشوز باعث سقوط نفقة خواهد شد.^۱ برخی نیز بر آئند که نفقة در مقابل «حق

۱. محمدباقر بن محمد مؤمن سبزواری، *کفاية الاحکام* (اصفهان: مدرسه صدر مهدوی، بی‌تا)، ص ۱۹۴.

ریاست» یا سرپرستی شوهر بر خانواده (زوجه و فرزندان) می‌باشد که در فقه به «حق الطاعة» تعبیر شده است. دلیلی که قائلین به این نظر اقامه کردند آیه «الرجال قوامون علی النساء...»^۱ است و در توضیح آن گفته شده: ابتدای آیه، بیانگر حقی است که به مردان (شوهران) اعطاء گشته است، زیرا در ادامه آیه آمده: «و بما انفقوا من اموالهم». و در مقابل این حق، خداوند تکلیفی را به عهده مرد نهاده که همان تأمین هزینه خانواده (نفقة زن) می‌باشد.^۲ با توجه به مطالب مذکور در باب نظرات فقهاء، می‌توان گفت مطابق مبنای اول (رابطه تمکین با نفقة)، زن گذشته از رابطه زوجیت باید تمکین خود را نیز اثبات کند و چنین امری برای زن بسیار دشوار خواهد بود. مطابق مبنای دوم (رابطه عقد با نفقة) به مجرد عقد، نفقة بر شوهر واجب می‌شود، چنانچه مرد مدعی نشور زن باشد باید به عنوان مدعی آن را اثبات نماید، اما مطابق مبنای سوم (رابطه نفقة با ریاست شوهر) ریاست زوج یکی از قواعد و آثار حاکم بر نکاح در عقد دائم می‌باشد که به محض انعقاد نکاح این آثار بار می‌شود. پس شوهر باید برای نشور زن دلیل اقامه کند.

برخی از حقوقدانان از مجموع مواد قانونی مربوط به حقوق مدنی تلویحاً مبنای دوم (رابطه عقد با نفقة) را استنباط نموده، معتقدند: «قانون مدنی در این باب حکم صریحی ندارد و در فقه نیز اتفاق نظر نیست ولی از لحن ماد ۱۱۰۲ ق.م.^۳ به بعد برمه آید که قانونگذار، تمکین را شرط استحقاق زن نمی‌داند و نشور را مانع آن می‌شمارد، زیرا به موجب این ماده همین که نکاح به طور صحت واقع شود، رابطه زوجیت بین طرفین محقق می‌شود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود. یکی از این تکالیف، الزام مرد به دادن نفقة است، جز اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ ق.م. نشور زن این الزام را از بین می‌برد ... قطع نفقة فقط کیفر زن ناشزه است». همچنین عده‌ای نیز با استناد به ماده ۱۱۰۶ ق.م. اظهار می‌دارند: زن

۱. نساء/۳۴.

۲. محمدحسن نجفی، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام* (تهران: المكتبة الإسلامية، چاپ دوم، ۱۳۶۶)، ج. ۳۱، ص. ۳۰۶؛ وهبة زحلی، *الأسرة المسلمة في العلم المعاصر* (دمشق: دار الفكر، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.)، ص. ۸۲.

۳. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین، موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.

۴. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی خانواده* (تهران: بهمن برجا، چاپ پنجم، ۱۳۷۸)، صص ۱۸۵ - ۱۸۶.

در اثر عقد، مستحق نفقة می‌شود و نشوز مانع استحقاق نفقة است و چنانچه زن با ارائه قبایل ازدواج تقاضای نفقة نماید، شوهر ملزم به پرداخت می‌باشد، مگراینکه نشوز زن را اثبات نماید... در مدت بین عقد و عروسی، زن مستحق نفقة می‌باشد، مگر آنکه ثابت شود زن حاضر برای آمدن به خانه شوهر نبوده است که در این صورت ناشزه می‌گردد...^۱

بدیهی است تا آنجا که انفاق و مبنای آن صرفاً بحث حقوقی است می‌توان تئوری یا نظریه‌پردازی کرد، اما جایی که شکایت کیفری ترک انفاق مطرح است حقوق افراد و امنیت قضایی آنها ایجاد می‌کند موضع قانون، مشخص و رویه واحدی در محاکم اجرا گردد. به نظر می‌رسد درخصوص مسئله مورد بحث، مقام قضایی می‌تواند با توجه به خلاً قانون کیفری و با استناد به اصول حقوق کیفری خصوصاً اصل تفسیر مضيق به نفع متهمن و اصل برائت و با تکیه بر عرف و رسوم محلی شناخته شده که حکایت از توافق ضمنی زوجین دارد، رأی مقتضی و شایسته تصدیر کند. توضیح آنکه، جدا از تشتبه و تهافت آراء فقهاء و حقوقدانان، گاهی در عرف محل، شروع زندگی مشترک با صرف عقد نیست و زوجین تا برگزاری جشن ازدواج نزدیکی نخواهند داشت و به عبارت دیگر، تمکین محرز نیست بلکه امکان تمکین وجود دارد. در این شرایط شایسته است دادگاه اعلام کند زوجه حسب عرف پذیرفته شده در محل، در فاصله بین عقد تا جشن عروسی، حق دریافت نفقة را به طور ضمنی از خود سلب و ساقط کرده است، مگراینکه تمکین را اثبات کند. در پایان، درخصوص مستندات فقهی این دیدگاه می‌توان به دو فتوا اشاره کرد: شیخ طوسی با علم به اینکه به مجرد وقوع عقد، امکان تمکین محقق می‌باشد، در کتاب مبسوط نوشته است: صرف امکان تمکین، (برای استقرار نفقة) کفایت نمی‌کند.^۲ همچنین آیت‌الله خویی با علم به تأثیر عرف در روابط زوجین، معتقد است شرط ارتکاز عرفی مبنی بر اسقاط نفقة، دلیل بر عدم وجوب نفقة است.^۳

۱. سیدحسن امامی، *حقوق مدنی* (تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۰)، ج ۴، ص ص ۴۵۵ - ۴۵۶.
۲. محمدبن حسن طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه المکتبة المرتضویة لاحیة الآثار الجعفریة*، ۱۴۶۰ هـ.ق.، ج ۶، ص ۱۱.
۳. لاتجنب نفقة الزوجة فی الزمان الفاصل بین العقد والزفاف. فان الارتكاز العرفی قرینة علی اسقاطها فی

نتیجه‌گیری

حاصل سخن آنکه قبل از شروع زندگی مشترک (فاصله بین عقد و عروسی) در صورتی که زوجین براساس عرف شناخته شده مورد توافق برخوردار از رابطه زناشویی نباشند؛ به صرف وقوع عقد، الزام به اتفاق مستقر نیست، مگر اینکه زوجه تمکین را به طریق مقتضی اثبات کند.

← هذه المدة. اين نظر توسط اكثراً مراجع تقليد معاصر و آيات عظام از جمله بهجت، خامنه‌اي، صافى، فاضل لنكرانى، مكارم شيرازى و نورى همدانى تأييد شده است؛ چنانکه در فرض يادشده، اگر زن تمكين داشته باشد نفقه او بر شوهر واجب است. آيات عظام تبريزى و وحيد بر ديدگاه مزبور اتفاق نظر ندارند؛ در اين فرض بر عهده شوهر نیست. بنا به به اعتقاد آيت الله سيستانى، اگر در شهرى كه زندگى مى‌کنند، متعارف است كه نفقه دختر را خانواده‌اش مى‌دهد، دينى بر عهده شوهر نیست. در غير اين صورت، پرداخت نفقه، وظيفه شوهر است.

فهرست منابع:

قرآن کریم

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۴ (تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۰).
۲. جبی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، **الروضۃ البھیۃ فی شرح اللمعة الدمشقیۃ**، ج ۲ (قم: انتشارات داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ).
۳. ———، **مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام** (مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ).
۴. خویی، سیدابوالقاسم، **منهاج الصالحین** (قم: نشر مدینة العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ هـ).
۵. زحلی، وهبة، **الأسرة المسلمة فی العلم المعاصر** (دمشق: دار الفکر، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ).
۶. طرابلیسی، عبدالعزیز بن براج، **المهذب**، ج ۲ (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ).
۷. طوسی، محمدبن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۶ (المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۴۶۰ هـ).
۸. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی خانواده** (تهران: بهمن برونا، چاپ پنجم، ۱۳۷۸).
۹. محقق داماد، سیدمصطفی، **بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن** (انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۴).
۱۰. محمدی، مرتضی، «ازدواج، نفقة و تمکین»، **مجله کتاب زنان**، ش ۲۵ (۱۳۸۸).
۱۱. مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد، **کفایة الاحکام** (اصفهان: مدرسه صدر مهدوی، بی تا).
۱۲. نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۳۱ (تهران: المکتبة الاسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۶۶).

حق حبس در عقود غیر تملیکی

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۱۱۲۶

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۲/۱۰/۲۵

مرجع صدور رأی بدوی: شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران
خواسته: الزام به انجام تعهد مبني بر ترخيص و تحويل کالا از گمرک

شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۰۱۷۷۸

تاریخ صدور رأی نهایی: ۱۳۹۲/۱۲/۲۴

مرجع صدور رأی نهایی: شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی بدوی

درخصوص دعواي تقديمى آقاي ن.س. به طرفيت آقاي الف.الف. و ع.ر. و م.م. به خواسته الزام خواندگان به انجام تعهد مبني بر ترخيص و تحويل کالا از گمرک بندرعباس؛ دادگاه با توجه به محتويات پرونده از جمله مفاد دادخواست تقديمى خواهان، اظهارات شهود، ادعای خواهان مبني بر توافق با خوانده درخصوص الزام خوانده به خريد سوزن‌هاي طب سوزني از چين و تحويل آن به خواهان و پذيرش اصل انعقاد اين قراردادها توسيط خوانده در لايجه دفاعيه و مفاد شهادت شهود مبني بر وقوع عقدی با مفاد و محتوای فوق به نظر دادگاه اصل وقوع قرارداد محرز بوده است و خوانده بهموجب قانون مدنی از جمله ماده ۲۱۹ قانون مدنی ملزم به ايفا تعهد است و از آجاکه ترخيص کالا ي وارداتي از گمرک از لوازم عقلی و عرفی تعهد به وارد نمودن کالا به کشور می باشد و بهموجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی متعارف بودن امری در عرف و عادات بهمنزله ذکر در عقد است دفاعيات خوانده مبني بر عدم لزوم ترخيص توسيط شخص اخير بلاوجه است. علاوه بر آن، از آجاکه عقد موصوف بين خواهان و خواندگان از عقود عهدي می باشد که نهاد حق حبس، راهی به آن ندارد. دفاع خوانده مبني

* دکترای حقوق خصوصی، رئیس پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضائیه
shahnoosh1388@gmail.com



بر لزوم پرداخت هزینه‌های ترخیص از سوی خواهان پیش از انجام تعهد بلاوجه است؛ چراکه حق حبس منحصر به عقود تمیلکی است. النهاية با عنایت به اینکه خواندگان درخواستی مبنی بر محاسبه و هزینه‌های دادرسی ترخیص از خواهان، مطرح ننموده‌اند دادگاه مواجه با تکلیف در این رابطه نیست. علی‌هذا با عنایت به مراتب فوق، دعوی خواهان را وارد، تشخیص، حکم بر الزام خواندگان مبنی بر ترخیص کالای موضوع دادخواست از گمرک بندرعباس، صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره نسبت به خواندگان ۲ و ۳، غایبی و ظرف بیست روز قابل واخواهی در این دادگاه و سپس ظرف بیست روز قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران است و نسبت به سایرین، حضوری و ظرف بیست روز قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رأی دادگاه تجدیدنظر

تجددنظرخواهی آقای الف.الف. ن. به طرفیت آقای ن.س. نسبت به دادنامه شماره ۱۱۲۶ ۰۹۲/۰۲۵ مورخ ۹۲/۱۰/۲۵ صادره از شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی تهران که براساس آن، حکم به الزام از جمله تجدیدنظرخواه مبنی بر ترخیص کالای موضوع دادخواست از گمرک بندرعباس صادر و اعلام شده است وارد و موجه نمی‌باشد، زیرا دادنامه تجدیدنظرخواسته وفق مقررات و براساس محتویات پرونده، صادر شده و از ناحیه تجدیدنظرخواه علل و جهات موجهی که موجبات نقض و از هم گسیختن دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید، ابراز و اقامه نشده است. بر این اساس، تجدیدنظرخواهی خارج از شقوق مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تشخیص، به استناد ذیل ماده همان قانون با رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌شود. رأی صادره، قطعی است.

۱. شرح مा�وضع:

خواهان و خوانده، عقدی با موضوع خرید سوزن‌های طب سوزنی از کشور چین و تحويل آن به خواهان منعقد نموده‌اند. در این پرونده، خواهان، الزام خواندگان به انجام تعهد مشتمل بر ترخیص و تحويل کالا از گمرک بندرعباس را تقاضا نموده است. دادگاه ضمن احراز وقوع عقد بین طرفین دعوا، چون ترخیص کالای وارداتی از گمرک، از لوازم عقلی و عرفی تعهد به وارد نمودن کالا به کشور می‌باشد و به موجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی متعارف بودن امری در عرف و عادات بهمنزله ذکر در عقد است، دفاعیات خوانده مبنی بر عدم لزوم ترخیص توسط خوانده را رد کرده است. خوانده در مقام دفاع، عدم انجام تعهد مذکور را مستند به

عدم پرداخت هزینه‌های ترخیص از سوی خواهان نموده است. بنا به اذعان دادگاه در مقام رد استدلال مجبور، قرارداد میان طرفین از عقود عهدی محسوب می‌شود و حق حبس در چنین عقودی قابل اعمال نیست «چراکه حق حبس، منحصر به عقود تملیکی است». بنابراین، دادگاه «... حکم بر الزام خواندگان مبنی بر ترخیص کالای موضوع دادخواست از گمرک بندرعباس» را صادر کرده که این رأی عیناً در شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.

۲. نقد و بررسی:

به نظر می‌رسد بیان دادگاه در مقام رد استدلال خوانده، قابل خدشه می‌باشد، زیرا حق حبس را تنها در عقود تملیکی جاری می‌داند ضمن اینکه برای این گزاره هیچ مستند قانونی یا استدلالی بیان نمی‌نماید. به علاوه، نوع عقدی را که نسبت به اجرای آن بین طرفین، نزاع شده است تعیین نمی‌کند. بنابراین، نسبت به مفاد این رأی موارد ذیل قابل تأمل می‌باشد:

اولاً: اینکه چرا دادگاه، استدلال خوانده را استناد به حق حبس تلقی کرده است روشن و آشکار نیست. مستبینط از متن رأی، خوانده مدعی شده است خواهان باید قبل از انجام تعهد خوانده، هزینه‌های مربوط به ترخیص از گمرک را پرداخت کند: «... دفاع خوانده مبنی بر لزوم پرداخت هزینه‌های ترخیص از سوی خواهان پیش از انجام تعهد بلاوجه است؟...». وجه دفاع خوانده در این عبارت بیان نشده اما دادگاه مدعای خوانده را حق حبس تلقی نموده است: «علاوه بر آن از آنچاکه عقد موصوف بین خواهان و خواندگان از عقود عهدی می‌باشد که نهاد حق حبس راهی به آن ندارد، دفاع خوانده مبنی بر لزوم پرداخت هزینه‌های ترخیص از سوی خواهان پیش از انجام تعهد بلاوجه است؛ چراکه حق حبس منحصر به عقود تملیکی است». هر نوع امتناع از انجام تعهد به استناد عدم انجام تعهد طرف مقابل را نمی‌توان حق حبس دانست. در نظامهای حقوقی دیگر، نهادهای مشابهی وجود دارد که لزوماً مبتنی بر تعهدات قراردادی طرفین نیست در حالی که در نظام حقوقی کشورمان حق حبس نتیجه تعهدات متقابل طرفین است. درباره مبنای حق حبس در بندهای آتی سخن خواهیم گفت. برای مثال، در پرونده مورد بررسی می‌توان تصور کرد که مراد خوانده از لزوم پرداخت هزینه‌های ترخیص توسط

طرف دیگر، پرداخت هزینه‌های ترجیحی، از جمله تعهدات خواهان بوده است. در این صورت می‌باشد دلیل مدعای خوانده را مورد بررسی قرار می‌داد. اینکه حق حبس از متن رأی، مفاد دفاع خوانده بوده است یا تفسیر دادگاه از دفاع خوانده، مبهم و مجحول می‌باشد.

ثانیاً: بنا به ادعای دادگاه «... حق حبس، منحصر به عقود تمليکی است»،^۱ بی‌آنکه برای این مدعای خود مستند و دلیلی ارائه کرده باشد، اما تحلیل دقیق مبنای حق حبس نشان می‌دهد نه تنها دلیلی برای این انحصار وجود ندارد بلکه بالعکس می‌توان ادله‌ای برای حق حبس در عقود غیرتمليکی اقامه کرد. برخی حقوقدانان مفاد عقود موضع تمليکی را مبتنی بر سه موازنۀ از جمله «موازنۀ در تسليمیم» می‌دانند. درنتیجه، مفاد عقد تمليکی (بيع) تنها تمليک در برابر تمليک چنانکه به طور مثال، عقد بيع در ماده ۳۳۸ ق.م. تعریف می‌شود – نیست بلکه علاوه بر آن بر تسليم در برابر تسليم هم مفاد عقد است دارد.^۱

۱. آنچه از ظاهر سخشنام استنباط می‌گردد اینکه مراد از تسليم نیز تسليم خارجی است. به تعبیر دیگر، خود عقد را ممان تسليم در برابر تسليم خارجی تلقی می‌کنند و اجرای عقد را منفك از خود عقد نمی‌دانند: «اصحاب نظر (=فقیه، حقوقدان) که با بحث ماهیت وجود سروکار دارند و ماهیت عقد را در موازنۀ اول (=تمليک در برابر تمليک) خلاصه می‌کنند، آنگاه بر این اساس بین دو نکته ذيل فرق می‌گذارند:

(۱) ماهیت عقد بيع

(۲) اجراء تعهدات ناشی از بيع که همان تسليم در برابر تسليم است و صریحاً می‌گویند اجراء عقد، غیر از خود عقد است، اما کدام عقد؟ از دید چه کسانی؟ عقد نظری از دید اصحاب نظر؟ ... آیا این کار درست است که علم از عمل اینقدر فاصله بگیرد؟ ... ». (محمد جعفر جعفری لنگرودی، *თئوری موازنۀ اول* (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱)، ص ۱۸) به بعد؛ اگرچه این نکته که عقد و به طور کلی اعتبارات (عقود) برای مقام عمل و ترتیب اثار خارجی بر آنها ساخته و پرداخته می‌شوند – آن گونه که نظریه پرداز یادشده بر آن تأکید می‌ورزد – ولی نباید اثردار بودن یا نبودن عقد (اعتبار) را منوط به تفاسیر غیرواقعی از عقد دانست. واقعیت آن است که تفسیر عقد به اجرای خارجی آن، دور افتادن از دنبای اعتبارات و بی خاصیت کردن آنهاست؛ اعتبارات، به نوعی راههای مبانیری هستند برای بهبوده کردن رفتار معاملی، و نباید به گونه‌ای تحلیل شوند که این نکته مغفول بماند. از آنجا که تسليم در برابر تسليم و تسليط در برابر تسليط در عالم خارج و واقع برای دستیابی افراد به مطلوبشان آنها را با مشکلاتی مواجه می‌نمود، بشر برای سرعت بخشیدن به تصرف در مال غیر (شیئی) که در تسلط دیگری است، در عالم ذهن به اختراع اموری دست یازید و آثار امر خارجی را بر آن بار کرد. نتیجه اینکه خلط مبحث «هدف اعتبارات» با «ماهیت و مفاد» آنها دور شدن از روش صحیح تحلیل موضوع مورد بررسی است. و نیز لزوم تسليم در برابر تسليم را نمی‌توان

عقلاء در یک معاوضه علاوه بر اینکه عقد را سبب نقل مالکیت می‌دانند، مرتكز ذهن‌شان این است که مورد معامله زمانی به طرف دیگر تسلیم شود که او هم عوض را تسلیم کند. به تعبیر دیگر، مفاد اصلی عقد تملیکی عوض، مستلزم یک تعهد ضمنی است با این مضمون که طرفین باید عوضین معامله را در یک زمان به یکدیگر قبض و اقباض نمایند. معامله صرفاً بهمنظور ایجاد تغییر و تحول در عالم اعتبار نیست بلکه طرفین می‌خواهند به مورد معامله در عالم خارج مسلط باشند. لازمه این شرط ضمنی و مفهوم آن این است که تا زمانی که طرف مقابل، حاضر به تسلیم مورد معامله نباشد طرف دیگر، حق امتناع از تسلیم عوض را دارد مگر خلاف این شرط، در عقد تصریح شده باشد^۱ و این همان معنای «حق حبس» است. بنابراین، حق حبس چیزی جز آنچه طرفین بالملازمه از مفاد عقد خود اراده کرده‌اند نیست و آنچه مقتضی این حق می‌باشد شرط ضمنی ارتکازی لزوم تقابل هم‌زمان عوضین معامله است. باید توجه داشت که لزوم تسلیم هریک از عوضین، مشروط به تسلیم دیگری نیست زیرا مستلزم دور خواهد بود. درنتیجه، هیچ‌گاه لزوم وفای به این شرط و عقد محقق نخواهد شد چراکه مفاد شرط ضمنی مذکور، لزوم تسلیم و تسلم هم‌زمان دو عوض است.

با وجود این، برخی از حقوقدانان معتقدند حق حبس، نشأت‌گرفته از حکم قانونگذار است، زیرا اگر عقد موجب انتقال مالکیت عین منفعت یا منفعت یا حق مربوط به عین معین به طرف دیگر باشد در اثر قرارداد این انتقال صورت می‌گیرد و نتیجه این انتقال، استحقاق منتقل‌آلیه نسبت به تصرف مورد انتقالی است که بدون

← مفاد عقد به شمار آورد و باست آن را مرتبط به مرحله اجرا دانست. بنابراین، حق حبس را بر این اساس نمی‌توان ثابت کرد، زیرا تاکنون تنها این مهم اثبات گردید که مفاد عقود تملیکی، تملیک در برابر تملیک است و نتیجه به مالکیت طرف مقابل درآمدن مال لزوم رفع منع تصرف از آن برای بهره برداری طرف دیگر است و این تعهد به تسلیم و تسلیط مال غیر به غیر (صاحب مال) مشروط یا معلق بر تسلیم متقابل نیست. برای بررسی تفصیلی مسئله «اعتبارات و اعتباریات بعدالاجتماع» نک: سید محمدحسین طباطبائی (علامه)، *اصول فلسفه و روش رئالسیسم*(همراه با مقدمه و پاورقی مرتضی مطهری) (تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۹)، ج ۲، ص ۱۵۷ به بعد و ص ۲۱۶ به بعد.

۱. مرتضی انصاری (شیخ)، *كتاب المکاسب* (قم: مجتمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ هـ . ق)، ج ۶، ص ۲۶۳؛ محمدحسین اصفهانی، *حاشیه كتاب المکاسب* (قم: پایه دانش، ۱۴۲۵ هـ . ق)، ج ۵، ص ۳۷۲.

قید به او تعلق پیدا کرده است. حبس ملک دیگری هرچند در جهت گروکشی و موکول کردن تسلیم آن به تسلیم مورد طرف دیگر باشد نیازمند مجوز قانونی یا رضایت مالک است. اگر این مجوز قانونی نباشد - آنسان که برای بیع وجود دارد -، نمی‌توان از مفاد عقد، وجود چنین حقی را استباط کرد، زیرا مفهوم معاوضه در عقد معموض و اثر عقد، چیزی جز انتقال حقوقی و اعتباری هریک از دو مورد به عوض انتقال حقوقی مورد دیگر نیست و لزوم تسلیم هم‌زمان دو مورد عقد نه ماهیت عقد است و نه الزاماً مورد اراده طرفین عقد.^۱ نتیجه این تحلیل آنکه حق حبس، خلاف قاعده می‌باشد و در همه موارد عقود معموض نمی‌توان به آن تمسک کرد.

براساس مطالب فوق الذکر، نمی‌توان حق حبس را خلاف قاعده دانست. در دفاع از خلاف قاعده بودن حق حبس گفته‌اند مفهوم معاوضه در عقد، چیزی جز انتقال اعتباری هریک از دو مورد قرارداد نمی‌باشد. این سخن به هیچ‌وجه قابل پذیرش نیست، زیرا اعتبار نقل مالکیت به تنها یکی مورد اراده هیچ معامله‌کننده‌ای نیست، بلکه هدف از چنین عقدی به‌طور متعارف دستیابی به مورد معامله برای انجام تصرفات مادی و حقوقی مطلوب معامله‌کننده است. در صورت پذیرش این معنا باید پذیرفت که طرفین، تعهد به تسلیم مورد معامله و تسلم عوض آن در هنگام انعقاد قرارداد، اراده کرده‌اند. قصد و هدف طرفین از ورود به معامله، دست یافتن به مورد معامله و نیز تصرف در آن، اعم از حقوقی و مادی می‌باشد. فلذا اگر طرفین بدانند به چنین نتیجه‌ای دست نخواهند یافت از ورود به چنین معامله‌ای سر باز خواهند زد. تسلط خارجی بر مورد معامله را نباید از انگیزه‌ها و دواعی معامله که قید آن قرار نمی‌گیرند دانست، زیرا - همان‌گونه که گفته شد - در صورت علم به عدم دستیابی به این مطلوب، طرفین چنین معامله‌ای را انجام نخواهند داد. پس قرارداد، شامل یک تعهد ضمنی است که مفاد آن، لزوم تسلیم و حق حبس در صورت امتناع طرف مقابل به عنوان ضمانت اجرای تعهد به تسلیم می‌باشد. بنابراین در عقودی که ناقل مالکیت عین یا منفعت یا حق مربوط به عین است حق حبس، موافق قاعده می‌گردد.

۱. مهدی شهبیدی، آثار قراردادها و تعهدات (تهران: انتشارات مجده، ۱۳۸۳)، ص ۱۶۲.

حق حبس در عقود دو طرفه غیرتملیکی

براساس آنچه تاکنون درباره حق حبس در عقود معاوضی تملیکی بیان شد می‌توان نشان داد که حق حبس، مأذون در عقود غیرتملیکی نیز می‌باشد. عقد ممکن است متقابل و دو طرفه ولی غیرتملیکی باشد (عقد نکاح).

معاوضی بودن عقد به معنای متقابل بودن مفاد عقد دو تعهد^۱، متضمن تعهد به اجرای متقابل تعهدات ناشی از عقد است زیرا مبتنی بر آن، هریک از دو تعهد متقابل، جانشین طرف دیگر می‌شود و در صورتی که قائل به این حق امتناع از اجرای عقد تا زمان اجرای طرف دیگر نباشیم، فایده تعویض دو تعهد ناشی از عقد در طرفین قرارداد حاصل نخواهد شد، لذا در عقد نکاح به صرف تعیین مهر در متن قرارداد، قائل به حق امتناع زوجه از تمکین تا زمان قبض مهر شده‌اند.^۲ با این تحلیل، حق حبس مقتضای معاوضه میان دو تعهد قرارداد است. اگر قرارداد، متضمن دو تعهد متقابل باشد تقابل میان دو تعهد نیز باید جزء مفاد قرارداد لحاظ گردد. در این صورت دو تعهد ناشی از عقد در طرفین قرارداد، مطلق و مستقل از یکدیگر نیستند بلکه هریک نوعی وابستگی و قید به یکدیگر دارند.^۳

۱. تعهدات طرفین عقد متقابل‌اند مگر اینکه از مفاد عقد در جهت خلاف آن استفاده شود. وقتی مفاد عقدی برای طرفین، تعهد ایجاد می‌نماید ظاهر این است که علت تعهد هریک از طرفین تعهد طرف دیگر بوده است به‌طوری که اگر تعهد طرف دیگر نبود دلیلی برای تعهد طرف مقابل نیز وجود نداشت. البته اگر عقد صرفاً برای یکی از طرفین تعهد ایجاد کند می‌توان نتیجه گرفت که متعهد، دلیل دیگری غیر از تعهد طرف مقابل برای قبول تعهد داشته است. به تعبیر دیگر، عقد چیزی جز قرار در برابر قرار دیگر نیست. محقق اصفهانی در تعریف و توضیح عقد و تعهدات طرفین در آذان می‌دارد که: «آن الصادر من المتعاملين خفیفة ليس الا جعل شيء ملکاً بعض، فمن حيث انه جعل و قرار عهد، ومن حيث ارتباطه بغير آخر عقد، ومن حيث انه ایجاد للملك تسبيباً وبليلاً» (محمدحسین اصفهانی، پیشین، ج. ۲، ص ۱۵۹)؛ «عقد» قرار و عهدی است که به قرار و عهدی دیگر پیوند خورده است. این پیوند معنا نخواهد داشت مگر اینکه نوعی تقابل وابستگی میان آنها وجود داشته باشد. بنابراین ظاهر از هر عقد این است که تعهدات ناشی از آن، متقابل و در برابر هم هستند.

۲. «آن في الملاوحة لكل من المتعاملين الامتناع من تسلیم ما في جانبه من العوض حتى يصل إليه الآخر، سواء كان موسراً أم معرضاً، لحصولفائدة العوض». زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، (قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ-ق)، ج. ۸، ص ۱۹۱.

۳. شعیه ۴ دادگاه عمومی - حقوقی تهران حق حبس را مخصوص عقود تملیکی دانسته است. در دعواهی، خوانده در مقام دفاع گفته است پیش از انجام تعهد خود، خواهان مکلف به پرداخت هزینه‌های ترجیح است. دادگاه در

بررسی تطبیقی

در نظام حقوقی آلمان، حق حبس - مفاد ماده ۳۲۰^۱ قانون مدنی آلمان - ناشی از دو تعهدی بودن^۲ قرارداد می‌باشد.^۳ با این حال، در توجیه ماده قانون مزبور و همچنین ماده ۲۸ قانون بیع کالای انگلیس، اذعان شده است که لزوم اجرای همزمان تعهدات قرارداد به منظور حمایت از طرفی که اجرای تعهدش مطالبه شده ولی او اطمینان به اجرای متقابل قرارداد ندارد، وضع شده است.^۴

در نظام حقوق انگلیس - جز در موارد مصرح در قانون - آنچه مناط و ملاک حق حبس می‌باشد ساختار عقد و طبیعت تعهدی است که هر طرف برای دیگری به وجود آورده است. در صورتی که اراده مشترک طرفین صریحاً یا ضمناً دلالت بر تعهد به اجرای همزمان یا تقدیم اجرای یکی بر دیگری داشته باشد مطابق همان

رد این استدلال بیان می‌دارد: «...علاوه بر آن از آنچاکه عقد موصوف بین خواهان و خواندگان از عقود تعهدی می‌باشد که نهاد حق حبس راهی به آن ندارد، دفاع خوانده مبنی بر لزوم پرداخت هزینه‌های ترجیحی از سوی خواهان پیش از انجام تعهد بلاوجه است؛ چراکه حق حبس منحصر به عقود تمليکی است». این رأی عیناً در شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با شماره دادنامه ۹۰۹۷۰۲۲۴۰۱۷۷۸ در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ تایید شده است. با توجه به آنچه در متن بیان شد به نظر رسید استدلال دادگاه بدروی از دو جهت صحیح نیست، زیرا: اولاً حق حبس، نتیجه تعهد ضمنی طرفین در عقود دو تعهدی به انجام همزمان تعهدات است بنابراین، خوانده نمی‌تواند انجام تعهد توسط طرف دیگر را مطالبه کند بلکه می‌بایست اجرای همزمان را مطالبه می‌کرد و برای دفاع از خود به این نکته استناد می‌نمود؛ حال آنکه دادگاه به طور ضمنی این بخش از دفاع خوانده را پذیرفته است؛ ثانیاً حق حبس منحصر در عقود تمليکی نیست، زیرا این حق، نتیجه تعهد ضمنی طرفین به اجرای همزمان تبعه‌دانشان می‌باشد.



1. German civil law (BGB): Title 2; Synallagmatic contracts; Section 320; Defence of failure to perform the contract:

(1) Unless the contract requires him to perform first, a person bound by a synallagmatic contract may refuse to perform his part until the other party effects counter performance. If performance is to be made to several persons, provision of section 273 (3) does not apply.

(2) If one party has partially performed, counter performance may not be refused to the extent that, under the circumstances, in particular the part due to one of them can be refused until the entire counter performance has been effected. The on account of the relative insignificance of the part not performed, the refusal would constitute bad faith.

2. Synallagmatic

3. Markesinis and others, The German Law of Contract, Hart Publishing, 2006, p.351.

4. Ibid.

مفاد مرضی الطرفین عمل می‌شود، اما اگر از مفاد قرارداد چنین برآید که هریک از طرفین، اجرای تعهد خود را مستقل از دیگری تعهد کرده است و به تعییر دیگر، اجرای متقابل شرط نشده باشد حق حبس وجود نخواهد داشت.^۱

در نظام حقوقی فرانسه نیز این حق به اراده مفروض طرفین مستند شده است.^۲ همچنین نتیجه وابستگی دوسویه دو تعهد متقابل، در ردیف قراردادهای دو تعهدی گنجانده شده است.^۳ مینا و مناط این حق، موسوم به تضمین حق طلبکاری است که در عین حال (به بدھکار خود) مديون است.^۴ موضوع حق حبس^۵ در نظام حقوقی کشور مزبور، قراردادهای دو تعهدی^۶ است و نه قرارداد یک تعهدی.^۷ لازم به ذکر است عقود دو تعهدی را باید با عقود معاوضی یکی دانست؛ چنانکه حقوقدانان فرانسه میان این دو نوع عقد، قائل به تفاوت و تفکیک آنند، اگرچه تمییز میان آنها را بسی دشوار می‌دانند.^۸ به طور کلی عقد را می‌توان به دو دسته ذیل تقسیم‌بندی نمود:

الف) عقد معاوض و یک تعهدی؛ مانند عقد قرض با بهره.

ب) عقد غیرمعوض (مجانی) و دو تعهدی؛ همانند عقد هبه معاوض.^۹

1. Ibid.

2. *La Volonté Présumée Des Parties*

3. Mazeaud, Henri et Léon et Jean, *Leçons De Droit civil*, tome deuxième, quatrième édition, 1969, p.984.

4. ... la cour de cassation a affirmé que «l'interdépendance des obligations réciproques résultant d'un contrat synallagmatique (qui) donne droit à une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne ». Req. 17 mai 1938. D.H. 1939. 419. (Gabriel, Marty et Pierre Raynaud, *Droit civil (Les obligations)*, Sierry, 1988, p.33).

5. Ibid., p.331.

6. *L'Exception D'Inexécution*

7. *Contract Synallagmatique*

8. *Contract Unilateral*

9. Ibid., p.63.

10. *La Donation Avec Charges*

نتیجه‌گیری

آنچه از مبانی حق حبس استنباط می‌گردد این است که حق مذبور در قراردادهای دو تعهدی محقق می‌شود. حق حبس ناشی از بستگی و رابطه‌ای است که بین دو تعهد متقابل وجود دارد. این تقابل، مستلزم تعهد ضمنی به اجرای همزمان دو تعهد است و این تعهد ضمنی به هریک از طرفین معامله حق می‌دهد از تسلیم مورد تعهد امتناع نماید تا طرف دیگر تعهد خود را انجام دهد. مناطق این حق، وابستگی دو تعهد به یکدیگر و ارتکاز ذهنی طرفین بر اجرای همزمان آنهاست، لذا شرط أجل در هریک از آنها مانع از تحقق این حق برای مشروطه‌ای می‌باشد.^۱ در نظام حقوق ایران، برخی حق حبس را از عوارض عقد معوض دانسته‌اند.^۲ به نظر می‌رسد با توجه به مبنای حق حبس، این موضع صحیح نباشد و باید مطلق عقودی را که دو تعهد متقابل به همراه دارند مشمول این حق دانست زیرا این حق ناشی از وابستگی و تقابل دو تعهد نشأت‌گرفته از قرارداد است. در نظام حقوق آلمان نیز موضع این حق، قراردادهای دو تعهدی^۳ هستند.^۴

۱. سیدحسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۶)، ج ۱، ص ۴۴۶.

۲. مهدی شهیدی، پیشین، ص ۱۵۴؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶)، ج ۲، ص ۲۹۱؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، (شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ج ۴، ص ۸۹.

3. *Bilateral Or Synallagmatic Contract*

4. Markesinis and others, The German Law of Contract, Hart Publishing, 2006, p.351.

فهرست منابع:

الف) منابع فارسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱ (تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۶).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازن (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱).
۳. _____، الفارق، ج ۲ (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶).
۴. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۳).
۵. طباطبایی (علامه)، سیدمحمدحسین، اصول فلسفه و روش رئالسیم (همراه با مقدمه و پاورپوینت مطهری)، ج ۲ (تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۹).
۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳).

ب) منابع عربی

۱. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۲ و ۵ (قم: پایه دانش، ۱۴۲۵ هـ).
۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد، مسالک الأفہام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۸ (قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ.
۳. انصاری (شیخ)، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۶ (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ هـ . ق).

ج) منابع فرانسه و انگلیسی

1. Markesinis and others, The German Law of Contract, Hart Publishing, 2006.

2. Marty, Gabriel et Pierre Raynaud, *Droit civil (Les obligations)*, Siery, 1988.
3. Mazeaud, Henri et Léon et Jean, *Leçons De Droit civil*, 2eTome, quatrième édition, 1969.

علی محمد فلاحزاده*
روح الله علیدادزاده**

وقایع پرونده:

از آنجا که مراجع اختصاصی دادرسی اداری، دارای ترکیب خاص خود هستند و از شیوه واحدی تبعیت نمی‌کنند لذا این امر، بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. یکی از موضوعاتی که در ارتباط با ترکیب مراجع مذبور سبب شده است تا دیوان عدالت اداری، آراء متفاوتی صادر کند عضویت و حضور شخص قاضی در ترکیب این مراجع می‌باشد. دیوان محاسبات کشور به عنوان یک مؤسسه دولتی در درون خود دارای هیأت‌هایی است که برای رسیدگی به تخلفات اداری و مالی در چارچوب قانون دیوان محاسبات کشور تشکیل می‌شوند. درخصوص آراء این هیأت‌ها ابهامات و سؤالاتی مطرح می‌شود از جمله اینکه: آیا آراء این هیأت‌ها قطعی است؟ آیا چنین آرایی، در مرجع دیگری خارج از دیوان محاسبات غیرقابل اعتراض‌اند؟ آیا آراء این مراجع قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع عالی ناظر بر مراجع اختصاصی دادرسی اداری می‌باشند؟ مطابق رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آراء این هیأت‌ها قطعی است و نمی‌توان نسبت به آن‌ها در دیوان عدالت اداری اعتراض نمود. در این پژوهش به نقد رأی صادره از هیأت عمومی می‌پردازیم و برای

* استادیار حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

amfallahzadeh@atu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

ralidadzadeh@gmail.com



درستی دیدگاه مطرح شده در این جستار، چند رأی دیگر هیأت عمومی نیز مورد توجه قرار می‌گیرند. البته نکته مهمی که در این آراء باید مدتنظر قرار داد عضویت قضایی به عنوان قاضی صادرکننده رأی یا در مقام یک عضو در کنار دیگر اعضاء می‌باشد که این امر بر آراء دیوان تأثیرگذار بوده است.

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۸۶/۱۷۰

تاریخ: ۱۳۸۶/۳/۲۰

مرجع رسیدگی: هیأت عمومی دیوان عدالت اداری
شاکی: سرپرست دفتر حقوقی و امور مجلس دیوان محاسبات کشور
موضوع شکایت و خواسته: اعلام تعارض از آراء شعب ۲، ۴، ۶، ۱۷ و ۲۰ بدوى و ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری

الف - ۱ - شعبه هجدهم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۶۲۳/۸۲ موضوع شکایت آقای مظفر بهرامی به طرفیت هیأت مستشاری دوم دیوان محاسبات کشور به خواسته اعتراض به رأی مورخ ۱۳۸۲/۸/۱۸ دیوان محاسبات کشور به شرح دادنامه شماره ۲۶۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۲۵ چنین رأی صادر نموده است: نظر به اینکه رأی مورد شکایت توسط حاکم شرع منصوب از طرف ریاست قوه قضاییه صادر گردیده و تبصره ۲ بند ۳ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری^۱ آراء و تصمیمات صادره از ناحیه مقامات قضایی را قابل اعتراض در دیوان ندانسته، فلذا شکایت معنونه را غیروارد، تشخیص و قرار رد آن صادر می‌گردد. الف - ۲ - شعبه سوم تجدیدنظر در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۵۹/۸۳ موضوع تقاضای تجدیدنظر آقای مظفر بهرامی نسبت به دادنامه شماره ۲۶۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۲۵ به شرح دادنامه شماره ۱۸ مورخ ۱۳۸۴/۱/۲۲ چنین رأی صادر نموده است: شاکی اشعار داشته، تخلفات مصرحه در رأی هیأت دوم مستشاری دیوان محاسبات کشور که موجبات محکومیت وی گردیده از جمله برداشت‌های حساب مربوط به طرح‌های

.۱. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰.

آماده‌سازی سازمان ملی زمین و مسکن کردستان در سال ۱۴۰۰ مورد بحث تحت تصدی وی نبوده لیکن مرجع مذکور، این شکایت را قابل طرح و رسیدگی در دیوان عدالت اداری ندانسته با التفات به منطق مواد ۱۶ و ۱۹ قانون و مقررات دیوان محاسبات کشور، رأی مبحوث عنه از ناحیه هیأت سه نفر مستشاری اصدر یافته که با کیفیت مطروحه قطعیت یافته تلقی می‌شود نه رأی موضوع ماده ۲۸ قانون مارالذکر که از ناحیه حاکم شرع دیوان محاسبات کشور صادر شده باشد که مورد شکایت مشمول بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری بوده و تأکید ماده ۲۵ و تبصره ۲ ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور در ارسال پرونده‌هایی که واجد اوصاف جزایی است به مرجع قضایی دادگستری حکایت از قابلیت شکایت آراء هیأت مذکور در دیوان عدالت اداری می‌باشد. بنابراین با رد ایراد معنونه از ناحیه اداره حقوقی مرجع یادشده و احراز صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به این شکایت درخصوص ماهیت شکایت مطروحه ... ضمن فسخ دادنامه بدوى، حکم به ورود شکایت شاکی و رسیدگی به موضوع در هیأت هم‌عرض مستشاری دیوان محاسبات کشور اعلام می‌دارد؛ ب - شعبه دوم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۴۶۹/۷۹ موضوع شکایت آقای محمد نیکبخت به طرفیت دیوان محاسبات کشور به خواسته اعتراض به رأی مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱ هیأت مستشاری به شرح دادنامه شماره ۲۱۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۶؛ با توجه به ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور و به استناد ماده ۲۱ آیین دادرسی دیوان عدالت اداری قرار رد شکایت را صادر و اعلام نموده است؛ ج - شعبه ششم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۱۹۵/۷۹ موضوع شکایت آقای سیدحسن امیری به طرفیت دیوان محاسبات کشور به خواسته نقض رأی به شرح دادنامه شماره ۱۲۱۱ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۲ موضوع خواسته را خارج از شمول ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری دانسته و قرار رد خواسته شاکی را صادر نموده است؛ د - شعبه هفدهم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۳۳۱/۸۰ موضوع شکایت آقای محمود جعفری به طرفیت دیوان محاسبات کشور به خواسته ابطال رأی شماره ۲/۱۴۲۶ مورخ ۱۳۷۷/۴/۲۰ هیأت مستشاری به شرح دادنامه شماره ۱۱۲۷ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۷؛ با توجه به اینکه رسیدگی به اعتراض به آراء صادره از هیأت‌های مستشاری، در صلاحیت هیأت تجدیدنظر می‌باشد و در

رأی هیأت تجدیدنظر یک نفر قاضی منتخب ریاست قوه قضاییه قرار دارد. بنابراین، رسیدگی به شکایت را خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری، تشخیص و قرار رد شکایت را صادر نموده‌اند؛ هـ - شعبه بیستم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۲۵۱۹/۸۳ موضوع شکایت آقای علیرضا قدیری به طرفیت دادسرای دیوان محاسبات کشور به خواسته اعتراض به رأی مورخ ۱۳۸۲/۱/۲۶ به شرح دادنامه شماره ۲۹۸۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۳ و با توجه به تبصره یک ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور که مرجع رسیدگی را حاکم شرع منتخب شورای قضایی اعلام نموده حکم به رد شکایت شاکی، صادر و اعلام داشته است؛ و - شعبه چهارم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۲۷۹۱/۸۲ موضوع شکایت آقای عبدالله بهرامی به طرفیت دیوان محاسبات کشور به خواسته نقض رأی هیأت سوم مستشاری به شرح دادنامه شماره ۳۰۴۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۷ و با توجه به اینکه آراء و تصمیمات قضایی قابل شکایت در دیوان نمی‌باشد بنابراین، قرار رد دادخواست را صادر نموده است. هیأت عمومی با توجه به تعارض پیش‌آمده چنین رأی صادر نموده است: «سیاق عبارات ماده ۲۸ قانون محاسبات کشور و حدود صلاحیت و اختیارات هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر در آن در باب رسیدگی به تخلفات مالی و تعیین مجازات‌های اداری در موارد منصوص و قابلیت اعتراض نسبت به آراء هیأت‌های مستشاری توسط محاکوم‌علیه یا دادستان در محکمه تجدیدنظر مذکور به عضویت حاکم شرع... و نتیجتاً ماهیت و طبیعت مراجع مذکور و نوع وظایف و مسئولیت‌های آن‌ها مفید انصراف تصمیمات و آراء قطعی مراجع مذکور از مصاديق تصمیمات و آراء قطعی مراجع اختصاصی اداری ... است».^۱ اعتراض به آراء هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر در دادنامه مذکور به دلایل زیر پذیرفته نشد:

۱- با استناد به ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور اعتراض را صرفاً

محدود به شاکی و دادستان دانسته است.

۲- عضویت حاکم شرع در محکمه تجدیدنظر

۳- ماهیت و طبیعت مراجع مذکور و نوع وظایف و مسئولیت آن‌ها

1. <https://divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=2076>

۴- تصمیمات و آراء قطعی این مراجع، مشمول تصمیمات و آراء مراجع اختصاصی اداری نیستند.

نقد و بررسی:

برای روشن شدن موضوع، با اختصار به بررسی قانون دیوان محاسبات کشور می‌پردازیم. دیوان محاسبات کشور در راستای اجرایی شدن اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی به منظور رسیدگی و حسابرسی کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که بهنحوی از انحصار از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد، تشکیل شد. بدین منظور قانون دیوان محاسبات کشور به تصویب مجلس رسید. همان‌طور که در ماده ۱ قانون مزبور آمده به منظور اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی بر دستگاه‌های مذکور در اصل ۵۵ این قانون، به تصویب رسید. وظایف و اختیارات دیوان محاسبات کشور در ماده ۲ قانون مزبور مشخص شده است که از آن جمله‌اند: حسابرسی و رسیدگی کلیه حساب‌های درآمد و هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها از نظر مطابقت با قوانین و مقررات، رسیدگی به موجودی حساب اموال و دارایی‌های دستگاه‌ها، رسیدگی به حساب کسری ابواب جمعی و تخلفات مالی.

مطابق ماده ۱۲، دیوان محاسبات کشور دارای یک دادسرا و تعدادی هیأت مستشاری است که این هیأت‌ها از سه عضو از بین افرادی که رئیس دیوان محاسبات کشور به کمیسیون دیوان محاسبات کشور، بودجه و امور مالی مجلس پیشنهاد می‌کند، برگزیده می‌شوند. مطابق ماده ۲۳، هیأت مستشاری به موارد زیر رسیدگی و انشای رأی می‌نمایند:

- عدم ارائه صورت‌های مالی، حساب درآمد و هزینه... در موعد مقرر به دیوان محاسبات کشور
- عدم پرداخت به موقع تعهدات دولت که موجب ضرر و زیان به بیت‌المال می‌گردد.
- سوءاستفاده و غفلت و سامح در حفظ بیت‌المال و اسناد و وجوده دولتی و یا هر خرج یا تصمیم نادرست ...

• رسیدگی و صدور رأی نسبت به گزارش‌های حسابرسان شرکت‌ها و مؤسسه‌ات و بندهای دیگر که همگی در همین راستا هستند. در تبصره ۱ این ماده آمده است هیأت‌ها در صورت احراز تخلف، ضمن صدور رأی نسبت به ضرر و زیان وارد، مختلفین را به مجازات‌های اداری زیر محکوم می‌کنند:

الف - توبیخ کتبی

ب - کسر حقوق و مزايا

ج - انفال موقت از یک ماه یا یک سال

د - اخراج از محل خدمت

ه - انفال دائم از خدمات دولتی

تبصره ۲- هیأت‌ها در صورت احراز وقوع جرم، ضمن اعلام رأی نسبت به ضرر و زیان وارد، پرونده را از طریق دادسرای دیوان محاسبات کشور برای تعقیب به مراجع قضایی ارسال خواهند کرد.

تبصره ۳- آراء بندهای (الف) و (ب) و (ج) قطعی و لازم‌الاجرا هستند و بندهای (د) و (ه) به مدت ۲۰ روز قابل تجدیدنظر در هیأت مستشاری دیگری که رئیس دیوان تعیین می‌کند، می‌باشند.

ماده ۲۸- آراء هیأت‌های مستشاری ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ به محکوم‌علیه، از طرف وی و دادستان قابل تجدیدنظر است.... تبصره یک - مرجع رسیدگی به تقاضای تجدیدنظر، محکمه صالح‌های است که از یک نفر حاکم شرع به انتخاب رئیس قوه قضائیه و دو نفر از مستشاران دیوان محاسبات به عنوان کارشناس و به انتخاب رئیس دیوان تشکیل می‌شود.

ماده ۳۰- رسیدگی به پرونده‌ها در هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر، تابع تشریفات آیین دادرسی نبوده.... .

در بررسی قانون محاسبات کشور با دو مرجع رسیدگی به تخلفات مالی محاسباتی آشنا شده‌ایم: «هیأت‌های مستشاری» و «محکمه تجدیدنظر». در ابتدا باید دید: آیا هیأت‌های استشاری و محکمه تجدیدنظر مراجع اختصاصی دادرسی اداری هستند یا خیر؟ سازمان دیوان محاسبات کشور، مطابق ماده ۲ قانون خدمات

کشوری، یک مؤسسه دولتی است که زیر نظر مجلس شورای اسلامی با داشتن استقلال اداری و مالی به انجام وظایف محوله می‌پردازد.

هیأت‌های مستشاری به عنوان مراجع اختصاصی دادرسی اداری در این مؤسسه دولتی مطابق وظایف محوله که اداری و مالی هستند به صدور رأی اقدام می‌کنند. فلذا این هیأت‌ها از چند نظر مشمول نظارت دیوان عدالت اداری هستند:

۱- اعضای آن‌ها به پیشنهاد رئیس دیوان و تأیید کمیسیون مجلس انتخاب می‌شوند.

۲- وظایف و اختیارات آن‌ها اداری و مالی است و در چارچوب صلاحیت‌های اداری و مالی قانون دیوان محاسبات کشور رأی صادر می‌نمایند، لذا «هیأت‌های مستشاری دیوان محاسبات کشور در راستای تنظیم، شکل‌دهی و نظارت بر مراحل مختلف امور مالی و محاسباتی در اداره‌ها و سازمان‌های گوناگون دولتی پدید آمده‌اند».^۱

۳- هیأت‌های مزبور زیرمجموعه یک مؤسسه دولتی هستند بی‌آنکه مشمول ارکان مراجع قضایی باشند از طرفی فلسفه تشکیل دیوان عدالت اداری مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی رسیدگی به اعتراضات و شکایت و تظلمات مردم نسبت به واحدهای دولتی است.

۴- مطابق بند ۲ ماده ۱۰ تمامی هیأت‌ها و کمیسیون‌ها (مراجع اختصاصی دادرسی اداری) مشمول نظارت دیوان هستند (مگراینکه قانون چنین مراجعی را مستثنی کرده باشد).

۵- این هیأت‌ها در صورت احراز وقوع جرم، پرونده را از طریق دادسرای دیوان محاسبات برای تعقیب به مراجع قضایی ارسال می‌کنند. بند مزبور دربرگیرنده چند نکته است که نشان‌دهنده اداری بودن این هیأت‌هاست: ۱- ارجاع پرونده برای تصمیم‌گیری درمورد وقوع یا عدم وقوع جرم که مرجع قضایی الزامی به تبعیت احراز هیأت مستشاری

۱. محمد امامی و سیدنصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبہ‌قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، ش ۲ (۱۳۸۳): ص ۱۰۰.

در وقوع یا عدم وقوع جرم ندارد؛ ۲- به کار بردن اصطلاح «مراجع قضایی» در برابر این هیأت‌ها نشان دیگری است از اداری بودن آن‌ها. بنابراین اگر چنین هیأت‌هایی قضایی می‌بودند طبیعتاً می‌باید در این مورد نیز تصمیم‌گیری نمایند؛ ۶- رسیدگی به تخلفات مستشاران (هیأت‌های مستشاری و مستشاران محکمه تجدیدنظر) با اعلام رئیس دیوان محاسبات کشور در کمیسیون دیوان محاسبات کشور، بودجه و امور مالی مجلس صورت می‌گیرد؛ ۷- مطابق بند ۶ سند همکاری سازمان بازرگانی کل کشور و دیوان محاسبات کشور به تاریخ ۸۵/۳/۱۶ سازمان بازرگانی، مراتب اعتراض خود را نسبت به آراء هیأت‌های مستشاری از طریق رئیس دیوان و دادستان دیوان محاسبات کشور اعلام می‌نماید. مطابق اصل ۱۷۴ و صلاحیت‌های سازمان بازرگانی که در قانون آن سازمان آمده است، سازمان نسبت به دستگاه‌های اداری از جمله مراجع اختصاصی دادرسی اداری، نظارت اداری دارد بی‌آنکه صلاحیت نظارت بر اعمال قضایی مراجع قضایی را داشته باشد.

نتیجه آنکه این هیأت‌ها صرفاً مراجع اختصاصی دادرسی اداری هستند و نسبت به آراء قطعی آن‌ها می‌توان در دیوان عدالت اداری اعتراض نمود. محکمه تجدیدنظر، مطابق تبصره یک ماده ۲۸ از یک حاکم شرع (به انتخاب رئیس قوه قضائیه) و دو مستشار (به انتخاب رئیس دیوان) تشکیل می‌شود که متصف به ویژگی‌های ذیل است:

(۱) حضور یک قاضی در رأس این محکمه اعتبار ویژه‌ای به آن می‌بخشد ولی این امر نمی‌تواند دلیلی باشد برای خروج وی از مرجع اختصاصی اداری، زیرا مطابق استفساریه قانونی مجلس، حضور دو مستشار در این محکمه الزامی است و بدون آن‌ها رسمیت ندارد. اگرچه نظر مستشاران، مشورتی است ولیکن موظف به اظهارنظر کتبی بوده و حاکم شرع بدون در نظر گرفتن نظر مشورتی آنان حکم نخواهد کرد.^۱

۱. استفساریه قانونی راجع به تبصره ۱ ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور ۱۳۶۵/۱۰/۲.

۲) مراجع قضایی در نظام حقوقی ایران مطابق قانون اساسی و قوانین عادی، زیرمجموعه قوه قضایی می‌باشند که صلاحیت این مراجع به انحصار ذیل بیان می‌گردد:

الف) مراجع با صلاحیت عام: که به تمامی دعاوی حق رسیدگی دارند مگراینکه امری از صلاحیتشان خارج شود. چنین مراجعی در نظام حقوقی ایران تحت عنوان «دادگاه‌های عمومی» شناخته می‌شوند. محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور با توجه به وظایف ذکر شده در قانون دیوان محاسبات کشور نمی‌تواند یک مرجع قضایی با صلاحیت عام باشد.

ب) مراجع با صلاحیت تخصصی: «براساس تقسیم کار و به موجب تخصص، به نوع خاصی از دعاوی و جرائم رسیدگی می‌کنند... که تشکیل این مراجع هم می‌تواند در دادگاه‌های عمومی و هم در مراجع اختصاصی انجام شود». برای مثال، در دادگاه‌های عمومی با شب حقوقی، کیفری، اطفال و ... مواجه هستیم. ویژگی‌های این مراجع عبارتند از:

۱- عدم لزوم قانونی بودن تشکیل شعب تخصصی

۲- عدم لزوم به یک آیین دادرسی ویژه

۳- جانشینی دادگاه عمومی به عنوان قائم مقام دادگاه تخصصی

۴- صلاحیت رسیدگی به امور خارج از تخصص خود

با توجه به مطالب پیش‌گفته و همچنین ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور نمی‌توان محکمه تجدیدنظر را محکمه تخصصی دانست زیرا این محکمه، شعبی از یک دادگاه عمومی یا دادگاه تخصصی نیست.

ج) مراجع با صلاحیت اختصاصی: که به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱. رجب گلدوست‌جویباری و همکاران، «صلاحیت تخصصی یا اختصاصی محاکم کیفری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران، دوره ۱۵، ش ۲ (۱۳۹۱):

ص ۱۱۹.

۲. همان.

۱. مراجع اختصاصی دادرسی اداری

۲. مراجع اختصاصی قضایی: «عبارت از مراجع قضایی است که ایجاد آن متکی به دلایل فنی مثل طبیعت جرم یا موضوع دعوا و شخصیت مجرمین یا طرفین دعوا می‌باشد».۱ این مراجع جزء تشکیلات قضایی قوه قضاییه هستند. و همان‌طور که از نامشان پیداست صرفاً به یک موضوع خاص رسیدگی می‌کنند و صلاحیت‌شان محدود به جواز قانونگذار در امری خاص است که می‌توان گفت بخشی از وظایف دادگاه‌های عمومی به این مراجع اختصاص داده شده است. و اما چنین مراجعی^۲ متصف به ویژگی‌هایی است که به‌گونه‌ای آن‌ها را از مراجع اختصاصی دادرسی اداری متفاوت و متمایز می‌سازد و آن ویژگی‌ها عبارتند از:

الف) قانونی بودن دادگاه‌های اختصاصی (تشکیل این مراجع باید با مجوز قانون مصوب مجلس باشد که طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی تشکیل دادگاه و تعیین صلاحیت آن به‌محض قانون است).

ب) آیین دادرسی خاص

ج) وجود مرجع تجدیدنظر خاص

د) از لحاظ سازمانی الزاماً می‌باید زیرمجموعه قوه قضاییه باشد. به عبارت دیگر، مرجع خارج از گستره سازمانی قوه قضاییه را نمی‌توان دارای کارکرد صرف قضایی دانست.^۳ و به لحاظ ارگانیک هیچ‌گونه وابستگی و ارتباطی سلسله‌مراتبی میان محکمه تجدیدنظر و دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد.^۴

ه) تصدی عضو یا اعضای صرفاً قضایی در فرایند رسیدگی و صدور رأی؛ به‌طوری که اگر یک یا چند عضو اداری در فرایند رسیدگی و

۱. سیدمحمد‌هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳)، ج ۲، ص ۴۲۷.

۲. رجب گلدوس‌تجویباری و همکاران، پیشین.

۳. جواد محمودی، بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰)، ص ۹۵.

۴. مهدی هداوند، همان، ص ۴۶.

تصمیم‌گیری دخالت داشته باشند بدون تردید مرجع مربوطه را باید یک مرجع اختصاصی اداری دانست.^۱

محکمه تجدیدنظر آیا یک دادگاه اختصاصی قضایی است؟

۱- این محکمه صرفاً یک محکمه تجدیدنظر است که نسبت به آراء قابل تجدیدنظر هیأت‌های مستشاری وارد رسیدگی ماهوی می‌شود.

۲- موضوعات قابل طرح در دادگاهها و مراجع اختصاصی دادرسی اداری را می‌توان به دو گروه کلی تقسیم نمود:

الف) موضوعات کیفری: که خارج از دایره مراجع اختصاصی دادرسی اداری هستند.

ب) موضوعات حقوقی: که منقسم به دو دسته‌اند:

• **موضوعات قابل طرح با عنوان اختلافات در ادعا: چنین**

موضوعاتی در دادگاه‌های دادگستری مطرح می‌شوند و قواعد و سازوکارهای حقوق خصوصی بر آن‌ها حاکم است که در این موضوعات تنها یکی از دو طرف دعوا محق شناخته می‌شود و در قالب ادعا مطرح می‌گردد و دادگاه پس از بررسی مستندات و تنها بر مبنای قوانین و قراردادها و عرف و عادت مسلم حکم صادر می‌کند.

• **موضوعات قابل طرح با عنوان اختلافات در نظر: که خصوصیت**

عمده آن‌ها به موقعیت شغلی و سازمانی اشخاص بازمی‌گردد همواره یکی از طرفین دعوا، ادارات و سازمان‌های اداری است هر دو طرف دعوا می‌توانند محق شناخته شوند و دادگاهها نمی‌توانند تنها بر مبنای متن قوانین و مقررات و قراردادها به این موضوعات رسیدگی کنند؛ چراکه در این دسته از موضوعات یکی از دغدغه‌های مراجع اختصاصی دادرسی اداری توجه به منافع عمومی اداره است.^۲ درواقع آنچه مایه تمایز و مرز مشخص کننده نحوه رسیدگی اداری و تفاوت آن با دادرسی قضایی (موضوعات دسته اول) شده است را می‌توان در

۱. همان.

۲. همان، ص ۹۷

چگونگی بهره‌برداری از دلایل و جریان رسیدگی و ملاحظات خاص دانست. به طوری که در رسیدگی به ادله اثبات دعوا، بهنحوی که قوانین و آیین دادرسی مدنی آن‌ها را احصاء و شمارش نموده، نیستند و دادرسان اداری از تمامی راهها و روش‌هایی که لازم بدانند سعی در کشف واقعیت، ریشه‌یابی علل تعارض و نائل شدن به تصمیم درست دارند.^۱ موضوعات مالی و محاسباتی دستگاه‌های اداری کشور را می‌توان در چارچوب دسته دوم مورد بررسی و کاوش قرار داد. امری که در ماده ۳۰ قانون دیوان محاسبات کشور به آن اشاره شده است. بنابراین، ماهیت موضوعات قابل طرح و نحوه رسیدگی به آن‌ها نشان از اداری بودن این موضوعات می‌باشد. براین‌اساس، نظر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری درمورد هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر از بعد صلاحیت، ماهیت، نوع وظایف و مسئولیت‌ها و خارج نمودن آن‌ها از مصادیق مراجع اختصاصی دادرسی اداری نادرست است.

۳- اگر این محکمه را جزء تشکیلات قضایی قوه قضاییه بدانیم یا در شمار محاکم با صلاحیت عام است یا دارای صلاحیت تخصصی، و یا در عداد محاکم با صلاحیت اختصاصی می‌باشد.

نکته نخست اینکه با توجه به صلاحیت خاص و صرفاً تجدیدنظری، این محکمه نمی‌تواند یک محکمه عام باشد از طرفی چون محاکم تخصصی باید در زیرمجموعه یک مرجع دیگر باشند و محکمه مزبور فاقد این ویژگی است لذا نمی‌تواند محکمه با صلاحیت تخصصی باشد، اما آیا می‌توان آن را در جرگه محکمه اختصاصی قرار داد؟ همان‌طور که در ویژگی‌های این محاکم بیان شد باید دارای آیین دادرسی خاص خود باشند ولیکن مطابق ماده ۳۰ قانون دیوان محاسبات کشور، محکمه مزبور تابع تشریفات آیین دادرسی نبوده و «رسیدگی اداری برخلاف دادرسی قضایی، ساده، سریع و بدون تشریفات است. سرعت رسیدگی به دعاوی و سادگی آیین رسیدگی یکی از ویژگی‌های مهم و اساسی دادگاه‌های اختصاصی

۱. مهدی هداوند، مسلم آقایی‌طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی) (تهران: انتشارات خرسندي، ۱۳۸۹)، ص ۱۳۱.

اداری محسوب می‌شود»^۱ ... هرچند در مواردی مانند رسیدگی‌های فوری، فوق العاده یا خارج از نوبت، قانونگذار رعایت تشریفات دادرسی را لازم ندانسته است ولی این امر به معنای نبود آیین تشریفات دادرسی در یک محکمه نیست بلکه عدم رعایت تشریفات دادرسی، موردی است. و اینکه یک محکمه با ادعای قضایی بودن آن از طرف هیأت عمومی دیوان عدالت اداری کشور، قادر آیین دادرسی باشد قابل توجیه و پذیرش نیست.

نکته دوم، حضور اعضای غیرقضایی در تشکیل این محکمه باعث خروج آن از محاکم اختصاصی قضایی می‌شود.

نکته سوم اینکه از وزیرگی محاکم اختصاصی، وجود یک مرجع تجدیدنظر نسبت به آراء صادره محکمه تالی است درصورتی که محکمه مزبور، خود یک محکمه تجدیدنظر است و نه محکمه ابتدائی، و همچنین قادر محکمه عالی در دستگاه قضایی می‌باشد. درواقع اگر محکمه مذکور را محکمه اختصاصی بدانیم باید دیوان عالی کشور بر آن نظارت داشته باشد ولی ظاهراً چنین نظارتی اعمال نمی‌شود.

نکته چهارم، اگر این محکمه را قضایی بدانیم باید رأی صادره از آن را در حکم رأی بدوى قضایی تلقی کنیم حال آنکه رأی این محکمه، بدوى نیست. «بنابراین با توجه به قوانین و مقررات و منطق حاکم بر امر نظارت، دیوان محاسبات کشور از ماهیتی اداری و تخصصی برخوردار است و ابزار نظارت مالی مجلس است، لذا آراء صادره از هیأت‌های مستشاری را باید در حکم تصمیمات اداری یا احکام مراجع شبه قضایی قلمداد نمود و قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری دانست»^۲ و شایسته است که دیوان عدالت اداری آراء صادره از محکمه تجدیدنظر را در صلاحیت خود بداند و موضعی مانند شورای دولتی فرانسه اتخاذ نماید. هرچند قانونگذار در تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به آراء این محکمه سکوت کرده باشد «در فرانسه موضع شورای دولتی آن است که اصولاً یک تصمیم اداری مشمول کنترل‌های دادرسی اداری است حتی اگر صراحتاً از کنترل مستثنی شده

۱. هداوند، مهدی، همان، ص ۱۳۷.

۲. محمد راسخ، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۸)، ص ۶۸.

باشد»^۱ که این موافق اصول عدالت طبیعی و رویه‌ای و منطق با اصل رسیدگی دو درجه‌ای است که جزء لاینفک دادرسی منصفانه می‌باشد.^۲

درمورد حضور قضاط در مراجع اختصاصی دادرسی اداری آراء دیگری از دیوان عدالت اداری صادر شده است که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

دادنامه شماره ۱۴/۷۴ - ۱۳۷۴/۲/۹:^۳ شعبه ۱۶ در رسیدگی به شکایتی به طرفیت شورای عالی ثبت، به خواسته اعتراض به رأی آن شورا چنین رأی داده است: اولاً برابر مقررات قانون ثبت اسناد و املاک آراء شورای عالی ثبت که با حضور دو نفر از قضاط عالی رتبه دیوان عالی کشور صادر می‌شود برای ادارات تابعه ثبت اسناد بهمنزله قانون لازم‌الإتباع بوده و به استناد قانون ثبت اسناد در هیچ مرجع دیگر قابل تجدیدنظر نخواهد بود؛ دوم اینکه شورای عالی ثبت تحت هیچ‌یک از عناوین مذکور در بند ۲ ماده ۱۱ (بند ۲ ماده ۱۰ قانون فعلی) دیوان ذکر نگردیده، لاجرم از شمول صلاحیت دیوان خارج است. استدلال شعبه ۱۵ در خروج صلاحیت دیوان برای نظارت بر آراء شورای عالی ثبت به دلایل زیر از سوی هیأت عمومی دیوان رد شد: -۱- طبق تبصره ۲ از بند ۳ ماده ۱۱ (تبصره ۲ بند ۳ ماده ۱۰ قانون فعلی) صرفاً تصمیمات و آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری و نظامی و دادگاه‌های انتظامی و قضاط دادگستری و ارش قابل شکایت در دیوان نیستند درصورتی که آراء این شورا از جمله آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری نمی‌باشد؛ -۲- شرکت قاضی در این شورا، شورای مرقوم را از شمول دادگاه‌های اداری موضوع بند ۲ از ماده ۱۱ قانون دیوان خارج نمی‌کند. بنابراین، هیأت عمومی در این دادنامه، حضور دو قاضی را نشانه قضایی بودن این شورا ندانسته است. (مطابق ماده ۲۵ قانون ثبت اسناد و املاک شورای عالی ثبت برای نظارت بر آراء هیأت‌های نظارت، از سه عضو تشکیل می‌شود که دو عضو

۱. محمدحسین زارعی و جواد محمودی، «تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ش ۳ (۱۳۹۰)، ص ۹۱.

۲. جعفر شفیعی‌سردشت و همکاران، «اعمال نظارت‌نایاب‌پذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۰، ش ۹۶ (۱۳۹۵): ص ۱۴۴.

3. <https://divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=>

این شورا قاضی دیوان عالی کشور به انتخاب رئیس قوه قضائیه هستند) و از طرفی صرفاً مصادیق تبصره ۲ از بند ۳ ماده ۱۱ را خارج از صلاحیت دیوان دانسته است.

دادنامه شماره ۵۹۰ - ۱۳۹۴/۴/۵ هیأت عمومی دیوان:^۱ شعبه ۸ دیوان

در رسیدگی به خواسته اعتراض به رأی قاضی عضو کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی، وارد رسیدگی شده و اعتراض به رأی را در صلاحیت خود دانسته است ولی شعبه ۳۸ بر این باور بود که رسیدگی به خواسته اعتراض به رأی قاضی کمیسیون یادشده از جمله موارد احصاء شده در صلاحیت شعب دیوان مصرح در ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان نیست. هیأت عمومی با احراز تعارض بین دو شعبه چنین رأیی صادر کرده است: مطابق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات دیوان رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌ها... از جمله صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری احصاء شده است و رأی شعبه ۸ مبنی بر احراز صلاحیت خود صحیح می‌باشد. در این رأی به صراحت رأی صادره از قاضی عضو کمیسیون را در صلاحیت دیوان می‌داند و کمیسیون را مشمول بند ۲ ماده ۱۰ و حضور قاضی در این کمیسیون را دال بر قضایی بودن آن ندانست هرچند رأی توسط قاضی صادر شود. مطابق تبصره ۵ قانون تعیین تکلیف چاهه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری، کمیسیون مذکور با حضور یک قاضی با حکم رئیس قوه قضائیه، یک نماینده جهاد کشاورزی و یک نماینده شرکت آب منطقه‌ای تشکیل می‌شود که رأی کمیسیون توسط قاضی عضو صادر می‌شود. احکام صادره در دیوان عدالت اداری قابل تجدیدنظر هستند. در اینجا قانونگذار نیز با پذیرش اداری بودن این کمیسیون، حضور قاضی و صدور رأی توسط وی را در چارچوب بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان تلقی محسوب نمود.

دادنامه شماره ۸۰/۲۵۲ - ۱۳۸۰/۸/۱۳ هیأت عمومی دیوان:^۲ بین

شعب ۱ و ۱۴ در صلاحیت شعب نسبت کمیسیون تعزیرات حکومتی پیش آمد و شعبه ۱، آراء شعب تعزیرات حکومتی صادره از سوی قضاة و نیز رسیدگی

1. <https://divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=>

2. <https://divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=>

به احکام قضایی را از قلمرو دیوان عدالت اداری خارج دانست. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بیان داشته «حکم مقرر در بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مفید صلاحیت دیوان نسبت به آراء قطعی مطلق مراجعت اختصاصی اداری... است. نظر به اینکه حسب مصوبات مجمع تشخیص مصلحت سازمان تعزیرات حکومتی از اجزاء قوه مجریه هستند و شعب تعزیرات حکومتی در زمرة مراجعت اختصاصی اداری قرار دارند و در عداد مراجعت قضایی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱ محسوب نمی‌شوند...»، در این رأی به‌وضوح مشخص شده که صرف صدور رأی از طرف قضایی نمی‌تواند دلیلی برای احتساب یک مرجع به قضایی بودن باشد. مطابق مواد ۸، ۹ و ۱۰ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی شعب بدوى و تجدیدنظر می‌توانند از بین قضاط، کارمندان، روحانیون... انتخاب شوند. فلذا قضایی به عنوان تنها عضو این شعب بدوى می‌تواند رأی صادر کند و همچنین اعضای شعب تجدیدنظر که سه تن هستند بی‌هیچ محدودیتی می‌توانند از بین قضاط انتخاب شوند کما اینکه رأی صادره از طرف قضایی است.

نتیجه‌گیری

هیأت‌های مستشاری و تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور را باید در زمرة مراجع اختصاصی دادرسی اداری تلقی نمود که می‌توان نسبت به آراء آن‌ها در دیوان عدالت اداری اعتراض نمود. با بیان دلایل چنین ادعایی می‌توان به استنتاج نهایی دست یافت:

۱- دیوان عدالت اداری مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به واحدهای دولتی تشکیل شده است.

۲- مطابق ماده ۲ قانون خدمات کشوری، کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده‌اند، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شوند.

۳- دیوان محاسبات کشور مطابق اصول ۵۴ و ۵۵ زیر نظر مجلس شورای اسلامی تشکیل می‌گردد.

۴- مطابق تبصره ۲ بند ۳ ماده ۱۰ قانون دیوان تصمیمات و آراء دادگاه‌ها و سایر مراجع قضایی دادگستری و نظامی و دادگاه‌های انتظامی قضات دادگستری و نیروهای مسلح قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نیست و با توجه به توضیحات داده شده هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر جزء هیچ‌یک از دادگاه‌ها و مراجع قضایی تبصره مذکور نمی‌باشد.

بنابراین، هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر مشمول بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری و جزء مراجع اختصاصی دادرسی اداری‌اند و می‌توان نسبت به آراء آن‌ها در دیوان عدالت اداری شکایت و اعتراض نمود.

فهرست منابع:

- ۱- امامی، محمد و سیدنصرالله موسوی، مبانی نظری مراجع شبہقضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، ش ۲ (۱۳۸۳).
- ۲- راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۸).
- ۳- زارعی، محمدحسین و جواد محمودی، تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ش ۳ (۱۳۹۰).
- ۴- شفیعی‌سردشت، جعفر، علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی و علی قانعی، اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۰، ش ۹۶ (۱۳۹۵).
- ۵- گلدوس‌جوبیاری، رجب و همکاران، صلاحیت تخصصی یا اختصاصی محاکم کیفری در حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران، دوره ۱۵، ش ۲ (۱۳۹۱).
- ۶- محمودی، جواد، بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰).
- ۷- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲ (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲).
- ۸- هداوند، مهدی و مسلم آقایی‌طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی) (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹).

اثر تفکیک جهات دعوی طلاق از ناحیه زوجه

* زکیه نعیمی

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۹۳۰۹۹۷۵۸۴۰۳۰۰۳۷۸

مرجع رسیدگی: شعبه ۳ دادگاه حقوقی شهرستان بجنورد

تاریخ: ۱۳۹۳/۰۳/۱۹

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۳۰۹۹۷۵۸۴۴۱۰۰۹۸۴

مرجع رسیدگی: شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر خراسان شمالی

تاریخ: ۱۳۹۳/۰۸/۰۱

شماره دادنامه فرجام: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۹۰۰۰۵

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور

تاریخ: ۱۳۹۴/۰۱/۲۳

خواسته: صدور گواهی عدم امکان سازش

الف) وقایع پرونده:

در پرونده حاضر، زوجه با ادعای تحقق شرط ضمن عقد نکاح به جهت ترک انفاق توسط زوج، خواستار صدور گواهی عدم امکان سازش شده است. دادگاه بدوی با احراز صحت ادعای زوجه که مدلل به رأی قطعی دادگاه مبني بر الزام زوج به پرداخت نفقة می‌باشد گواهی عدم امکان سازش را صادر نموده است. لازم به ذکر است که مفاد پرونده اجرایی حکم الزام به انفاق، مؤید عدم امکان الزام زوج به اجرای حکم می‌باشد. زوج از رأی صادره، تجدیدنظرخواهی نموده و متعاقب تأیید رأی بدوی در این مرحله، نسبت به فرجامخواهی از آن، اقدام کرده است.



دیوان عالی کشور با احراز پرداخت نفقة معوقه پس از صدور گواهی عدم امکان سازش و کسر نفقة جاری از حقوق زوج، عسر و حرج زوجه را مرتفع دانسته، با نقض رأی، پرونده را به دادگاه صادر کننده، ارجاع داده است.

رأی بدوى

درخصوص دعوای خانم پ. الف.ی. به طرفیت آقای س. ر. به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش بهمنظور طلاق به علت تخلف زوج از شروط ضمن عقد با عدم پرداخت نفقة و عدم تهیه منزل مستقل و اثاثالبیت جهت شروع زندگی مشترک به شرح دادخواست تقدیمی با این توضیح که خواهان مدعی است حسب سند نکاحیه شماره ... به عقد زوجیت دائم خوانده درآمده است لیکن با عدم پرداخت نفقة بلا تکلیف رها نموده است و در حال حاضر زندگی مشترک را شروع نکرده‌اند و حسب تصویر دادنامه پیوست به شماره ۱۳۱۴/۱۰۳۰ مورخ ۹۱۰۹۹۷۸۵۸۴۰۳۰ خوانده به پرداخت نفقة معوقه و آتبه و تهیه مسکن مناسب و اثاثالبیت، محکوم که از پرداخت نفقة و تهیه مسکن و اثاثالبیت، امتناع و پرونده نیز در اجرای احکام در حال پیگیری است. خوانده نیز با ارائه لایحه به شماره ۱۳۹۲/۱۰۸ مورخ ۹۲۰۳۰۱۹۸۹ مدعی شده است که رای استنادی قطعی نشده است و پرونده تمکین نیز مطرح شده است، لذا دادگاه با توجه به مراتب فوق و احراز رابطه زوجیت دائم فیمابین طرفین به دلالت سند نکاحیه و اقرار طرفین و با عنایت به دادخواست تقدیمی و رای صادره مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت نفقة آتبه و معوقه و تهیه مسکن و اثاثالبیت و قطعیت رای صادره در شعبه محترم اول دادگاه تجدیدنظر مرکز استان خراسان شمالی، شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۸۵۸۴۴۱۰۱۱۰ مورخ ۹۲/۱۱/۱۲ و نیز با ملاحظه پرونده اجرایی به شماره ۹۳۱۰۴۲۵۸۴۰۳۰۰۰۲ مورخ ۹۳/۱۱/۱۸ که اجرای زوج به اجرای مفاد رای صادره متمرثمن نبوده است و نیز با ملاحظه نظریه داور، زوجه ادامه زندگی را به صلاح ندانسته هرچند که داور زوج، درخواست زندگی مشترک را نموده است لذا فی المجموع بنظر دادگاه، تخلف زوج از شروط ضمن عقد نکاح که حسب مندرجات سند نکاحیه به امضا طرفین رسیده است محرز می‌باشد لذا خواسته خواهان، وارد و با توجه به فراهم بودن مقتضای اعمال وکالت زوجه به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و رعایت مقررات قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌نماید و خواهان را مجاز می‌داند در ظرف مدت ۶ ماه پس از ابلاغ دادنامه قطعیت یافته به یکی از دفاتر رسمی طلاق، مراجعته و به وکالت از سوی زوج (در قبول بدل و طلاق) خود را به طلاق خلع، مطلقه سازد و واقعه طلاق را به ثبت برساند. خواهان حاضر شده است تعداد یک سکه بهار آزادی از مهریه‌اش و جهیزیه با نفقة ایام عده را بذل نماید و مابقی مهریه و نفقة که جداگانه اقدام شده است به قوت خود باقی

است. طرفین فرزند مشترک ندارند لذا حضانت فرزند منتفی است. زوجه حسب نظریه پژوهشی قانونی پیوست باردار نمی‌باشد. رای صادره، حضوری و طرف مدت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر مرکز استان خراسان شمالی می‌باشد و پس از آن طرف مدت بیست روز دیگر قابل فرجام خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد.

رأی تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی س. ر. بطرفیت پ.الفی. نسبت به دادنامه شماره ۹۳۰۳۷۸ - ۱۹/۳/۹۳ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی بجنورد در پرونده کلاسه ۹۲۱۱۳۳ که بهموجب آن و حسب درخواست زوجه، گواهی عدم امکان سازش بهمنظور طلاق با احراز تخلف زوج از شروط ضمن عقد ازدواج بشرح منعکس در دادنامه موصوف صادر شده است. نظر به اینکه استدلال دادگاه محترم بدovی قانونی بوده و تخلف زوج از شرط اول شروط دوازده‌گانه مندرج در بند ب سند ازدواج محرز بوده و نفقه زوجه علی‌رغم صدور حکم و اجرائیه و اقدام مقتضی از سوی زوج پرداخت نشده است و در این مرحله نیز دلیلی که موجبات نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید ابراز نشده است. دادگاه، تجدیدنظرخواهی را خارج از مقررات ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی تشخیص داده مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون مذکور با رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید. رأی صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل فرجام خواهی در دیوان محترم عالی کشور خواهد بود.

رأی دیوان عالی کشور

اعتراض فرجام‌خواه از رأی فرجام‌خواسته بشماره ۹۳۰۹۹۷۵۸۴۴۱۰۰۹۸۴ - ۱/۸/۹۳ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی وارد است زیرا خواهان بهاستناد بند ۱ شرایط ضمن العقد در سند نکاحیه شماره ۲۹۵۳۱ و عدم پرداخت نفقه و حصول عسروحرج درخواست طلاق نموده است که منتهی بصدور گواهی عدم امکان سازش بشماره ۹۳۰۹۹۷۵۸۴۰۳۰۰۳۷۸ گردیده؛ نظر باینکه پس از صدور رأی مذکور زوج بمحض فیش‌های ۲۳۱۱۹ و ۲۴۳۹۳۶ بانک ملی ارقام را بابت نفقه معوقه تأدیه نموده مضافاً نفقه جاری از او کسر می‌گردد بقای عسروحرج محقق نیست. با عنایت بمندرجات بند ۱ شرایط ضمن العقد استنادی فرجام‌خوانده رأی فرجام‌خواسته، نقض و رسیدگی به‌شعبه دیگر همان دادگاه محول می‌گردد.

ب) تحلیل و بررسی

دعوى به خواسته طلاق، بحسب اینکه از سوی کدامیک از زوجین مطرح شود، دارای عنوان و جریان دادرسی متفاوتی است. از آنجاکه حق طلاق با زوج می‌باشد درخواست طلاق از ناحیه زوجه دارای جهات خاصی است که بحسب ابتنای دادخواست بر هریک از این جهات، رسیدگی دادگاه و حکم صادره متفاوت خواهد بود. این جهات عمدتاً عبارتند از:

الف) تحقق عسر و حرج

ب) تحقق شروط دوازده‌گانه مندرج در سند نکاح

ج) اعطای وکالت در طلاق بهموجب وکالت‌نامه

در دعوى حاضر چنانکه در رأى دیوان تصریح شده است زوجه به دلیل ترک اتفاق از ناحیه زوج، اقدام به طرح دادخواست طلاق نموده لذا دادخواست خود را هم تحقق بند یک از شروط ضمن عقد قرار داده است و هم تحقق عسر و حرج، زیرا ترک اتفاق، مصدق هر دو جهت مذکور می‌باشد. دادگاه‌های بدوي و تجدیدنظر با احراز ترک اتفاق، دعوى زوجه را در این خصوص پذیرفته‌اند، اما دیوان علی‌رغم پذیرش ترک اتفاق، به دلیل پرداخت این مبلغ پس از صدور حکم بدوي، رأى صادره را نقض کرده که این امر محل ایراد است.^۱

با نظر به اهمیت تفکیک جهات دعوى طلاق، خلط دو جهت متمایز شرط ضمن عقد و عسر و حرج از سوی دیوان قابل پذیرش نیست. «عسر و حرج» مفهومی است کیفی که احراز آن به عهده دادگاه می‌باشد. مواردی چون ترک اتفاق، اعتیاد، سوءرفتار، حبس و مانند اینها، مصاديقی هستند که اماره و نشانه بر تحقق عسر و حرج می‌باشند و درنهایت این دادگاه است که چنین تحقیقی را باید از حصول مصاديق مذبور احراز نماید. از سوی دیگر، ارتفاع این جهات پس از حصول نیز می‌تواند موجب انتفاء کیفیت عسر و حرجی زندگی زوجه گردد. بنابراین درصورتی که

۱. بر اساس آنچه در رأى بدوي و رأى تجدیدنظر تصریح شده است دادخواست، تنها براساس تحقق شرط ضمن عقد مطرح گشته، اما رأى دیوان به هر دو جهت شرط ضمن عقد و عسر و حرج اشاره کرده است. بنابراین با فرض صحت استنباط قضات دیوان از جریان دادرسی، هر دو جهت را مذکور شدیم.

زوجه تنها با استناد به عسر و حرج، خواستار طلاق باشد ترک اعتیاد زوج و یا پرداخت نفقه معوقه می‌تواند رد دعوی وی را در پی داشته باشد اما شرط ضمن عقد، به عنوان بخشی از توافق طرفین در عقد نکاح، فاقد چنین خصوصیتی است. هریک از عناوین موضوع شرط، در صورت تحقق، قهرآً محقق کننده شرط هستند و نقش قضات تنها احراز موضوع شرط است و تحقق شرط متعاقب تحقق موضوع، بدون دخالت آنها صورت می‌گیرد. در حقیقت، ماهیت شروط متعددالشكل مندرج در سند رسمی نکاح، شرط نتیجه‌ای است که حصول آن، موقوف به سبب خاصی شده است لذا به صرف تحقق سبب مذکور، نتیجه (وکالت زوجه در طلاق) حاصل می‌شود. بند یک از شروط ضمن عقد نکاح که مستند زوجه در دعوی حاضر است، بدین شرح می‌باشد:

«استنکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت ۶ ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأديه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را به مدت ۶ ماه وفا نکند و اجراء او به ایفاء هم ممکن نباشد».

بنابراین به صرف تحقق موضوع شرط (ترک اتفاق) براساس تراضی طرفین، شرط (وکالت زوجه در طلاق خود) محقق می‌شود و از بین رفتن موجبات آن در آینده تأثیری در حق ایجادشده ندارد. پس از تتحقق این حق نیز اصل بر بقای آن است مگر آنکه سببی برای سقوط آن احراز گردد که مفاد پرونده حاضر فاقد چنین عنوانی است. از میان رفتن حقی که برپایه تراضی طرفین ایجاد گشته، نیازمند تراضی مجدد و یا عدول از حق توسط ذی حق است که در اینجا طرح دادخواست طلاق از ناحیه زوجه مبین خلاف این فروض می‌باشد.

چنانکه مشاهده می‌شود دیوان در عین حال که متذکر شده جهت طلاق، هر دو عنوان (شرط ضمن عقد و عسر و حرج زوجه) در دادخواست مندرج بوده است، استدلال نموده که با توجه به پرداخت بعدی نفقه، عسر و حرج زوجه مرتفع گشته، رأی صادره را نقض کرده است؛ درحالی که ارتفاع عسر و حرج، ارتباطی با زوال حق ناشی از تتحقق شرط نداشته و خلط دو جهت متمایز درخواست طلاق و نادرستی رأی دیوان، آشکار است.

ممکن است تصور شود پرداخت نفقه، قید ایجاد شرط (عدم امکان الزام زوج به پرداخت نفقه) را منتفی می‌کند. توجه دادن رأی دیوان به مندرجات شرط ضمن عقد نکاح نیز این فرض را تقویت می‌نماید.

اما الزام زوج به این امر، از طریق رأی صادره در دعوی مربوط به نفقه محقق می‌شود که براساس آنچه در رأی بدوي تصریح شده حکم الزام به پرداخت نفقه، بلاجرا مانده است. همین امر جهت اثبات عدم امکان الزام زوج به پرداخت نفقه کافی است. نمی‌توان قید «عدم امکان الزام به پرداخت نفقه» را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که پرداخت آن حتی پس از صدور گواهی عدم امکان سازش نیز مانع از تحقق این قید شود ولیکن دیوان عالی کشور پرداخت نفقه در این مرحله را موجبی برای نقض حکم صادره دانسته است.

مؤثر تلقی کردن این پرداخت متعاقب، بر حکم سابق الصدور، علاوه بر ایراد حقوقی، موجبات سوءاستفاده زوج و تضییع حقوق زوجه را نیز فراهم می‌کند. نفقه به اقتضای ماهیت، باید به‌طور مداوم پرداخت گردد و تعلل و تأخیر در پرداخت آن، زوجه را در شرایط نامطلوبی قرار می‌دهد. طرح دعوى، استعانت از قوای قهریه در اجرا و تأمین نفقه جاریه با کسر حقوق، با ماهیت و کارکرد این نهاد در تضاد می‌باشد. افزون بر آن، وضع شرط ضمن عقد نیز راهی برای رهایی زوجه از این وضعیت مشقت‌بار بوده است. حال اگر پس از طی تمامی این مراحل، زوج بتواند با پرداخت مؤخر، حکم سابق را ملغی کند تمامی ضمانت‌اجراهای مربوط به عدم پرداخت نفقه بی‌اثر می‌شود.

نتیجتاً در پرونده حاضر، ترک انفاق از ناحیه زوج، محرز و حکم الزام به پرداخت نفقه نیز بلاجرا مانده است. بنابراین، وکالت زوجه در طلاق محقق گشته، حکم بدوي به درستی صادر شده، لذا توجه دیوان به پرداخت متعاقب نفقه و نقض رأی به این دلیل صحیح نیست.

حقوق اساسی، موازنہ و عقلانیت^۱

حسین باقری نیا *

چکیده

دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در سال ۱۹۵۸ میلادی با صدور رأی در پرونده «لوت»،^۲ رویه تازه‌ای را مطرح کرد که به «تفسیر موازنہ» شهرت یافت. پس از طرح این تفسیر، صاحب‌نظران انتقاداتی را به این رویه وارد دانستند. «یورگین هابرماس»^۳ - فیلسوف مشهور آلمانی - موازنہ را یک روش تفسیری غیرمنطقی می‌داند که به حقوق اساسی انسان‌ها آسیب می‌رساند. به عقیده وی، الترام به پیروی از تفسیر موازنہ باعث می‌شود قضات در هنگام تحلیل دو حق متعارض، بدون استدلال و بی‌توجه به معیار عدالت، یکی از آن دو حق را درست و دیگری را نادرست تلقی کنند. در این مقاله، با ارائه توجیهی منطقی برای اثبات تفسیر موازنہ و با بهره‌گیری از حقوق موازنہ و قاعده «عدم تناسب»، به انتقادات هابرماس پاسخ داده شده است. با اثبات تفسیر موازنہ مشخص می‌شود که این روش تفسیری نه تنها آسیبی به حقوق اساسی انسان‌ها وارد نمی‌کند، بلکه ابزاری ضروری برای حمایت از حقوق اساسی بهشمار می‌رود. در مقاله پیش‌رو، به این نکته اشاره می‌شود که تفسیر موازنہ جایگزین استدلال در رأی صادره از سوی قضات نمی‌گردد بلکه با تقویت مبانی عقلانی رأی، به تقویت استدلال موجود در آراء صادره کمک می‌کند.

۱. نوشته حاضر ترجمه و اقتباسی است آزاد از مقاله:

Alexy, Robert, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality (*Ratio Juris*,

Vol 16, No. 2. June 2003)

bagherinia@ut.ac.ir

* کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشگاه تهران

2. BVerfGE 7, 198, I. Senate, (1 BvR 400/51), *Lüth*-decision.

3. Jürgen Habermas



۱. روش‌های تفسیر حقوق اساسی

امروزه قوانین اساسی کشورهای مختلف دنیا به دو بخش مهم تقسیم می‌شوند. معمولاً در بخش نخست که به تقسیم قدرت مربوط می‌شود، قوای مقننه، قضاییه و مجریه و نحوه سازماندهی این سه قوه تعريف می‌شوند. در بخش دوم، عوامل محدودکننده و حوزه فعالیت قوای سه‌گانه شناسایی و بیان می‌گردند؛ و نیز هنجارهایی که حقوق اساسی انسان‌ها را خلق می‌کنند در این بخش جای گرفته‌اند. به نظر می‌رسد تقسیم قانون اساسی به دو بخش، به دلیل انتزاعی بودن نحوه تقسیم‌بندی، مقبولیت گسترده‌ای یافته است. اگر درجه انتزاعی بودن این تقسیم‌بندی، کمتر و قطعیت‌آن بیشتر بود اختلافات بیشتری نمود می‌یافتد. انتزاعی بودن قوانین اساسی، در هر دو حوزه قدرت عمومی و حقوق فردی، باعث طرح مباحث مختلف می‌شود. در این مقاله، فقط به ماهیت انتزاعی حقوق فردی، در این تقسیم‌بندی دوگانه توجه شده است.

تفسیر حقوق اساسی منقسم به دو گونه است:

(۱) تفسیر مضيق: که می‌توان «تفسیر قاعده» هم ناميد.

(۲) تفسیر موسوع: که موسوم به «تفسیر اصل» نیز می‌باشد.

در میان صاحب‌نظران، درک مشترکی از دو روش تفسیری فوق وجود ندارد، ولی باید دانست که آن دو منجر به دو هدف متفاوت می‌شوند. در تفسیر قوانین اساسی، یافتن بهترین روش تفسیری از اهمیت والا و بسزایی برخوردار است.^۱

۱. در اینجا اشاره به نکته‌ای درباره تفاوت میان اصل و قاعده، خالی از فایده نیست. پروفسور «رابرت الکسی» در یکی دیگر از مقالات خود با عنوان «ساخترهای اصول حقوقی» می‌گوید: طبق ادعای کسانی که تفسیر موازن‌ه را مطرح کرده‌اند، میان اصل و قاعده تفاوت حاکم است. «اصل» دستور الزام‌آوری است که امکان اجرای نسبی آن وجود دارد؛ درحالی‌که «قاعده»، دستور اجباری و ملتزم‌کننده‌ای است که یا به‌طور مطلق اجرا می‌شود و یا اجرای آن غیرممکن است (الکسی، رابرت، ۲۰۰۰). نتیجه منطقی آنچه گفته شد اینکه اگر میان دو قاعده، تعارض ایجاد گردد یکی از آن‌ها کاملاً حذف می‌شود ولی اگر میان دو اصل، تعارض به وجود بباید با استفاده از تفسیر موازن‌ه می‌توان میان آن‌ها تعادل برقرار کرد و تا حد ممکن از تعارض میان آن‌ها کاست. همچنین در صورت تعارض میان دو اصل و تصمیم به استفاده از تفسیر موازن‌ه، باید از رویه‌ای خاص پیروی شود. به عبارت دیگر، اگر قاضی بخواهد که اصل «الف» را در تعارض با اصل «ب» در اولویت قرار دهد باید به این موضوع توجه کند که هر قدر میزان عدم تحقق یک اصل یا آسیب واردشده به آن، زیادتر باشد تحقق اصل دیگر اهمیت بیشتری می‌یابد. تفاوت دیگر موجود در میان اصل و قاعده، در

اگر تفسیر مضيق را ملاک عمل قرار دهيم قطعاً هنجرهای موجود در قانون اساسی، از هنجرهای موجود در قوانین عادي مجزا نیستند و البته در کنار آنها معنا پیدا می کنند. با وجود این، هنجرهای موجود در قوانین اساسی - که همانا قواعد حقوقی هستند - در رأس نظامهای حقوقی و فراتر از هنجرهای موجود در قوانین عادي قرار می گيرند، لذا باید مانند يك قاعده حقوقی اجرا شوند. وجه تمایز قواعد حقوقی منشعب از قانون اساسی با سایر قواعد حقوقی، در حمایت اين قواعد از حقوق شهروندان در برابر دولت نهفته است.

و اما در صورتِ ملاکِ عمل قرار دادنِ تفسیر موسع، هنجرهای به وجود آورنده حقوق اساسی، فقط به بحث حمایت از حقوق شهروندان در برابر دولت مربوط نمی شوند. حقوق اساسی ماهیتی جاودان دارند و در چارچوبی بزرگ‌تر قرار می گيرند. در سال ۱۹۵۸ ميلادي، دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، طرح اين چارچوب بزرگ‌تر را به طور كامل مشخص کرد. ماجرا از اين قرار بود که شخصی به نام «لوت»، دعوايی را در دادگاه عمومی شهر «هامبورگ» اقامه کرد و از دادگاه درخواست کرد که مدیران سينما و توزيع کنندگان آثار هنری را به تحريم فيلم‌هاي کارگردانی شده توسيط «فایيت هارلن»^۱ - که پس از سال ۱۹۴۵ تولید شده‌اند - ملزم کند. لوت مدعی بود که هارلن، برجسته‌ترین کارگردان نازی‌ها بوده است. او در دعواي خود به فيلم «تفتيش يهودی» هارلن اشاره ویژه‌ای کرده بود. اين فيلم مهم‌ترین جنگ تبلیغاتی نازی‌ها عليه يهودی‌ها به شمار می‌رفت. دادگاه عمومی هامبورگ در رأی خود خاطرنشان کرد که دعواي لوت برای تحريم فيلم جديد هارلن، به نام «عاشق جاودان»، محکوم به رد است. به عقیده دادگاه، تحريم اين فيلم، ناقض ماده ۸۲۶ قانون مدنی آلمان و مخالف نظم عمومی بود. با رد دعواي لوت در دادگاه عمومی، او اين بار در دادگاه قانون اساسی طرح دعواي کرد.

دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، با استناد به تبصره يك اصل پنجم قانون اساسی اين کشور - که آزادی بيان را تضمین کرده است - طرح دعواي از سوي لوت برای تحريم فيلم‌هاي هارلن را مجاز دانست. با وجود اين، در تبصره يك اصل

نحوه وضع قواعد و اصول است. قاعده معمولاً به صورت قانون خود را نشان می‌دهد حال آنکه اصل، ساخته و پرداخته و جدان جمعی حقوق‌دانان می‌باشد. (متترجم).



پنجم قانون اساسی، سه شرط محدودکننده آزادی بیان مطرح شده است که نخستین آن شروط، تعارض با نظم عمومی است. دادگاه قانون اساسی خاطرنشان نمود که ماده ۸۲۶ قانون مزبور که دادگاه عمومی هامبورگ به آن استناد کرده، بیان‌کننده همین شرط محدودکننده است. دقیقاً در این مرحله از رسیدگی است که قاضی باید میان تفسیر مضيق (تفسیر قاعده) و تفسیر موسع (تفسیر اصل)، یکی را انتخاب کند.^۱ اگر قاضی به تفسیر مضيق معتقد باشد باید به دو سؤال پاسخ دهد:

۱. آیا درخواست لوت برای تحریم فیلم‌های هارلن، درخواستی بود که باید براساس آزادی بیان پذیرفته می‌شد؟ دادگاه قانون اساسی به این سؤال پاسخ مثبت داد.

۲. آیا مبنای قانونی رأی صادره از دادگاه هامبورگ، یعنی ماده ۸۲۶ قانون مدنی، مبنایی موجه و قابل قبول است؟ به عبارت دیگر، آیا طرح دعوى توسط لوت، مخالف نظم عمومی است؟

دادگاه عمومی هامبورگ ضمن مخالف دانستن دعوى لوت با نظم عمومی اذعان نمود که هدف لوت، جلوگیری از مطرح شدن دوباره هارلن به عنوان یک کارگردان است؛ به عقیده دادگاه، این دعوى در شرایطی طرح شده که هارلن نه تنها با موقیت فرآیند تصفیه کشور از نازی‌ها را پشت سر گذاشته، بلکه در دادگاه کیفری نیز به جرایم ارتکابی توسط نازی‌ها محکوم نشده است. بنابراین، در چنین دعوایی، تحریم فیلم‌های هارلن، با اعتقادات حقوقی و اخلاقی جامعه مدنی آلمان در تضاد قرار می‌گیرد.

دادگاه قانون اساسی معتقد بود که دادگاه عمومی هامبورگ باید در هنگام صدور رأی، تحلیل عمیق‌تری از موضوع تحت بررسی خود داشته باشد و در شرایطی که حقوق مدنی با حقوق اساسی در تعارض قرار می‌گیرد دادگاه باید میان

۱. به عبارت دیگر، قاضی باید میان قاعده دانستن و اصل پنداشتن آزادی بیان، یکی را انتخاب نماید. اگر آزادی بیان، قاعده دانسته شود هیچ عاملی حتی نظم عمومی نیز نمی‌تواند نسبت به آن اولویت پیدا کند ولی اگر آزادی بیان، اصل انگارده شود، از آنجا که امکان اجرای نسبی اصل وجود دارد، قاضی می‌تواند آزادی بیان را با توجه به شرایط واقعی موجود در پرونده تفسیر نماید و حتی نظم عمومی را نسبت به آزادی بیان اولی بداند. (متترجم).

آن‌ها موازنه برقرار کند. بدین ترتیب، دادگاه قانون اساسی، با موازنه میان آزادی بیان و نظم عمومی، اصل آزادی بیان را به دلیل مطرح شدن در قانون اساسی دارای اولویت دانست. طبق رأی این دادگاه، نظم عمومی باید با توجه به اولویت داشتن آزادی بیان تفسیر شود. درنتیجه، با رأی دادگاه قانون اساسی، به لوت حق اقامه دعوى در دادگاه داده شد.

با تأمل در این پرونده و رأی صادره، سه نکته مهم به ذهن متبار می‌گرددند به‌طوری که در شکل‌گیری حقوق اساسی آلمان معاصر نقشی بسیار مهم داشته‌اند: نخستین نکته درخصوص تضمین حقوق افراد در قانون اساسی است. این ضمانت صرفاً به معنای مراقبت از حقوق شهروندان در برابر دولت نیست. به عبارت دیگر، حق اقامه دعوى در دادگاه، ضمن تضمین حقوق شهروندی، نشان‌دهنده اولویت داشتن آن دسته از حقوق شهروندان است که در قانون اساسی محترم شمرده شده‌اند. با توجه به این نکته می‌توان گفت ایده اولیه و اصلی در رأی صادره در پرونده لوت این بوده است که حقوق اساسی نه تنها ماهیت قاعده را دارند بلکه اصل نیز محسوب می‌شوند.^۱

نکته دوم که با نکته اول ارتباط نزدیکی دارد حاکی از آن است که اصول بیان شده در قانون اساسی، نه تنها در رابطه میان شهروندان با دولت کاربرد دارند، بلکه در صورت تعارض با حقوق مطرح شده در سایر قوانین، در اولویت قرار می‌گیرند. با عنایت به این نکته، حقوق اساسی در رأس نظام حقوقی، جایگیر و به مسئله‌ای فraigیر تبدیل می‌شوند.

نکته سوم، به اصل بودن ارزش‌های موجود در قانون اساسی اشاره می‌کند. اصول معمولاً با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند^۲ که این تعارض (اصول) فقط با موازنه برطرف می‌شود. آنچه از رأی صادره در پرونده لوت منتج می‌گردد اینکه

۱. منظور نگارنده آن است که گرچه حقوق بیان شده در قانون اساسی مانند حق آزادی بیان، باید در اولویت قرار بگیرند (و به همین دلیل ماهیت قاعده را دارند)، ولی در صورت تعارض پیدا کردن با حقوق مذکور در سایر قوانین (به دلیل اصل بودن)، باید از تفسیر موازنه استفاده کرد و با تحلیل دقیق شرایط پرونده، درنهایت، به یکی از آن دو اولویت داد. (متترجم).

۲. مانند تعارض آزادی بیان و حقوق مالکیت فکری. (متترجم).

موازنہ میان دو اصل متعارض، از ضروریات است و در فعالیت‌های حقوقی روزانہ اهمیت بالائی دارد.

از دیدگاه روش‌شناسی، تفسیر موازنہ، مهم‌ترین روشی است که دادگاه قانون اساسی هنگام صدور رأی، از آن استفاده کرده است. با گذر زمان، طرح اولیه‌ای که در پرونده لوت ارائه شد، توسعه یافته است. به جای مخالفت با تفسیر مضيق یا موسع در هنگام صدور رأی، می‌توان از هر دو روش تفسیری استفاده نمود.^۱

۲. انتقادات هابرماس به تفسیر موازنہ

طرح تفسیر موازنہ در حوزه حقوق اساسی، انتقادات بسیاری از صاحب‌نظران را برانگیخت. و از آنجا که فهرست کردن این انتقادات، خارج از حوصله این جستار است و نمی‌توان به طریق اولی به تمامی آن‌ها پاسخ داد لذا تنها پاسخ به دو انتقاد مهم یورگین هابرماس بسنده می‌گردد.

هابرماس معتقد است تفسیر موازنہ، با حذف رویکرد رتبه‌بندی،^۲ حقوق اساسی انسان‌ها را تضعیف می‌کند. او که به قاعده‌مندی حقوق بیان شده در قانون اساسی باور دارد، بر این عقیده است که تفسیر موازنہ، حقوق اساسی را به مجموعه‌ای از اصول حقوقی تبدیل می‌کند که از قدرت قاعده حقوقی برخوردار نیستند، لذا برتری مطلق قواعد حقوقی کاہش می‌یابد و نظام حقوقی با از دست دادن توان خود، قدرت حل مشکلات را از دست می‌دهد. او می‌گوید:

«اگر میان دو حق، تعارضی به وجود بیاید دلایل حل تعارض، بسیار هستند و قاضی را سردرگم می‌کنند. قاعده ندانستن حقوق اساسی و اولویت ندادن به آن‌ها

۱. بدین ترتیب، رویکردهای موازنہ و رتبه‌بندی در کنار هم قرار می‌گیرند و در رسیدن به نتیجه بهتر به قاضی یاری می‌رسانند. به عبارت دیگر، با توجه به قاعده دانستن حقوق اساسی، باید آن‌ها را برتر از حقوق بیان شده در قوانین دیگر دانست و به آن‌ها اولویت داد (رویکرد رتبه‌بندی)، ولی برای رسیدن به نتیجه‌های عادلانه، قاضی باید تلاش کند تا با توجه به شرایط پرونده، مهم‌ترین اصل را در اولویت قرار دهد (تفسیر موازنہ). (متترجم).

۲. با رویکرد رتبه‌بندی، حقوقی که در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند طبق یک قاعده از پیش تعیین شده اولویت پیدا می‌کنند. برای مثال، طبق رویکرد رتبه‌بندی، در پرونده لوت باید آزادی بیان نسبت به نظام عمومی اولویت می‌یافتد چون آزادی بیان در قانون اساسی تضمین شده است و نظم عمومی، در قانون عادی. (متترجم).

در صورت تعارض با حقوق بیان شده در قوانین عادی و اصل دانستن آنها و درنتیجه، استفاده از تفسیر موازنہ، نظام حقوقی و قضایی را مختل می کند.»
بنا به اعتقاد وی با اصل دانستن حقوق اساسی، آراء قضایی بدون استدلال کافی صادر می شوند؛ برای همین، ضمن غیر منطقی دانستن تفسیر موازنہ اذعان می نماید:
«اگر قضات براساس تفسیر موازنہ، پرونده‌ها را بررسی کنند رأی آنها براساس معیارهای عرفی و نه قواعد مشخص صادر می شود. بدین ترتیب، ضمن از بین رفتن مبنای عقلانی و استدلالی در آراء قضایی، امکان صدور آراء ناعادلانه قضایی نیز ممکن می شود.».

بنابراین، صدور رأی با استفاده از تفسیر موازنہ، ضمن تضعیف حقوق اساسی، به عقلانیت آراء قضایی نیز صدمه می زند. هابرماس نگران است که با ترویج تفسیر موازنہ، آراء قضایی دیگر مستدل نباشند و صرفاً بر مبنای نظرات شخصی قضات صادر شوند.

این انتقاد هابرماس نیز جدی به نظر می رسد. اگر درستی انتقادات وی اثبات گردد می توان درباره نادرستی آراء صادره بر مبنای تفسیر موازنہ به باور رسید. بدین ترتیب، به تفسیر موازنہ ضربه‌ای مهلك وارد می شود. اگر در برابر این انتقادات نتوان از تفسیر موازنہ دفاع کرد، این روش تفسیری هیچ جایگاهی در علم حقوق نخواهد داشت؛ حتی می توان گفت در صورت اثبات انتقادات هابرماس، حقوق اساسی آلمان، حداقل در نیم قرن گذشته، در مسیر اشتباه پیش رفته است.

بنابراین می توان سوالات پیش رو را مطرح کرد:

آیا تفسیر موازنہ قادر عقلانیت است؟

آیا این روش تفسیری نمی تواند از حقوق فردی انسان‌ها حمایت کند؟
آیا استفاده از تفسیر موازنہ واقعاً به معنای عدم استفاده از استدلال و توجیه در صدور آراء قضایی است؟

برای پاسخ به این سوالات، باید از تفسیر موازنہ و نحوه استفاده از آن برای صدور رأی اطلاع داشته باشیم. در ادامه، تفسیر موازنہ و نحوه استفاده از آن، با توجه به پرونده‌های واقعی توضیح داده می شود.

۳. تفسیر موازنه^۱

در حقوق اساسی آلمان، «موازنه» یکی از شاخه‌های فرعی اصل جامعی به نام اصل «تناسب» می‌باشد.^۲ این اصل، متشکل از سه اصل فرعی است که زیربنای تفسیر موازنه را شکل می‌دهند. و اما اصول سه‌گانه مزبور عبارتند از:

(الف) اصل اقتضاء^۳

(ب) اصل لزوم^۴

(ج) اصل تناسب در مفهوم مضيق^۵

چنانچه دو اصل با یکدیگر تعارض پیدا کنند می‌توان از این سه اصل برای رفع تعارض استفاده کرد، لذا به سه اصل مزبور، «اصول بهینه‌ساز» نیز گفته می‌شود؛ اصولی که با توجه به شرایط واقعی پرونده، رابطه میان دو اصل متعارض را به بهترین شکل، بهینه‌سازی می‌کنند.

طبق اصل تناسب، اصول بهمثابه دستورات بهینه‌ساز، فرمان‌هایی هستند که هدف آن‌ها تحقق دستورات با توجه به احتمالات حقوقی و واقعی است. اصل اقتضاء را با مثالی توضیح می‌دهیم. با این فرض که اصل «الف» (حقوق مالکیت فکری)،^۶ اصل «ب» (آزادی بیان)^۷ را نقض می‌کند و برای تحقق حداکثری اصل «ج» (افزایش رشد اقتصادی و تولید اشتغال)^۸ نیز بی‌فایده است. درست است که اجرای نظام حقوق مالکیت فکری، ضرری برای اقتصاد کشور ندارد، ولی سودی هم به آن نمی‌رساند. پس مقتضای آسیب نرسیدن به اصل آزادی بیان، عدم اجرای نظام حقوق مالکیت فکری است.

طبق اصل لزوم، اجرای نظام حقوق مالکیت فکری ممنوع می‌باشد، اگر اصل دیگری وجود داشته باشد که بتواند به افزایش رشد اقتصادی کمک کند و آسیب

1. Balancing Construction
2. Proportionality Principle
3. Proportionate
4. Necessity Principle

۵. درواقع، تفسیر موازنه با اصل تناسب در مفهوم مضيق مساوی است. (متترجم).

۶. (متترجم).

۷. (متترجم).

۸. (متترجم).

کمتری به آزادی بیان برساند. در نتیجه، اصل «بهینه پارتو»^۱ به ذهن خطور می‌کند. طبق این اصل، بدون آسیب رساندن به آزادی بیان باید بتوان وضعیت اقتصادی کشور را بهبود بخشید.

اصل تناسب در مفهوم مضيق، مختص شرایطی است که تحقق شرایطی چون افزایش رشد اقتصادی فقط با کنار گذاشتن و نقض آزادی بیان حاصل می‌شود.^۲ اینجاست که حقوق موازنه مطرح می‌گردد. به عبارت دیگر، حقوق موازنه با اصل تناسب در مفهوم مضيق مساوی است. بنابراین، زمانی از تفسیر موازنه استفاده می‌شود که با کمک اصل «شاپستگی» و اصل «لزوم»، نتوان تعارض میان دو اصل را رفع کرد.^۳

طبق تفسیر موازنه، در تعارض میان دو اصل، اگر بخواهیم به یکی نسبت به دیگری اولویت بدهیم باید این نکته مهم را مدنظر داشته باشیم که سود حاصل از اولویت دادن به یک اصل، باید بیش از ضرر واردہ به دلیل نقض اصل دیگر باشد. برای اینکه قاضی بتواند رأی خود را با عنایت به تفسیر موازنه، صادر و تعارض میان دو اصل را برطرف نماید باید تحلیلی سه مرحله‌ای انجام دهد. وی باید در مرحله نخست، میزان عدم تحقق اصل اول و یا آسیب واردہ به آن را تخمین بزند. در مرحله دوم، باید میزان اهمیت تتحقق اصل دوم را مشخص کند. سرانجام در مرحله سوم، باید وجود خود را با پاسخ‌گویی به این سؤال قانع کند که: آیا اهمیت تتحقق اصل دوم، عدم تتحقق اصل اول و یا آسیب واردہ به آن را توجیه می‌کند یا خیر؟

اگر حتی یکی از مراحل سه‌گانه مجبور با شکست مواجه شود بی‌آنکه نتیجه‌ای عقلانی حاصل گردد و وجود قاضی، قانع، انتقاد هابرماس موجه جلوه می‌کند و استفاده از هر راه حل دیگری به غیر از تفسیر موازنه، ممکن می‌شود. تنها در این شرایط است که استفاده از تفسیر موازنه، مبنای عقلانی خود را از دست می‌دهد.

1. Pareto Optimality

۲. این امر به دلیل اجرای نظام حقوق مالکیت فکری است. (متترجم).

۳. در چند پاراگراف گذشته، برای منتقل شدن بهتر مفهوم مقاله اصلی، اندکی دخل و تصرف توسط متجم
صورت گرفته است (برای مطالعه بیشتر درخصوص تفسیر موازنه و استفاده از این تفسیر برای رفع تعارض
میان حقوق مالکیت فکری و آزادی بیان نک: حسین باقری‌نیا، آزادی بیان و حقوق مالکیت فکری،
پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شهریور ۹۶).

برای اثبات عقلانی بودن تفسیر موازن، چند پرونده را با عنایت به این روش تفسیری بررسی می‌کنیم. دادگاه قانون اساسی، در پروندهای، به مسئله الزامی بودن درج هشدار بر روی پاکت‌های سیگار رسیدگی کرد. به عقیده دادگاه، وظیفه ثبت هشدارهای بهداشتی روی پاکت‌های سیگار، آزادی شغلی تولیدکنندگان را تحت تأثیر قرار نمی‌داد؛ چراکه مانع برای تولید سیگار ایجاد نمی‌کرد. درحالی‌که اگر این الزام، در تولید سیگار، ممنوعیت یا محدودیت ایجاد می‌نمود، آزادی شغلی تولیدکنندگان به‌شدت تحت تأثیر قرار می‌گرفت. اگر خفيف و شدید بودن تأثیرگذاری بر آزادی شغلی را دو سر یک طیف بدانیم میان این شدت و ضعف می‌توان مقیاس دیگری نیز ایجاد کرد. بدین ترتیب، سنجه‌ای ایجاد می‌شود که خفيف، متعادل و شدید، مقیاس‌های آن هستند. حال از این سنجه برای صدور رأی استفاده می‌کنیم.

با تولید سیگار که زمینه را برای سیگار کشیدن فراهم می‌کند، سلامت انسان در معرض تهدید قرار می‌گیرد. بنابراین، برای محدود کردن حق آزادی شغلی، دلایل محکمی وجود دارد. دادگاه قانون اساسی در رسیدگی به این پرونده و برای استفاده از تفسیر موازن، فرآیند سه مرحله‌ای را طی کرده و به نتیجه منطقی رسیده است. این دادگاه، ابتدا میزان آسیب واردہ به اصل آزادی شغلی را تخمین زد. در مرحله دوم، محدودیت مزبور را به دلیل حفظ سلامت مصرف‌کنندگان و هشدار به آن‌ها لازم دانست. و در مرحله سوم، میزان محدودیت بر آزادی شغلی را با عنایت به اهمیت حفظ سلامت مصرف‌کنندگان متناسب تشخیص داد.

در پروندهای دیگر، دادگاه قانون اساسی، تعارض قدیمی آزادی بیان و حق برخورداری از شخصیت را بررسی کرده است. قضیه از این قرار بود که یک افسر پیاده‌نظام معلول پس از انجام موقفيت‌آمیز مأموریت خود، دویاره به مأموریت فراخوانده شده بود. مجله طنز معروفی به نام «تایتانیک»، این افسر معلول را ابتدا «قاتل بالفطره» نامید و در نسخه بعدی او را «علیل» خواند. دیوان عالی تجدیدنظر داسلدروف، در دعوایی که توسط افسر مذکور علیه مجله تایتانیک اقامه شده بود، علیه این مجله رأی داد و مسئولین مجله را به پرداختدوازده هزار مارک محکوم کرد. مسئولین مجله نیز در دادگاه قانون اساسی اقامه دعوای کردند. دادگاه مزبور با

استفاده از تفسیر موازنه، آزادی بیان مسئولین مجله و حق برخورداری از شخصیت افسر پیاده نظام را در کنار هم قرار داد و آن‌ها را با یکدیگر مقایسه کرد. برای اینکه از تفسیر موازنه به درستی استفاده شود، شدت محدود شدن حق آزادی بیان و حق برخورداری از شخصیت و ارتباط این دو حق با یکدیگر مشخص گردید.^۱ به عقیده دادگاه، میزان جریمه صادرشده علیه مجله، به حق آزادی بیان آسیب جدی وارد می‌کرد با این استدلال که جریمه صادره به میزان مذکور، می‌تواند در آینده باعث تغییر شرایط کاری مسئولین مجله تایتانیک شود. به علاوه، دادگاه قانون اساسی عنوان قاتل بالفطره را با توجه به طنز بودن محتوای مجله تفسیر نمود.^۲ افراد بسیاری نیز وجود دارند که اسامی خانوادگی آن‌ها ماهیتی طنزآسود دارد، حتی رئیس جمهور آلمان فدرال - ریچارد فون وایتسکر - نیز «شهروند بالفطره» نامیده شده بود. اگر این القاب را در فضای طنز بررسی کنیم آسیب جدی به شخصیت افسر پیاده نظام وارد نمی‌شود. بنابراین، از نظر دادگاه مذکور، میزان آسیب وارد به شخصیت، ناچیز و میزان جریمه، بسیار بالا تشخیص داده شد. برای اینکه حکم به جبران خسارت داده شود و مسئولین مجله، محکوم به پرداخت جریمه‌ای چنین سنگین، گردند - که البته صدور چنین حکمی حق آزادی بیان را به شدت محدود می‌کند - آسیب وارد به شخصیت - که با صدور حکم قصد جبران آسیب را داریم - باید جدی باشد. این ارزیابی، بخش اول رأی صادره از سوی دادگاه قانون اساسی را تشکیل می‌داد. با وجود این، طبق ارزیابی دادگاه قانون اساسی فدرال، آسیب وارد به شخصیت جدی نبود. عدم جدیت در آسیب وارد به شخصیت، به معنای متناسب نبودن حکمی است که به آزادی بیان آسیب جدی وارد می‌کند.

میزان محکومیت مسئولین مجله با میزان آسیب وارد به شخصیت با یکدیگر نامتناسب بودند. هنگامی که دو حق با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند محدود کردن یکی از آن‌ها و اولویت بخشیدن به دیگری تنها زمانی موجه است که رابطه متناسبی میان آن‌ها حاکم باشد. به تعبیری، اولویت یافتن یکی از آن‌ها چنان باید

۱. به عبارت دیگر، دادگاه قانون اساسی برای استفاده از تفسیر موازنه، فرآیند سه مرحله‌ای را به درستی طی کرد. (متترجم).

۲. یکی از نکات مهم در استفاده از تفسیر موازنه، توجه به شرایط واقعی پرونده و دور شدن از فرضیه‌هast است. (متترجم).

از اهمیت والایی برخوردار باشد که محدود شدن اصل دیگر موجه شود. لذا دادگاه قانون اساسی، رأی صادره از دیوان عالی تجدیدنظر داسلدروف، در بخش مربوط به جریمه مسئولین مجله به میزان دوازده هزار مارک را ناقض آزادی بیان دانست و آن را نقض کرد.

با وجود این، رأی صادره از سوی دیوان عالی تجدیدنظر داسلدروف بخش دیگری نیز داشت. طبق ارزیابی دادگاه قانون اساسی فدرال، علیل خطاب کردن افسر معلول، آسیب جدی‌ای به شخصیت افسر وارد کرده بود. بنابراین، با صدور رأی به جبران خسارت، بر اهمیت حمایت از شخصیت افسر تأکید شد. عرف جامعه در این دوران، علیل خواندن فرد معلول را نشان‌دهنده تحقیر و بی‌احترامی می‌داند. به همین سبب، دادگاه مذبور تأکید کرد که این بخش از رأی دیوان داسلدروف، مبنی بر محکومیت مسئولین مجله، به دلیل اهمیت بالای حمایت از شخصیت افراد، موجه است. دادگاه به این نتیجه رسید که در موازنۀ میان حق آزادی بیان و حق برخورداری از شخصیت، در این بخش از رأی هیچ‌گونه نقصی وجود ندارد. بنابراین، شکایت مجله تایتانیک به دادگاه قانون اساسی تا آنجا وارد بود که مبنای صدور رأی، قاتل بالفطره خواندن افسر بود ولی علیل خطاب کردن افسر هیچ توجیهی نداشت.

بدون تردید، رأی مذبور جلوه‌ای از إعمال تفسیر موازنۀ است. حال به یکی دیگر از انتقادات هابرماس می‌پردازیم. همان‌طور که بیان شد، وی معتقد است رأی صادره بر مبنای موازنۀ، رأی‌یی است بی‌بهره از استدلال، و عقلانیت در آن ملاک قرار نمی‌گیرد.

دادگاه قانون اساسی فدرال، بر مبنای یک فرآیند سه مرحله‌ای، از تفسیر موازنۀ استفاده می‌کند. نکته قابل توجه در رأی صادره از سوی دادگاه مذبور این است که اولویت پیدا کردن یکی از دو اصل متعارض، باید اهمیت بسیار بالای داشته باشد که آسیب وارد به اصل دیگر را توجیه کند.^۱

این دادگاه، در ارتباط با بخش اول رأی صادره از دیوان تجدیدنظر داسلدروف، آسیب وارد به آزادی بیان را جدی دانست؛ چراکه جریمه صادره چنان

۱. برای مثال، در تعارض آزادی بیان و حقوق مالکیت فکری گفته می‌شود که در کشورهای پیشرفته، به دلیل منافع اقتصادی بسیار زیادی که از اجرای نظام حقوق مالکیت فکری حاصل می‌شود محدود شدن آزادی بیان، موجه جلوه می‌کند. (متترجم).

سنگین بود که با آسیب واردہ به شخصیت افسر تناسب نداشت. لذا این دادگاه برای صدور رأی، از استدلالی عقلانی و مناسب استفاده کرده است. البته جنبه طنز یا جدی بودن قاتل بالفطره خواندن افسر، از مباحث بسیار بحثبرانگیز بوده است. با وجود این، دادگاه برای رسیدن به نتیجه، استدلالاتی را طرح کرد که حداقل ارزش بررسی کردن را دارند. در ارتباط با بخش دوم رأی دیوان داسلدروف نیز به عقیده دادگاه قانون اساسی، علیل خواندن افسر معلوم، به دلیل تحقیرآمیز بودن، به شخصیت افسر، آسیب بسیار زیادی وارد کرده است. این قسمت از رأی دادگاه قانون اساسی نیز، مستدل و با توجه به فرآیند سه مرحله‌ای تفسیر موازنه صادر شده است. درباره تخمین شدت آسیب واردہ به آزادی بیان از سوی دادگاه قانون اساسی فدرال، اختلاف نظراتی وجود دارد. دادگاه مذکور، از رویه سابق و بهخصوص از رأی صادره در پرونده لوت نیز استفاده کرده است. نکته اساسی، در منطقی بودن فرآیند صدور رأی می‌باشد؛ یعنی استدلال منطقی در رأی صادرشده در چنین پرونده‌هایی، نشانه عقلانیت در رأی صادره است.

سؤال دیگری که قابل طرح می‌باشد اینکه: آیا طبق انتقاد هابرماس، تفسیر موازنه، حقوق اساسی انسان‌ها را تضعیف می‌کند؟ در پاسخ بدان باید گفت رأی صادره در پرونده لوت یکبار دیگر می‌تواند راهگشای بحث باشد. دادگاه قانون اساسی فدرال در رأی خود خاطرنشان کرده بود که علیل خواندن افسر معلوم، تحقیرآمیز و غیرمحترمانه است. تحقیر و بی‌احترامی فرد در ملاً عام، عزت نفس قربانی را از بین می‌برد. خسارات ناشی از آسیب واردہ به عزت نفس، بسیار جدی هستند. به دلیل شدت آسیب واردشده به شخصیت فرد نمی‌توان توجیهی هرچند بزرگ برای آن یافت. هرقدر آسیب واردہ به حقوق اساسی جدی‌تر باشد یافتن توجیه برای آن دشوارتر می‌شود. لذا تفسیر موازنه نه تنها حقوق اساسی انسان‌ها را تضعیف نمی‌کند بلکه با برخورداری از فرآیندی منطقی و عقلانی، باعث تقویت حقوق اساسی آنان می‌شود.^۱

۱. به سخن دیگر، قاضی برای اینکه حق را بر حقوق اساسی (مانند حق آزادی بیان) اولویت بخشد بدون مبنای عقلانی اقدام نخواهد کرد. وجدان قاضی زمانی قانع می‌شود که با توجه به شرایط پرونده، اولویت ندادن به یکی از حقوق اساسی موجه باشد. (متترجم).

روش نقد و بررسی آرای قضایی در نظام آموزش حقوقی فرانسه^۱

سیدناصر سلطانی*

۱. مقدمه

سنت شرح و نقد رأی‌نوشتن یکی از آموزش‌های مهم در دانشکده‌های حقوق فرانسه است. نظام آموزش حقوق فرانسه از آموزش روش نوشتمن شرح و نقد رأی اهدافی را دنبال می‌کند. یکی از این اهداف نظارت بر آرای دادگاهها از سوی جامعه دانشگاهی حقوق است هم چنین از این طریق پیوند وثیقی میان دادگاهها و دانشکده‌های حقوق، یعنی میان قضاط و صاحب نظران حقوقی، برقرار می‌شود و این رابطه دوسویه فواید بسیاری برای هر دو طرف دارد.

شرح و نقد رأی تمرین رایج سال‌های تحصیل در دوره کارشناسی در دانشکده حقوق است. آموختن چنین توانایی برای موفقیت در آزمون‌های دانشکده ضروری است. در واقع در کنار هر درس اصلی که استاد ارائه می‌کند دستیار استاد آرای مهم آن درس را با دانشجویان می‌خواند و به ایشان روش رأی خواندن و شرح و نقد نوشتمن می‌آموزد. در این مقاله جزئیات این موضوع و روش شرح و نقد رأی نوشتمن به تفصیل بررسی خواهد شد.

نقد رأی یا نقد رویه قضایی یکی از کوشش‌های علمی مورد علاقه حقوقدانان برجسته است و در ایران نیز استادان فن به این بحث علاقه نشان داده‌اند و مجموعه‌هایی گردآورده‌اند. مجموعه «تجییه و نقد رویه قضایی»،^۲ نمونه‌ای از این

۱. نوشتار حاضر اقتباس و ترجمه‌ای است آزاد از مقاله‌ای که در پایگاه انجمن حقوقدانان پانتئون سوربن در نشانی زیر منتشر شده است:

<http://www.ajpsc.com/double-maitrise/methodologie/methode-commentaire-arret/naser.soltani@ut.ac.ir>

* استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

. ۲. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، تهران، میزان، ۱۳۹۲.



تلاش‌ها برای اثرباری و هدایت آراء دادگاه‌هاست. شادروان استاد کاتوزیان سال‌ها بخشی از مجله کانون وکلای دادگستری را به این موضوع اختصاص داده بود و در هر شماره‌ای به طور منظم مقاله‌ای در نقد رویه قضایی می‌نوشت. در پی او نیز حقوقدانان دیگری تشخیص داده بودند که عدم توجه کافی به رویه قضایی و کم رنگ بودن نقش آراء دادگاه و بازتاب آن‌ها در درس‌های دانشکده‌های حقوق یکی از کاستی‌های کهنه نظام آموزش حقوق در ایران بوده است و به همین دلیل در سال‌های اخیر تلاش‌هایی برای رفع این کاستی و تقویت نقش رویه قضایی در نظام حقوقی شده است. نمونه بارز این تلاش‌ها تاسیس چندین مجله نقد رأی است.^۱

در اهداف و چشم اندازهای برخی از این مجلات نوپا گفته شده است: «تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به عوامل مختلفی بستگی دارد؛ از یک سوی سازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق العاده شکایت و کسب تایید یک راه حل نزد قضاط دادگاه‌های عالی تأثیر به سزاگی در ریشه دواندن یک فکر دارد و از دیگر سوی، انتشار سازمان یافته آرای قضایی، امکان رصد تکرار یک راه حل را میسر می‌سازد... علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه در مورد انتشار آرا به عمل آمده است، اجرا نشدن جزء^۲ بند «د» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، امکان ارزیابی تکرار راه حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضاط و وکلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشتہ هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است. در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه حل مسایل دشوار قضایی ایفا می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با برجسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنگینی بار نبود

۱. الف) فصلنامه رأی، پژوهشگاه قوه قضاییه، سردبیر نجات الله ابراهیمیان (ب) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق خصوصی)، دانشگاه علوم قضایی، سردبیر محمدجواد شریعت باقری (ج) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق عمومی)، دانشگاه علوم قضایی (د) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری)، دانشگاه علوم قضایی.

برخی عوامل رویه‌ساز را نیز بر دوش می‌کشند. 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 چشم داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند...».^۱ بنابراین نقد و بررسی آراء قضایی که راهی کمراه‌رو در ایران است و آموزشی درباره روش نوشتمن آن نه در دانشکده‌های حقوق و نه در دوره‌های کارآموزی وکالت و قضاوت عرضه نمی‌شود، در آغاز راه ممکن است با افراط و تفریط‌هایی مواجه شود.

پرسش‌هایی که این نوشتار در پی پاسخ به آنهاست عبارت‌اند از اینکه: نحوه نقد رأی قضایی چگونه است؟ آیا نقد آراء منتشر می‌شوند یا خیر؟ در صورت انتشار چه شرایط و کیفیاتی بر آن حاکم است؟ این مقاله، می‌تواند دستکم پاسخی علمی و دقیق به برخی وجوده پرسش فوق فراهم کند و نشان دهد که نقد و بررسی رأی در نظام آموزش حقوقی در فرانسه جایگاهی بس گران دارد و حقوقدانان جوان فرانسوی یکی از آموزش‌های مهمی که در دانشکده‌های حقوق می‌بینند روش نقد و بررسی کردن آرای قضایی است.

بدین منظور و برای فراهم کردن موادی برای پاسخ پرسش اول ترجمه یکی از رایج‌ترین و تفصیلی‌ترین روش‌های ساده برای نقد و بررسی آرای دادگاه‌ها انتخاب شد تا دورنمایی از اهمیت این موضوع در نظام حقوقی فرانسه بهدست دهد.

۲. موضوع و مشکلات شرح و نقد رأی

شرح و نقد رأی همزمان کوششی نظری و عملی است. این ماده درسی چیزی بین dissertation که تمرین و آزمونی نظری و پرونده عملی cas pratique که تمرین و آزمونی عملی است قرار دارد. شرح و نقد رأی، بررسی یک تصمیم قضایی اعم از رأی یا قرار است. گاهی موضوع بحث نقد و شرح همزمان

۱. ابراهیمیان، نجات الله، فصلنامه رأی، شماره اول، ۱۳۹۱.

چندین رأی دادگاه است که در این حالت آن را شرح و نقد مقایسه‌ای می‌گوییم و هدف، مقایسه آرای است. و گاهی اوقات وقتی که با یک رأی طولانی و مفصل مواجهیم، هدف از شرح و نقد خلاصه نویسی و استخراج امehات و ارکان رأی است. اما اغلب شرح و نقد رأی مربوط به تصمیمات و آرای جدید دادگاه‌های عالی مانند دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری و... است.

هر شرح و نقدی متفاوت از دیگری است. چرا که هر رأی یا تصمیمی منحصر به فرد و متمایز از دیگری است با وجود این می‌توان شرح و نقد آراء را در گروه‌های مختلف دسته‌بندی کرد.

- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح اعمال و اجرای یک اصل کلی بر مورد خاص است.
- شرح و نقدهایی که مربوط به خلق و اجتهاد یک راه حل جدید در حقوق یا رد و نفی یک راه حل قدیمی است.
- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح یک نقص در استدلال رأی است.
- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح این نکته است که با توجه به نکاتی که قاضی بیان کرده چگونه و بر چه اساسی راه حل مترقی ارائه شده اصیل است.

در هر حال نباید از هدف اصلی شرح و نقد رأی دور شد و آن را با یک مقاله نظری خلط کرد. شرح و نقد رأی به کار بستن حقوق در عالم انتزاع نیست بلکه توضیح و تبیین آن در عمل است. حقایق ثبوتی در هر موضوعی موجودند و در متن رأی توضیح داده شده‌اند و مقدمات نقد و شرح رأی را همین‌ها فراهم می‌کنند و در هر مرحله از کار باید به آن‌ها توجه کرد.

روز امتحان کدام ماده امتحانی را انتخاب کنیم: نقد و شرح رأی یا مقاله علمی؟

شرح و نقد رأی تمرینی دشوارتر از dissertation (مقاله) نوشتن است. اما با این وجود دانشجویان ترجیح می‌دهند از میان این دو ماده امتحانی شرح و نقد رأی را انتخاب کنند. اغلب برای این انتخاب یک دلیل وجود دارد. در شرح و نقد رأی در مقایسه با مقاله dissertation کمتر دست نشانجو رو می‌شود و عدم تسلط و نشناختن نظریات برملا می‌شود. در حالی که این تصور درست نیست و تنها ظاهر موضوع چنین است.

برای نوشتن یک شرح و نقد خوب نه تنها باید خوب حقوق دانست بلکه علاوه بر آن استدلال‌های قاضی را باید شناخت که در قریب به اتفاق موارد موجز و مختصرند. اگر رویه قضایی و سابقه را نشناسیم در شرح و نقد رأی نمی‌توانیم بگوییم که رأی ما نحن فیه یک تعییر جهت است یا خیر. اگر نظریه حقوقی را نشناسیم نمی‌توانیم بگوییم که راه حل ارائه شده تحت تأثیر یک جریان فکری بوده است یا تحت تأثیر کدام جریان فکری بوده است. به هر حال یکی از علل گرایش دانشجویان به شرح و نقد رأی این است که خودش یک پایه و تکیه گاهی است که به دانشجو قوت قلب می‌دهد یعنی به هر صورت می‌تواند توضیحاتی درباره مطالب آن عرضه کند و به همین دلیل وقتی نقد و شرح رأی را انتخاب می‌کنند بالآخره چیزی می‌نویسند در حالی که در انتخاب مقاله dissertation ممکن است اصلاً نتوانند چیزی بنویسند و برگه را سفید برگردانند؛ بنابراین به این دلایل گرایش به شرح و نقد رأی میان دانشجویان حقوق بیشتر است. اما نوشتن یک مقاله خوب به مراتب راحت‌تر از نوشتن یک نقد رأی خوب است.

۳. سنتز روش نقد و شرح نوشتمن^۱

روش شرح و نقد رأی پیچیده و اغلب دشوار است. اگر با آهنگری کردن است که آهنگر می‌شویم به همین ترتیب با شرح و نقد نوشتمن است که یک شرح و نقدنویس خوب می‌شویم. وقتی یک معلم در هفته یک رأی برای شرح و نقد به دانشجویان می‌دهد باید اعتراض کرد و از تمرین و مشق کردن طفره رفت، بلکه باید دانست که این یک روش درست برای آموزش نقد و شرح نویسی با توجه به امتحانات میان ترم است.

روش‌های مختلفی برای شرح و نقد رأی وجود دارد و هر روش به انواع مختلفی تقسیم می‌شود. عموماً توصیه می‌شود که روش جامع را آموخت روشنی که البته دشوار و سخت است تا بتوان کار خود را هم داوری کرد پس از آموختن کامل می‌توانیم برخی از گام‌ها را حذف کنیم.

در نوشتمن یک شرح و نقد رأی می‌توانیم چهار گام تعیین کنیم:

۱. خواندن متن رأی (مرحله اساسی) که ابتدا برای شناخت محتوای رأی و درک عمیق‌تر آن و نهایتاً برای اطمینان از این که خارج از موضوع نیستیم لازم است.
۲. کارهای مقدماتی برای تهیه دست نویس و فیش‌ها.
۳. تهیه طرح و نقشه شرح و نقد و مقدمه (مرحله اساسی)
۴. نوشتمن متن شرح و نقد

۴. گام نخست: خواندن رأی

گام نخست در نوشتمن یک شرح و نقد رأی که مبتنی بر مطالعه رأی است. مرحله‌ای اساسی است که باید در طی این مرحله رأی را به دقت خواند. برای مطالعه دقیق رأی باید آن را دوباره خواند و برای بار سوم وقتی که در تدارک طرح و نقشه و پلان هستیم نیز رأی را می‌خوانیم.

مطالعه اول: خواندن سریع متن رأی برای شناخت آن است. پس از این مطالعه باید بر وقایع رأی وقوف یافت، یعنی بر موضوع اصلی رأی یا مسئله

1. Synthèse de la méthode du commentaire

متناظر^۱ فیه و راه حل ارائه شده آگاه شد. همچنین باید اجزاء و ارکان مختلف رأی را شناخت. ۱. مبنای ورود به موضوع^۲. وقایع پرونده^۳. دلایل اعاده دادرسی^۴. استدلال‌های رأی و مواد قانونی استناد شده.^۵ شماره گذاری این قسمت‌ها به روشن بودن متن کمک خواهد کرد.

برخی اقدامات در مطالعه اولیه رأی ممکن است ساده و سریع به نظر بیاید.

البته همیشه چنین نیست رأی «گاهی چنان مملو از وقایع است که اصل موضوع را در هاله‌ای از ابهام می‌برد. موضوعات و وقایع چندان زیادند و دادگاه این وقایع را چنان موجز و مختصر بیان کرده است که گاهی به دشواری می‌توان موضوعات اصلی و مهم را از موضوعات غیر مهم و فرعی تمییز داد. در پیش‌نویس می‌توانیم با استفاده از علامت‌هایی مانند فیلش و مانند آن دور نمایی از کار ترسیم کنیم تا روابط میان بخش‌های مختلف رأی بهتر فهمیده شود.

پس از آن مسائل مختلفی حقوقی درباره رأی مطرح می‌شود. در این مرحله باید ترتیب اهمیت هر مسئله را تعیین کرد و پرسید: توقع می‌رود که من درباره چه موضوعی بحث کنم؟ گاهی لازم است که همه مسائل را یک به یک بررسی کرد اما همیشه چنین توقعی نیست. دانشجویان اغلب تمایل دارند که کاری جامع و مفصل انجام دهند چرا که بیم دارند مبادا بخشی از کار را فراموش کنند. اما این چیزی نیست که ما از ایشان توقع داریم گاهی باید خود را در موضوع و مسئله اصلی متمرکز کرد و از مسائل فرعی چشم پوشید. برای مثال وقتی رأی درباره دو مسئله است که به ترتیب مربوط به رویه قضایی جاری و تحول در رویه قضایی است در چنین حالتی اولویت با پرداختن به موضوع اخیر است که درباره تحول در رویه قضایی است.

مطالعه دوم: این نوبت که عمیق‌تر از مطالعه نخست است، یادداشت‌هایی از رأی بر می‌داریم که این یادداشت‌ها منتهی به تدوین پلان و نقشه شرح و نقد رأی خواهد شد. این مرحله مطالعه‌ای است که با قلم در دست انجام می‌شود تا هر جا

1. Le visa.
2. Les faits.
3. Les motifs du pourvoi
4. Les motifs de la décision et le dispositif

نکته‌ای به نظر رسید در همان جا یادداشت و ثبت شود. علامت گذاری شود؛ دور آن خط کشیده شود در حاشیه نکته‌ای نوشته شود. این مطالعه باید امکان دهد تا همه داده‌های مهم رأی احصاء و نمایی از آن در پیش‌نویس آورده شود.

نکاتی درباره رأی دیوان عالی کشور:

دیوان عالی کشور می‌تواند رأی فرجام خواسته را نقض کند. در این صورت پرونده را به دادگاه هم عرض ارجاع خواهد داد. دیوان همچنین می‌تواند در خواست اعاده دادرسی را رد کند در این صورت رأی فرجام خواسته نقض نمی‌شود. در این صورت رأی اصلی باید در پرتو رأی دیوان مطالعه شود. تصمیم دیوان (اعم از نقض رأی یا رد فرجام خواهی) بر ظاهر رأی اثر می‌گذارد. بنابراین توجه و مطالعه رأی دیوان ضروری است.

ساختار یک نقض رأی به ترتیب زیر است:

- طرح و پلان: بر اساس خواسته اول - خواسته دوم - خواسته سوم

- مبنای رأی: به استناد ماده ... قانون ...

- قاعده کلی (اختیاری):

- یادآوری روند دادرسی قبلی، وقایع پرونده و راه حل‌های ارائه شده از طرف

دادگاه تجدید نظر

- راه حل حقوقی دیوان عالی کشور

- نتیجه: با توجه به ماده ... قانون ... رأی نقض می‌شود.

ساختار رأی رد دعوى :

- پلان و طرح: بر اساس خواسته اول - خواسته دوم - خواسته سوم

- یادآوری آیین و روند دادرسی قبلی، وقایع پرونده و راه حل‌های ارائه شده

از طرف دادگاه تجدید نظر

- رد دلایل و استدلال‌های خواهان اعاده دادرسی

- نتیجه: رد درخواست اعاده دادرسی

دلایل احتمالی برای نقض رأی به شرح زیر هستند:

- نقض رأی بدلیل نقض قانون

- عدم اجرا: قاضی قاعده حقوقی قابل اجرا در ما نحن فيه را اجرا نکرده است.

- اجرای اشتباه: قاضی برای توجیه رأی خود به یک مبنای نادرست استناد کرده است.
- تفسیر اشتباه: قاضی قانون را اشتباه تفسیر کرده است.
- ارزیابی نادرست: قاضی وقایع را اشتباه ارزیابی کرده است.
- نقض رأی به دلیل فقدان مبنای قانونی: این مورد در فرضی است که قاضی به اندازه کافی رأی خود را مستدل نکرده است تا دیوان عالی کشور بتواند کنترل کارآمدی اعمال کند. بنابراین رأی را نقض می کند و به مرجع قضایی صادر کننده ارجاع می دهد تا با بررسی مجدد رأی مستدلی صادر کند. اغلب، و نه البته همیشه، به کنایه و اشاره گفته می شود که اگر رأی فاقد مبنای قانونی نبود، اگر رأی دادگاه تجدیدنظر به اندازه کافی مستدل بود، نتیجه چیز دیگری می شد.
- نقض انضباطی: این نقض مربوط به نقض بدليل نقض شکلی است. برای مثال عدم پاسخ دادگاه به دفاعیات طرفین، فقدان استدلال و استناد، تحریف ادله و... . در این صورت دادگاه صادر کننده رأی می تواند نتیجه قبلی را حفظ کند اما آیین رسیدگی و نقض شکلی را رفع کند تا از تکرار نقض جلوگیری کند.
- استدلال‌های خاصی که منجر به رد درخواست اعاده دادرسی می‌شوند به شرح زیرند:
۱. استدلال بیش از حد: قضاط رسیدگی کننده به دعوی یک استدلال بی‌فایده برای توجیه رأی به کار برده‌اند، در حالی که رأی بوسیله استدلال‌های دیگر موجه شده بود و نیازی به استدلال اضافی و بیهوده نبود. دیوان عالی کشور می‌تواند استدلال اضافی را نادیده بگیرد یا از آن انتقاد کند. در صورت اخیر، حتی اگر رأی مانحن فیه نقض نشود رأی رد درخواست به اندازه رأی نقض معتبر است و لازم است از این جهت شرح و نقد شود و این رویکرد دیوان در نقد و شرح تبیین شود.
 ۲. جایگزینی استدلال: قضاط رسیدگی کننده به پرونده تصمیم و رأی درست صادر کرده‌اند اما رأی مبتنی بر استدلال‌های نادرست است. دیوان عالی کشور در اینجا پس از رسیدگی استدلال‌های خود را جایگزین استدلال‌های دادگاه صادر کننده رأی می‌کند.

۵. گام دوم: کارهای مقدماتی (پیشنویس)

توصیه می‌شود که کارهای مقدماتی (پیشنویس) با توجه به سه نکته زیر آغاز شود.

- وقایع پرونده، ترتیب زمانی وقوع آن‌ها. برای مثال: وصیت نامه رسمی ثبت شده در دفتر اسنادی مورخ سوم اسفند و وصیت نامه دست نویس مورخ ۶ اسفند.
- مراحل دادرسی، به طور خلاصه، به موارد مهم و در بیشتر موقع تناهی به دادگاه بدوى، تجدید نظر و دیوان تصریح می‌شود.
- قاعده حقوقی استناد شده (مبنای صدور رأی)، راه حل (اعمال حکم قاعده کلی بر موضوع جزئی)، فایده علمی رأی صادره (آورده رأی و افزوده آن به حقوق موضوعه).

فراهم کردن یادداشت رأی گام مهمی است چرا که امکان ساختار و شکل دادن به مقدمه را فراهم می‌کند. توصیه می‌شود وقتی که روش شرح و نقد نویسی را تمرین می‌کنیم مقدمه بحث بطور کامل نوشته شود. وقتی یک بار این روش را می‌آموزیم دیگر لازم نخواهد بود که مقدمه بنویسیم. سوالات و فرضیات (پاسخ‌ها)، پس از مطالعه برای دومین بار خود پیدا خواهند شد.

پس از مطالعه دوم، پیشنویس باید مملو از عناصر و نکاتی باشد که به هم ریخته و نامنظم‌اند و در مرحله بعد باید در جای درست خود قرار گیرند. شرح و نقد نویسان با تجربه در همین مرحله هم عناصر و نکات را به طور منظم و مرتب سامان خواهند داد. در جریان نظم و ترتیب دادن به نکات ایده‌هایی پیدا خواهند شد (برای مثال، نقد این یا آن استدلال) که آنها را در پیشنویس وارد خواهند کرد. از این جاست که مسئله و مشکل اصلی رأی ظاهر خواهد شد که طرح و نقشه شرح و نقد نوشتمن از آن به دست خواهد آمد. در این مرحله نوشتمن شرح و نقد آغاز می‌شود.

شرح و نقد نویسانی که تجربه کمتری دارند اغلب ترجیح می‌دهند یادداشت (فیش) رأی را در پیشنویس بنویسند. در یادداشت (فیش) رأی باید به چند

سؤال، که همیشه یکسان هستند، با ترتیب خاصی، که آن هم همیشه یکسان است، پاسخ داد، که امکان می‌دهند مقدمه شرح و نقد رأی را نوشت.
یادداشت یا فیش رأی متشکل از سوالات زیر است:

- وقایع پرونده چیست؟ (می‌توانیم آینین و مراحل دادرسی را بررسی کنیم؛ که در اکثر مواقع به سه گانه بدوى تجدید نظر و دیوان عالی محدود می‌شود).
- جریان دادرسی پرونده چیست؟ (اختیاری: وقایع روند دادرسی به طور مستقل بررسی شود تنها در صورتی که روند دادرسی تاثیر خاصی داشته باشد).
- مسئله حقوقی پرونده چیست؟
- استدلال‌های طرفین پرونده چیست؟
- پاسخ دادگاه چیست؟

مسئله حقوقی پرونده یا وقایع پرونده؟

از نظر برخی مسئله حقوقی پرونده باید انتزاعی باشد؛ برای مثال «آیا عقد بیع در صورتی که ... معتبر است؟»
از نظر برخی دیگر مسئله حقوقی پرونده باید شامل وقایع باشد: «آیا این قرارداد بیع میان حسن و حسین معتبر است؟»
دانشجویان ممکن است در برابر راهنمایی‌های مختلف و متعارض معلم‌های درس‌شان سرگردان شوند و ندانند چه باید بکنند یا حتی بدتر فکر کنند که درباره یک موضوع باید این روش را پیش ببرند و درباره موضوع درس دیگر روش دیگری.
در واقع مثال‌های فوق یکی از دیگری بدتر است. مثال اول بسیار نظری است و به همین دلیل شرح و نقد رأی تبدیل به یک مقاله dissertation خواهد شد.
مثال دوم مملو از وقایع است و به همین دلیل شرح و نقد رأی باید یک قاعده قابل اعمال را استخراج و استنباط کند و گرنه وقایع چندان اجازه سر بر آوردن یک نگاه کلی و عام را فراهم نمی‌کند. پس بنابراین باید در مواجه با چنین وضعیتی آگاهانه با موضوع برخورد کرد و از افتادن در دام نظریه پردازی یا نقل وقایع و حوادث پرهیز کرد. نقد و شرح رأی میان این دو است و باید از هر دو به تناسب در بحث وجود داشته باشد تا نقد و شرح مفید افتد.

مسئله حقوقی در یک شرح و نقد رأی یک رفت و برگشت میان واقع و حقوق است. و بدین ترتیب از این زاویه سه منظر دارد (۱) تعیین حقوق قابل اعمال در مانحن فیه (۲) صورت‌بندی یک قاعده حقوقی عام که می‌تواند در موارد دیگر که حاوی وقایع مشابه است اعمال شود (۳) اعمال این قاعده بر وقایع؛ از وقایع عزیمت می‌کنیم تا حقوق قابل اعمال را تعیین کنیم (مرحله ارزیابی)، سپس، به وقایع باز می‌گردیم (مرحله اعمال حقوق). مسئله حقوقی موضوع بحث به شکل انتزاعی صورت‌بندی و طرح خواهد شد.

پس از پاسخ به این پرسش‌ها ممکن است دو راه در پیش گرفته شود.

راه اول: (که توصیه نمی‌شود) ابتدا مقدمه را بنویسید به منظور آن که وقایع را در پیشانی کار قرار دهید و سپس پلان و نقشه شرح و نقد رأی را بنویسید و سپس در پایان به مقدمه بازگردید تا کار را تمام کنید.

راه دوم: (که توصیه می‌شود) طرح و نقشه شرح و نقد رأی را در پیش‌نویس تهیه کنید و هم این که این مرحله انجام شد نوشتن مقدمه را شروع کنید.

راه نخست که توصیه نمی‌شود در واقع متنضم اشکالات متعددی است. از یک سو در این روش باید مقدمه را در هر زمان نوشت؛ پیش و پس از تهیه طرح و نقشه شرح و نقد رأی. از سوی دیگر ممکن است منجر به دو ناهمانگی و عدم تناسب شدید شود. مقدمه همان گونه که از نام آن پیداست باید حاوی مطالبی باشد که در متن می‌خواهیم از آن به تفصیل بحث کنیم. بنابراین اگر مقدمه را پیش از تنظیم و پلان و نقشه بنویسیم این شکل منطقی و معقول نیست چرا که هنوز نمی‌دانیم در متن از چه سخن خواهیم گفت. در هر حال مقدمه باید، سوالات فیش‌های رأی پاسخ دهد به ترتیبی که بالاتر گفته شد.

۶. گام سوم: تهیه و تنظیم پلان و نقشه (پیش‌نویس) و مقدمه

ساختر کلی شرح و نقد

پس از این که یادداشت یا فیش رأی نوشته شد باید به مرحله تهیه پلان و طرح منتقل شویم. در خصوص تهیه و تنظیم ساختار پلان و مقدمه برخی الزامات وجود دارد.

ساختار کلی نقد و شرح رأی به ترتیب زیر است

- مقدمه (حدود یک سوم کل متن)

- متن (حدود دو سوم کل کار)

در یک نقد و شرح رأی بخش نتیجه‌گیری نداریم. اصلاً ضرورتی ندارد و حتی ممکن است غریب و شگفت هم باشد، مقدمه در اینجا نقش نتیجه را ایفا می‌کند. در مقدمه نباید چیزی را ناگفته گذاشت؛ نباید خواننده احساس کند که در حالت تعليق است. مقدمه باید راه حل را نشان دهد بدون آنکه عناصر و اجزای استدلال برای رسیدن به راه حل را آشکار کند. این ها مواردی هستند که باید در متن آورده شوند.

ساختار مقدمه

ساختار مقدمه به ترتیب زیر است.

• پاراگراف (بند) آغازین

• یادداشت یا فیش رأی: خلاصه وقایع و جریان پرونده (گردش کار پرونده)

• بیان مسئله نقد رأی با تأکید بر فایده رأی و توضیح مختصر راه حلی که دادگاه ارائه کرده است.

• بیان پلان و طرح

پاراگراف آغازین باید کوتاه باشد. اغلب یک عبارت کافی است. خصوصاً که فقط فرصت و زمان برای نوشتن نقد و شرح رأی در جلسه امتحان کوتاه و تنها سه ساعت است. لازم نیست در خصوص مثلاً موضوع آزادی اراده به رأیی در حقوق روم یا به آرای ایمانوئل کانت ارجاع بدھیم. کوشش کنید موضوعات و مسائل ساده و روشن را طرح کنید. برای مثال می‌توانید با این جمله آغاز کنید: «رأی شرح و نقد شده مربوط به رویه قضایی است که مستقر و جاری است....».

مسئله ← راه حل یا راه حل ← مسئله؟

آیا باید ابتدا راه حل دادگاه را بیان کرد و سپس مسئله را از آن استخراج کرد یا بر عکس ابتدا باید مسئله را گفت و سپس راه حل را از آن نتیجه کرد؟ اصولاً، ابتدا باید مسئله حقوقی رأی را که موضوع نقد و شرح را فراهم می‌کند صورت‌بندی و طرح کرد و سپس با بیان راه حل دادگاه پاسخ مسئله را گفت.

راه حل ارائه شده توسط دادگاه مستقیماً به نقشه و پلان کار می‌انجامد. «مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که اگر دادگاه به این سئوال چنین پاسخ می‌دهد که ... ». شرح و نقد رأی توضیح و تبیین راه حل ارائه شده از سوی دادگاه ذیل یک ساختار منظم و منطقی است. توصیه می‌شود که به این ساختار قناعت کنید مگر در برخی موارد که واقعاً با روش شرح و نقد مشکلی نداریم.

ساختار عکس (راه حل - مسئله) می‌تواند در برخی موارد موجه باشد. برای مثال جایی که دادگاه با تغییر جهت در رویه قضایی یک راه حل صریح ارائه کرده، جایی که خلاصه وجود داشته است. موضوع شرح و نقد انتقاد یا تمجید این راه حل خواهد بود. مسئله نقد و شرح می‌تواند از یک سو ۱. بیان دلایل و نتایج ضمنی و دلالت‌های آن ها باشد و از سوی دیگر ۲. درباره تغییر جهت رویه قضایی. در این صورت موضوع شرح و نقد رأی دیگر توصیف راه حل ارائه شده دادگاه به شکل منظم و ساختاری نیست بلکه بخشی منظم درباره این راه حل است.

بنابراین منطقی است که ابتدا راه حل را بیان کنیم و سپس مسئله را از آن استخراج کنیم. غالباً این ساختار توصیه نمی‌شود چرا که به سادگی منجر به یک «شرح و نقد — مقاله»^۱ می‌شود؛ یعنی بسیار نظری و از اهداف خود دور می‌شود. به بیان دیگر انتخاب نوع ساختار به مسئله شرح و نقد رأی بستگی دارد. اگر مسئله شرح و نقد رأی با مسئله حقوقی در هم تنیده است ساختار نوع اول است که باید انتخاب شود. بر عکس اگر مسئله شرح و نقد رأی مسئله حقوقی رأی نیست بلکه راه حلی است که دادگاه در این خصوص عرضه کرده است؛ در این صورت ساختار نوع دوم باید انتخاب شود.

پلان و طرح شرح و نقد رأی

روش سقراطی در پیش بگیرید. بیش از آنکه در پی پاسخ باشید کوشش کنید تا سوالات خوب طرح کنید. بسیار مهم است که سوالات خوب طرح کنید و شرح و نقد خود را در اطراف مسئله‌ای خوب سامان دهید. وقتی که یک مسئله خوب یافت شده باشد طرح و نقشه نقد و شرح رأی به طور طبیعی از آن جاری و

1. commentaire-dissertation.

منشعب می‌شود اگر به نظرتان فراهم کردن پلان و طراحی منطقی و منسجم آن دشوار است و اگر نمی‌توانید بخش‌های کار را به نحو منطقی مرتبط کنید در این صورت احتمالاً مسئله شما نادرست است یا مسئله خوبی نیست.

پیروی از این روش الزامی نیست یعنی این روش تنها روش ممکن و روشن غیرقابل تخلف نیست. بلکه وقتی که لازم باشد نقد و شرح می‌تواند به جای دو بخش در سه بخش هم باشد و از این حیث اشکالی پیش نخواهد آمد. یعنی وقتی که ساختار دیگری برای توضیح منطقی تر موضوع مناسب باشد باید از آن استفاده کرد و نباید اسیر کلیشه شد و پیشاپیش هر ساختار دیگری غیر از ساختار دو بخشی را کنار گذاشت.

طرح و پلان نقد و شرح رأی از مسئله تحقیق ناشی می‌شود. عموماً طرح و پلان به روش‌های مختلف انجام می‌شود و بنابر سلایق مختلف متفاوت است. اما بهتر است شما طرح و پلانی ساده و روشن انتخاب کنید و در نوشتن اولین نقدهای رأی از همین روش پیروی کنید تا به تدریج روش پیچیده و بهتری بیابید. البته پلان و طرح الزامی و اجباری نیست. اشکال مختلف پلان به شرط آنکه روشن و منطقی و در خدمت توضیح بهتر موضوع باشند نیز قابل قبول است بنابراین هدفی که در خدمت تبیین موضوع ثامین می‌کند اهمیت دارد و نه شکل پلان. اغلب خوانندگان یا داوران یک شرح و نقد رأی توقع دارند در چنین کوشش علمی پلان و طرح ببینند و انتظار دارند که پلان و نقشه‌ای روشن فراهم شده باشد. بنابراین در مواردی که نقد و شرح رأی قرار است داوری شود یا موضوع آزمونی باشد باید در تدوین یک طرح و پلان ساده و روشن بیشتر دقت کرد. پلان و نقشه‌های غیر ساده را کسانی می‌توانند انتخاب کنند که در نوشتن این نوع مطالب تجربه و مهارت کافی اندوخته‌اند.

بخش‌های مختلف شرح و نقد رأی باید همانگ باشند نه اینکه صرفاً به طور مکانیکی در پی هم تلنبار شده باشند. کلیت متن می‌بایست منطقی داشته باشد و مسئله اصلی متن باید هم چون خط ارتباطی مشخص کل متن را به هم مرتبط کند. بهترین پلان و نقشه اغلب آن‌هایی هستند که تقسیم بین بخش‌ها روشن و

واضح است. بهترین توصیه‌ای که می‌توان کرد این است که به دنبال پلان و نقشه پیچیده نباشید چرا که اغلب پلان‌های ساده بهترین پلان‌ها هستند. پس از اینکه مسئله نقد و شرح رأی مورد نظر را یافته‌ید و آنرا صورت بندی و طرح کردید و بخش‌های مختلف آن در پلان معلوم شد در این مرحله برای سومین بار رأی را بخوانید تا کار را شروع کنید. این خواندن به شما امکان می‌دهد تا مطمئن شوید که خارج از موضوع نیستید و این که مسئله شما خیلی نظری و تئوریک نیست و این که شما تفسیر نادرست و اشتباهی از استدلال‌های دادگاه نمی‌کنید و مواردی دیگر از این قبیل.

در این مرحله نوبت نوشتن موارد مربوط به هر بخش از پلان در ذیل آن بخش است و در این مرحله اجزاء دیگر پلان تکمیل می‌شود. در این مرحله کم و بیش آنچه که می‌خواهیم در هر بخش از شرح و نقد رأی بنویسیم در پیش‌نویس آورده می‌شود. بنابراین پیش‌پیش از روش کار بحث نخواهیم کرد، محتوای بخش‌ها بستگی به رأی، به مسئله و به پلان و طرحی دارد که انتخاب کردیداًیم.

با وجود این باید ۳ نکته به طور منظم در هر زیر بخش بیان شود.

یک نکته نظری: از آنجایی که هر زیربخش با یک موضوع خاص مرتبط است بنابراین، این موضوع خاص باید توضیح داده شود. برای مثال: آیا این راه حل پی گرفته شده؟ آیا این راه حل مناسب و مطلوب است؟ آیا این راه حل بهتر یا بدتر از راه حل قبلی است؟ اعمال و اجرای این راه حل آیا نتایج و آثاری در دیگر شاخه‌های حقوق دارد؟ آیا این راه حل مطلوب است یا صرفاً یک پیشامد و تصادف بوده است؟ آیا این راه حل قابلیت آن را دارد که به یک راه حل اصولی تبدیل شود؟ و سوالاتی از این قبیل... فهرست بلند و حتی بی‌انتها است.

یک نکته عملی: در اینجا باید استدلال نظری مطرح شده در متن رأی را تشریح کرد. در اینجا از فرمول و عبارت معروف «در ما نحن فيه ...» استفاده خواهیم کرد. بسیار مهم است که فراموش نکنیم که این نکته عملی (فرمول در ما نحن فيه) باید ذیل هر زیربخش بیان شود. اگر این نکته از یک زیر بخش غایب باشد این زیر بخش بیش از حد نظری خواهد شد و بیش از آنکه یک نقد و شرح رأی باشد به سوی یک مقاله dissertation سوق پیدا خواهد کرد.

یک نکته منطقی: این نکته حلقه رابط و وصل منطقی میان بخش قبل و بخش بعدی است که به پلان ساختار و ساختمان می‌دهد. اجزاء مختلف پلان و طرح نقد و شرح رأی نباید پشت هم تلنجار شود بلکه باید منظم و منطقی باشد. اندیشه‌ها باید بطور طبیعی در پی هم بیایند و خواننده می‌بایست در راستای یک استدلال منطقی و رو به جلو هدایت و راهنمایی شود. نکته منطقی اغلب به شکل یک پاراگراف کوتاه و واسطه است.

نکاتی که باید به خاطر داشته باشید:

- پلان و طرح نوشتن مانند بازی خانه سازی است باید
- معین کرد که اجزاء و نکات مختلف در ساختار کلی بیان مسئله وارد می‌شوند یا خیر؟
 - در صورتی که وارد می‌شوند جایشان کجاست؟
 - و چه شکلی باید داشته باشند.

از پلان و طرح‌هایی که باید خودداری کرد:

خودداری کنید از اینکه هر مسئله را در بخش‌های متفاوت و مجزا طرح کنید. باید پیوند منطقی واضحی میان بخش‌های مختلف کار شما وجود داشته باشد. از اختصاص دادن بخش تاریخی، نظری و توصیفی خودداری کنید از پرداختن به موضوعاتی خارج از موضوع بپرهیزید از اینکه بخش یا زیربخشی به نظر مختار خودتان اختصاص دهید بپرهیزید. نظر مختار شما باید در ضمن مطالب آورده شود نه اینکه بخش مستقلی بدان اختصاص داده شود.

درباره شکل

وقتی که در پایان مقدمه، از پلان و طرح خود را پرده برمی‌دارید سعی کنید از فرمول‌ها و عبارات کلیشه‌ای و عام بپرهیزید مانند اینکه در بخش اول به ... خواهیم پرداخت و در بخش دوم موضوع را بررسی خواهیم کرد. بهترین روش این است که عناظین را مستقیماً به کار ببرید و بحث را ذیل عناظین طرح کنید.

مثال:
پلان

۱. ابطال «کأن لم يكن»
 ۲. تغییر و تنظیم اثر و آورده رأی یا تصمیم دادگاه^۱
- توصیف مناسبی از پلان: پس از آنکه شورای دولتی تصمیم اداری را باطل و کأن لم يكن اعلام کرد. (۱)

شورای دولتی با تعیین ابزارهایی که باید از سوی اداره برای رفع خلاص حقوقی در پیش گرفته شود رأی صادره را تنظیم کرده و جهت داده است. (۲)

توصیف نامناسبی از پلان: «در بخش اول از ابطال» «کأن لم يكن» بحث خواهیم کرد (۱) و در بخش دوم از تنظیم و کنترل اثر رأی»

انتخاب عناوین بخش‌ها و زیربخش‌ها در این نوع نوشه‌های با مقالات علمی تفاوت ندارد و در این موارد مشترک‌کند و می‌توان از همان نکات در اینجا هم استفاده استفاده کرد مواردی مانند کوتاه و رسابودن عناوین بخش‌ها و زیربخش‌ها و زیربخش‌ها باید کوتاه و رساباشد و طوری باشد که در عین آنکه کوتاه است جامع همه مطالب مندرج در بخش باشد.

در خصوص مشکل کار به دو نکته زیر توجه کنید.

- بهتر است صریح باشید تا اینکه جامع باشید
- ساده و بی‌پیرایه باشید

۷. گام چهارم: نوشتمن متن

پس از آنکه پلان و نقشه کار را یافتید و مقدمه را نوشتید نوبت به نوشتمن متن می‌رسد. متن غالباً دو سوم کل محتوای نوشه را شامل می‌شود و یک سوم باقی مانده مقدمه است. اگر پلان شامل دو بخش باشد، هر بخش یک سوم متن خواهد بود. بخش‌ها باید متناسب و معادل باشند. غالباً حدود ۳۰٪ اختلاف در تناسب و تعادل بخش‌ها پذیرفته شده و متعارف است.

مهمترین قسمت در نوشتمن متن، پاراگراف‌های انتقالی و عنوانین فصول و بخش هاست. پاراگراف‌های انتقالی آن دسته از بندهایی است که برای انتقال از یک عنوان به عنوان دیگر در پایان عنوان نوشته می‌شوند و زمینه را برای ورود به عنوان دیگر آماده می‌کنند. پاراگراف یا بند انتقالی نه نتیجه‌گیری و نه مقدمه است بلکه نتیجه‌ای از بند قبلی که پایان یافته و پیش درآمدی از بند پیش روست. به عبارت دیگر بند یا پاراگراف انتقالی می‌بایست حلقه واسط میان دو پاراگراف باشد.

ساختار متن به ترتیب زیر است

بخش اول

مقدمه

(توصیف طرح و پلان)

- گفتار اول
- شرح و بسط موضوع
- بند انتقالی
- گفتار دوم
- شرح و بسط موضوع
- بند انتقالی

بخش دوم

- توصیف پلان و طرح
- گفتار اول
- شرح و بسط موضوع
- بند انتقالی
- گفتار دوم
- شرح و بسط موضوع
- بند انتقالی
- نتیجه

می‌بینیم که پس از گفتار دوم اصولاً نتیجه‌گیری وجود ندارد. با وجود این شما می‌توانید در چند سطر یک نتیجه‌گیری سریع بنویسید اما این نتیجه‌گیری باید مرتبط با گفتار دوم باشد. توجه کنید که نباید نتیجه‌گیری بنویسید که مربوط به کل متن باشد که در این صورت ناگزیر خواهد بود به عناصری از گفتارهای دیگر متن هم بازگردید. توجه کنید که نتیجه نوشتن کار دشواری است. دانشجویان اغلب گرایش دارند که در نتیجه‌گیری سؤال اصلی متن و مطالب مندرج در مقدمه را تکرار کنند. این خطای فاحشی است که نباید مرتکب شد چرا که کل متن برای پاسخ به این سؤال نوشته شده است لذا متن نوشته شده این هدف را تأمین می‌کند و نباید چیزی زاید گفت. البته باید توجه کرد که این متن برای آموزش شرح و نقد رأی خصوصاً و در درجه اول برای دانشجویان نوشته شده تا مقدمات این کار را بیاموزند و در راهی ساده و مطمئن و غیر پیچیده قدم بردارند و از تمرینات دشوار در آغاز راه دور باشند. بنابراین پس از آنکه کسی در این راه خبرگی و مهارت یافت می‌تواند با ذوق و اجتهاد خود بطوری که برای توضیح موضوع مناسب می‌داند ساختار بحث را سامان دهد.

۸. نقل قول‌ها و ارجاعات

مانند هر مشق حقوقی دیگر در شرح و نقد رأی نیز ضروری است که هر تأیید و تصدیقی مستند به یک واقعیت خارجی یا مبنای قانونی باشد. باید توجه داشت که هر تأیید و تصدیقی که مبتنی بر یک واقعیت خارجی یا ماده قانونی نباشد ارزشی ندارد و كالعدم است چرا که امکان رد و تأیید آن نیست. آموزه‌ای که از قدیم در حقوق وجود دارد و بنا بر آن گفته می‌شود «نحن ابناء الدليل» یا «نحن نقضي بالظواهر» گویای همین نکته است. یعنی حقوقدان «ابن الدليل» است و تنها در برابر دلایل و مدارک و مستندات مرجح سر فرود می‌آورد و به ذهنیات و ظن و گمان بها نمی‌دهد. یکی از تخلفاتی که برای قضاط در دادگاه عالی انتظامی پیش بینی شده مستدل و مستند نبودن رأی است. نکاتی وجود دارد که بحث‌های ما در نقد و شرح رأی باید مبتنی بر آن‌ها باشد:

• وقایع پرونده

- استدلال‌های رأی
- رویه قضایی قبلی
- قوانین و مقررات
- نظریه و دکترین حقوقی

از نوشتمن تجربیات و نظرات شخصی خود اجتناب کنید مگر آنکه تعیین کننده باشد که البته این نگاه در دوره کارشناسی کمتر به دست می‌آید.

وقتی که به برخی از استناد استناد می‌کنید باید به برخی لوازم ملزم باشید. در ارجاعات باید دقیق باشد که درست و دقیق ارجاع دهدید اگرچه ممکن است گاهی اشتباهی هم رخ دهد. اما اشتباهات متعدد در ارجاعات قابل قبول نیست، تکرار اشتباه در ارجاعات منجر به کسر نمره خواهد شد چرا که نشان دهنده کم دقیقی علمی و از موارد خلل در شرایط صحت نقد و شرح رأی است. اگر دانشجو فرست کافی برای نوشتمن شرح و نقد رأی داشته باشد و بتواند به کتابخانه مراجعه کند و به اینترنت دسترسی داشته باشد توقع می‌رود که ارجاعات را کامل بنویسد. اما اگر نقد و شرح رأی در جلسه آزمون باید نوشته شود؛ اشاره به کلیات ارجاعات کفایت می‌کند و لازم نیست که به شماره صفحات و... تصریح کنید.

همچنین در نقد و شرح رأی نوشتمن شایسته است که دانشجویان علائم اختصاری را بشناسد که امکان می‌دهد در وقت صرفه‌جویی کنند و سرعت نوشتمن را بالا ببرند. مواردی مانند ق.م (قانون مدنی)، ق.م.ا (قانون مجازات اسلامی)، ق.ت (قانون تجارت)، ق.ا.ج.ا.ا (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، د.ب (دادگاه بدوی)، د.ت (دادگاه تجدید نظر)، د.ع.ک (دیوان عالی کشور)، د.ع.ا (دیوان عدالت اداری) ش.ن (شورای نگهبان) و

۹. خطاهایی که باید از آن پرهیز کرد

- مقاله نوشتمن

بالاتر هم درباره این خطر تذکراتی دادیم. باید توجه کنیم نقد و شرح رأی کردن به معنای نوشتمن مقاله علمی - پژوهشی نیست. این فعالیت علمی یک تأمل نظری نیست نباید فراموش کنیم که موضوع کار و مطالعه ما یک رأی قضایی است

يعنى يك حكم اعمال و اجرای حق. بنابراین موضوع مطالعه و بحث به اندازه مقاله وسیع و گسترده نیست. شرح و نقد رأی موضوعی نیست که از وجوده مختلف بتوان در آن نظر کرد بلکه يك رأی قضایی است که باید به آن بسنده کرد و محدودیت‌های آن را شناخت و از آن توقع استخراج يك مقاله علمی - پژوهشی نداشت.

این خطر در خصوص آرای مهمی که تحولی در رویه قضایی ایجاد کرده‌اند بیشتر است. بنابراین ما در معرض ترسیم سیر تحول رویه قضایی قبلی هستیم تا در يك بخش تاریخی بلند این تحول را نشان دهیم. این بحث خروج از موضوع خواهد بود. تذکرات تاریخی تنها در صورتی آورده می‌شوند که برای فهم رأی و موضوع نقد و شرح ضروری باشد. بنابراین در فرضی که رأی موضوع نقد و شرح منجر به تحولی در رویه قضایی شده باشد ذکر سابقه تاریخی بحث لازم است اما در اکثر موارد تنها یادآوری سابقه رویه قضایی رأی موضوع بحث کافی خواهد بود.

وقتی که موضوع نقد و شرح رأی است که منجر به تحولی در رویه قضایی شده است در این صورت اغلب مشاهده می‌کنیم که پلان و طرحی بدین شکل نوشته می‌شود. ۱. سابقه رویه قضایی ۲. تحول به‌دست آمده در رأی موضوع شرح و نقد. در این جا بخش اول خارج از موضوع است. در حالی که می‌توانیم همین حرف‌ها را در يك پلان بهتری بگوییم که از موضوع هم خارج نشده باشیم.
۱. استدلال تحول ۲. نتایج تحول.

۱۰. حجم و سبک متن و مدیریت زمان

برگه‌های امتحانی ناتمام نقد و شرح رأی در بین دانشجویان زیاد شده است. این پدیده ناشی از این نیست که سه ساعت فرصت داده شده کافی نیست بلکه به این دلیل است که دانشجویان اغلب نمی‌دانند چطور باید زمان را مدیریت کنند و همچنین روش‌ها و سازوکار نقد و شرح نوشتمن را خوب نیاموخته‌اند. گاهی فرصتی برای بازخوانی دقیق و عمیق رأی باقی نماند یا اینکه يك ربع مانده به اتمام وقت امتحان کار را تمام می‌کنیم. اما گاهی پنج دقیقه مانده به پایان وقت امتحان ما تازه بخش اول را تمام می‌کنیم. در چنین موقعی باید در روش کارمان تجدید نظر کنیم.

صریح و قاطع بودن بهتر از جامع بودن است: توجه کنید که زیاد نوشتن فایده‌ای ندارد، بهتر است کم و گزیده بنویسیم و نکات هوشمندانه و دقیقی بنویسیم. لازم نیست دوباره چرخ را از ابتدا اختراع کنیم؛ اگر رأی موضوع نقد و شرح رأی مربوط به بطلان قرارداد است لازم نیست عوامل بطلان قرارداد را برشمریم و بدتر از آن اینکه به تعریف قرارداد بازگردیم و قرارداد را تعریف کنیم. همه این موارد خارج از موضوع و بی‌فایده است چرا که شما هیچ چیزی به خواننده نمی‌آموزید.

کوشش کنید عبارت و جملات کوتاه بنویسید. جملات بلند را برای زمانی نگه دارید که فرصت کافی برای نوشتن شرح و نقد رأی در منزل یا کتابخانه دارید. نوشتن جملات بلند خطر اشتباهات و جملات مبهم را بیشتر می‌کند اگر برای تنظیم زمان در امتحان مشکل دارید در منزل تمرین کنید و درباره این موضوع فکر کنید. هنگام نوشتن دقت کنید که تایپ کردن سریع‌تر از نوشتن روی کاغذ است و جستجو کردن روی اینترنت سریع‌تر از کتاب قانون است و شما در جلسه امتحان نمی‌توانید تایپ کنید یا در اینترنت به دنبال سابقه رویه قضایی یا مواد قانونی باشید. بنابراین به این تفاوت سرعت دقت کنید و بدانید که بدون این ابزارها در جلسه امتحان سرعتتان کمتر خواهد بود.

۱۱. استدلال‌های طرفین دعوى یا استدلال‌های دادگاه؟

وقتی که برای نخستین بار با آرای دیوان عالی کشور مواجه می‌شویم ممکن است فکر کنیم که رأی دیوان تناقض دارد. این تصور درست نیست و ناشی از عدم شناخت ساختار رأی است. ساختار رأی دیوان چنین است:

- مبنای صدور رأى
- وقایع پرونده
- ادلہ درخواست اعاده دادرسی (ادله طرفین دعوى)
- ادلہ دادگاه
- مستندات قانونی

دادگاه باید به ادله طرفین دعوی که درخواست اعاده دادرسی کرده‌اند پاسخ دهد. دادگاه این دلایل را در متن رای می‌آورد تا در ادامه در خصوص وارد بودن یا نبودن آن‌ها اعلام نظر کند. خلط بحث و اشتباه می‌تواند از این موضوع ناشی شود که دادگاه اغلب از عبارت: «نظر به این که ...» برای نقل ادله طرفین دعوی استفاده می‌کند و گاهی، البته نه همیشه، برای ارزیابی ادله طرفین دعوی از این تعبیر استفاده می‌کند: «اما با توجه به ...». خوبشخانه ادله طرفین دعوی اغلب با تفاظت پاراگراف‌ها و این که در بند یا پاراگراف دیگری شروع می‌شود با پاسخ دادگاه متمایز می‌شود. یعنی در رأی دادگاه هریک از این موارد در بند یا پاراگراف مستقلی می‌آید و بدین وسیله هم می‌توان استدلال‌ها طرفین و ارزیابی دادگاه از این استدلال‌ها را تشخیص داد. بنابراین ساختار همیشه یکسان است:

- استدلال‌های طرفین ← پاسخ دادگاه
- «بانظر به این که ...» سر سطر ← «اما با توجه به این که ...»
- «بانظر به این که ...» سر سطر ← «اما با توجه به این که ...»

۱۲. رسیدگی ماهوی – رسیدگی شکلی^۱

در شرح و نقد رأی نوشتن اشتباه ماهوی (و نه شکلی) رایج‌ترین و مهم‌ترین اشتباه دانشجویان است. یعنی میان رسیدگی ماهوی و رسیدگی شکلی خلط می‌کنند. در حالیکه باید توجه داشت دیوان عالی کشور در محتوای پرونده‌ها وارد نمی‌شود بلکه منحصرًا بر رعایت قوانین نظارت می‌کند. بنابراین باید توجه کنید که نمی‌توانید از دیوان عالی کشور یا هر مرجع عالی دیگر که بر رعایت قوانین نظارت می‌کند انتقاد کنید که به اندازه کافی به خصوصیت موضوع توجه نکرده است. هم‌چنین نمی‌توانید بگویید که راه حل ارائه شده در موضوع ناعادلانه است. بعلاوه باید در استفاده از الفاظ و کلمات دقیق کنید. شرح و نقدنویسان بی‌تجربه علاقمندند از تاییدات یا تصدیقات دیوان عالی کشور سخن بگویند چرا که فعل «تصدیق کردن»^۲ اغلب در رأی به کار می‌رود.

1. Juges du fond, juges du droit

2. Constater

تصدیق‌ها مبتنی بر وقایع‌اند و لذا دیوان عالی کشور نمی‌تواند درباره وقایع اظهار نظر و داوری کند. بنابراین دیوان عالی کشور کاری جز توجه به استنباط‌های قضایی (اعم از بدوى و تجدید نظر) نمی‌کند و اگر به کاربرد لفظ «گواهی کردن - تصدیق کردن» عادت دارید بهتر است به نحو دیگری بنویسید («دیوان عالی کشور تذکر داد که قضایی (بدوى یا تجدیدنظر) تصدیق کرده که...»). علاوه بر این، صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر قضایی قضایی (بدوى یا تجدیدنظر) یک صلاحیت بی‌ضابطه و اختیاری نیست. این صلاحیت قضایی را از استدلال در رای معاف نمی‌کند، یعنی قضایی باید توضیح دهد که چگونه و از چه مجرایی قاعده حقوقی در موضوع منحن فیه جاری می‌شود. دیوان عالی کشور در خصوص نظر قضایی قضایی اظهار عقیده نمی‌کند و از این جهت کنترلی ندارد. برای مثال مظاهر اراده آزاد (مانند قراردادها، عوامل مخل رضایت، حسن نیت و ...) ارزش ادله (آیا دلایل ارائه شده اثر قاطع در دعوا دارند؟) دیوان عالی کشور نمی‌تواند در این خصوص اظهار نظر کند. اما استثنائاً در برخی ارزیابی‌ها، با وجود صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر قضایی دادگاه بدوى یا تجدیدنظر، دیوان می‌تواند نظارت کند. برای مثال در خصوص ادله دعوا، اگر قضایی بدوى یا تجدیدنظر دلایل را تحریف یا قلب ماهیت کرده باشد دیوان می‌تواند بر استنباط دادگاه ایراد کند. قضایی بدوى و تجدیدنظر نمی‌تواند یک متن و سند را قلب ماهیت کند چرا که به قدر کافی واضح است و نیاز به تفسیر ندارد. دیوان عالی کشور رایی را که یک نوشته و متن واضح را تحریف کرده باشد نقض خواهد کرد. در ارزیابی و سنجش استدلال‌های دادگاه می‌باشد هر استدلال را با شماره و ترتیب متمایز کرده و درباره هر استدلال به تفکیک و جداگانه بحث کنید.

۱۳. رأى الگو و رأى موردى

آرا دادگاهها را از جهت آوردهای که برای نظام حقوقی دارند می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. دسته اول آرا الگو و راهنمای هستند. وقتی با رأى مواجهیم که مربوط به یک رویه قضایی و در ادامه آن است و رأى است که سابقه ایجاد می‌کند و می‌تواند در موارد آتی هم به دعاوی که ویژگی مشترکی دارند اعمال شوند در

این صورت با یک رایی مواجهیم که می‌تواند به یک الگو و راهنمای این موضوع تبدیل شود. دسته دوم آرای موردنی هستند. در این حالت برعکس با رایی مواجهیم که نمی‌تواند به موارد مشابه دیگر توسعه و تسری یابد و منحصر و محدود به دعوی حاضر است و صرفاً با توجه به حقایق و وقایع پرونده توضیح داده می‌شود و از آن نمی‌توان الگو و رویه ای استخراج کرد.

اغلب ارزیابی اهمیت رای بدون شناخت زمینه و پیشینه ای که رای در آن صادر شده بسیار دشوار است. شناخت رویه قضایی مقدم بر رأی موضوع نقد و شرح و هم چنین شناخت دکترین حقوقی مربوط به بحث ضروری است. آرایی که الگو هستند و در پی خود رویه سازی می‌کنند، اغلب و البته نه همیشه ویژگی‌های خاصی دارند. استدلالی که با عبارات عام بیان شده اغلب دوبار در رأی آورده می‌شود. نخست بلافضله پس از بیان مبانی صدور رأی^۱ و سپس در استدلال دادگاه. این نوع رأی اصولاً حاوی یک قیاس کامل است (صغری، کبری، نتیجه). در حالی که رأی موردنی قاعده عام و کلی ندارد (کبری و نتیجه). به نحو دقیق‌تر رأی که الگو و رویه ساز است ساختار و ارکان زیر را دارد: ۱. اصل عام کلی ۲. وقایع ۳. اعمال اصل بر واقعه ۴. رأی. اما رأی موردنی بر خلاف رأی الگو ساختار ساده‌تری دارد: ۱. وقایع ۲. اعمال قاعده بر واقعه ۳. رأی.

با وجود این یکی از اشتباهات رایج دانشجویان این است که تنها با توجه به شکل، نوع یک رأی را تعیین می‌کنند یعنی اعم از این که رأی الگو و رویه ساز باشد یا رأی موردنی فقط به شکل رای برای تعیین نوع آن توجه دارند. به عبارت دیگر وقتی یک رأی در بردارنده استدلالی است که به شکل عام و کلی بیان شده دانشجویان آن را رأی الگو و رویه ساز فرض می‌کنند چرا که به نظرشان یک قاعده کلی بنا کرده است. در حالی که اغلب همین استدلال در آرای قضایی مقدم هم تکرار شده است. بنابراین رأی موضوع بحث بدین ترتیب تنها یک رأی موردنی است. رأی الگو و رویه ساز رأیی است که برای نخستین بار حاوی این استدلال بوده باشد. برعکس ممکن است یک رأی دادگاه ظاهرآ شبهیه یک رأی موردنی باشد چرا

که حاوی مطالب پیش پا افتاده در چند صفحه است. به عبارت دیگر شکل تنها یک علامت است و به تنها بی دلیل تعیین کننده و کافی نیست تا یک رأی الگو و رویه ساز شناخته شود.

همه این موارد موید نکته‌ای است که بالاتر گفته شد. بنابراین نمی توانیم بدون شناخت زمینه و پیشینه رای موضوع بحث، یک نقد و شرح خوب بنویسیم. باید در اعطای عنوان «رأی الگو» یا «رأی موردی» امساک کرد مگر آنجا که به ارزیابی خود اطمینان و ایمان داریم. باید عادت مذموم و کلیشه ای اعطای دست و دلبازانه القاب به آرای قضایی را در مقدمه نقد و شرح رأی را ترک کرد. چنان اعطای القابی در عمل بی فایده است چرا که فرصت و فضای نقد و شرح را اشغال می کند و محور بیهوده ای می سازد که شما دائماً در حول آن دور خواهید زد و از موضوعات اصلی غافل خواهید شد. در مقابل وقتی به موضوع نقد و شرح، عنوان «موردی» اطلاق می کنید پیش‌پیش اعلام می کنید که با یک رأی پیش پا افتاده مواجهیم. استاد درس که این نقد و شرح را ارزیابی می کند بلا فاصله درخواهد یافت که دانشجو تسلطی بر محتوای درس ندارد و موضوع رأی را نمی شناسد.

یکی دیگر از اشتباهات رایج مربوط به حکم دعوی است که اهمیت رأی بسته به آن است. ممکن است ذیل یک استدلال دادگاه نتایج مختلفی بگیرد که در نوع خود نوآورانه و بدیع باشد. برخی راه حل ها واقعاً رویه ساز و نوآورند در حالی که برخی دیگر از آراء جز تکرار راه حل های قبلی نیستند. به عبارت دیگر رویه ساز بودن یک رأی بدلیل شهرت آن نیست بلکه استدلال های مطرح در یک رأی آن را رویه ساز و الگو می کند.

مثال:

رأی Lautour ۲۵ می ۱۹۴۸ «با نظر به این که در حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون حاکم بر مسئولیت مدنی اشخاص خارج از قرارداد در مورد کنترل بر مالی که عامل خسارت به ثالث شده، قانون محلی وقوع خسارت یا ارتکاب جرم است»

در اینجا اصل اعمال قانون محل وقوع خسارت یا ارتکاب جرم است. کسی که بر رأی Lautour نقد و شرح می نویسد الزاماً باید این موضوع را بداند. بعلاوه،

این موضوع که مسئولیت مدنی مرتكب جرم باید مبتنی بر بنده یک ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی باشد، تسلط بر مال عامل خسارت راه حل بدیع این رأی نیست بلکه راه حل در زمان های قبل در رأی فرانک به دست آمده بود.

رأی فرانک ۱۹۴۱: «[با نظر به این که] ... در وضعیت حاضر که بنابر آن فرانک از استفاده از مالش محروم بوده و تسلط و کنترلی بر خودروی خود نداشته است بنابراین مشمول مسئولیت موضوع بند اول ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی نیست. دادگاه

تجدیدنظر که چنین رأیی صادر کرده است ماده فوق الذکر را نقض نکرده است.»
با مطالعه دو استدلال، بدون شناخت تاریخ دو رأی، نمی توانیم تشخیص دهیم که رأی رویه ساز در خصوص تفسیر بند اول ماده ۱۳۸۴ کدام است و اگر سابقه را نشناسیم به اشتباه فکر خواهیم کرد که رأی Lautour رأی الگو و رویه ساز بوده است. در حالیکه رأی الگو رأی فرانک است هر چند استدلال رأی عمومیت کمتری دارد و هر چند که ظاهر رأی منطبق با رأی الگو و رویه ساز نیست.

گزارش نشست نقد رأی با موضوع: حقوق دارنده علامت تجاری در صورت عدم تمدید اعتبار

*تهیه و تنظیم: پژوهشگاه قوه قضائیه

مشخصات رأی

شماره دادنامه زهایی: ۱۰۴۹۲۲۱۲۰۹۹۷۰۹۳۰

تاریخ: ۱۳۹۳/۸/۲۸

مرجع صادرکننده: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

خواسته: ابطال ثبت علامت

دادنامه شعبه ۳ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران

آقای ر.ب. به وکالت از شرکت خ. به شرح دادخواست و صورتجلسه دادرسی با ادعای ثبت مقدم علامت تجاری کلمه «ه...» به فارسی طی شماره ۹۴۲۰۰ مورخ ۸۰/۳/۲۷ جهت تولید روغن موتور و ضدیخ در طبقه ۱ و سابقه استفاده مستمر از آن، دادخواستی به خواسته ابطال ثبت علامت کلمه «ه...» به شماره ثبتی ۱۳۰۵۱۹ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۲۴ و الزام به ثبت اظهارنامه شماره ۱۳۹۲۵۰۱۴۰۰۰۱۰۰۹۷۵۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۳ به طرفیت: ۱. شرکت روغن موتور د. [الف.]; ۲. اداره ثبت علامت تجاری تقدیم نموده است. دادگاه با توجه به مستندات ابرازی و گزارش ثبتی خوانده دوم نظر به اینکه علامت مذکور ابتدا به نام خواهان ثبت شده و هرچند که در سال ۱۳۹۰ به لحاظ عدم تمدید، اعتبار خود را از دست داده اما نامبرده کماکان از علامت استفاده نموده و مدارک ابرازی از جمله صدور پروانه کاربرد علامت استاندارد اجباری از سوی سازمان ملی استاندارد ایران، دلالت بر این امر می‌نماید و

* «تهیه شده توسط آقای مهدی کارچانی، پژوهشگر پژوهشکده حقوق خصوصی قوه قضائیه»
karchanimahdi@gmail.com



از طرفی علامت خوانده در سال ۱۳۸۴ و در زمان اعتبار علامت خواهان برای همان کالای ثبتشده که به لحاظ تعارض با حقوق مقدم و مکتبه خواهان، غیرقابل ثبت بوده است و تداوم استفاده از آن با توجه به استفاده مستمر خواهان، باعث وقوع اشتباه و گمراهی مصرف‌کنندگان نسبت به مبدأ تولید کالا و خدمات خواهد شد و نظر به اینکه مدیرعامل شرکت خوانده مدافعتی به عمل آورده که مؤثر در مقام نمی‌باشد لذا دعوى مطروحه، وارد و ثابت تشخيص، مستند به بندهای (الف) و (ه) و (ز) ماده ۳۲ و ۴۰ و ۴۱ از قانون ثبت اخترات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، حکم به ابطال ثبت علامت خوانده اول و الزام خوانده دوم به ثبت اظهارنامه خواهان صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره، حضوری و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر تهران می‌باشد.

رئيس شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

دادنامه شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواهی شرکت الف. به طرفیت شرکت خ. با وکالت آقای ر.ب. نسبت به دادنامه شماره ۴۲ - ۹۳/۱/۲۷ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران که بهموجب آن، حکم به ابطال ثبت علامت «ه...» به شماره ثبت ۱۳۰۵۱۹ - ۱۳۸۴/۱۲/۲۴ و الزام اداره ثبت علائم تجاری به ثبت اظهارنامه شماره ۱۳۹۲۵۰ ۱۴۰۰۰ ۱۰۰۹۷۵۴ مورخ ۹۲/۴/۲۳ برای علامت «ه...» صادر شده، وارد است: اولاً، تجدیدنظرخوانده در فرجه ششم‌ماهه قانونی و نیز ارفعی برای تمدید علامت پس از انقضائے اعتبار ثبت علامت در تاریخ ۹۰/۱/۲۶ اقدامی به عمل نیاورده است و از این بابت فاقد حقی نسبت به علامت موضوع دعوى است؛ ثانیاً، با عنایت به سابقه استفاده تجدیدنظرخواه از تاریخ ثبت علامت در سال ۸۴ تاکنون به مدت قریب نه سال و ادامه استفاده ایشان به دلالت اعتبار ثبت علامت موصوف و اینکه تجدیدنظرخوانده ظرف پنج سال از تاریخ ثبت علامت به نام شرکت در زمان اعتبار ثبت علامت و یا به اعتبار سابقه استفاده، اقدامی درخصوص ابطال علامت تجدیدنظرخواه به عمل نیاورده. فلذا در تضاد حق استفاده طرفین با وجود مراتب فوق الذکر، حق تقدم با تجدیدنظرخواه است که علامت ایشان از حمایت قانون

پس از انقضاء مدت علامت تجدیدنظرخوانده و عدم تمدید آن برخوردار می‌باشد و براین اساس، دادگاه به استناد مواد ۴۰ و ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۳۵۹ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را، نقض و حکم به بطلاً دعوى نخستین تجدیدنظرخوانده صادر و اعلام می‌دارد. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

مقدمه:

مطلوب ماده ۴۰ قانون ثبت اختراقات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و نیز ماده ۱۳۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور، مدت اعتبار علامت تجاری ده سال از تاریخ تسلیم اظهارنامه می‌باشد که در صورت درخواست تمدید توسط مالک علامت ظرف یک‌سال قبل از انقضاء اعتبار علامت، امکان تمدید علامت با پرداخت هزینه برای دوره‌های ده‌ساله دیگر وجود دارد. ماده اخیرالذکر (۱۳۱) آیین‌نامه مقرر می‌دارد در صورت عدم درخواست تمدید ثبت ظرف مهلت یادشده، امکان درخواست آن ظرف مهلت شش‌ماه پس از پایان اعتبار ثبت علامت، با پرداخت جریمه تأخیر به میزان نصف هزینه ثبت علامت وجود دارد. درصورتی که مالک پس از گذشت مواعده مذکور، تمدید علامت را درخواست نکند علامت از درجه اعتبار ساقط گشته، وارد قامرو عمومی خواهد شد و هر شخص می‌تواند نسبت به ثبت چنین علامتی اقدام نماید. لازم به ذکر است علائم مشهور در حدود مقرر در قانون بدون ثبت، مورد حمایت هستند و بحث حاضر منصرف از این علائم خواهد بود.

در صورت اتمام اعتبار علامت و تمدید ننمودن آن در مهلت‌های مقرر، بدون اینکه دارنده پس از این زمان از علامت، استفاده‌ای نماید مطابق قانون و آیین‌نامه علی‌الأصول مانعی از جهت ثبت قبلی علامت برای تقاضای ثبت علامت توسط شخص دیگری وجود نخواهد داشت، لکن در فرضی که دارنده علامت پس از پایان اعتبار و عدم تمدید آن، کمافی‌السابق از علامت استفاده نماید، برخی قائل به وجود حق تقدم ناشی از استفاده برای دارنده اول علامت بوده، معتقدند چنین فردی می‌تواند به تقاضای ثبت علامت توسط دیگران اعتراض نموده و با ابطال علامت

ثبت شده توسط دیگران را خواستار شود. در مقابل، عده‌ای نیز برای چنین فردی از جهت انقضاء اعتبار علامت و عدم تمدید آن، حقی قائل نیستند و دارنده قبلی و اشخاص دیگر را درمورد ثبت علامت مساوی می‌دانند.

در پرونده حاضر، شرکت خ. (خواهان بدوی) در تاریخ ۱۳۸۰/۳/۲۷ اقدام به ثبت علامت «ه...» و استفاده از آن نموده است. شرکت الف. (خوانده اول) در سال ۱۳۸۴ و در زمان اعتبار گواهی ثبت علامت شرکت خ. اقدام به ثبت مشابه گماه کننده این علامت می‌نماید. با گذشت ده سال و عدم تمدید اعتبار ثبت علامت اول توسط شرکت خ.، این علامت در سال ۱۳۹۰ از اعتبار ساقط می‌شود اما شرکت کماکان از علامت مزبور استفاده می‌کند. بعد از مدتی، شرکت خ. به استناد ثبت مقدم و سابقه استعمال مستمر از علامت، دعوای ابطال علامت تجاری ثبت شده توسط شرکت الف. را به طرفیت شرکت اخیر و اداره ثبت علامت تجاری اقامه می‌نماید.

دادگاه بدوی با این استدلال که علامت شرکت الف.، برای همان کالا در زمان اعتبار علامت شرکت خ. ثبت شده که به لحاظ تعارض با حقوق مکتبه خواهان، غیرقابل ثبت بوده و تداوم استفاده از آن موجب گمراهی مصرف کنندگان خواهد شد، حق شرکت خ. نسبت به علامت را مقدم دانسته، حکم به ابطال علامت شرکت الف. و الزام اداره ثبت علامت تجاری به ثبت علامت به نام خواهان صادر می‌نماید. پس از تجدیدنظرخواهی توسط شرکت الف.، دادگاه تجدیدنظر اقدام به نقض رأی دادگاه بدوی و صدور حکم به بطلان دعوای شرکت خ. می‌کند. مرجع تجدیدنظر به دو دلیل تجدیدنظرخوانده را ذی حق نمی‌داند: نخست به علت عدم ثبت علامت پس از انقضاء اعتبار آن (علامت)، دو دیگر، به دلیل عدم ابطال علامت شرکت الف. در زمان اعتبار علامت خود، لذا از این منظر، در تضاد بین حق استفاده تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده، حق تقدم با شرکت الف. است که علامت این شرکت پس از انقضاء علامت شرکت خ. از حمایت قانون برخوردار می‌باشد.

در زمینه آراء صادره سؤالاتی مطرح می‌شود که این پرسش‌ها از آن جمله‌اند:

۱. اگر در زمان اعتبار علامت شخص (الف)، شخص (ب) درخواست ثبت همان علامت یا مشابه گماه کننده آن را برای کالاهای یکسان با

مشابه بنماید و به دلیل خطای اداره ثبت چنین علامتی ثبت شود، وضعیت اعتبار علامت شخص (ب) چگونه خواهد بود؟ آیا اسقاط اعتبار علامت شخص (الف) بر اعتبار علامت شخص (ب) تأثیر خواهد گذاشت؟

۲. در فرض سؤال نخست، اگر اعتبار علامت شخص (الف) منقضی گردد آیا شخص (الف) می‌تواند نسبت به طرح دعوای ابطال علامت شخص (ب) اقدام نماید؟ آیا چنین شخصی در طرح دعوی، ذی‌نفع محسوب می‌شود؟

۳. آیا دارنده سابق علامت یا اشخاص دیگر می‌توانند نسبت به ثبت علامتی که اعتبار آن به دلیل عدم تمدید منقضی شده است اقدام نمایند؟ آیا چنین علامتی برای کالاهای اشخاص دیگر دارای وصف تمایزبخشی است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ [حداقل درباره برخی از کالاهای] آیا در این مورد برای دارنده سابق علامت نسبت به ثبت علامت، حق تقدم متصور است؟

در تاریخ ۱۳۹۶/۷/۲۲ نشست علمی با موضوع «حقوق دارنده علامت تجاری در صورت عدم تمدید اعتبار» توسط گروه حقوق مالکیت فکری پژوهشکده حقوق خصوصی در پژوهشگاه قوه قضائیه با حضور آقایان محمدحسن امّی (رئیس شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، آقای امیرحسین رمضانزاده (مستشار شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر)، دکتر سیدحسن میرحسینی، دکتر رضا وصالی‌محمدود (دادرس دادگاه عالی انتظامی قضاط)، دکتر محسن اسماعیلی و آقای رسول دوبحری‌بندری (رئیس سابق شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) در جهت پاسخ‌گویی به سؤالات مذکور، برگزار گردید.

متن نشست:

آقای امّی

در فرض سؤال نخست باید بین فرضی که عین علامت فرد توسط دیگری به ثبت رسیده است و فرضی که علامت مؤخر از نظر اداره ثبت علامت تجاری

مشابه علامت مقدم نبوده ولی صاحب علامت مقدم یا قاضی دادگاه چنین عقیده‌ای را دارند، تفاوت قائل شد.

همچنین در حالتی که پس از گذشت ده سال از اعتبار علامت و عدم تمدید آن، اعتبار علامت منقضی شده است باید بین حالتی که فرد همچنان از علامت استفاده نموده، در حال تولید کالای دارای علامت می‌باشد و فرضی که فرد استفاده از علامت بر روی کالا را متوقف کرده است، تفکیک قائل شویم. در فرض پرونده حاضر، صاحب علامت اولیه، استفاده از علامت تجاری را متوقف نساخته، کماکان در حال تولید کالاست. یکی از اهداف مهم حقوقدانان در حقوق علائم تجاری، جلوگیری از گمراهی و فریب مصرف‌کننده و ممانعت از رقابت نامشروع در عرصه رقابت است. وقتی فردی علامتی را ثبت کرده و ده سال اعتبار داشته یعنی در این مدت فرد مستمرًا از علامت استفاده کرده و اقدام به تولید کالا یا خدمات نموده است. بعد از اتمام اعتبار علامت، بی‌آنکه اقدام به تمدید اعتبار آن نماید همچنان در حال تولید کالای واجد آن علامت می‌باشد. موافق نادیده گرفتن ثبت قبلی این علامت و استفاده مستمر بیش از ده سال و نیز مقدم دانستن فردی که پس از این شخص (دارنده اول علامت) اقدام به ثبت علامت نموده نیستم چراکه معتقدم حتی اگر دارنده اول علامت اقدام به ثبت علامت نمی‌نمود ولی با علامت بیش از ده سال مستمرًا به تولید می‌پرداخت و کسی بعد از آن اقدام به ثبت علامت مورد استفاده وی می‌نمود دادگاه در اینجا نیز می‌بایست به ابطال ثبت علامت شخص دوم اقدام می‌کرد.

اگر با این فرض که دارنده علامت در حال استفاده مستمر از علامت است، ثبت این علامت توسط دیگری را معتبر بدانیم نخستین اثر آن، گمراهی مصرف‌کننده است یعنی دیگر امکان تمییز بین کالاهای تولیدکننده اولیه و شخص بعدی فراهم نیست، لکن در حالتی که فرد پس از انقضای اعتبار علامت و گذشت مهلت‌های مورد نظر، دیگر تمایلی به استفاده از علامت نداشته باشد و شخص دیگری اقدام به ثبت همان علامت بنماید این ثبت، معتبر و قابل حمایت است ولی اگر دارنده اولی استفاده مستمر دارد - همچون پرونده حاضر - و

همواره با همان علامت، کالا تولید می‌کند شخص (ب) نمی‌تواند این علامت را ثبت نماید و در صورت ثبت، شخص (الف) می‌تواند به عنوان کسی که سابقه ثبت علامت را داشته و همچنان از این علامت استفاده نموده، ذی‌نفع تلقی شده و علامت قابل ابطال است لذا در این باره با رأی دادگاه بدرو موافق هستم.

آقای رمضانزاده

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، برخلاف نامهای تجاری برای کسی که علامتی را استفاده می‌کند قبل از ثبت، حقی قائل نشده است. بنابراین، صرف استفاده از علامت تجاری بدون ثبت به معنای ذی‌حق بودن شخص نیست. موردی که باید در این پرونده مدنظر قرار گیرد بحث «ذی‌نفع بودن» در زمان تقدیم دادخواست است که به حوزه اصول و مقررات دادرسی مربوط می‌شود. کسی که هم مدت اعتبار علامتش منقضی شده و هم مدت ارافقی اعطایی قانون، بی‌آنکه به تمدید اعتبار علامت اقدام نماید به هیچ‌روی در طرح دعواه ابطال ثبت همان علامت، ذی‌نفع محسوب نمی‌شود مگر اینکه علامت مورد استفاده وی جزو علائم مشهور باشد. بند (ه) ماده ۳۲، یک استثناء بر این موضوع است و به علامت مشهور بدون ثبت هم اعتبار بخشیده است. به‌طورکلی حتی اگر علامت ثبت شده دوم برخلاف مقررات ثبت شده باشد یا منجر به گمراهی مصرف‌کنندگان شود، شخصی که اعتبار علامتش منقضی شده است ذی‌نفع در طرح دعواه ابطال چنین علامتی نیست.

با درنظر گرفتن سابقه استعمال به عنوان حق تقدم در وضعیت قانونی فعلی مخالف هستم. با چنین تفسیری گویی ماده ۲۰ قانون ۱۳۱۰ منسخ نشده است. ماده ۱۲۵ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراقات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری که به ادعای مالکیت بواسطه استعمال می‌پردازد برای گذر از قانون سال ۱۳۱۰ به ۱۳۸۶ نوشته شده است. قانونگذار حقوق دارنده را به‌وسیله ثبت اعطاء می‌کند. بنابراین، با منقضی گشتن دوره تمدید و اتمام مهلت ارافقی، فرد، دیگر حقی نسبت به علامت ندارد و هر فردی که درخواست ثبت علامت را تقدیم نماید اداره ثبت نه تنها ملزم به پذیرش آن است بلکه دادگاه نیز با چنین ثبتی مشکلی ندارد.

دکتر میرحسینی

پیش از بحث درمورد اصل موضوع، به بررسی پیشینه این موضوع می‌پردازم. در ماده ۵ مکرر کنوانسیون پاریس کشورها مکلف شدند برای حفاظت از حقوق مالکیت صنعتی مهلت ارفاقی در نظر بگیرند که حداقل این مهلت شش ماه است. دوازده ماه قبل از انقضاء و شش ماه بعد از انقضاء، صاحب حق فرست دارد که نسبت به تمدید علامت خویش اقدام کند و مطابق بند ۲ این ماده، کشورهای عضو اتحادیه اختیار دارند به منظور اعاده اعتبار گواهینامه اختراع که اعتبار آن به علت عدم پرداخت حق التثبت ساقط گردیده، مقرراتی را پیش‌بینی کنند؛ درخصوص اختراع تا حدی تأکید بیشتری شده است. در آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت علائم و اختراعات (مصوب ۱۳۳۷) بیان شده درصورتی که مدت اعتبار علامت منقضی شده باشد ثبت آن از طرف صاحب اولیه یا دیگران تابع کلیه مقررات و تشریفات مربوط به ثبت علائم خواهد بود، سپس مقرر شده اشخاص مقیم می‌توانند در ظرف ۳۰ روز از تاریخ نشر آگهی، اعتراض خود را تسلیم نمایند. بنابراین دقیقاً روشن است با منقضی شدن اعتبار علامت و نیز مهلت ارفاقی، علامت وارد حوزه‌ای می‌شود که خود صاحب علامت و دیگران می‌توانند این علامت را ثبت کنند و مانند یک کلمه، یک عبارت یا نشانی جدید قابلیت ثبت دارد. در حقیقت، علامت وارد قلمرو عمومی می‌شود به‌طوری که دیگران نیز می‌توانند نسبت به ثبت آن اقدام نمایند اما اگر صاحب علامت اقدام به ثبت آن نماید، دیگر تابع مقررات تمدید اعتبار علامت نخواهد بود بدین سبب باید اظهارنامه جدید تقدیم شود نه اظهارنامه تمدید. فلذا کلیه تشریفات ثبت علامت تجاری در این مورد باید رعایت گردد. این وضعیت ناظر به آیین‌نامه قانون قبلی بود. در وضعیت فعلی، ماده ۴۰ قانون (مصوب ۱۳۸۶) و ماده ۱۳۱ آیین‌نامه اجرایی آن به این موضوع پرداخته‌اند. از ماده ۴۰ قانون می‌توان استنباط کرد که با اتمام یا گذشت مدت ارفاقی، گواهی ثبت علامت، اعتباری نخواهد داشت. ماده ۱۳۱ آیین‌نامه بیان می‌دارد: اگر دارنده علامت، مدت اعتبار علامت را در مهلت ارفاقی هم تمدید نکند ثبت، از اعتبار ساقط است. چنین حکمی در مرحله

پیش از ثبت نیز صادق می‌باشد؛ یعنی اگر اداره ثبت علامت، اظهارنامه را پذیرد و گواهینامه صادر شود و متقاضی هزینه را پرداخت ننماید به این دلیل (عدم پرداخت هزینه)، اظهارنامه کان لمیکن تلقی می‌شود. این موضوع مبتنی بر فسلوگه‌های مختلفی از جمله اصل «تعادل بین هزینه و فایده» مبتنی است؛ کسی که از علامت استفاده کرده و سود می‌برد باید حق ثبت علامت را پردازد. در بحث تطبیقی، این موضوع تقریباً در تمام کشورها پذیرفته شده است. کما اینکه برخی از کشورها عذر موجه متقاضی در عدم پرداخت هزینه را نیز می‌پذیرند. به طور مثال، اگر فرد به دلیل وجود قوه قاهره قادر به پرداخت هزینه نباشد عذر وی پذیرفته خواهد شد بی‌آنکه علامت از درجه اعتبار ساقط گردد.

در مورد پرونده حاضر ابتدا باید درباره چند اصل اتفاق نظر داشته باشیم: نخست اینکه: آیا «سابقه استعمال مستمر» به عنوان اولویت در ثبت را تنها در ثبت اولیه علامت می‌پذیریم؟ قبل از پاسخ بدان، این سؤال مطرح می‌شود که: در قانون ۱۳۸۶ با توجه به نسخ ماده ۲۰ قانون ۱۳۱۰، آیا «سابقه استعمال مستمر» را می‌پذیریم یا خیر؟ پاسخ بدین پرسش متضمن و مبتنی بر دو عقیده است:

عقیده اول اینکه، بعضی از شعب دادگاه تجدیدنظر برآناند که با توجه به مفاد آینه‌نامه که اگر شخص ادعای مالکیت علامت را دارد باید هم‌زمان با اعتراض به ثبت علامت، اظهارنامه ثبت علامت را ارائه دهد، به وحدت ملاک بعد از ثبت علامت نیز در صورتی که نسبت به علامت ادعای مالکیت (حق تقدم) وجود دارد، بایستی اظهارنامه تقدیم شود.

عقیده دوم که بین حقوق‌دانان سابقه دارد این است که علامت فقط با ثبت مورد حمایت قرار می‌گیرد. این نظر مورد پذیرش رویه قضایی قرار نگرفته است.

دوم اینکه: علامت مشهور کلاً از این قاعده مستثناست چون برای حمایت اصلاً نیازی به ثبت ندارد. بنابراین، مبحث «علامت مشهور» موضوعاً خارج از حوزه بحث فعلی است. ماده ۱۳۱ آینه‌نامه بیان می‌کند با توجه به بند (د) ماده ۴۰ قانون، مالک علامت می‌تواند با پرداخت هزینه، تمدید اعتبار ثبت علامت را برای دوره‌های متوالی ده ساله درخواست نماید. درخواست تمدید ثبت،

ظرف یک سال قبل از انقضای مدت اعتبار ثبت علامت است و در صورت عدم درخواست تمدید علامت ظرف مهلت مقرر، امکان درخواست با پرداخت جریمه وجود دارد، و الاً ثبت علامت از درجه اعتبار ساقط است. در اطلاق ماده مزبور همین بس که فرقی بین حالتی که صاحب علامت کمافی‌السابق از علامت استفاده کند یا نکند، نگذاشته است. بنابراین، با انقضای این مدت، علامت در حوزه عمومی وارد می‌گردد. صاحب قبلی شخصاً مانند کسی که قصد ثبت علامت را دارد اظهارنامه جدید می‌دهد؛ آگهی می‌شود و این علامت اگر به نام کس دیگری ثبت نشده باشد به نام وی ثبت می‌گردد. حال اگر به جای او فرد دیگری برای ثبت علامت اقدام نمود اداره ثبت علامت تجاری نمی‌تواند از ثبت علامت امتناع ورزد و به استعمال علامت توسط مالک قبلی [که الان فاقد گواهینامه ثبت علامت است] استناد نماید که البته بعد از انقضای اعتبار، علامت از سایت اداره کلاً حذف می‌شود.

مالک قبلی علامت اگر مدعی حقی نسبت به علامت باشد اظهارنامه ضمن اعتراض می‌دهد که ذی‌نفعی خود را اثبات کند و تقاضای ابطال ثبت علامت را نیز می‌نماید. اگر بحث در چارچوب و حول و محور ماده ۱۳۱ آیین‌نامه باشد باید اذعان کرد که طبق ماده مزبور، پس از گذشت این مواعید، علامت از اعتبار ساقط می‌شود و با فقد اعتبار آن، هر کسی که اقدام به ثبت علامت نماید مقدم بر دیگران است مگراینکه مانند دادگاه بدوى در این پرونده قائل به این امر باشیم که سابقه استعمال مستمر صرفاً موجب استحقاق و اولویت در ثبت اولیه نیست و درمورد ثبت بعدی علامت نیز قابل تسری است که در این صورت آن شخصی که اعتبار علامتش منقضی شده و کمافی‌السابق از این علامت استفاده می‌کرده درخصوص اینکه سابقه استعمال می‌تواند هم در ثبت اولیه، اولویت ایجاد کند و هم در ثیتهاي بعدی - که البته با پذیرفتن اظهارنامه ثبت، این نیز یک ثبت اولیه تلقی می‌شود - فرد می‌تواند ذی حق تلقی شود، ولیکن اگر دارنده سابق، با منقضی شدن این مدت، استفاده از علامت را متوقف و علامت را رها کرده باشد، یا اینکه سابقه استعمال مستمر به عنوان اولویت را تنها درمورد ثبت اولیه بدانیم

بی‌آنکه قائل به تسری آن در ثبت‌های بعدی باشیم دیگر نباید حق را به دارنده اولیه علامت بدهیم.

درمجموع با توجه به رویه قضایی که سابقه استعمال مستمر را می‌پذیرد اگر اعتبار علامت منقضی شده باشد و این شخص کmafی‌السابق از این علامت استفاده می‌کرده، تنها با این فرض می‌توان دادخواست ابطال را پذیرفت. البته در پرونده دیگری، شخصی بعد از انقضاء علامت یک شرکت، اقدام به ثبت علامت آن شرکت کرده بود. شرکت اقدام به تقدیم دادخواست ابطال علامت نمود. دادگاه بدوى رأی به ابطال ثبت علامت صادر کرد که این رأی در دادگاه تجدیدنظر نیز مورد تأیید قرار گرفت. پس از درخواست اعاده دادرسی براساس ماده ۱۸، رئیس قوه قضاییه این رأی را خلاف شرع تشخیص داد. در اینجا به اطلاق ماده ۱۳۱ آیین‌نامه استناد گشت چنانکه در سخنان آقای رمضان‌زاده اشاره شد چون اعتبار این علامت منقضی شده لذا فاقد اعتبار است و صاحب علامتی که بعد از انقضاء اقدام به ثبت علامت کرده، ذی حق می‌باشد. با توجه به وضعیت حقوقی کشور ما که بسیاری از شرکت‌ها به حقوق‌شان نه آشنا هستند و نه آگاه، بهتر است اداره ثبت پیش از اتمام مهلت‌های مذکور به منظور تمدید علامت، به دارنده‌گان علامت راجع به تمدید هشدار و اطلاع دهد. و از آنجاکه در حال حاضر چنین اقدامی در اداره مذبور صورت نمی‌گیرد و با عنایت به پذیرش سابقه استعمال مستمر به عنوان اولویت توسط رویه قضایی، شایسته است در مواردی که فرد بعد از انقضاء مهلت تمدید و مهلت ارفاقی کماکان به استفاده مستمر از علامت مبادرت می‌نماید، وی را درباره علامت ذی حق بدانیم و در مواردی که فرد دیگری اقدام به ثبت علامت این شخص نموده، دادخواست ابطال از سوی دارنده سابق را پذیریم.

بنا به فرض‌های مطرح شده اگر سابقه استعمال مستمر را به عنوان ملکی برای اولویت پذیرفته، و نیز چنین اصلی (سابقه استعمال مستمر) را به صورت توأمان در ثبت اولیه و ثبت‌های بعدی جاری بدانیم، در صورتی که شخص سابقه استعمال مستمر داشته باشد و بعد از انقضاء نیز از علامت استفاده کند،

همانطورکه سابقه استعمال مستمر در وضعیت عادی پذیرفتی است، بایستی سابقه استعمال مستمر دارنده سابق را بپذیریم و به ابطال علامت ثبت شده توسط دیگری اقدام نماییم.

دکتر وصالی محمود

درمورد سؤال اول، صرف ثبت علامت مشابه با علامت ثبت شده دیگری ولو گمراه کننده، از موارد بطلان ثبت علامت تجاری نیست، زیرا این امر خطای اداری بوده و اگر مالک حق (الف)، مدعی مشابهت گمراه کننده باشد باید طبق ماده ۴۱ قانون (مصوب ۱۳۸۶) به دادگاه، مراجعه و ابطال آن را درخواست نماید. مع الوصف اگر مالک علامت قبلی از امتیاز قانونی ثبت علامت در مهلت‌های مقرر دهساله و شش‌ماه ارفاقی (ماده ۴۰) استفاده ننماید و آن را تمدید نکند علامت از دایره حقوق انحصاری وی خارج شده، در اختیار عموم قرار می‌گیرد و درنتیجه، هر شخصی از جمله ثبت کننده غیرمجاز (شخص (ب)) حق دارد تقاضای ثبت آن را بنماید (که در اینجا قبلًا به نام وی ثبت شده است).

افزون بر آن با توجه به خروج علامت از حق انحصاری مالک، نامبرده همانند سایرین صرفاً می‌تواند با تقاضای ثبت علامت دوباره حق انحصاری نسبت به آن علامت تحصیل نماید و چون علامت ثبت شده غیرمجاز در مرجع قضایی رسیدگی نشده و حکمی بر بطلان یا یا ابطال آن صادر نگردیده و از طرفی هم مقررات ثبت از حیث پرداخت هزینه‌های قانونی و تشریفات اداری درمورد آن رعایت شده، نسبت به مالک علامت مزبور حقی ایجاد گشته که نسبت به سایرین از جمله مالک قبلی مقدم خواهد بود و علامت ثبت شده دارای اعتبار است.

در پاسخ به سؤال دوم - هرچند تقریباً و تلویحاً در بالا ذکر شد - تصریح می‌گردد که با توجه به زوال حق شخص (الف)، وی دیگر در اقامه دعواهای ثبت علامت، ذی نفع نبوده و نمی‌تواند چنین دعواهی را اقامه کند زیرا او نیز در ردیف عموم قرار می‌گیرد. از آنجا که مهلت مقرر در قانون، امری بوده، با انقضای آن مدت هیچ حقی برای شخص (الف) باقی نمی‌ماند.

و اما درمورد سؤال سوم، از آنجا که علامت ثبت شده شخص (ب) ابطال نشه و دلیلی بر بی اعتباری ثبت آن وجود ندارد و - همان‌گونه که در بالا گفته شد - صرف ثبت علامت بدون رعایت کامل مقررات لازمه آن را بی‌اعتبار نمی‌نماید بلکه این وضعیت، علامت را در صورت تشخیص دادگاه و صدور حکم توسط آن، در معرض ابطال قرار می‌دهد و حال که چنین حکمی صادر نشده شخص (الف) یا سایر اشخاص نمی‌توانند نسبت به درخواست ثبت علامت مزبور اقدام نمایند. به علاوه، برای شخص (ب) حق مکتبی ایجاد شده است (مرور زمان مقرر برای شخص (الف) موجب ایجاد حق برای شخص (ب) شده است).

علامت شخص (ب) با لحاظ شرایط مذکور دارای وصف تمایزبخشی بوده و در حدودی که ثبت گردیده (نسبت به کالا یا کالاهای موردنظر) قابل حمایت بوده، مانع ثبت علامت برای کالا یا کالاهای عینی یا مشابه گمراه‌کننده خواهد بود.

همان‌طورکه در مطالب فوق یاد شد پس از انقضاء مهلت قانونی و عدم تمدید علامت، شخص (الف) نسبت به علامت هیچ‌گونه حقی نخواهد داشت ولی موضوع «کالا» در اینجا تفاوت دارد درصورتی که کالای تولیدی شخص (الف) با کالاهای تولیدی شخص (ب) (که اکنون در رأی علامت معتبر ثبت شده می‌باشد) عینیت یا مشابهتی نداشته باشد موضوع منتفی است ولی اگر دربرگیرنده عینیت یا مشابهت گمراه‌کننده باشد حق با دارنده علامت ثبت شده است و شخص (الف) از این حیث هیچ‌گونه حق تقدمی ندارد زیرا شخص (الف) حقوقی را که مورد حمایت قانون قرار داشته از دست داده و هیچ دلیلی برای تقدم وی وجود ندارد. داشتن حق تقدم مستلزم دلیل و حمایت قانونی بوده که در این مورد شخص (الف) دارای چنین امتیازی نیست.

درمورد برخورد دادگاه با علائمی که در زمان ثبت فاقد شرایط قانونی بوده‌اند باید گفت با ثبت هر علامت تجاری و تسلیم گواهینامه ثبت آن به مقاضی ثبت، فرض قانون بر این است که در ثبت، شرایط قانونی لازمه رعایت شده است. حال اگر شخصی مدعی بوده که در ثبت علامت مفاد بند (الف)

ماده ۳۰ و شقوق مندرج در ذیل ماده ۳۲ رعایت نشده است، با اثبات ذی نفع بودن می‌تواند ابطال ثبت آن علامت را از دادگاه ذی صلاح درخواست نماید. در این مورد اولاً، هیچ دادگاهی نمی‌تواند ذی نفع محسوب شود زیرا دادگاه مرجع بی‌طرف بوده و به تظلمات عمومی رسیدگی می‌نماید و تا شخصی موضوعی را از دادگاه نخواهد دادگاه حق ورود و رسیدگی ندارد. بنابراین، اقدام دادگاه رأساً منتفی است؛ ثانیاً، در مواردی ممکن است ثبت علامت با مبانی شرعی، اخلاق حسنی و نظم عمومی مخالف باشد. در این حالت، دادستان که حافظ نظم عمومی جامعه است شخص ذی نفع از طرف جامعه محسوب می‌گردد و می‌تواند (تکلیف دارد) اقامه دعوی نماید و این دعوی قابل استماع است. لازم به یادآوری است که دادستان در حدود مذکور که علامت ثبت شده با حقوق عمومی منافات دارد ذی نفع به شمار می‌آید نه در هر موردی که علامت، مخالف قانون ثبت شده باشد. تشخیص ذی نفع بودن با دادگاه است (در مرور اختیارات دادستان از باب نمونه می‌توان به تبصره ۱ ماده ۱۸۳ آیین‌نامه اجرایی قانون سال ۱۳۸۶ اشاره نمود).

رأی بدوی بنا به دلایل مذکور، صحیح نیست. به علاوه، استفاده مستمر مربوط به قبل از ثبت علامت است (صرف نظر از اینکه استفاده مستمر در حال حاضر با ابهام مواجه است) و شخصی که علامتی را ثبت کرده ولی تمدید ننموده در عرض سایرین قرار می‌گیرد و حق تقدمی نخواهد داشت مگراینکه معارض نداشته باشد.

رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر از حیث نتیجه صحیح است ولی اولاً استناد به عدم اعتراض مالک مقدم در ظرف پنج سال استدلال صحیحی نیست زیرا قانون اصولاً برای اعتراض به ثبت علامت خلاف قانون مهلتی تعیین ننموده تا با کنوانسیون پاریس از این حیث معارض باشد. و یا از ماده ۶۲ قانون سال ۱۳۸۶ برای حل تعارض استفاده شود و کنوانسیون مقدم بر قانون داخلی باشد، بلکه قانونگذار یا براساس ملاحظات شرعی و یا هر دلیل دیگری اصولاً درخواست ابطال علامت خلاف قانون را برای همیشه از ناحیه اشخاص ذی نفع مجاز دانسته است و مقید نمودن این امر با کنوانسیون پاریس با اصول حقوقی سازگار نیست؛

ثانیاً، با وجود ثبت علامت از ناحیه هر دو طرف، اصولاً بحث سابقه استفاده منتفی بوده و موضوع سبق استفاده مربوط به قبل از ثبت علامت می‌باشد.

دکتر اسماعیلی

سؤال نخست اینکه: آیا ابطال ثبت اول علامت دال بر این است که ما ثبت بعدی علامت را که فرضاً با نواقصی به ثبت رسیده، معتبر بدانیم و معتقد به صحت ثبت آن باشیم؟ مسلماً با توجه به مقررات قانونی اعم از قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و آیین‌نامه اجرایی آن، شرایطی برای ثبت علامت پیش‌بینی شده است، که در صورت عدم رعایت این شرایط، که مهم‌ترین شرط موضوع «گمراه‌کننده نبودن» است، در عالم حقوق نه تنها چنین علامتی فاقد اعتبار است بلکه در آتیه هم حتی اگر ثبت شده باشد واجد اعتبار نخواهد بود چون صرف ثبت نمی‌تواند نافی اشتباه یا عدم رعایت شرایط دیگری باشد. بنابراین نمی‌توان به این امر قائل شد که با پایان یافتن اعتبار ثبت اول، ثبت دیگر واجد اعتبار است.

پرسشن دیگر اینکه: آیا مالک اولیه علی القاعده می‌تواند اعتراض کند و ثبت علامت توسط فرد بعدی را ابطال نماید؟ در این مورد بنا به تصریح ماده ۴۱ قانون، هر ذی‌نفعی می‌تواند معارض به ثبت باشد. و اینکه مالک اولیه می‌تواند ذی‌نفع محسوب شود یا خیر، با توجه به اینکه فرد بنا به دوره‌ای صاحب علامت بوده و استفاده مستمر داشته قطعاً می‌تواند در شمار ذی‌نفعان باشد. البته در بسیاری از کشورها (انگلیس) در بحث ابطال علامت، سخنی از ذی‌نفع به میان نمی‌آید و هر کسی که اعتقاد داشته باشد از راه ثبت علامت به وی ضرر وارد می‌شود می‌تواند طرح دعوی نماید. در مورد اینکه استفاده مستمر فقط راجع به ثبت اول واجد اثر است یا نسبت به ثبت‌های بعدی علامت نیز مؤثر می‌باشد، بر این باورم که نمی‌تواند دو نظر وجود داشته باشد زیرا در فرض ابطال علامت اولیه، «ابطال» به معنای کأن لمیکن شدن ثبت علامت است گویی که این علامت هیچ وقت ثبت نشده. من بعد هر درخواستی برای ثبت علامت صورت گیرد همانند این است که درخواست برای علامتی جدید و بدیع تقدیم شده است.

بنابراین باید به مقررات و شرایط عمومی ثبت علامت روی آورد. برای ثبت چنین علامتی قانونگذار قائل به حق تقدم برای استفاده‌کننده مستمر علامت می‌باشد و در این مورد بین فرضی که یک علامت ابتدائی ثبت می‌شود و فرضی که علامتی، ابطال گشته، سپس توسط دیگری ثبت می‌گردد تفاوتی نیست. اگر استفاده مستمر وجود داشته باشد طبق قانون و کنوانسیون پاریس می‌تواند موجود حق تقدم محسوب شود و در این مورد نباید تمایزی قائل شد.

درباره بحث اعتبار علامت، نکته حائز اهمیت اینکه متأسفانه در قانون فقط مبحث «ابطال» پیش‌بینی شده ولیکن موضوع «لغو» یا «بی‌اعتبار کردن» مورد توجه قرار نگرفته است. این موارد در قوانین دیگر کشورها در مواقعي که ثبت با موانع قانونی اعم از گمراه‌کنندگی، خلاف نظم عمومی بودن و ... مواجه بوده، پیش‌بینی شده و هر فرد می‌تواند در این موارد اعتبار علامت را به چالش بکشد. نکته دیگر اینکه بین اعتبار علامت و قابل ابطال بودن باید تفکیک قائل شد. بحث اعتبار به شرایط مقرر در قانون برای ثبت علامت، بازمی‌گردد که در پرونده مورد بحث ثبت دوم این شرایط را ندارد. در کشور انگلستان به اداره ثبت اجازه داده شده درمورد بی‌اعتبار کردن، خود تصمیم بگیرد و البته ذکر شده که در هر مقام و موقعیتی که اداره ثبت تصمیم گرفت می‌تواند کل پرونده را برای تصمیم‌گیری به دادگاه ارجاع دهد ولی درباره اعتبار، حق اولیه را به اداره ثبت داده که به‌نظر می‌رسد اقدامی صحیح است چراکه هر مرجعی که امتیازی را صادر می‌کند می‌تواند درخصوص اشتباہی که در صدور گواهی مرتکب شده تصمیم بگیرد. اگر این موضوع در قانون مورد توجه قرار می‌گرفت و این حق به اداره ثبت داده می‌شد منجر به حل و فصل بسیاری از مشکلات می‌گشت. علت طرح موضوع مورد بحث این بود که قاضی رسیدگی‌کننده نیز فارغ از چنین مسائل قانونی، برای اتخاذ تصمیم، از اصول حقوقی، امارات و ... استفاده می‌کند. وی ممکن است در این پرونده این موضوع را در ذهن خود مورد توجه قرار داده باشد مبنی بر این تصمیم که ثبت دوم را به‌هیچ‌وجه معتبر نشناشد. او از تفکر و اتخاذ تصمیم اینکه حق دارنده اول را معتبر شناسد یا خیر، فارغ است. و در پایان، سخن بر این تأکید استوار است که برای استفاده مستمر، مهلت و فرصتی

تعريف نشده است که پیش از ثبت اول یا دوم معتبر باشد لذا در هر دو صورت قابلیت استناد لازم می‌نماید.

دکتر میرحسینی

این مطلب (صدور گواهی ثبته به اشتباه، با فقد اعتبار روبروست) محل مناقشه می‌باشد. گواهی مزبور یک سند رسمی است و باید ابطال گردد تا از اعتبار ساقط شود و تا زمانی که ابطال نشده دارای اعتبار خواهد بود. بنابراین اگر کسی حقوق دارنده این گواهی را نقض کند به استناد همان گواهی، دارنده، اقدام به شکایت کیفری خواهد کرد و لو اینکه حقیقتاً ذی حق هم نباشد. در حال حاضر بسیاری از افراد به استناد گواهی ثبت علامت یا طرح صنعتی که واقعاً به درستی صادر نشده علیه دیگران طرح دعوی می‌کنند. فردی که اعتبار علامتش به دلیل عدم تمدید و گذشت مهلت‌های مربوطه ساقط شده باشد در صورت داشتن سابقه استعمال مستمر، باید اظهارنامه ضمن اعتراض دهد تا ذی نفع تلقی شود زیرا این فرد بعد از ابطال علامت خود، سمتی درمورد علامت ندارد. در صورت استناد به سابقه استفاده مستمر برای ثبت اولیه علامت نیز وضعیت به همین رویه است و فرد باید ضمن اعتراض، اقدام به تقدیم اظهارنامه نماید. البته این موضوع ناظر به مرحله قبل از ثبت علامت است و قضات دادگاه تجدیدنظر معتقدند این موضوع به وحدت ملاک درمورد بعد از ثبت علامت هم صادق است. بنابراین، با وجود درخواست ابطال ثبت علامت، حتماً باید ضمن اعتراض، اظهارنامه داده شود و لو اینکه اداره ثبت نیز این اظهارنامه را رد کند چراکه بعدها دادگاه حکم به الزام اداره ثبت صادر خواهد نمود.

درخصوص سابقه استعمال مستمر - همان‌طور که بیان شد - با توجه به صراحت ماده ۳۱ دو نظر وجود دارد: در ماده مزبور آشکارا تصریح گشته که حقوق انحصاری، با ثبت علامت اعطاء می‌شود. بسیاری از حقوق‌دانان با امعان نظر به اینکه قانونگذار در این ماده در مقام بیان بوده و ماده ۲۰ سابق را صراحتاً نقض کرده، معتقدند نظر مفنن این است که در این مرحله از قانونگذاری، سابقه استعمال مستمر به عنوان موجود حق تقدم را کنار نهاد و برای اعطاء حقوق فقط

ثبت را ملاک قرار دهد. در حال حاضر رویه قضایی، سابقه استعمال مستمر را پذیرفته است ولیکن قانون - که در مقام بیان بوده - حرفی از آن به میان نیاورده است پس باید به قدر متین قانون که صراحت در ثبت اولیه علامت دارد اکتفا نمود بی آنکه استناد به سابقه استعمال مستمر توسط کسی را که با عدم تمدید اعتبار علامت موجب زوال اعتبار علامت شده است، بپذیریم. البته می توان این گونه استدلال کرد که در فرضی که علامت از اعتبار ساقط می شود و فردی قصد ثبت آن را دارد مانند فرضی است که علامت فاقد سابقه ثبت باشد و برای نخستین بار قرار است ثبت شود لذا استناد به سابقه استعمال مستمر درمورد آن را می توان پذیرفت. بنابراین با توجه به رویه قضایی، در این فرض که یک فرد با انقضاء علامت خود، سابقه استعمال مستمر داشته باشد اختلاف عقیده‌ای به چشم نمی خورد.

آقای دوبحری‌بندری

درمورد ثبت دوم علامت که در زمان اعتبار علامت اول صورت گرفته است و اینکه چنین ثبتنی ناروا محسوب می شود یا خیر، باید گفت بهفرض که علامت به اشتباه یا برخلاف مقررات قانونی به ثبت رسیده باشد - البته در پرونده چنین چیزی مشهود نیست - به درخواست فرد یا افراد ذی نفع قابل ابطال است ولی ابتدابه ساکن، باطل و بی اعتبار تلقی نمی شود. فلذًا نمی توان گفت ثبت دوم علامت، ثبتنی نارواست. ناروا بودن ثبت یک علامت وقتی محرز می گردد که دادگاه نسبت به این موضوع، رسیدگی و حکم صادر کرده باشد. بنابراین، ثبت چنین علامتی معتبر است و قابلیت ابطال علامت، دال بر بطلان و بی اعتباری ثبت علامت نمی شود و به لحاظ قانونی کاملاً معتبر می باشد. مادامی که ثبت علامت از سوی دادگاه ابطال نشده، ناروا نیست و ثبت دوم علامت مورد حمایت قانونگذار است و نیز صرف اسقاط اعتبار ثبت اول علامت یا عدم اسقاط آن، بر وضعیت قانونی ثبت دوم علامت هیچ تأثیری نخواهد گذاشت. پس، علامت شخص (ب) (ثبت دوم علامت) کاملاً قانونی و مورد حمایت قانونگذار است. درخصوص ذی نفع بودن دارنده اولیه علامت از جهت شکلی همین که این فرد

ادعای مالکیت نسبت به علامت دارد در طرح چنین دعوایی «ذی نفع» محسوب می شود البته بدیهی است ذی نفع بودن، دلیل بر پذیرش ادعا توسط دادگاه نیست.

در اینکه سابقه استعمال، موجود اولویت یا حق تقدم است یا خیر - صرف نظر از اعتبار ثبت اولیه به طور خاص یا ثبتهای بعدی به طور عام، پاسخ به این سؤال منفی است. در پاسخ به این پرسش که ثبت قانونی علامت، مقدم و برتر است یا سابقه استعمال علامت، جملگی در برتری و تقدم ثبت اتفاق نظر دارند. اصولاً استفاده مستمر بدین منظور مورد استناد قرار می گیرد که فرد با استناد به این سابقه بتواند به مرحله ثبت برسد و از موقعیت برتر استفاده کند. طبق نظر قانونگذار، فردی که با ثبت علامتی، به مدت ده سال از آن استفاده نموده وقتی اقدام به تمدید علامت در مهلت تعیین شده و مهلت ارافقی، نمی نماید حقوق وی نسبت به علامت از بین می رود. در حال حاضر نمی توان با استناد به استعمال مستمر - که مدنظر قانونگذار هم بوده، از ثبت علامت توسط دیگران جلوگیری نماییم. استعمال علامت توسط دارنده اولیه، موجود حق نیست زیرا این استعمال مبتنی بر ثبت علامت بوده که قانونگذار این ثبت را بی اعتبار اعلام کرده است. اگر قرار بر پذیرش حق تقدم برای چنین فردی باشد باید بعد از انقضاء اعتبار علامت، مدت مددی سپری شود تا مطمئن شویم سابقه استعمال فرد منتفی شده و اثر آن از بین رفته است.

بنابراین، اعتبار استفاده سابق، مبتنی بر ثبت علامت بوده است. اگر به صرف استفاده، چنین حقی را برای فرد قائل شویم باید در عین حال به این امر معتقد باشیم که در صورت عدم استفاده از علامت در روزگار آتی، از چنین حقی بهره مند است زیرا نمی توان مدت زمان تعیین نمود چرا که باید مدت ها سپری گردد تا اثر این سبق استعمال کاملاً منتفی شود و آنگاه دیگران جرئت به خرج داده، اقدام به ثبت علامت بنمایند. پس، وقتی مدت اعتبار علامت منقضی شد دیگر حقی برای فرد نسبت به علامت متصور نیست. به محض اینکه مدت اعتبار ثبت علامت اول و نیز مهلت ارافقی به پایان رسید تنها با یک مقوله مواجه هستیم و آن، ثبت دوم علامت است که به لحاظ قانونی، ثبت گشته، دارای سابقه استعمال نیز می باشد.

حال می‌خواهیم به استناد ثبت علامتی که مورد حمایت قانونگذار نیست و صرفاً به استناد استعمال مستمر از علامت، علامتی را که به تاریخ مقدم ثبت شده و مورد استعمال قرار گرفته باطل کنیم، در اینجا تعارض بین دو حق پیش می‌آید:

- (۱) **داشتن حق استفاده:** این حق از ثبتش ناشی می‌شود که قانونگذار آن را بی‌اعتبار دانسته است.

- (۲) **وجود ثبت مورد حمایت قانونگذار:** که با استعمال مستمر نیز همراه است.

البته در اینجا شخص (الف) می‌توانست به استناد سابقه استعمال، خود از ثبت علامت توسط دیگران جلوگیری کند یا نسبت به ثبت علامت اعتراض نماید اما این حق نمی‌تواند تضییع کننده حق کسی شود که سابقاً علامت را ثبت کرده و مورد استفاده قرار داده است؛ چنانکه در نمونه پرونده حاضر که شخص (ب) چندین سال قبل علامت را، ثبت و در طی این زمان از علامت استفاده نموده است. درنهایت، دارنده اولیه علامت، در طرح دعوا ذی نفع است ولی دعوی در ماهیت پذیرفته نیست و در صورت تعارض بین حقوق طرفین، حق کسی مقدم است که مبتنی بر ثبتش باشد که در حال حاضر از نظر قانونگذار معتبر محسوب می‌شود.

دکتر اسماعیلی

در خلال سخنان شما این عقیده استنباط می‌گردد که ابطال ثبت علامت فرد اول باعث از میان رفتن استفاده سابق این فرد می‌شود بدون اینکه مورد شناسایی قانونگذار قرار گیرد. در این صورت، آیا معتقدید ابطال ثبت علامت که امری است تشریفاتی، یک واقعیت موجود را از بین می‌برد؟

آقای دوبحری بندی

خیر، به محو و نابودی واقعیت موجود نمی‌انجامد اما مقنن برای این موضوع امتیازی قائل نیست زیرا مقرر نموده که علامت، به مدت ده سال از اعتبار برخوردار است و ششماه نیز فرصتی است برای تمدید علامت. اگر فرد اقدام به تمدید

علامت ننماید در حکم اعراض خواهد بود. اگر قائل به این امر باشیم که فرد به استناد سابقه استعمال می‌تواند علامت ثبت شده دیگری را در این مورد ابطال نماید وضعیت به این صورت می‌شود که شخص علامت را تمدید نمی‌کند و کماکان از علامت استفاده می‌کند و به استناد همین استفاده هیچ‌کس نمی‌تواند اقدام به ثبت علامت نماید و درنتیجه، حکم قانونگذار مبنی بر اعطاء حق با ثبت علامت و پیش‌بینی مهلتهای اعتبار و تمدید، بی‌اثر می‌شود.

آقای آمی

این گونه نیست که هیچ‌کس قادر به انجام ثبت علامت نباشد. هر شخص می‌تواند متقاضی ثبت علامت شود ولیکن حق اعتراض برای استفاده‌کننده از علامت باقی است. این اعتراض لزوماً به ابطال علامت منجر نخواهد شد اما اگر فرد سابقه استعمال مستمر از علامت را داشته باشد و فرد دیگری اقدام به ثبت جدید علامت نماید این ثبت در دادگاه تجدیدنظر ابطال می‌گردد.

دکتر میرحسینی

تصور کنید آقای X سال‌ها از علامتی استفاده کرده و آقای Y اقدام به ثبت علامت به نام خود می‌نماید. آقای X با مدارک متقن و مستند، اظهارنامه ضمن اعتراض می‌دهد. در اینجا، هم دادگاه بدوى و هم دادگاه تجدیدنظر در گذشته و حال چنین علامتی را ابطال می‌نمایند. امکان ابطال در اینجا ضعیفتر از وضعیت پرونده حاضر است ولی با این وجود، دادگاه در چنین فرضی علامت را ابطال می‌کند. در فرض پرونده حاضر، نه تنها فرد سال‌ها از علامت استفاده کرده و می‌کند بلکه سابقه ثبت علامت در گذشته را نیز دارد. اگر قائل به عدم پذیرش سابقه استعمال باشیم آن مقوله‌ای است علی‌حده، اما از آراء صادره توسط آقای آمی چنین نظری استباط نمی‌شود. نکته دیگر اینکه، اعراض از علامت وقتی متصور است که فرد، دیگر از علامت استفاده ننماید در صورتی که در این پرونده، فرد همواره از علامت استفاده می‌کند و صرف عدم تمدید ثبت علامت تجاری دلالتی بر اعراض از علامت ندارد.

آقای دوبحری‌بندری

فرض قانونگذار این است که وقتی شخصی اقدام به ثبت علامتی می‌نماید از علامت نیز استفاده می‌کند. حقوقی که قانونگذار به دارنده اعطاء می‌نماید به واسطه ثبت علامت است نه به‌وسیله استفاده از علامت؛ بعد از گذشت دهسال و عدم تمدید، دیگر، علامت در تملک شخص نیست. یکی از امتیازات صاحب علامت، استفاده از علامت می‌باشد. از امتیاز ثبت علامت [در فرضی که اعتبار علامت منقضی شده است] نمی‌توان به عنوان دلیلی برای ابطال علامت دیگر استفاده نمود. نکته دیگر اینکه به‌موجب اصل ۴۰ قانون اساسی، دارنده اولیه علامت نمی‌تواند از حق خود برای اعتراض سوءاستفاده کند و سال‌ها بعد از ثبت مجدد علامت اقدام به اعتراض بنماید. درست است که در قوانین مربوط به علائم تجاری، برای اعتراض به ثبت علامت مهلتی در نظر گرفته نشده اما توجه به اصل مذبور و پیش چشم داشتن حقوق دیگران در این مورد ضروری است.

آقای آمی

فردی که بعد از انقضاء اعتبار یک علامت که هم سابقه ثبت دارد و هم سابقه استعمال مستمر، اقدام به ثبت عین آن علامت می‌نماید به‌نوعی دارای سوءنيت است زیرا وی به‌سهولت می‌توانست به ثبت علامتی دیگر روی بیاورد. کتوانسیون پاریس در ماده ۶ مکرر بیان می‌کند: ابطال، حذف یا منع استعمال علائمی را که با سوءنيت به ثبت رسیده است بی‌هیچ محدودیت زمانی، می‌توان تقاضا کرد. فرد می‌داند چنین علامتی، ثبت و استفاده شده و هنوز هم در بازار کالا تولید می‌کند و از ظرفیت فقدان دانش حقوقی صاحب اولیه علامت یا از غفلت وی استفاده کرده و اقدام به ثبت علامت می‌نماید. در فرض سوءنيت ثبت‌کننده علامت حتی در صورت فقدان سابقه ثبت علامت نیز هر زمان متوجه شویم که علامت با سوءنيت ثبت شده و این امر برای دادگاه محرز باشد، علامت قابلیت ابطال می‌یابد. در پرونده حاضر به نظر می‌رسد ثبت دوم علامت با سوءنيت همراه بوده است.

آقای دو بحری بندری

بحث «سوءنیت» نه در رأی بدوی اشاره شده است و نه در رأی تجدیدنظر. در اینجا مشخص نیست که عین علامت ثبت گشته یا مشابه آن. البته در پرونده، تشابه دو علامت، گمراه کننده توصیف شده است. درمورد تشابه نیز باید گفت وقتی دو علامت مشابه سال‌ها در کنار یکدیگر استفاده می‌شوند این تشابه برای مصرف‌کننده از بین می‌رود مثل علائم «هوندا» و «هیوندا». وقتی دارنده اولیه علامت در زمان اعتبار علامت و مهلت‌های پیش‌بینی شده، اقدام به تمدید اعتبار علامت ننموده است و چون دیگر مالک علامت نیست نمی‌تواند ابطال علامت ثبت‌شده را درخواست نماید.

* در خاتمه نشست پس از رأی گیری، نیمی از حاضرین با رأی دادگاه بدوی موافق بودند و نیمی دیگر موافقت خود را با رأی دادگاه تجدیدنظر اعلام نمودند.