

الرحمن الرحيم



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه

مدیر مسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی

سر دبیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان

جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: نفیسه فتحعلی

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

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

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

پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر فصلنامه «رای»

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

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۱۰۰۰

قیمت: ۱۸۰/۰۰۰ ریال

«شیوه نامه نگارش محتوا در علمی- تخصصی رأی»

مقدمه

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

بر این اساس برای به سامان کردن نگارش نقدها در قالب های گوناگون و متنوع فوق شیوه نامه نگارش محتوا برای هر قسمت به صورت مجزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلاً 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 نویسندگان آن است.

۲. مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه‌ی Word 2007 یا جدیدتر نگارش شده باشد.

۳. در هیچکدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.

۴. در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع به صورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

• کتب

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

مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۷۷.

• مقالات مندرج در نشریات

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام نشریه به صورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ): شماره صفحه.

مثال: مهدی شهیدی، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱): ص ۱۷.

• منبع الکترونیک

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

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

۵. در صورت لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تایید خواهد بود. درخصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که کلیه منابع ابتدائاً براساس نوع و سپس براساس نام خانوادگی نویسندگان فهرست خواهند شد:

• کتب

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب بصورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار).

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

• مقالات مندرج در نشریات

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

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

• منبع الکترونیک

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

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

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

۷. از درج القاب اشخاص از قبیل دکتر، مهندس، پروفیسور، استاد و غیره در کلیه بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسندگان، متن مقاله، ارجاعات و یا فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسندگان در پاورقی صفحه اول از این قائده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

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

یک - بایسته‌های نگارش و نقد رأی

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

دو - نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه ی آراء مختلف است؛ لذا لااقل استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مأخذ می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
۵. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیت؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

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

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

۶. در بدنه ی مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویه ی قضایی و آراء صادره ی محاکم پرداخته و به فراخور مطلب به آراء محاکم استناد خواهد نمود.

سه - نقد رأی محور

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

اول) مشخصات مقاله:

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

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می‌گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه ی رأی کافیست؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

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

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

سوم) نقد و بررسی:

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

چهار – یادداشت رأی

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

اول) مشخصات:

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

دوم) وقایع پرونده:

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

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

سوم) نقد و بررسی:

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

پنج - گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.
۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ وجه مد نظر نیست. لازم به ذکر است که اینگونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.
۳. حجم گزارشات حداکثر ۵۰۰ کلمه می‌باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده (گان)، ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده (گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به

مجموعه‌ی رأی کافیت؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه به‌عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

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

شش - ترجمه

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

۲. حجم مقالات ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.

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

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

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

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

یادداشت سردبیر

بسم الله الرحمن الرحيم

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

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

به علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه در مورد انتشار آراء به عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش (د) ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضات و وکلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند.

مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

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

و ما توفیقی الا بالله

سردبیر فصلنامه رأی

نجات‌اله ابراهیمیان

فهرست مطالب

تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران؛ درس‌هایی از دعاوی گذشته.....	۱۷
فرهاد پیری	
نقد دادنامه ۹۱۰۹۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ تأثیر عدم رعایت اصل	
۱۳۹ قانون اساسی بر صحت قرارداد داوری.....	۳۵
دکتر عباس کریمی	
دکتر سحر کریمی	
نقدی بر نحوه مداخله دیوان عدالت اداری در تصمیمات قطعی شورای رقابت	۴۵
ابراهیم رهبری	
اختیارات هیأت‌مدیره به موازات مدیرعامل؛ نقد رأی شماره	
۵۹۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۴۴۷ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.....	۵۹
جواد معتمدی	
مفهوم «شروع به رسیدگی» در تبصره ۲ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی	
کیفری ۱۳۹۲.....	۶۷
امید شهبازی	
حسن باوی	
تأثیر عنوان خواسته بر رسیدگی و تصمیم دادگاه.....	۷۷
ریما امیرا قدم	
بلا توجیه بودن عدم ثبت علامت تجاری به سبب کاربرد قبلی علامت برای	
کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه.....	۸۵
مهدی کارچانی	
یادداشتی بر رأی دیوان عالی فدرال آلمان در پرونده	
«رالتگراویر» قانون ثبت اختراع، مواد ۲۴ و بند یک ماده ۸۵.....	۹۱
نویسنده: پیترا. آ. اسلوینسکی	
ناز آفرین ناظمی	

گزارش رویه شعب دیوان عدالت اداری (شش ماه نخست ۹۳) – قسمت اول ۱۰۱

پژوهشگاه قوه قضائیه

گزارش نشست گروه حقوق مدنی؛ نقد رأی درمورد معامله وکیل با خود ۱۳۱

پژوهشگاه قوه قضائیه

تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران؛ درس‌هایی از دعاوی گذشته

فرهاد پیری *

مقدمه

حضور دولت و اشخاص حقوقی تحت کنترل آن در رسیدگی‌های داوری، همواره با چالش‌های متعددی همراه بوده است.^۱ در این خصوص، اصل ۱۳۹ قانون اساسی که باید آن را معنایی رازآلود دانست، نه تنها در دعاوی متعددی مورد استناد و تفسیر قرار گرفته است، بلکه همواره مورد توجه حقوق‌دانان خارجی نیز بوده و از زمان تصویب آن تاکنون بحث‌های مفصلی درخصوص قلمرو اعمال و کارایی آن مطرح شده است. به موجب این اصل، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند».^۲

* مشاور حقوقی مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران (مطالب مقاله حاضر، نظرات شخصی نویسنده است و به هیچ وجه، تفسیر اختصاصی و یا دیدگاه رسمی مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران در مورد اصل ۱۳۹ قانون اساسی محسوب نمی‌شود)

Farhad.Piri@yahoo.com

۱. برای مطالعه بیشتر، به مقالات مندرج در کتاب زیر مراجعه نمایید:

Emmanuel Gaillard & Jennifer Younan (eds), *State Entities in International Arbitration* (New York: Juris Publishing 2008).

۲. این اصل پیش از تصویب نهایی، ابتدا بدین شکل تنظیم شده بود: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است. در مواردی که طرف دعوی، خارجی باشد و در موارد مهم داخلی، باید به اطلاع مجلس برسد»؛ نک: صورت مشروح



جالب توجه است که در زمان تصویب این اصل (و حتی در حال حاضر)، می‌توان مقررات مشابهی را در سایر کشورها به‌ویژه فرانسه (درخصوص داوری‌های داخلی)، بلژیک و هلند مشاهده نمود،^۱ لذا در زمان تهیه «عهدنامه اروپایی درخصوص داوری تجاری بین‌المللی» (۱۹۶۱) و با هدف تأمین نظر کشورهای حقوق نوشته، مقرر گردید که کشورهای عضو می‌توانند چنین محدودیت‌هایی را با اعمال «حق شرط»، حفظ نمایند.^۲ همچنین در سایر کشورهای غیراروپایی نیز می‌توان مقررات مشابهی را مورد توجه قرار داد.^۳ این موارد نشان از پذیرش محدود

← مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم: جلسه سی و دوم تا پنجاهم) (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴)، ص ۱۳۰۶. پیش از تصویب این اصل از قانون اساسی نیز مقرره‌های مشابه وجود داشته است؛ چنانکه نمونه‌ای در ذیل آمده است:

طبق مصوبه (بدون شماره) مورخ ۱۳۲۴/۰۷/۲۳ هیأت وزیران (منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۴۴۶ مورخ ۱۳۲۴/۰۷/۲۹)، «هیأت وزیران در جلسه ۲۳ مهرماه ۱۳۲۴ تصویب نمودند که از تاریخ این تصویب‌نامه در پیمان‌هایی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند منعقد می‌نماید، قید ارجاع اختلاف به حکمیت فقط موکول به صدور تصویب‌نامه از طرف هیأت وزیران خواهد بود و نیز هیچ‌یک از وزارتخانه‌ها نمی‌توانند بدون صدور تصویب‌نامه مخصوص، اختلافی را که در آن طرف می‌باشند به حکمیت رجوع کنند؛ خواه آن اختلاف، مربوط به پیمان‌هایی باشد که در آن ارجاع به حکمیت پیش‌بینی نشده است و خواه، مربوط به هیچ پیمانی نباشد و هرگاه اختلافی از این دو قسم اخیر قبل از تاریخ این تصویب‌نامه به حکمیت رجوع شده باشد، وزارتخانه مربوط باید هرچه زودتر موضوع را مجدداً به اطلاع هیأت وزیران برساند و بر طبق تصمیم هیأت نامبرده عمل نماید».

1. Frank-Bernd Weigand (ed), **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration** (2nd edn, UK: Oxford University Press 2010), paras 3.51, 6.26 & 9.46.
2. *The European Convention on International Commercial Arbitration* (1961), 484 UNTS 349, **Article II** (*Right of Legal Persons of Public Law to Resort to Arbitration*); Dominique T Hascher, "European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary", **Yearbook Commercial Arbitration**, Volume 36 (2011): 504, para 31; **Ad Hoc interim Award of 18 November 1983** (*Benteler (F.R. Germany) v Belgian State and S.A. ABC*) YB Com Arb X (1985) pp 37-38.
3. *EGYPT Law No 27/1994 Promulgating the Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters* (as amended by Law No 9/1997) **Article 1**, reprinted in: YB Com Arb XXIII (1998) p 563; Court of Appeal, Cairo, Commercial Circuit No 63, 19 March 1997 (*Antiquities Organization v Silver Night Company*) YB Com Arb XXIII (1998) pp 169-174; *Syrian Arbitration*

و مشروط داوری است لیکن علاوه بر این‌ها به‌تازگی در برخی از قوانین کشورها به‌ویژه کشورهای آمریکای لاتین (مانند اکوادور، بولیوی و ونزوئلا) ممنوعیت مطلق داوری در اختلافات امور حاکمیتی در قوانین گنجانده شده که از آن به احیای «دکترین کالوو»^۱ یاد شده است.^۲

اصل ۱۳۹ مقرر می‌دارد در موارد مهم داخلی، تصویب مجلس نیز ضروری است و «موارد مهم را قانون تعیین می‌کند»؛ لیکن تاکنون قانون مربوط به تعیین موارد «مهم» به تصویب نرسیده است. شورای نگهبان نیز در مقام دادرس قانون اساسی، به ارائه چند نظریه (مشورتی و تفسیری) از این اصل اقدام نموده است که دشوار می‌توان آن‌ها را راه‌گشای ابهامات این اصل دانست:^۳

- «برحسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی درمورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، هرچند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود» (نظریه مشورتی).^۴
- «انجام تشریفات مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، منحصراً مربوط به صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع دعاوی به داوری

→ Act (Law No 4 of 2008) **Article 2(2)**, reprinted in: *Journal of Arab Arbitration* 3 (2009) pp 473-492.

1. *Calvo Doctrine*

2. Lars Market & Helene Bubrowski, 'National Setting Aside Proceedings in Investment Arbitration', in: Marc Bungenberg & others (eds), **International Investment Law** (Germany: Hart Publishing 2015): 1460, p 1474.

۳. برای اطلاع از نظرات این شورا نک: محمد فتحی و کاظم کوهی‌اصفهانی، **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌همراه نظرات تفسیری، مشورتی و ... شورای نگهبان (۱۳۹۶-۱۳۵۹)** (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶)، صص ۵۳۶ - ۵۵۴.

۴. نظریه مشورتی شماره ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۰۲/۱۰؛ درخصوص عدم پذیرش «عطف بماسبق شدن» اصل ۱۳۹، نک:

Award on Jurisdiction of 30 April 1982 in ICC Case No 3896 (*Framatome S. A. v The Atomic Energy Organization of Iran (AEOI)*), YB Com Arb XIII (1983) pp 94-117; Pierre Lalive, 'Arbitration with Foreign States or State-controlled Entities: Some Practical Questions', in: Julian D M Lew (ed), **Contemporary Problems in International Arbitration** (Springer-Science 1987) pp 289-296; **Ad-hoc Preliminary award of 14 January 1982** (*Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Company*), YB Com Arb XI (1986) pp 97-105; Elihu Lauterpacht & Christopher J Greenwood (eds), **International Law Reports: Volume 96** (UK: Cambridge University Press 1994) pp 250-279.

می‌باشد و شامل طرح دعوی در مراجع قضایی [خارجی] نمی‌باشد»
(نظریه تفسیری).^۱

• «اصل ۱۳۹ قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضاء شورای نگهبان به اتفاق آراء، اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند» (نظریه مشورتی).^۲

در این نوشتار تلاش شده است تا با بررسی دعاوی مطروح در دیوان‌های داوری و دادگاه‌های خارج از کشور، راهکارهای مناسبی برای کارایی هرچه بیشتر این اصل مهم از قانون اساسی، پیشنهاد گردد. در این خصوص ابتدا ماهیت حقوقی اصل ۱۳۹ قانون اساسی مورد مذاقه قرار خواهد گرفت (بخش اول) و پس از بررسی کارایی اصل مزبور (بخش دوم)، به نتیجه‌گیری نهایی پرداخته می‌شود.

بخش اول. ماهیت حقوقی اصل ۱۳۹ قانون اساسی

مطالعات تطبیقی نشان‌دهنده آن است که حقوق‌دانان خارجی در مورد ماهیت حقوقی محدودیت‌های قانونی دولت‌ها (و نهادهای دولتی و شرکت‌های

۱. نظریه تفسیری شماره ۷۴۸۴ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۱۱.

۲. نظریه مشورتی شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۰۹/۱۷؛ درخصوص عدم پذیرش اعمال این اصل نسبت به دعاوی «شرکت‌های دولتی»، نک: رأی داوری شماره ۳۶/۸۶/۳۵/۱۹۵ (بی‌تا)؛ محمد کاکاوند، گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق ایران (۱۳۸۳ - ۱۳۸۷) (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰)، صص ۳۴۷ - ۳۹۳؛ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۰۴، پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۱، ص ۲۰۶؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۶۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۹ (قابل دسترس در: <http://judgements.ijri.ir>).
در این باره، در متن «پیش‌نویس قانون جامع داوری ایران» (موضوع بند دو شق «و» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران؛ مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵) نیز چنین آمده است: «ماده ۶: ارجاع دعاوی که موضوع آن اموال عمومی و دولتی است به داوری با تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است. تبصره ۱- دعاوی که موضوع آن، امور تجاری است و نیز دعاوی له یا علیه شرکت‌ها، نهادها و مؤسسات عمومی یا دولتی که موضوع فعالیت اصلی آن‌ها انجام امور تجاری است، از شمول این ماده مستثنی هستند». از جمله انتقادات وارد بر پیش‌نویس مذکور این است که موضوع فعالیت اصلی هیچ‌یک از «مؤسسات دولتی» و «مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی»، انجام امور تجاری نیست. بنابراین برای قسمتی از این پیش‌نویس نمی‌توان مصداق خارجی یافت.

تحت کنترل آن) در ارجاع اختلافات به داوری، به‌ویژه زمانی که مشروط به أخذ مجوز قبلی از مراجع قانونگذاری یا دولتی است، اختلاف‌نظر عمیقی دارند؛^۱ به‌نحوی که برخی چنین محدودیت‌هایی را ذیل مبحث «اهلیت» مورد بررسی قرار می‌دهند^۲ و سایرین نیز تحت عنوان «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به داوری»^۳ به غور و تفکر می‌پردازند.

ماحصل این اختلاف، در تعیین قانون حاکم نمود می‌یابد زیرا در صورت تلقی چنین محدودیت‌هایی به‌عنوان «اهلیت»، قانون حاکم بر احراز آن، اصولاً قانون قابل اعمال بر شخص حقوقی (یعنی قانون کشور ایران)^۴ خواهد بود.^۵ درمقابل، در صورت تحلیل این نوع از محدودیت‌ها به‌عنوان «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به داوری»، قانون حاکم بر احراز آن، اصولاً قانون قابل اعمال بر «قابلیت ارجاع اختلاف به داوری» (یعنی غالباً قانون مقرر)^۶ خواهد بود^۷ و به همین دلیل بر مبنای تحلیل

۱. این اختلاف‌نظر میان حقوق دانان داخلی نیز وجود دارد. برای اطلاع بیشتر درباره نظریات مطروح در حقوق داخلی (شامل نظریه کمیته بررسی و تفسیر بیانیه الجزایر، نظریه تفسیر مضیق، نظریه نمایندگی، نظریه عدم اهلیت و نظریه مشروط شدن قابلیت ارجاع به داوری)، نک: لعیا جنیدی، **قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی** (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶)، صص ۷۶ به بعد.

2. Capacity; Jean-Francois Poudret & Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration** (Stephen Berti & Annette Ponti (trs), Switzerland: Sweet & Maxwell 2007) p 182.

3. Subjective arbitrability (*ratione personae*); Emmanuel Gaillard & John Savag (eds), **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration** (London: Kluwer Law International 1999) para 533; Bernard Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability", **Singapore Academy of Law Journal**, Volume 26 (2014): 874, pp. 875-878.

4. *Lex personalis*

5. High Court of Justice, Queen's Bench Division, 21 December 1988 (*Gatoil International Inc v National Iranian Oil Company*), YB Com Arb XVII (1992) pp 587-593 (**UK no 30**); Corte di Cassazione, 9 May 1996, no 4342 and Corte di Appello, Bari, 2 November 1993 (*Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes – SAEPA and Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais – SIAPE v Gemanco srl*), YB Com Arb XXII (1997) pp 737-743 (**Italy no 146**).

6. *lex fori*

7. Poudret & Besson, **Op.cit.**, pp 182-183: 'In our opinion, this approach is a source of confusion since it suggests that the law applicable to the arbitrability of the dispute also governs the capacity of a state to arbitrate, and this is not

دوم (برخلاف تحلیل اول)، قانون ایران در رسیدگی‌های خارج از کشور اعمال نخواهد شد. بنابراین نباید از این نکته حیاتی غافل بود که خلق مفهوم «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به داوری»، تنها با هدف عدم اعمال قانون قابل اعمال بر شخص حقوقی (یعنی قانون متبوع دولت‌ها) صورت پذیرفته است.^۱ پس این نظریه، دامی است که باید از آن گریخت.

با توجه به مطالب مزبور، سه نکته مهم قابل ذکر است:

- مفهوم «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به داوری» اصولاً جایگاهی در قوانین ملی کشورها، عهدنامه‌ها و حتی دکتترین غالب حقوقی ندارد.^۲ درمقابل، حتی قوانین برخی از کشورها نیز - که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد -، صریحاً محدودیت‌های مشابه اصل ۱۳۹ قانون اساسی را در قالب «اهلیت» مطرح نموده‌اند.
- تحلیل محدودیت‌های مشابه اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر مبنای «اهلیت»، نه براساس دیدگاه حمایت از اشخاص (محجورین)، بلکه برپایه جهات نظریه‌ای است.^۳ درنتیجه با عنایت به اینکه در عهدنامه‌ها نیز اصولاً اصطلاح «اهلیت» درخصوص اشخاص حقوقی تابع حقوق عمومی یا خصوصی هم به کار می‌رود،^۴ لذا واژه مصطلح مزبور (اهلیت) در چنین

→ the case under the majority of laws considered here. The capacity of a person, including a state, to bind itself by an arbitration agreement is a question governed by its personal law, i.e. by its own legislation’.

1. Gaillard & Savag, **Op.cit.**, para 533: ‘In fact, the main benefit of bringing the issue of whether public entities can submit their disputes to arbitration within the concept of arbitrability, as opposed to that of capacity, was that the uncertainties of the choice of law method in this area thereby avoided’.

2. Domenico Di Pietro, ‘General Remarks on Arbitrability under the New York Convention’, in: Loukas Mistelis & Stavros Brekoulakis (eds), **Arbitrability: International & Comparative Perspectives** (London: Kluwer Law International 2009) para 5.18.

3. Ibid., para 1.15.

4. **UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958** (New York: United Nations 2016) p 136, para 14.

مواردی، معنا و قلمرو اعمال عام‌تری در مقایسه با مباحث مربوط به محجورین دارد.

- دفاعیات طرفین پرونده‌ها نیز عملاً همواره براساس اهلیت و نه «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به داوری»، مطرح شده و مورد بررسی دیوان‌های داوری و محاکم قرار گرفته است؛ چنانکه دادگاهی در حکم خود در یکی از آراء قضایی اصداری به خواسته ابطال رأی داوری، پس از ادعای خواهان مبنی بر اینکه طرف ایرانی به دلیل عدم رعایت مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فاقد اهلیت بوده است، مقرر داشت: «طرف دعوا نمی‌تواند اعتراض خود درخصوص فقدان اهلیت و اختیار شرکت ملی نفت ایران را براساس مقررات قانونی ایران مطرح نماید».^۱ به‌علاوه، در مرحله شناسایی و اجرای آراء داوری تحت «عهدنامه شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی ۱۹۵۸»^۲ نیز چنین دفاعیاتی با استناد به ماده (الف)(۱) این عهدنامه،^۳ براساس فقدان «اهلیت» مورد بررسی قرار می‌گیرد.^۴

1. Paris Court of Appeal, 1st Chamber- Section C, Decision of 17 December 1991 (*Gatoil International Incorporation v National Iranian Oil Company*), reprinted in: Thomas Clay & Others (eds), **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007** (New York: Juris Publishing 2014) pp 179-195, at 187.

۲. من‌بعد در جستار حاضر، «عهدنامه نیویورک» گفته می‌شود.

3. *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 10 June 1958), Article V(1)(a): 'Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity [...]'.^۳

4. Administrative Tribunal, Damascus, 31 March 1988 (*Fougerolle SA (France) v Ministry of Defense of the Syrian Arab Republic*) YB Com Arb XV (1990) pp 515-517 (**Syria no 1**); Corte di Cassazione, 9 May 1996, no 4342 and Corte di Appello, Bari, 2 November 1993 (*Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes – SAEPA and Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais – SIAPE v Gemanco srl*), YB Com Arb XXII (1997) pp 737-743 (**Italy no 146**); **UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the**

بخش دوم. کارایی اصل ۱۳۹ قانون اساسی

همان‌طور که گفته شد اگرچه محدودیت‌های قانونی دولت‌ها (و نهادهای دولتی و شرکت‌های تحت کنترل آن) در ارجاع اختلافات به داوری را - به‌ویژه زمانی که مشروط به أخذ مجوز قبلی از مراجع قانونگذاری یا دولتی است - باید براساس «اهلیت» تحلیل نمود که در این صورت، تابع قانون قابل اعمال بر شخص حقوقی خواهد بود ولیکن عملاً محدودیت‌هایی بر این قاعده حل تعارض وارد شده است. برای مثال، در برخی از قوانین مانند ماده (۱۷۷(۲) «قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس» (۱۹۸۷) تصریح شده است: «اگر یکی از طرفین قرارداد داوری دولت، شرکت تحت تسلط یا مؤسسه تحت کنترل آن باشد، چنین شخصی نمی‌تواند با استناد به قوانین داخلی خود، قابلیت ارجاع اختلاف به داوری یا اهلیت‌ش برای انعقاد قرارداد داوری را مورد ایراد قرار دهد».^۱ این مقرره، قاعده حل تعارض قابل اعمال بر داوری‌هایی است که مقرر آن‌ها کشور سوئیس می‌باشد. در برخی کشورها نیز دفاعیات مطروح براساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی (یا سایر موارد مشابه) با استناد به مفاهیم «اصول کلی حقوقی» و «نظم عمومی بین‌المللی» مورد پذیرش قرار نگرفته است.^۲ همچنین در داوری‌های داخلی، مفهوم «حسن‌نیت» را نیز به

→ **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958** (New York: United Nations 2016) p 137, para 16.

۱. در ماده (۲) «قانون داوری اسپانیا» (۲۰۰۳ با اصلاحات ۲۰۱۱) نیز، حکم مشابهی درج گردیده است: «در مواردی که داوری، بین‌المللی است و یکی از طرفین دعوی مطروحه هم دولت، نهاد، مؤسسه یا شرکت تحت کنترل دولت است، چنین شخصی نمی‌تواند با استناد به قانون خاص خود، از اجرای تعهدات ناشی از قرارداد داوری خودداری نماید»؛ نیز نک:

Institute of International Law, *Resolution on Arbitration between States, State Enterprises or State Entities and Foreign Enterprises* (12 September 1989), YB Com Arb XVI (1991) pp 233-240, **Article 5**: 'A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed'.

2. **Final Award of 1971 in ICC Case No 1939** (*Italian company v African state-owned entity*) 1973 Rev Arb 122, p 145: 'International public policy would be strongly opposed to the idea that a public entity, when dealing with foreign parties, could openly, knowingly, and willingly, enter into an arbitration agreement, on which its co-contractor would rely, only to claim subsequently, whether during the arbitral proceedings or on enforcement of the award, that its own undertaking was void'; **Award on Jurisdiction of 30**

→ **April 1982 in ICC Case No 3896** (*Framatome S. A. v The Atomic Energy Organization of Iran (AEOI)*), YB Com Arb XIII (1983) pp 94-117: 'It is superfluous to add that there is a general principle, which today is universally recognized in relations between states as well as in international relations between private entities (whether the principle be considered a rule of international public policy, an international trade usage, or a principle recognized by public international law, international arbitration law or *lex mercatoria*), whereby the Iranian state would in any event- even if it had intended to do so, which is not the case- be prohibited from reneging on an arbitration agreement entered into by itself or, previously, by a public entity such as AEOI'; **Ad-hoc Preliminary award of 14 January 1982** (*Elf Aquitaine Iran v National Iranian Oil Company*), YB Com Arb XI (1986) pp 97-105: 'It is recognized principle of international law that a state is bound by an arbitration clause contained in an agreement entered into by the State itself or by a company owned by the State and cannot thereafter unilaterally set aside the access of the other party to the system envisaged by the parties in their agreement for the settlement of disputes'; **Ad Hoc interim Award of 18 November 1983** (*Benteler (F.R. Germany) v Belgian State and S.A. ABC*) YB Com Arb X (1985) pp 37-38: 'A third formula, very widely used by international commercial arbitrators, consists in considering the prohibition on arbitration as being contrary to international public order [...]. Without going that far, one can also conceive that the international arbitrator should dismiss the argument based on this prohibition when the circumstances of the case are such that State would *act contra factum proprium* in raising it'.

تمامی این آراء، در رأی ذیل گردآوری و مورد استناد قرار گرفته است:

Partial Award of 07 December 2001 in ICC Case no 10623/AER/ACS (*Salini Construttori S.P.A v The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority*) paras 161-164, reprinted in: Emmanuel Gaillard (ed), **Anti-suit Injunctions in International Arbitration** (New York: Juris Publishing 2005) pp 227-306.

همچنین رأی زیر نیز قابل توجه است:

Cour d'Appel, Paris, 24 February 1994 (*Ministry of Public Works v Bec Frères*) YB Com Arb XXII (1997) pp 682-690 (**France no 25**): '[T]he prohibition excluding governments from referring their disputes to arbitration is confined to domestic contracts. Consequently, the prohibition is not a matter of international public policy. In order for an arbitration agreement in a contract to be valid, it must simply be established that the contract is international and that it was concluded for the purposes and in accordance with the usages of international commerce'; Paris Court of Appeal, 1st Chamber- Section C, Decision of 17 December 1991 (*Gatol International Incorporation v National Iranian Oil Company*), reprinted in: Clay & Others, **Op.cit.**, pp 179-195, at 187: 'Considering that in the case at hand, concerning contracts entered into in order to satisfy the needs of, and in compliance with, the conditions of international trade, the arbitration agreement does comply with international public policy – which, on the contrary, would prohibited

این موارد افزوده‌اند.^۱ و مشخص نیست چگونه می‌توان به مفهوم مزبور استناد کرد درحالی‌که طرف مقابل دعوی، خود، ایرانی است و فرض قانونی نیز بر آن است که چنین شخصی از محدودیت مصرح در اصل ۱۳۹ قانون اساسی آگاه می‌باشد.

درنهایت، رویکردهای فوق‌الذکر برخی از حقوق‌دانان را بدین سمت سوق داده است تا «عدم امکان استناد به قوانین داخلی توسط دولت‌ها» را یک «اصل کلی در داوریه‌های بین‌المللی» بدانند؛^۲ حال آنکه چنین برداشتی به‌درستی مورد انتقاد سایر نویسندگان قرار گرفته است،^۳ زیرا فارغ از اینکه «عهدنامه نیویورک» صریحاً در ماده (الف) (۱) ۵ به دولت‌ها امکان استناد به قانون ملی خود را درخصوص فقدان اهلیت داده است، در ماده ۴۶ «عهدنامه وین درخصوص حقوق معاهدات» (۱۹۶۹) نیز امکان استناد به قوانین داخلی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۴ در این صورت متناقض‌نما (پارادوکس) خواهد بود

- NIOC from availing itself of the restrictive provisions of its domestic law in order to avoid arbitration after an arbitration agreement had been entered into by the parties; that, by the same token, Gatoil cannot base its objection to the capacity and powers of NIOC an Iranian legal provisions as international public policy is not concerned with the conditions established by the national law in this field, as set out in this argument'; **Court of Justice, Geneva Canton, 21 December 1983** (*State of Iran v Cementation International Ltd*) (*unpublished*), cited and quoted in: Gaillard & Savag, **Op.cit.**, para 549, n 367: '[T]o admit the principle of the approval of recourse to arbitration by the government or legislature of a country that is party to the arbitration agreement is to allow that party to unilaterally avoid the obligations that it freely undertook'; Iran-US Claims Tribunal, Order of 10 January 1985 (*Component Builders, Inc, Wood Componenx Co, Moshofsky Enterprises, Inc v Islamic Republic of Iran et al*) YB Com Arb XI (1986) pp 359-361 (**proceeding no 395**), cited and quoted in: Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice** (3rd edn, New York: Juris Publishing 2014), pp 364-365: 'The principle that a State cannot plead the provisions (or deficiencies) of [...] its Constitution as a ground for the non-observance of its international obligations [...] is indeed one of the great principles of international law, informing the whole system and applying to every branch of it'.

۱. رأی داوریه شماره ۳۶/۸۴/۴۲/۱۲۱ (بی‌تا)، کاکاوند، پیشین، صص ۳۹۴ - ۴۰۸: «مطابق رویه جاری در داوریه‌های تجاری، پس از پذیرش شرط داوریه از سوی دولت (و به طریق اولی شرکت‌های تجاری دولتی) ایراد عدم امکان رجوع به داوریه مسموع نیست و چنین ادعایی خلاف اصل حسن‌نیت است».

2. Gaillard & Savag, **Op.cit.**, paras 546 & 555; Hanotiau, **Op.cit.**, p 874.

3. Poudret & Besson, **Op.cit.**, pp 192-193.

4. *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969), 1155 *Treaty Series* 331, **Article 46** (*Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties*): '1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a

اگر رویکرد سخت‌گیرانه‌تری در مورد دولت‌ها هنگامی که طرف قرارداد با یک شخص حقوق خصوصی هستند، در مقایسه با زمان انعقاد یک عهدنامه، داشته باشیم.

به‌طور کلی کارایی استناد به ضرورت رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در زمان ارجاع اختلاف به داور، عملاً با چالش‌های متعددی، همراه و در عین حال ناموفق بوده است.^۱ در نتیجه همان‌طور که در نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه^۲ و نیز یکی از آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۳ آمده، کاملاً ضروری است که مصوبه

- treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith^۴.
۱. جالب توجه است که در داوری‌های داخلی، اصل ۱۳۹ قانون اساسی به صورت بالعکس نیز تفسیر شده است. به‌موجب این استدلال، عمل به اصل یادشده، نیازمند اعلام «مخالفت» هیأت وزیران است و نه «تصویب» آن؛ نک: رأی داوری شماره ۳۶/۸۲/۳/۱۲۲ و ۳۶/۸۴/۴۶/۱۲۲ (بی‌تا)، منتشره در: کاکاوند، پیشین، صص ۲۱۲ - ۲۵۰. «نظر به اینکه به فرض که شرکت طرف قرارداد (شرکت خاور) به لحاظ دولتی بودن مکلف بوده که حتی قبل از بروز و طرح ادعا و در مرحله درج شرط داوری در قرارداد، موافقت هیأت وزیران را اخذ می‌کرده، اساساً در این مورد اقدامی نکرده تا معلوم شود هیأت وزیران مخالف است و به‌طور کلی مادام که مخالفت هیأت وزیران با ارجاع دعوی به داوری اعلام و احراز نشده، صرف مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی مانع از داوری نیست».
۲. برای مثال، نک: «درج شرط داوری در هر قراردادی (تحت هر عنوانی) و ارجاع دعاوی ناشی از هر قراردادی که موجب ایجاد تعهد مالی برای دولت و دستگاه‌های عمومی گردد، مشمول اطلاق عبارت ارجاع دعاوی راجعه به اموال عمومی و دولتی مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌گردد در هر مورد نیاز به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی دارد» (نظریه شماره ۲۳۲۵/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۵)؛ «برای قید شرط داوری در قراردادهای موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تصویب هیأت وزیران و اطلاع و تصویب مجلس شورای اسلامی ضروری است» (نظریه شماره ۶۸۵۲/۷ مورخ ۱۳۸۳/۰۹/۱۲).
۳. دادنامه شماره ۱۳۹ - ۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۹۶۱۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۱) که مقرر داشته است: «مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می‌دارد [...] علی‌الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری، مکلف هستند حسب مورد، مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند». متأسفانه علی‌رغم صدور این دادنامه، در حال حاضر و در رویه عملی اداری ایران - تا جایی که نگارنده در قراردادهای منعقد بانک مرکزی و چند بانک دولتی دیگر مشاهده نموده است -، مصوبات موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در زمان «انعقاد قرارداد داوری»، همچون سابق اخذ نمی‌شود.

هیأت‌وزیران یا مجلس شورای اسلامی، در زمان انعقاد قرارداد دآوری اخذ شود^۱ در غیر این صورت حتی عدم اخذ مصوبات مذکور اصولاً تأثیری در جلوگیری از تشکیل دیوان دآوری در کشورهای خارجی و صدور رأی توسط آن نخواهد داشت و نظارت هیأت‌وزیران یا مجلس شورای اسلامی بر قراردادهای منعقد، کاملاً مخدوش و بی‌اثر می‌گردد. به همین دلیل، تفکیک صورت‌گرفته میان مرحله «انعقاد قرارداد دآوری» و مرحله «ارجاع اختلاف به دآوری» در رویه قضایی داخلی و اعتقاد به ضرورت اخذ مصوبات از مراجع مصرح در اصل ۱۳۹ قانون اساسی در زمان «ارجاع اختلاف به دآوری» (و نه در زمان «انعقاد قرارداد دآوری»)^۲، عملاً منجر به تضعیف کارایی این اصل قانون اساسی خواهد شد.^۳

۱. حتی مصوبه مورخ ۱۳۲۴/۰۷/۲۳ هیأت‌وزیران نیز - که متن کامل آن در آغاز این مقال بیان شد -، لزوم اخذ مجوز را در زمان انعقاد قرارداد دآوری لازم دانسته بود: «در پیمان‌هایی که وزارتخانه‌ها با اشخاص یا مؤسساتی که شخصیت حقوقی دارند منعقد می‌نماید، قید ارجاع اختلاف به حکمیت فقط موکول به صدور تصویب‌نامه از طرف هیأت‌وزیران خواهد بود».

۲. نک: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۳، پژوهشگاه قوه قضاییه، **مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)**، سال ۱۳۹۲، ص ۹۵۸: «درج شرط دآوری در قراردادهای مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی فاقد منع قانونی بوده، لیکن ارجاع دعوی مسبوق به اخذ مصوبه هیأت‌وزیران و سایر شرایط است»؛ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۷۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۵: «با توجه به تفاوت اساسی میان قرارداد دآوری راجع به اموال دولتی و عمومی و ارجاع دعوی مربوط به این دعوی به دآوری، صرفاً ارجاع این دعوی به دآوری منوط به تصویب هیأت‌وزیران است، نه انعقاد قرارداد دآوری» (قابل دسترسی در: judgements.ijri.ir)؛ رأی دآوری شماره ۳۶/۸۴/۴۲/۱۲۱ (بی‌تا)، منتشره در: کاکاوند، پیشین، صص ۳۹۴ - ۴۰۸: «نظر به اینکه اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ارجاع دعوا به دآوری را برای شرکت‌های دولتی ممنوع می‌داند نه قبول شرط دآوری را؛ نظر به اینکه ممکن است قرارداد حاوی شرط دآوری توسط دولت منعقد شود و هیچ‌گاه اختلافی میان طرفین بروز نکند و بر این اساس نمی‌توان قرارداد و شرط دآوری را بی‌اعتبار تلقی نمود». پیش از صدور رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، در برخی نوشته‌های حقوقی خارجی نیز از لزوم صدور مصوبه پس از بروز اختلاف و نه در زمان انعقاد قرارداد دآوری، دفاع شده بود:

Herbert Kronke & Others (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention** (London: Kluwer Law International 2010) p 351; Hamid Gharavi, "Update, Thoughts and Perspectives on Iran's International Arbitration Regime", **ASA Bulletin**, Volume 19 (2001): 722.

۳. در زمان نگارش این مقاله (بهار سال ۱۳۹۶)، «لایحه ارجاع اختلاف بین بانک توسعه صادرات ایران و شرکت اسپیتمن اوپل تاجیکستان به دآوری» در مجلس اعلام وصول شد (قابل دسترسی در:

با وجود این باید توجه داشت که عدم موفقیت استناد به ضرورت رعایت اصل ۱۳۹، نتیجه درج شرط داوری در قرارداد، به‌طور مطلق و بدون تصریح به «ضرورت رعایت مقررات قوانین ایران (به‌ویژه اصل ۱۳۹) در ارجاع اختلاف به داوری» بوده است. به بیان دیگر، در مواردی که طرفین در تنظیم قرارداد داوری، با هشیاری به لزوم رعایت مقررات ایران در فرآیند ارجاع اختلاف به داوری تصریح داشته‌اند، دیوان‌های داوری نیز ناگزیر به پذیرش دفاع طرف ایرانی در ضرورت رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی گردیده‌اند.^۱ در سودمندی چنین تصریحی همان بس که می‌تواند قرارداد داوری را «غیرقابل اجرا»^۲ در معنای بند سوم ماده ۲ «عهدنامه نیویورک» نماید. این ماده تصریح می‌دارد:

«هنگامی که دادگاه دولت متعاهد، عهده‌دار رسیدگی به دعوایی است که طرفین راجع به آن توافقی در معنای موجود در این ماده نموده‌اند، در این صورت دادگاه باید بنا بر تقاضای یکی از طرفین، آن‌ها را به داوری ارجاع دهد؛ مگر اینکه احراز نماید توافق مزبور باطل و بلااثر، غیر لازم‌الاجرا و یا غیر قابل اجراست.»

همان‌گونه که رویه قضایی ایران نیز تصریح داشته است،^۳ دفاع «غیر قابل اجرا» بودن قرارداد داوری «زمانی مؤثر خواهد بود که رسیدگی داوری به علت بروز موانع مادی (مانند فوت یا عدم پذیرش داوری که طرفین در موافقت‌نامه داوری، وی را به‌عنوان داور برگزیده و امکان جایگزینی وی با شخص دیگری را نیز صریحاً منتفی ساخته‌اند) یا حقوقی (مانند مواردی که شرط داوری مربوط به گونه‌ای نامناسب تنظیم شده است که قانوناً مانع از

← rc.majlis.ir). این لایحه با هدف ارجاع اختلاف به داوری توسط طرف ایرانی به دلیل خودداری شرکت اسپیتمن اوپل از اجرای قرارداد منعقد با بانک توسعه صادرات ایران و همچنین بانک اگراپنوست (Ojsc Agroinvest Bank) از پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های صادره، تهیه شده است. هرچند در این مورد، طرف ایرانی است که خواهان ارجاع اختلاف به داوری می‌باشد و موافقت مجلس نیز محتمل خواهد بود، لیکن رویکرد مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در تصویب و تأیید این قانون می‌تواند نگاه مراجع مزبور را در تحلیل رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ضرورت یا عدم ضرورت أخذ موافقت‌های لازم در زمان «انعقاد» قرارداد داوری روشن نماید.

1. **Final Award, ICC Case No 11666 (unpublished), cited and quoted in:** Poudret & Besson, **Op.cit.**, p 189.

2. Incapable of being performed

۳. شعبه ۱۲ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران، دادنامه شماره ۱۲۹۲۰۲۲۷۲۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۵؛

منتشره در: فرهاد پیری، **حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران** (تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۵)، صص ۹۳ - ۱۳۲.

آغاز رسیدگی دآوری می‌شود [...] قابل پیشبرد نباشد». در مواردی که در تنظیم قرارداد دآوری، به ضرورت رعایت مقررات ایران، به‌ویژه اصل ۱۳۹ در ارجاع اختلاف به دآوری تصریح شود، در این حالت چنین قرارداد دآوری تا پیش از اخذ مصوبات قانونی، نوعی قرارداد دآوری «غیرقابل اجرا» به دلیل وجود موانع حقوقی خواهد بود.

نتیجه

با بررسی‌های تطبیقی صورت‌گرفته پیرامون نحوه تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران در رویه آراء قضایی و دآوری اصداری از یک‌سو و همچنین نظریات ابرازی حقوق‌دانان خارجی از سوی دیگر، می‌توان چنین برداشت نمود که: ماهیت حقوقی اصل مزبور (۱۳۹) را باید برپایه «اهلیت» تحلیل نمود و نه «قابلیت شخصی ارجاع اختلاف به دآوری»؛ و جز در مواردی که قانون مقرّر (دادگاه یا دیوان دآوری) حاوی حکم مخالفی باشد، اصولاً این اصل باید به‌عنوان قانون قابل اعمال بر شخص حقوقی در مقام احراز «اهلیت» آن، در رسیدگی‌های قضایی و دآوری، مورد استناد و اعمال قرار گیرد.

با عنایت به دعاوی گذشته در دادگاه‌ها و دیوان‌های دآوری خارجی که اصولاً عدم رعایت اصل فوق‌الذکر و حتی منع بعدی هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی از ارجاع اختلاف به دآوری پس از انعقاد قرارداد مزبور را مانع از ارجاع اختلاف به دآوری، تشکیل دیوان دآوری و یا صدور رأی دآوری ندانسته‌اند، ضروری است مصوبه هیأت وزیران و یا مجلس شورای اسلامی در زمان «انعقاد قرارداد دآوری» اخذ شود. لذا دادنامه شماره ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری را باید حکمی منطقی و قابل دفاع دانست.

در صورت اعتقاد به لزوم اخذ مصوبه هیأت وزیران و یا مجلس شورای اسلامی در زمان «ارجاع اختلاف به دآوری» (و نه در زمان «انعقاد قرارداد دآوری»)، لازم است در نگارش این قرارداد، به «ضرورت رعایت مقررات قوانین ایران به‌ویژه اصل ۱۳۹ در ارجاع اختلاف به دآوری» تصریح شود تا از این طریق، قرارداد دآوری تا پیش از اخذ مصوبات مربوط، غیرقابل اجرا گردد.

افزون بر موارد یادشده، مناسب است قانون موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی درخصوص موارد «مهم» نیز به تصویب برسد و شورای نگهبان هم با ارائه نظریه

تفسیری، به ابهام این اصل پایان بدهد. همچنین باید در متن پیش‌نویس «لایحه نهاد مستقل داوری داخلی و بین‌المللی»، به چگونگی حفظ کارایی این اصل از قانون اساسی توجه کرد و برای رفع ابهام از آن، مواد خاصی را تنظیم نمود.

فهرست منابع:

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۱.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آراء قضایی تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، سال ۱۳۹۲.
۳. پیری، فرهاد، حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران (تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۵).
۴. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶).
۵. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم: جلسه سی و دوم تا پنجاهم) (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴).
۶. فتحی، محمد و کاظم کوهی‌اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و ... شورای نگهبان (۱۳۹۶-۱۳۵۹) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶).
۷. کاکاوند، محمد، گزیده آراء داوری مرکز داوری اتاق ایران (۱۳۸۳ - ۱۳۸۷) (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰).

Articles:

1. Gharavi, Hamid, "Update, Thoughts and Perspectives on Iran's International Arbitration Regime", **ASA Bulletin**, Volume 19 (2001): 722.
2. Hanotiau, Bernard, "The Law Applicable to Arbitrability", **Singapore Academy of Law Journal**, Volume 26 (2014): 874.

3. Hascher, Dominique T, “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961: Commentary”, **Yearbook Commercial Arbitration**, Volume 36 (2011): 504.

Books:

1. Bungenberg, Marc & others (eds), **International Investment Law** (Germany: Hart Publishing 2015).
2. Clay, Thomas & Others (eds), **French International Arbitration Law Reports: 1963-2007** (New York: Juris Publishing 2014).
3. Gaillard, Emmanuel (ed), **Anti-suit Injunctions in International Arbitration** (New York: Juris Publishing 2005).
4. Gaillard, Emmanuel & Jennifer Younan (eds), **State Entities in International Arbitration** (New York: Juris Publishing 2008).
5. Gaillard, Emmanuel & John Savag (eds), **Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration** (London: Kluwer Law International 1999).
6. Kronke, Herbert & Others (eds), **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention** (London: Kluwer Law International 2010).
7. Lauterpacht, Elihu & Christopher J. Greenwood (eds), **International Law Reports: Volume 96** (UK: Cambridge University Press 1994).
8. Lew, Julian D M (ed), **Contemporary Problems in International Arbitration** (Springer-Science 1987).
9. Mistelis, Loukas & Stavros Brekoulakis (eds), **Arbitrability: International & Comparative Perspectives** (London: Kluwer Law International 2009).

10. Poudret, Jean-Francoois & Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration** (Stephen Berti & Annette Ponti ^(trs), Switzerland: Sweet & Maxwell 2007).
11. Rubino-Sammartano, Mauro, **International Arbitration Law and Practice** (3rd edn, New York: Juris Publishing 2014).
12. **UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958** (New York: United Nations 2016).
13. Weigand, Frank-Bernd (ed), **Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration** (2nd edn, UK: Oxford University Press 2010).

Sites:

1. <http://judgements.ijri.ir>
2. <http://rc.majlis.ir>

نقد دادنامه ۹۱۰۹۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ تأثیر عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر صحت قرارداد داور

دکتر عباس کریمی *

دکتر سحر کریمی **

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۱۳

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۱۱/۲۹

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی

شهید صدر تهران

خواسته: توقیف عملیات اجرایی رأی داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی

خلاصه پرونده

در پرونده‌ی فوق، خواهان دعوائی به خواسته‌ی بدو توقیف عملیات اجرایی رأی داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی، سپس صدور حکم بر تأیید بی‌اعتباری بند ۹ قرارداد فیما بین با خوانده و لغو شناسایی و اجرای رأی داورى و سایر خسارات دادرسی از جمله حق الوکاله وکیل و متعاقباً دادخواست ابطال رأی دادرسی مذکور را مطرح کرد که در جلسه‌ی اول دادرسی در تبیین خواسته، موضوع خواسته، لغو تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داورى اتاق بازرگانی لندن اعلام گردید.

abkarimi@ut.ac.ir

* عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید



مقدمه

در پرونده‌ی فوق، شرکت خواهان طی قرارداد منعقد در ایران، مبلغ ۲,۲۰۰,۰۰۰ یورو بابت خرید کالا به شرکت خوانده که یک شرکت دولتی ایرانی است پرداخت نموده ولیکن شرکت خوانده از ایفاء تعهد خودداری نموده است. شرکت خواهان به استناد بند ۹ قرارداد، موضوع را به داوری لندن ICC ارجاع داده و از آن جهت که شرکت خوانده، شرکتی وابسته به دولت ایران است و مجوز هیأت وزیران در خصوص ارجاع به داوری موجود نبوده است، دعوای خود را به لحاظ غیرقانونی بودن شرط داوری مسترد می‌دارد. با این وجود شرکت خوانده دعوی تقابل خود را در مرجع داوری ادامه داده که در نهایت منتهی به صدور رأی داوری گردیده و شعبه ۸۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، اجرائیه‌ای بر اساس این رأی داوری با موضوع شناسایی و اجرای رأی داوری بین‌المللی علیه شرکت خواهان صادر می‌نماید.

وکلاي شرکت خواهان با تنظیم دادخواستی در دادگاه عمومی حقوقی تهران، خواستار صدور حکم مبنی بر غیر قابل شناسایی و اجرا بودن رأی داوری موضوع دعوی بر اساس دولتی بودن شرکت خوانده و عدم کسب مجوز لازم برای رجوع به داوری از طریق تصویب هیأت وزیران شدند. در پایان، دادگاه دعوای شرکت خواهان را وارد دانسته و حکم به الغاء تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (موضوع خواسته) به عنوان اصل خواسته و نیز حکم به الزام خوانده به پرداخت هزینه‌ی دادرسی در حق شرکت خواهان صادر می‌کند.

نقد دادنامه:

۱. «وجه التزام»، مبلغ از پیش تعیین شده در قرارداد را گویند که متعهد ملتزم می‌گردد برای تخلف از انجام تعهدات قراردادی خود پرداخت نماید.
۲. تخلف قراردادی موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی راجع به وجه التزام، اعم است از: «تأخیر در انجام قرارداد» و یا «عدم اجرای قطعی قرارداد».
۳. در موردی که طرفین این وجه را برای عدم اجرای قرارداد مقرر کرده باشند پرداخت وجه، بدل از تعهد اصلی است و با تأدیه آن، ذمه متعهد

نسبت به تعهد اجرای قرارداد بریء می‌گردد و در صورتی که وجه التزام بابت تأخیر در انجام تعهد تعیین شده، باشد پرداخت آن، بدل از تعهد اصلی نیست و به هر حال تعهد باید اجراء شود و چنانچه التزام متعهد به انجام آن میسر نشد علاوه بر وجه التزام، خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد نیز قابل مطالبه است.

۴. ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۵۲ سابق قانون مدنی فرانسه ناظر به «شرط جزایی»^۱ اقتباس شده بود و الا چنین بحثی سابقه فقهی مستقلی نداشته و به هیچ وجه، واژه «وجه» در زبان عربی و کتب فقهی به معنای «مبلغ» و «پول» مصطلح نگشته؛ حال آنکه اصطلاح مزبور توسط حقوقدانان ساخته و رایج گردیده است. با این همه، مخالفتی هم با مبانی فقهی نداشته زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم»، شرط وجه التزام را هم دربرمی‌گرفته است.

۵. وجه التزام، تا زمانی که مورد سوءاستفاده قرار نگیرد سازوکار بسیار مناسبی است زیرا دادرسان را از ارجاع امر تعیین خسارت به کارشناسان که موجب اطاله دادرسی و گسترش فساد می‌شود، باز می‌دارد لیکن چنانچه مورد سوءاستفاده واقع شود، خطر جدی‌ای برای عدالت قضایی به‌شمار می‌آید و مواقعی که این بی‌عدالتی آشکار باشد نباید به بهانه امنیت قراردادی و اصل لزوم قرارداد و شروط قراردادی، چنین شرطی را که با هدف اصلی علم فقه و حقوق (اجرای عدالت) در تعارض است به مرحله اجراء درآید و نباید نظام حقوقی، امکانات حقوقی و قضایی خود را در اختیار اجرای قراردادی قرار دهد که سلامت این نظام را هدف گرفته، در راه نیل به مقصود آن، مانع تراشی کند. چنین امری خلاف مذاق شارع مقدس و نقض غرض قانونگذار خواهد بود.

۶. در حقوق فرانسه شیوه مبارزه با سوءاستفاده از شرط وجه التزام، سخت منجر به اختلاف نظر گردید به گونه‌ای که مقنن ناگزیر شد دو بار به اصلاح

ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی دست یازد: یکبار در سال ۱۹۷۵ میلادی که به دادرس اجازه دادند اگر وجه التزام را گزاف یا ناچیز یافت، آن را تعدیل کند. و بار دوم در سال ۱۹۸۵ که با درج عبارت «حتی رأساً» وی را مجاز ساختند تا بدون درخواست طرفین اقدام به چنین امری نماید.

۷. قانونگذار فرانسوی در اصلاح مقررات قانون مدنی ناظر به قراردادهای و ادله اثبات دعوی که از اول اکتبر ۲۰۱۶ به اجراء درآمد، ماده ۱۱۵۲ را با دو اصلاح فوق در ماده ۵-۱۲۳۱ جدید گنجانده و در این ماده افزود علاوه بر حق تعدیلی که گذشت، چنانچه قسمتی از تعهد، اجراء شده باشد و بخش اجراء شده برای متعهدله مستقلاً ارزش داشته باشد، دادگاه می تواند حتی رأساً متناسب با بخش اجراء شده، از وجه التزام بکاهد. از طرف دیگر، بنا به تصریح قانون جدید، شرط مغایر با این مقررات، نانوشته (باطل غیرمبطل) قلمداد می شود. مطالبه خسارت بابت تأخیر در اجرای تعهد نیز منوط به ارسال اخطاریه به متعهد شده و از زمان مطالبه کتبی، خسارت مورد محاسبه قرار می گیرد.

۸. غالب کشورهای که ماده ۱۱۵۲ را مورد اقتباس قرار داده بودند، اقدام به پیش بینی حق تعدیل وجه التزام (شرط جزایی) برای قضاات نمودند و حتی کشورهای چون عراق که درگیر جنگ و مشکلات داخلی بودند چنین اصلاحی را در قوانین خود گنجانده لیکن متأسفانه به رغم کار گسترده و حجیم دکترین و عملی رغم اعمال چنین حقی در رویه قضایی، قانونگذار ایرانی همواره در خواب غفلت به سر می برد و با باقی گذاشتن این ماده به وضع اقتباس شده خود از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، راه را برای تششت آراء و ناامنی قضایی و در نتیجه، فساد مفتوح نگه داشته است. در چنین شرایطی نباید ماده ۲۳۰ قانون مدنی به عنوان جزیره ای مستقل از قواعد و سایر قوانین، به اجراء درآید و حکم به اجرای وجه التزام گزاف یا ناچیز داد. فلذا باید برای تعدیل آن، راهی جست،

لیکن اینکه کدام قانون یا قاعده قابلیت انجام این مأموریت را دارد فارغ از هرگونه اجماعی است.

۹. رأی مورد نقد، به منظور تعدیل وجه التزام، به ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی استناد نموده؛ درحالی که ماده ۴ قانون مذکور راجع به خسارت ناشی از ضمان قهری (مسئولیت مدنی) بدون قرارداد است نه ضمان ناشی از عدم اجرای قرارداد. درحقیقت، گرچه «خسارات» مندرج در صدر ماده، مطلق است و اطلاق آن (خسارات) ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن را شامل می شود، لیکن چنین اطلاقی قابلیت استناد ندارد چون عنوان قانون، قدر متیقن در مقام تخاطب ایجاد کرده و با وجود چنین قدر متیقنی که نشان می دهد همه احکام قانون، حول مسئولیت مدنی انشاء شده نه خسارات قراردادی، اطلاق ماده به علت فراهم نبودن مقدمات حکمت، حجیت نخواهد داشت.

۱۰. دومین مستند رأی، مخالفت وجه التزام گزاف با «اخلاق حسنه»^۱ است. اخلاق حسنه بدون تردید در حقوق غرب از موارد تحدید اصل حاکمیت اراده قلمداد می شود و بسیاری از آراء، از مراجع قضایی دارای این نظام حقوقی مستند به مفهوم اخلاق حسنه، صادر می شود. با این همه، در نظام حقوقی اسلام، احکام شرعی سختگیرانه تر از مقتضیات اخلاق حسنه است و بر فرض که امری در شرع مقدس اسلام مجاز باشد نمی توان مجاز شرعی را خلاف اخلاق حسنه، قلمداد سپس به این استناد، ممنوع نمود. اگر در متونی از قبیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی، به اخلاق حسنه و نظم عمومی ارجاع داده شده درحالی که در ماده ۱۰ این قانون که محل اصلی اعلام حکم است از این دو مفهوم اثری نیست، اقتضای قاعده «الجمع مهما امکن اولى من الطرح» اقتضاء می کند که پذیرش دو مفهوم مزبور توسط قانون مدنی را ناظر به قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی تحت حاکمیت این قوانین بدانیم به ویژه آنکه در ذیل ماده ۹۷۵، بی هیچ اشاره ای به قراردادهای تنها قوانین ذکر شده است.

۱۱. استناد رأی مورد نقد به «نظم عمومی»^۱ نیز با استدلال پیش گفته مورد پذیرش نمی‌تواند باشد. نظریه «تغلیب» در مقابل «مصلحت متعاقدين» که از زمان شیخ طوسی (ره)، بیش از هزار سال در حقوق بومی ما جاری و ساری است و در عرصه قراردادهای خصوصی، در قالب نظریه «حق و حکم» چند قرن است که اجراء شده، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی جزئی از حقوق ایران می‌باشد و می‌تواند به جای نظریه نظم عمومی مورد استناد واقع شود و هر شرط قرارداد مخالف با حکم (برخلاف شرط مخالف حق محض) را به دلیل غیرمشروع بودن می‌توان باطل اعلام کرد و در صورت وجود مخالفت در بخشی، به همان میزان تعدیل نمود، ولی در اینجا تعدیل حکم الزاماً منوط به اثبات موجودیت آن (حکم) است؛ یعنی تا زمانی که وجود چنین حکمی به اثبات نرسد نمی‌توان بطلان یا تعدیل شرط را مستند به این نظریه معتبر فقهی دانست؛ گویی که استناد به نظم عمومی نیز بر فرض قابلیت استناد، مستلزم حکمی از قانون است که براساس نظم عمومی استوار شده باشد، زیرا در حقوق داخلی، «نظم عمومی قانونی» قابل دفاع است نه «نظم عمومی استنباطی» توسط رویه قضایی. در رأی مورد نقد، باید تصریح می‌شد که نظم عمومی مورد اشاره، چه نوع نظمی است و از کدام مقرر قانونی چنین امری استنباط شده است. بنابراین، نظم عمومی نیز نمی‌تواند مستندی موجه برای تعدیل وجه التزام به حساب آید.

۱۲. قاعده «انصاف»، دیگر مستند رأی مورد نقد است. استناد به انصاف که در کشورهای دارای نظام کامن‌لو کم‌رنگ‌تر شده است در دادگاه‌های داخلی گاهی صریحاً همانند رأی مورد نقد و گاهی به‌طور ضمنی تحت عناوینی چون «نصفت قضایی»، «عدالت» و «اجرای عادلانه قرارداد» مورد ابتناء قرار می‌گیرند. فقهای معاصر نیز قواعد «عدالت» و «انصاف» را در ردیف قواعد فقهی آورده‌اند و در دو قانون «تجارت الکترونیکی» و «نحوه اجرای

اصل ۴۴ قانون اساسی» نیز از «شروط غیرمنصفانه» (به جای شروط تحمیلی پیشنهادی نگارنده) سخن به میان آمده، غافل از اینکه مفهوم انصاف حتی در نظام‌های کامن‌لو با وجود پیشینه‌ای غنی در این خصوص، نیز موجب ناامنی قضایی می‌شود چه رسد به سایر نظام‌ها از قبیل نظام بومی ما که در آنها مطلقاً استناد به قواعد عدالت و انصاف تجویز نشده است. در حقوق داخلی ایران اگر دادگاه، تنها در اثبات امور موضوعی با فقد دلیل روبرو شود می‌توان به جای قاعده کور قرعه، قاعده انصاف را پیشنهاد نمود همانند زمانی که مشخص نیست مال معین، متعلق به کدام یک از خواهان و خوانده است و همچنین مواقعی که اماره قانونی تصرف و امارات قضایی و اصل استصحاب نیز قابل اجراء نباشد که در این صورت تنصیف مال، مورد حکم واقع شده تا به انصاف نزدیک‌تر باشد. در غیر این مورد، استناد به قواعدی همچون عدالت و انصاف محمل شرعی و قانونی ندارد.

۱۳. استناد مستقیم به نظریه حقوقی (دکترین) فاقد وجاهت قانونی است و طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، منابع اصلی حقوق، قانون است و منابع و فتاوی معتبر فقهی. «فتوی» ظهور در نظریات فقهی دارد و چنانچه حقوقدانی توانایی اجتهاد داشته باشد و با استفاده از منابع چهارگانه کتاب، سنت، عقل و اجماع به اظهار نظر فقهی بپردازد، عنوان فتوی بر این نظریه صدق می‌کند، گرچه فتوی در معنای اخص، نظریه مجتهد جامع‌الشرایط قابل تقلید است. به هر حال، نظریه حقوق مبتنی بر مفاهیم حسن‌نیت، انصاف و مصالح اجتماعی، قطعاً نه تنها از مصادیق فتوی نیست بلکه غیرقابل استناد می‌باشد، زیرا - همان‌طور که گذشت - انصاف و رفتار منصفانه، در فقه جایگاهی ندارد و مفهوم حسن‌نیت نیز گرچه نهادهای مشابهی را در فقه دربرمی‌گیرد، ولیکن ریشه فقهی ندارد. افزون بر آن، استناد به شرط ضمنی، با وجود شرط صریح، وجه التزام قابلیت دفاع ندارد. مع‌الوصف نباید فراموش کرد که دکترین نقش بسیار فعال ولی

غیرمستقیمی را ایفاء می‌کند و قضات با ذکر استدلالات حقوقدانان در آراء، نظریه‌های حقوقی را به‌عنوان استدلال شخصی خود ذکر می‌کنند.

۱۴. مرحوم کاتوزیان، شخصاً در زمان تصدی امر قضاء، در اولین رأیی که برای پایش وجه التزام غیرعادلانه صادر نمودند بین «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» تفکیک قائل شدند و دعوای مطالبه وجه التزام را محکوم به رد دانستند با این استدلال که متعهد فقط مکلف بوده وسیله اجرای تعهد را فراهم کند و مراجعه وی به اداره برق برای تقاضای انشعاب در مهلت مقرر و انجام تشریفات، درواقع انجام تعهد تأمین برق ساختمان قلمداد می‌شود و با وجود انجام تعهد، مطالبه وجه التزام موضوعیت ندارد. این رأی به‌عنوان نخستین گام در پیکار با وجه التزام ناعادلانه، جایگاه و ارزش والایی دارد لیکن تفکیک میان «تعهدبه‌وسیله» و «تعهدبه‌نتیجه» مورد قبول همگان نیست. طیف حقوقدانان ازجمله ما معتقدیم همه تعهدات قراردادی به نتیجه هستند؛ یعنی تعهدی که برای آن وجه التزام تعیین شده با اراده مشترک طرفین، «تعهد به نتیجه» تلقی می‌شود. وانگهی اعمال این نظریه منجر به عدم پرداخت هرگونه وجهی بابت خسارت خواهد شد و از آن طرف، موجب بی‌عدالتی، درحالی‌که راهی را باید تعقیب نمود که منجر به تعدیل وجه التزام گردد نه منتفی شدن آن.

۱۵. استناد رأی مورد نقد به اصل ۴۰ قانون اساسی موجه است. این اصل در بخشی که اعلام می‌دارد «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر ... قرار دهد»، مبین قاعده «لاضرر» است که در حقوق غرب تحت عنوان قاعده «سوءاستفاده از حق»^۱ مورد اقتباس واقع شده. براساس قاعده لاضرر که حاکم بر قواعد اولی است، هرگاه اجرای حکم شرعی چه متضمن حق باشد چه تکلیف، منجر به ضرر غیرمتعارف گردد، آن حکم برداشته می‌شود. در اینجا باید اذعان نمود همان‌طور که برداشته شدن حکم وضو و روزه‌ای که برای مکلف ضرر دارد خاص عبادات است و

در حیطه حقوق، بلاوجه، رفع حکم متضمن تکلیف نیز در حقوق جایگاه یا وجهی ندارد، اما رفع حکم متضمن حق، در عالم حقوق بسیار مؤثر و کاربردی و استفاده از قاعده لاضرر در این خصوص برای نظام حقوقی حیاتی است، گویی که استفاده نابجا از این قاعده همانند استفاده از آن برای حکم به پرداخت خسارت مضر می‌باشد. حکم شرعی «المؤمنون عند شروطهم» که حکم اولی مبنای لزوم وفای به شرط وجه التزام است، چنانچه منجر به ضرر غیرمتعارف گردد، زمینه را برای حکومت قاعده لاضرر مهیا می‌کند و وجه التزام گزاف یا ناچیز را که متضمن ضرر غیرمتعارف است تحت شمول این قاعده قرار می‌دهد. ضمانت اجرای قاعده لاضرر، طبیعی است و باید ریشه ضرر را از بین برد و به همین میزان نیز بسنده نمود. بنابراین بی‌آنکه شرط باطل شود تنها در حد استیصال ضرر، مبلغ موضوع شرط تعدیل (کم یا زیاد) می‌شود و مستند اصلی برای تعدیل وجه التزام در حقوق ایران، قاعده لاضرر می‌باشد.

۱۶. برای تعیین خسارات واقعی و نیز مبلغ آن، نه، باید به کارشناسی متوسل شد و نه سلیقه‌ای عمل کرد، زیرا وجه التزام به سبب داشتن جنبه تهدیدی، باید بیشتر از خسارت واقعی باشد تا متعهد تلاش خود را برای اجرای تعهد معمول دارد. در حقوق غرب، چنین شرطی را «شرط جزایی»^۱ نامیده‌اند و معتقدند برای مجازات متخلف، این وجه تعیین می‌شود لذا اینچنین وجه التزامی در بعضی کشورهایی با نظام کامن‌لو را باطل و ناصواب می‌انگارند چون تعیین مجازات را در صلاحیت قانونگذار می‌دانند؛ چنانکه در اصل ۳۶ قانون اساسی ایران نیز آمده است. بنابراین، در تعیین وجه التزام نباید در پی تعیین خسارت واقعی بود. تا زمانی که به صورت نوعی می‌توان وجه التزام تعیین نمود باید به همین منوال عمل کرد. برای نمونه، چنانچه به منظور تعهد تخلیه عین مستأجره، وجه التزام پرداخت دو یا سه برابر اجاره‌بهاء یا اجرت‌المثل تعیین شده، باشد قضات

بهتر است حدود ۱۲۰ تا ۱۳۰ درصد اجرت را بپذیرند تا علاوه بر پرداخت
اجاره ماهیانه، حدود یک‌چهارم آن نیز وجه التزام باشد. در رأی مورد نقد
نیز بهتر می‌بود در قبال هر روز تأخیر نسبتی از ثمن تعیین می‌شد و
به‌طور مثال، برای تنظیم سند رسمی، یک‌چهارهزارم ثمن به‌عنوان وجه
التزام تعیین می‌گردید و با انتشار آراء، دادگاه‌ها در میزان وجه التزام
عادلانه با هم هماهنگ می‌شدند.

نقدی بر نحوه مداخله دیوان عدالت اداری در تصمیمات قطعی شورای رقابت

ابراهیم رهبری *

مشخصات رأی

خواسته: نقض تصمیم شماره ۲۸۲

مورخ: ۱۳۹۵/۱۲/۲

صادر از: شورای رقابت

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۴۵ دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده

شورای رقابت بعد از طرح شکایت عده‌ای از فارغ‌التحصیلان رشته داروسازی، به‌منظور الزام وزارت بهداشت به اعطاء مجوز تأسیس داروخانه، ضمن تأیید ادعای شاکیان نهایتاً در جلسه شماره ۲۹۵ مورخ ۱۳۹۶/۳/۱۰ چنین نظر داد که «با توجه به تصمیمات متخذه از سوی شورای رقابت به شماره‌های ۲۸۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲ و ۲۹۰ مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۱ مبنی بر الزام وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به توقف رویه ضد رقابتی موضوع مواد ۴ و ۱۵ آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها (مصوب ۱۳۹۳) و ابلاغ این تصمیمات در نامه‌های شماره ۱۹/۹۵/۶۱۴۱ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۷ به سازمان غذا و دارو و شماره ۱۰/۹۶/۳۵۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۶ به وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و عدم اجرای مفاد آن بدون عذر موجه قانونی و با لحاظ رأی شماره ۴۳۴ - ۴۳۳ تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۲ وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، عدم صدور مجوز توسط وزارت مستکفی‌عنه، مصداق

* استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
rahbarionlaw@gmail.com



دفاع بلاوجه «اشباع بازار» تشخیص داده شد، لذا با استناد به بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی منبعت از تبصره ۲ ماده ۷ اصلاحی قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۹۳/۰۴/۰۱) که مقرر می‌دارد: «... صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند». شورا وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی را به‌عنوان بالاترین مقام مسئول دستگاه اجرایی مربوطه، علاوه بر الزام به صدور مجوز تأسیس داروخانه در حق شاکی آقای ...، به پرداخت یک میلیارد ریال جریمه نقدی در حق دولت نیز محکوم می‌نماید. این تصمیم به‌موجب ماده ۶۳ قانون ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در هیأت تجدیدنظر شورای رقابت می‌باشد.

تصمیم فوق‌الذکر مورد اعتراض برخی صاحبان داروخانه و انجمن داروسازان ایران در دیوان عدالت اداری قرار گرفته است و شعبه ۴۵ دیوان نیز با احراز صلاحیت خود، دستور موقت به توقف اجرای تصمیم داده و شورا را به ارائه دلایل و استدالات خود فراخوانده است:

«دادخواست خواهان انجمن داروسازان ایران به خواسته صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از اجرای تصمیم شماره ۹۵/۱۲/۲-۲۸۵ شورای رقابت به لحاظ خارج از حدود صلاحیت قانونی بودن و ورود ضرر و خسارت غیرقابل جبران ... با بررسی، تدقیق و مذاقه جمیع اوراق و محتویات پرونده، مفاد دادخواست تقدیمی و مستندات ابرازی پیوست به شرح مضبوط و مندرج در جوف پرونده، مفاد، محتوا و مضمون تصمیم معترض‌عنه، با امعان‌نظر به محدوده اختیارات و صلاحیت شورای رقابت، به‌نظر نمی‌آید شورای مذکور اختیار لغو یا ابطال آیین‌نامه‌های وزیران یا موادی از آن و یا رفع آثار آنها را داشته باشد و رأی بحث رقابت می‌بایستی به مقوله مهم و حساس سلامت و بهداشت عمومی نیز توجه خاص و ویژه شود: «النعمتان: الصحة و الأمان» و از سوی دیگر در مانحن‌فیه، بحث رعایت حریم و برداشتن حریم داروخانه‌ها (علی‌الاطلاق) مطرح است که رعایت حریم و محدوده قانونی به نظر بیشتر ناظر به انتظام امور و ساماندهی داروخانه‌هاست تا مقوله رقابت که مستلزم طرح پروسه ضدرقابتی بودن حریم‌ها باشد و نیز التفات به اینکه ماحصل و عصاره اقدام شورای رقابت، ابطال موادی از آیین‌نامه مبحث‌عنه می‌باشد که این

مهم می‌بایست با رعایت تشریفات قانونی و از مجاری خاص و توسط مراجع ذیصلاح قانونی صورت پذیرد و نظر به تبصره ۲ بند (ج) ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی که اشعار می‌دارد: «فعالیت‌های حوزه‌های سلامت، آموزش و تحقیقات و فرهنگ، مشمول این قانون نیست... و مستفاد از آراء شماره‌های ۸۰/۲۶ - ۱۳۸۰/۲/۲ و ۸۶/۳۸۸ - ۱۳۸۶/۶/۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و فلسفه صدور دستور موقت و اینکه ورود ضرر یا خسارت غیرقابل جبران و متعسر در آتیه و نیز ضرورت و فوریت امر از نظر این مرجع احراز گردید، علی‌هذا نظر به مراتب معنونه و به استناد مواد ۳۴-۳۵-۳۶-۳۷-۳۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، دستور موقت به شرح خواسته، صادر و اعلام می‌گردد... دستور موقت صادره، قطعی است».

۲. نقد رأی

در این قسمت، تصمیم شعبه دیوان عدالت اداری را صرفاً از جنبه ورود به تصمیمات ترافیعی قطعی شورای رقابت نقد کرده، آن را محمل و بهانه‌ای برای تحلیل‌های بیشتر در زمینه صلاحیت نظارتی دیوان عدالت اداری نسبت به شورای رقابت قرار می‌دهیم. برای نیل به این مقصود لازم است نخست شورای رقابت را معرفی، سپس ماهیت و جایگاه شورای رقابت را در نظام حقوقی ایران تبیین کرد و متعاقب آن، چگونگی نظارت دیوان عدالت اداری بر تصمیمات مختلف شورای رقابت را بررسی نمود تا نهایتاً چارچوبی اصولی برای نحوه مداخله دیوان در این زمینه ترسیم شود.

۱.۲. معرفی شورای رقابت

شورای رقابت در ایران، متولی انحصاری امور رقابتی است که از طریق جلوگیری و مقابله با اقدامات مخل رقابت، از نظم و تعادل رقابتی بازار حفاظت کرده، حقوق بنگاه‌ها و مصرف‌کنندگان را تضمین می‌نماید. مطابق بند (الف) ماده ۵۳ قانون اجرای

سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی،^۱ شورا دوازده عضو اصلی و سه عضو ناظر دارد. اعضای ناظر آن، نمایندگان مجلس هستند و سایر اعضای شورا را می‌توان در سه دسته جای داد:

دسته نخست. منصوبان دولت: که از بین دوازده عضو اصلی هشت تن (دو اقتصاددان برجسته، یک حقوق‌دان اقتصادی، دو صاحب‌نظر تجاری، یک صاحب‌نظر صنعتی، یک صاحب‌نظر امور زیربنایی و یک صاحب‌نظر امور مالی)، توسط دولت و به پیشنهاد وزراء و رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور با حکم رئیس‌جمهور تعیین می‌گردند.

دسته دوم. اعضای منصوب قوه قضاییه؛ این اعضاء نیز در ترکیب شورا حضور دارند؛ شورا دو عضو قاضی دارد که از میان قضات دیوان‌عالی کشور و توسط رئیس قوه قضاییه برگزیده می‌شوند.

دسته سوم. نمایندگان بخش خصوصی و تعاونی که دو عضو شورا را تشکیل می‌دهند و منتخب اتاق بازرگانی و صنعت و معدن و اتاق تعاون هستند. به این ترتیب از همه بخش‌های اجرایی و نظارتی و قضایی و بخش‌های خصوصی، نمایندگانی برجسته در این نهاد حضور دارند که بر اوضاع بازار و فعالیت بنگاه‌ها و جریان رقابت اشراف دارند.

به‌موجب بند (الف) ماده ۵۸ و ماده ۶۲ ق.ا.س.ک.ا، شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابتی است که مهم‌ترین وظیفه این نهاد محسوب می‌گردد. این شورا کارکردهای دیگری نیز دارد که در میان آنها تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، میزان و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری (بند ۵ ماده ۵۸ ق.ا.س.ک.ا) واجد اهمیت بیشتری است.

۲.۲. ماهیت حقوقی شورای رقابت

۱.۲.۲. شورای رقابت به مثابه یک مرجع اختصاصی اداری یا مرجع

قضایی غیردادگستری

به باور برخی حقوق‌دانان، شورای رقابت دارای ماهیتی اداری است؛ عده‌ای بر دادگاه نبودن شورای رقابت علی‌رغم حضور عضو قاضی در آن تأکید نموده و آن را

۱. از این پس اختصاراً از آن به ق.ا.س.ک.ا. یاد می‌کنیم.

یک مرجع اداری به شمار می‌آورند که مبادرت به صدور آراء قضایی می‌کند.^۱ اگرچه قانون برای اعضای قاضی شورای رقابت نقش ویژه‌ای قائل شده است، اما این موضوع، ماهیت شورای رقابت را از اداری به قضایی مبدل نمی‌سازد و به‌رغم سکوت قانون‌گذار، ترکیب اعضاء و ویژگی‌ها و اختیارات مذکور در قانون، وصف اداری این نهاد را تقویت می‌کند که می‌توان آن را در زمره دادگاه‌های اختصاصی اداری (نهادهای شبه‌قضایی غیردادگستری) دانست که تحت نظارت دیوان عدالت اداری قرار دارد.^۲

در نظر گروهی محققان، قلمرو رسیدگی شورا به‌نحوی است که موضوعات اداری را دربرنمی‌گیرد؛ در نتیجه به دلیل غلبه وصف تجاری در این رسیدگی‌ها و خروج اعمال حاکمیتی از آن، ماهیت رسیدگی‌های شورای رقابت از نوع قضایی است. همچنین باید توجه نمود که صلاحیت قضاوتی شورا صرفاً رسیدگی به رویه‌های محل رقابت است. بنابراین باید دامنه صلاحیت شورا را کاملاً استثنائی و آن را مرجعی اختصاصی به‌شمار آورد. افزون بر این، نقش سایر نهادها در کنار قوه قضاییه نسبت به انتخاب اعضای شورا، این مرجع را در زمره مراجع غیردادگستری قرار می‌دهد؛ یعنی مرجعی که عزل و نصب همه اعضاء یا رسیدگی‌کنندگان، در اختیار رئیس قوه قضاییه نمی‌باشد. در نتیجه از حیث اوصاف مبنایی، گستره قضایی و ساختار تشکیلاتی باید شورا را در شمار مراجع قضایی، زیرمجموعه واحدهای اختصاصی و از نوع نهادهای غیردادگستری قلمداد نمود و نمی‌توان آن را دادگاه در مفهوم دقیق کلمه انگاشت.^۳

۱. محمد مهدی غمامی و محسن اسماعیلی، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۲ (پاییز و زمستان ۱۳۸۹): ص ۱۷۳.

۲. رضا خشنودی و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آراء آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵ (پاییز ۱۳۹۵): صص ۲۰۹ - ۲۱۱ و ۲۱۴.

۳. بهنام غفاری‌فارسانی، حقوق رقابت و ضمانت‌اجراهای مدنی آن (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳)، ص ۲۵۵؛ مهدی حقیقت‌جو، توسعه خارجی شرکت‌های تجاری در چارچوب قواعد کنترلی حقوق رقابت مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران (تهران: رساله دکتری

۲.۲.۲. ماهیت فراقوه‌ای و خاص شورای رقابت

به باور سایر صاحب‌نظران، در وهله نخست، ترکیب شورا گویای ماهیتی فراقوه‌ای آن است. به علاوه، شورا صرفاً با مشارکت اعضاء تصمیم می‌گیرد و نیازمند تأیید هیچ یک از قوا نیست. همچنین تنوع اختیارات شورا که شامل مقررات‌گذاری و صلاحیت‌های قضایی و اجرایی می‌شود نیز بر ماهیت خاص آن گواهی می‌دهند.^۱ هرچند صاحب‌نظران مزبور، احتمالات مختلفی درخصوص ماهیت آن طرح کرده‌اند اما وصف شبه‌قضایی آن را بارزتر می‌دانند و معتقدند شورا تصمیماتی شبه‌قضایی می‌گیرد که برای افراد، ایجاد حق و تکلیف می‌کند و همان آثار اقدامات قضایی را دربردارد؛ با وجود این، شورا واجد تمام خصوصیات این گونه مراجع نمی‌باشد. برای مثال، شورای رقابت، نهادی مادون دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود.^۲ بعضی محققان نیز یک گام فراتر رفته‌اند و برای شورای رقابت ماهیتی شبه‌قضایی ولی فراقوه‌ای در نظر گرفته‌اند که همین امر، نظارت‌پذیری شورا از سوی مراجع دیگر را دشوار می‌سازد؛ چراکه اعضای شورا جایگاه اداری نداشته و تحت نظارت یک مقام مافوق فعالیت نمی‌کنند.^۳

۳.۲. شیوه نظارت دیوان بر تصمیمات شورای رقابت

۱.۳.۲. نظارت دیوان بر مصوبات غیر ترافیعی

با توصیفات فوق در صورتی که دیوان عدالت اداری را صالح به بازنگری در تصمیمات شورای رقابت بدانیم، باید بین تصمیمات شورای رقابت تفکیک قائل

← رشته حقوق خصوصی، به راهنمایی ابراهیم رهبری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۶)، صص ۳۱۱-۳۱۲.

۱. سیدبهباد پورسید و همکاران، «شورای رقابت؛ از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۴، شماره ۹۱ (پاییز ۱۳۹۶): ص ۳۵۵.

۲. همان، صص ۳۵۷-۳۵۸، ۳۶۱، ۳۶۴؛ هرچند این نویسندگان در جایی دیگر با در نظر گرفتن ماهیت شبه‌قضایی برای شورا امکان تجدیدنظرخواهی از تصمیمات آن را در دیوان عدالت اداری منتفی ندانسته‌اند. همان، ص ۳۶۰.

۳. حمیدرضا علومی‌یزدی و زینب فرازمنند، «بررسی تطبیقی نهادهای ناظر بر اجرای مقررات رقابت در ایران و آمریکا»، اندیشه‌های حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۱ (پاییز ۱۳۹۲): ص ۱۵۱.

شویم. در تصمیمات اتخاذی به موجب ماده ۵۸ ق.ا.س.ک.ا، شورای رقابت نه نقش یک دادگاه اختصاصی اداری را ایفا می‌کند و نه به رسیدگی ترافیعی اقدام می‌نماید. در نتیجه، مطابق بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شکایت از مصوبات و ابطال آنها می‌پردازد^۱ و حتی در رویه نیز چنین صلاحیتی را برای خود قائل است. برای نمونه، هیأت مزبور در رأی شماره ۴۹ مورخ ۹۶/۱/۲۹، مصوبه شورای رقابت در نرخ‌گذاری برای تلفن‌های ثابت را ابطال کرده است؛ چراکه این مهم را خارج از صلاحیت نهاد یادشده انگاشته، و از وظایف کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات محسوب نموده است.

در مورد اقداماتی که متضمن ضمانت‌اجراها نمی‌گردد و براساس اختیارات تفویضی بندهای ۲ تا ۵ ماده ۵۸ ق.ا.س.ک.ا، صورت می‌پذیرد که ناظر به تصمیمات تنظیمی، ارشادی و پیشگیرانه شورای رقابت است (ارزیابی وضعیت و تعیین محدوده بازار تدوین راهنماها و دستورالعمل‌های اجرایی قانون و دستورالعمل‌های داخلی شورا، تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت و غیره) این نهاد، در جایگاه رسیدگی ترافیعی به رویه‌های مخل رقابت قرار ندارد، لذا تصویب و تأیید مقام قضایی ضروری نیست. به بیان روشن‌تر، در این فرایند، نظر قضایی شورا به‌منظور اعتباربخشی موضوعیت ندارد بلکه صرفاً به‌عنوان یکی از اعضاء ابراز می‌شود. علی‌ای‌حال، انکار وصف عمومی تصمیمات یادشده دشوار است؛ هرگاه آیین‌نامه‌ای که دولت در اجرای قانونی تنظیم می‌کند، قابل اعتراض و ابطال در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است، مصونیت دستورالعمل‌های شورای رقابت از نظارت دیوان عدالت اداری درحالی‌که عمده اعضای آن، منصوب دولت و یا نماینده بخش خصوصی هستند که اصولاً صلاحیت مقررات‌گذاری ندارند، تا حدود زیادی فاقد وجه است. هیأت مزبور نیز با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، ظاهراً ماهیتی دولتی یا اوصاف یک مؤسسه عمومی غیردولتی را برای شورای رقابت قائل شده لذا خود را صالح برای الغاء تصمیمات آن دانسته است.

۲.۳.۲. نظارت دیوان بر مصوبات ترافیعی شورای رقابت

به عقیده برخی، اعتراض به تصمیمات شورا به عنوان یک مرجع اداری باید در مراجع قضایی مطرح شود. برای مثال، اگر شورا به استناد ماده ۶۱ ق.ا.س.ک.ا، حکم به ابطال یک عمل حقوقی از جمله تملک یا ادغام بنگاه‌ها بدهد، دادگستری در مقام مرجع رسمی رسیدگی تظلمات، باید تصمیم را مورد رسیدگی مجدد قرار دهد.^۱ به زعم سایر حقوق دانان، اعتراض به تصمیمات قطعی شورای رقابت که به موجب ماده ۶۱ اتخاذ می‌شود، مشمول بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری بوده، در صلاحیت شعب بدوی دیوان است.^۲ این رویکرد را حتی پیش از تصویب قانون جدید دیوان عدالت اداری نیز شاهد بوده‌ایم که شورای رقابت در شمار مراجع اختصاصی اداری قلمداد شده و دیوان خود را برای بازنگری در تصمیمات قطعی صادره به موجب ماده ۶۳ ق.ا.س.ک.ا، ذی صلاح دانسته است،^۳ اما با احتساب شورا به عنوان یک واحد دولتی یا مؤسسه عمومی غیردولتی ناگزیر باید تسری صلاحیت قسمت (الف) بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به آن و نظارت دیوان بر تصمیمات قطعی شورای رقابت را نیز پذیرا باشیم. ممکن است اظهار شود با توجه به ترکیب شورا و مأموریتی خاص که قانون بر عهده این نهاد گذاشته است، می‌توان آن را یک مرجع ویژه به شمار آورد که حداقل در مقام رسیدگی و اتخاذ تصمیم درخصوص رویه‌های ضد رقابتی، انگاشتن آن در شمار مراجع اختصاصی اداری تحت نظارت دیوان، دشوار می‌نماید. به خصوص که به تصریح ماده ۶۳ ق.ا.س.ک.ا، شیوه اعتراض به تصمیمات متضمن یک یا چند ضمانت اجرا، صرفاً طرح شکایت نزد هیأت تجدیدنظر رقابتی است. به این ترتیب با صدور رأی از این مرجع یا عدم تجدیدنظرخواهی از تصمیم صادره و قطعی شدن آن، دیگر هیچ مرجعی صلاحیت بازنگری در تصمیمات اتخاذی را نخواهد داشت. وانگهی اگر قانون قصد داشت راه اعتراض را بیشتر و یا به شیوه

۱. کورش کلویانی، «تحلیل ابعاد حقوقی مصوبه جنجالی شورای رقابت»، (۱۳۹۲)، قابل دسترس در: <http://www.boursenews.ir/fa/news/111744>

۲. رضا خشنودی و مینا حسینی، پیشین، ص ۲۱۸.

۳. نظر کمیسیون مشورتی دیوان عدالت اداری به شماره ۴۸/۹۰ مورخ ۹۰/۰۱/۲۱.

دیگری غیر از آنچه مقرر نموده، بگشاید به صراحت این موضوع را تجویز می‌کرد ولی با اینکه قانون در مقام بیان بوده، صرفاً هیأت تجدیدنظر رقابتی را صالح به پژوهش از پاره‌ای تصمیمات شورا معرفی کرده است. از منظری دیگر قرینه‌ای نیز بر این تفسیر صحه می‌گذارد؛ اگر تصمیم شورا مقرون به موافقت قاضی یا قضات دیوان عالی کشور باشد که از حیث سلسله مراتب قضایی بالاتر از قضات دیوان عدالت اداری قرار دارند، پذیرش بازبینی تصمیم قاضی عالی‌تر با ضوابط ساختاری قضاوتی سازگار نخواهد بود. به‌طور خلاصه شأن و جایگاه تصمیمات ترافعی مراجع رقابتی، بالاتر از آن است که تحت نظارت و نفوذ دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

در نقد عبارات فوق‌الذکر باید گفت حضور قضات دیوان عالی کشور در ترکیب شورا صرفاً به‌عنوان یک مقام قضایی است و به شورا شأنی برابر با یک شعبه دیوان عالی کشور اعطاء نمی‌کند، اما از منظری دیگر، اینکه اجازه دهیم تصمیمات ترافعی اقتصادی و تجاری یک مرجع کاملاً تخصصی و با اعضای پرشمار و متخصص به‌وسیله دیوان عدالت اداری که قاعدتاً باید به مسائل با ماهیت اداری و عمومی بپردازد، مورد بازبینی و احیاناً لغو قرار گیرد، نقض غرض از ایجاد چنین نهاد خاصی محسوب می‌شود. اگر ناگزیر، مطابق ضوابط قانونی، شورای رقابت را مرجع قضایی غیردادگستری بیانگاریم و قائل به صلاحیت برای دیوان عدالت اداری - که البته اصولاً تا همین حد نیز محل انتقاد است - باشیم، چنین اختیاری را صرفاً باید به رسیدگی فرجامی و بررسی تصمیم از حیث رعایت قانون و نقض و ابرام آن محدود ساخت و دیوان عدالت اداری نباید وارد رسیدگی ماهوی به تصمیمات مذکور، شود. هرچند ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چنین اختیاری را برای این مرجع مجاز شمرده است و «در مواردی که مرجع شبه‌قضایی بعد از نقض رأی مرجع مذکور در دیوان و اعاده آن، جهت رسیدگی و صدور رأی از نظر دیوان تبعیت نکرد و شاکی مجدداً به رأی اعتراض کرد، دیوان در صورت نقض رأی، مبادرت به رسیدگی ماهوی به موضوع می‌نماید و دیگر موضوع را جهت رسیدگی به مرجع شبه‌قضایی اعاده نمی‌نماید».^۱ اگرچه

۱. غلامرضا مولابیگی، «چالش‌های رسیدگی ماهوی نسبت به اعتراض از آراء مراجع شبه‌قضایی در دیوان عدالت اداری»، (۱۳۹۶)، قابل دسترس در:

تبصره ماده مزبور اشعار می‌دارد که «شعبه می‌تواند علاوه بر نظر مشاورین موضوع ماده (۷)، عنداللزوم از نظر کارشناسان و متخصصین هر رشته، از میان کارشناسان رسمی دادگستری و یا دستگاه‌های مربوط استفاده نماید» و در نگاه نخست به نظر می‌رسد این راهکار تا حدودی جبران‌کننده عدم تخصص دیوان در رسیدگی به اختلافات ذاتاً تجاری و رقابتی که واجد ابعاد پیچیده‌ای هستند، باشد ولی پذیرش ورود ماهوی در رأیی که منشأ صدور آن، عقیده متخصصان برجسته به همراه نظر حداقل یک قاضی دیوان عالی کشور است، بسیار دشوار به نظر می‌رسد و بدین منوال ممکن است با تصمیم یک قاضی دیوان عدالت اداری و نظر مشورتی یک کارشناس، تصمیم شورا دستخوش تغییر یا الغاء گردد.

۳. نتیجه

شاید مداخله دیوان عدالت اداری در بازنگری و ابطال تصمیمات غیرترافعی شورای رقابت - که در آنها نظر قضات شورا محوریت ندارد - موجه باشد، اما بازنگری ماهوی و رسیدگی حقیقتاً قضایی به یک پرونده واجد رویه‌های مخل رقابت و تعمیم صلاحیت دیوان عدالت اداری و تجویز بررسی مجدد امور موضوعی و حکمی تصمیمات قطعی شورای رقابت درخصوص اختلافاتی که طرفین آن بنگاه‌های تجاری و موضوع آن احراز و مقابله با رویه‌های مخل رقابت در بازار است، بی‌تردید با روح مقررات فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ سازگاری ندارد. به بیان روشن‌تر، مداخله گسترده دیوان عدالت اداری در چنین موضوعاتی، اگرچه در وهله نخست و با عنایت سطحی به تفاسیری که مطابق ظواهر مقررات صورت گرفته است تا حدودی موجه می‌نماید اما از دیدگاهی عمیق‌تر، دور از ضوابط بوده و با فلسفه تأسیس شورای رقابت به‌عنوان یک نهاد مستقل و فراقوه‌ای و خاص تناسب ندارد و به مصلحت فضای رقابت و اقتصادی ایران که در ابتدای مسیر خصوصی و رقابتی شدن است، نمی‌باشد. در وضعیت موجود و ازجمله در پرونده‌ای که در شعبه ۴۵ دیوان عدالت اداری تحت رسیدگی است، شاید بتوان درنهایت، رسیدگی فرجامی بدون مداخله در ماهیت دعاوی رقابتی را تا حدودی

مطابق قانون قابل انتقاد فعلی دانست ولیکن از منظر استانداردهای دادرسی مراجع با طبع عمومی و اداری، فاقد شایستگی لازم و همه‌جانبه برای رسیدگی به پرونده‌های ترافیکی رقابتی هستند. از این‌روست که در سایر نظام‌ها، نظارت بر تصمیمات نهادهای رقابتی بر عهده مراجع قضایی عالی گذاشته شده است. برای مثال، در حقوق امریکا تصمیمات مراجع رقابتی، قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر فدرال بوده و در موارد خاصی هم تصمیم دادگاه تجدیدنظر قابل اعتراض در دیوان عالی امریکا است.^۱ در نظام اتحادیه اروپا، دادگاه عمومی اتحادیه، مرجع تجدیدنظرخواهی نسبت به آراء کمیسیون اتحادیه اروپا محسوب شده و در رسیدگی ماهوی به پرونده‌های مزبور ذی‌حق است. تصمیمات دادگاه عمومی نیز در مواردی و صرفاً از جنبه حکمی قابل اعتراض در دیوان دادگستری اروپا است.^۲ در حقوق فرانسه نیز آراء صادره از مرجع رقابتی در مورد رویه‌های مخل رقابت، قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر پاریس و نهایتاً دیوان عالی فرانسه است.^۳ همچنین در حقوق ژاپن بازنگری ماهوی در تصمیمات مراجع رقابتی، مطابق اصلاحاتی که در سال ۲۰۱۵ رخ داده و در دادگاه بدوی توکیو مطرح شده است و رأی آن در دادگاه عالی توکیو، قابل اعتراض و در مرحله بعد با احراز شرایط خاصی، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی ژاپن می‌باشد.^۴

در حقوق ایران نیز لزوم نظارت عالی بر تصمیمات نهادهای رقابتی را به‌هیچ‌روی نمی‌توان انکار نمود ولی از سوی دیگر نیز نباید نقص قانون را با اقدامی خلاف ضوابط جبران ساخت و به شعب دیوان، اجازه رسیدگی ماهوی به تصمیمات

1. John Duns et al, **Comparative Competition Law**, (UK: Edward Elgar Publishing, 2015), p. 275.
2. Sionaidh Douglas-Scott & Nicholas Hatzis, **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (UK: Edward Elgar Publishing, 2017), P.p. 345-6.
3. «Autorité de la Concurrence: Son Statut, son Rôle et son Pouvoir de Sanctions», (2018), Available at: <https://www.jurifiable.com/conseil-juridique/droit-de-la-concurrence/autorite-de-la-concurrence>;
4. Erico Watanabe, & Koki Yanagisawa, «**Competition Litigation, Japan**», (2018), Available at: <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation-laws-and-regulations/japan>

قطعی ترافی شورای رقابت، داد. به این ترتیب اگر چنین تصمیمات قابل اعتراضی خارج از تشکیلات مراجع رقابتی باشد، باید در یک شعبه متخصص در دادگاه تجدیدنظر تهران و سپس شعبه‌ای از دیوان عالی کشور که واجد صلاحیت علمی و عملی کافی برای بررسی و نظارت بر تصمیماتی از این دست هستند، مورد بازبینی ماهوی و فرجامی قرار گیرد. ناگفته پیداست که تدارک نظارت قضایی عالی بر تصمیمات نهاد رقابتی، مستلزم اصلاح و تصریح قانون است.

اخیراً در مورخه ۱۳۹۷/۴/۲۸ اصلاحاتی در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صورت گرفت و متن ماده ۶۳ به صورت ذیل در آمد:

«کلیه تصمیمات شورای رقابت و نهادهای تنظیم‌گر بخشی موضوع ماده ۵۹ ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ به ذی‌نفع، صرفاً قابل تجدیدنظر در هیأت تجدیدنظر موضوع ماده (۶۴) این قانون است. این مدت برای اشخاص مقیم خارج از کشور دو ماه می‌باشد و در صورت عدم ارائه درخواست تجدیدنظر در مدت یادشده و همچنین در صورت تأیید تصمیمات شورا در هیأت تجدیدنظر، این تصمیمات قطعی هستند». با عنایت به عبارت «صرفاً» که در اصلاحات، به متن ماده افزوده شده است، می‌توان گفت که ظاهراً قانون با این قید تأکیدی، در پی ایجاد صلاحیت انحصاری برای هیأت تجدیدنظر رقابتی در فرایند بازنگری تصمیمات شورای رقابت بوده و به این ترتیب، مداخله دیوان عدالت اداری در تصمیمات مذکور بلاوجه است. اما از منظری دیگر، رهیافت قانون از این جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسد که از فرصت پیش‌آمده بهره نبرده و از امکان نظارت مراجع قضایی عالی بر تصمیمات قطعی شورای رقابت و هیئت تجدیدنظر رقابتی غفلت نموده است.

فهرست منابع:

۱. پورسید، سیدبهباد، محمد صادقی و شهرام محمدی، «شورای رقابت؛ از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۴، شماره ۹۱ (پاییز ۱۳۹۶).
۲. حقیقت‌جو، مهدی، توسعه خارجی شرکت‌های تجاری در چارچوب قواعد کنترلی حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، انگلستان و ایران)، (تهران: رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، به راهنمایی ابراهیم رهبری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۹۶).
۳. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آراء آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵ (پاییز ۱۳۹۵).
۴. علوم‌یزدی، حمیدرضا و زینب فرازمنند، «بررسی تطبیقی نهادهای ناظر بر اجرای مقررات رقابت در ایران و آمریکا»، اندیشه‌های حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۱ (پاییز ۱۳۹۲).
۵. غفاری‌فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت‌اجراهای مدنی آن، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳).
۶. غمامی، محمد مهدی و محسن اسماعیلی، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۲ (پاییز و زمستان ۱۳۸۹).
۷. کاویانی، کورش، «تحلیل ابعاد حقوقی مصوبه جنجالی شورای رقابت»، (۱۳۹۲)، قابل دسترس در:
- <http://www.boursenews.ir/fa/news/111744>
۸. مولابیگی، غلامرضا، «چالش‌های رسیدگی ماهوی نسبت به اعتراض از آراء مراجع شبه‌قضایی در دیوان عدالت اداری»، (۱۳۹۶)، قابل دسترس در:
- <http://www.mizanonline.ir/fa/news/347114>

9. «**Autorité de la Concurrence: Son Statut, son Rôle et son Pouvoir de Sanctions**», (2018), Available at: <https://www.jurifiable.com/conseil-juridique/droit-de-la-concurrence/autorite-de-la-concurrence>.
10. Douglas-Scott, Sionaidh & Nicholas Hatzis, **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (UK: Edward Elgar Publishing, 2017).
11. Duns, John et al, **Comparative Competition Law**, (UK: Edward Elgar Publishing, 2015).
12. Watanabe, Eriko & Koki Yanagisawa, «**Competition Litigation, Japan**», (2018), Available at: <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation-laws-and-regulations/japan>.

اختیارات هیأت مدیره به موازات مدیرعامل؛ نقد رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۴۴۷ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

جواد معتمدی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۴۴۷

شماره پرونده: ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۸۹۰۰۹۹۹

تاریخ صدور رأی: ۹۲/۱۱/۱۰

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۴۴۷ مقرر داشته است: «تجدیدنظرخواهی بانک ... از دادنامه شماره ۹۲۰۰۶۱۰ مورخ ۹۲/۶/۱۷ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران می باشد که به موجب آن، دعوی بدوی وکیل تجدیدنظرخواه به خواسته مطالبه مبلغ ۲۶۹/۲۲۴/۷۷۷/۱۸۹ ریال به لحاظ عدم سمت وکیل تجدیدنظرخواه از مدیرعامل وقت بانک، قرار رد دعوی، صادر و اعلام گردید. از توجه به محتویات پرونده و مفاد لوایح طرفین دعوی و با عنایت به استعلام از اداره ثبت شرکتها، آقای م.د. به سمت رئیس هیئت مدیره بانک ... تعیین گردید و حسب ماده ۳۹ اساسنامه بانک مذکور از جمله اختیارات هیئت مدیره، انتخاب وکیل می باشد و

* پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضائیه و دکترای حقوق خصوصی دانشگاه قم



اختیار تعیین وکیل از هیئت‌مدیره سلب نگردیده است و حسب ماده ۱۲۵ قانون تجارت، مدیرعامل، نماینده شرکت محسوب می‌گردد و از طرف شرکت، حق امضاء دارد اما این امر به‌منزله نفی اختیارات هیئت‌مدیره نمی‌باشد، لذا بنا به مراتب فوق، تجدیدنظرخواهی منطبق است با بند «ه» از ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی، لذا با استناد به ماده ۳۵۳ قانون مرقوم با نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، پرونده را جهت اقدام قانونی به دادگاه محترم بدوی اعاده می‌نماید. این رأی قطعی است.

بنابراین از نظر دادگاه مزبور، کلیه اعمالی که به‌موجب اساسنامه از حدود اختیارات هیئت‌مدیره سلب نگردیده توسط ایشان قابل اعمال است. با این حال جای این پرسش باقی است که: آیا با وجود تعیین مدیرعامل، هیئت‌مدیره شرکت حق دخالت در اموری که اختیار انجام آن را به مدیرعامل واگذار کرده، دارد؟ برخی حقوقدانان - برخلاف رأی فوق - به این مسأله پاسخ منفی داده‌اند. گفته شده است مطابق ماده ۱۲۵ لایحه، مدیرعامل شرکت در مقابل اشخاص ثالث، نماینده شرکت محسوب می‌شود و از طرف شرکت حق امضاء دارد. بنابراین، هیئت‌مدیره نمی‌تواند در مقام نماینده باشد، اما می‌تواند به یکی از اعضاء اختیار دهد که همراه مدیرعامل، در مقابل اشخاص ثالث از حق امضاء برخوردار گردد.^۱

۲. نقد و بررسی

به نظر می‌رسد برای پاسخ اصولی به تردید فوق، باید ابتدا رابطه مدیرعامل با هیئت‌مدیره را بازشناسی کرد و نیز مفهوم و اختیارات مدیرعامل در عرف تجاری را در نظر داشت. پس از آن باید اصول حقوق تجارت را در موضوع مورد بحث دریافت.

۱.۲. ماهیت‌شناسی رابطه مدیرعامل و هیئت‌مدیره

بنا به تلقی اکثر حقوقدانان، مدیرعامل، وکیل و نماینده هیئت‌مدیره است. با این وصف، هیئت‌مدیره نیز اختیار دخالت به موازات مدیرعامل را خواهد داشت، اما

۱. ربیعا اسکینی و سیدالهام‌الدین شریفی آل هاشم، «تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس»، *مجله مدرس علوم انسانی*، ش ۱۷ (۱۳۷۹): ص ۱۵۲.

در قانون تجارت از عبارات خاصی در توصیف این رابطه استفاده می‌کند که محل تأمل بیشتری است. ماده ۱۲۴ ق.ا.ق.ت. مقرر می‌دارد: «هیأت‌مدیره باید اقلأ یک نفر شخص حقیقی را به مدیریت‌عاملی شرکت برگزیند و حدود اختیارات و مدت تصدی و حق‌الزحمه او را تعیین کنند...». و در ادامه، طبق ماده ۱۲۵ قانون مزبور، «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیأت‌مدیره به او تفویض شده است نماینده شرکت، محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد». براین اساس، بنا به تصریح ماده فوق (۱۲۵) که مدیرعامل «نماینده شرکت محسوب می‌شود» و برخلاف هیأت‌مدیره که اصل بر اختیار آن برای اداره امور شرکت است، درخصوص مدیرعامل، اصل بر عدم اختیار می‌باشد و اختیارات او محدود به مواردی است که توسط هیأت‌مدیره تعیین شده است.

ماده ۱۲۵ ق.ا.ق.ت. دلالت آشکاری بر نمایندگی مدیرعامل دارد، اما منظور از واژه «تفویض» در قانون فوق روشن نیست. برخی نویسندگان ابراز داشته‌اند مراد از تفویض در این ماده، به قرینه کلمه «نماینده» که در ذیل آن آمده، «توکیل» می‌باشد.^۱ به نظر می‌رسد تفویض در این ماده در معنای حقیقی خود (اعطای اختیار به دیگری با زوال اختیار تفویض‌کننده) استعمال شده است. در فقه امامیه نیز تفویض به معنای مذکور در مواضع مختلف از جمله «تفویض مهر» به کار رفته، اما شناسایی آن به عنوان نهاد مستقل، در قرون اخیر صورت گرفته است.^۲ یکی از فقهای معاصر در تعبیری دقیق از تفویض فرموده است: «معنای تفویض، منتقل نمودن خیار به دیگری است به نحوی که بعد از این انتقال، خیاری برای موکل باقی نمی‌ماند».^۳

۱. محمد عیسائی تفرشی، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری (تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸)، ص ۷۲.

۲. جواد معتمدی، «توکیل در وکالت و تفویض وکالت»، مجله کانون، ش ۷۱ (۱۳۹۰): ص ۳۱. این نهاد حقوقی پرکاربرد در مواضع مختلفی به کار می‌رود و برخی فقهاء آن را شناسایی نموده‌اند اما در حقوق به‌طور مشخص تبیین نشده است. گفتنی است مبحث «تفویض وکالت» در مقاله‌ای جامع تبیین شده که برای اطلاع بیشتر نک: محمدباقر پارساپور و محمد عیسائی تفرشی، «تفویض در حقوق اسلام و ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۰).

۳. «فإنَّ معنی التفویض نقل الخیار مِن نفسهِ إلى الغیر بحیث لا یكون للموکل خیار بعد النقل». جواد تبریزی، ارشاد الطالب (قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۲ هـ.ق.)، ص ۴۹.

سایر نظام‌های حقوقی نیز به رکن بودن مقام اول اجرایی شرکت نظر داشته‌اند. در نظام حقوقی فرانسه رئیس هیأت‌مدیره که نماینده شرکت در برابر اشخاص ثالث است، و مدیر اجرایی یا مدیر عمومی که جانشین و دستیار اوست، تمام اختیارات لازم برای نمایندگی شرکت را دارا هستند. قانونگذار فرانسه هر نوع تحدید اختیارات ایشان در برابر اشخاص ثالث را غیرقابل استناد می‌داند.^۱

در حقوق انگلیس، اداره شرکت برعهده مدیر یا مدیران بوده و به‌طور سنتی، مدیران را به عنوان نماینده و وکیل شرکت می‌شناختند.^۲ در نوشته‌های حقوقی تأکید شده است که مدیران در اجرای اختیارات خویش که به‌موجب اساسنامه به ایشان اعطاء شده، رکن شرکت هستند و اعمال ایشان، اعمال شرکت محسوب می‌شود، اما این مفهوم با مفهوم «رکنیت» در برخی نظام‌های حقوقی مانند آلمان، متفاوت است.^۳ ولیکن ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی باعث شد تا رویه قضایی به تدریج از آثار این رابطه دست بردارد. وکیل شناختن مدیران، مستلزم فساد اعمال خارج از حدود اذن مدیران خواهد شد، لذا مجموع مصلحت‌ها و ضرورت‌ها موجب شد تا در قانون شرکت‌های تجاری (مصوب سال ۲۰۰۶) بدون تصریح به تغییر رویکرد قانونگذار، مدیران به‌مثابه رکنی از ارکان شرکت شناخته شوند.

بنابراین، در حدود اختیارات تفویض شده به مدیرعامل، مدیران نمی‌توانند رأساً اقدام نمایند. نتیجه منطقی تحلیل فوق آن است که در سایر اموری که در حدود موضوع شرکت می‌باشد ولی اختیار اعمال آن به مدیرعامل تفویض نشده، خود هیأت‌مدیره اختیار و صلاحیت اعمال آن را دارد.

۲.۲. اصول حقوقی حاکم بر موضوع بحث

هریک از شاخه‌های حقوق همچون حقوق مدنی یا حقوق تجارت یا آیین دادرسی مدنی بر بستر یک اصل کلی مستقل شکل گرفته است. به عبارت دیگر،

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۵)، ج ۲، ص ۲۰۷.

2. Griffiths, Andrew, An assessment of sections 35-35B and 322A of the Companies Act 1985 and the protection of third parties dealing with companies, **The reform of United kingdom company law**, edited by John de lacy, Cavendish, 2002. P.107.

3. Ibid, p. 100.

یک اصل حقوقی، شکل‌دهنده قواعد فرعی‌تر در یک شاخه از حقوق است. چنین قاعده‌ای را «قاعده - مبنا» نیز می‌توان نام نهاد. به‌طور مثال، اصل بنیادین در حقوق قراردادهای مدنی، اصل حاکمیت اراده است. قاعده‌ای که شکل‌دهنده قواعد دیگری همچون تسلیط، لزوم قراردادی، صحت و رضایی بودن قرارداد می‌شود. قاعده مبنای حقوق تجارت، اصل امنیت اقتصادی است. منفعت اقتصادی موجب شکل گرفتن اسناد تجاری، شرکت‌های تجاری و حتی قواعد ورشکستگی شد. به همین قیاس، اصل امنیت موجب پدیدار شدن قاعده و اصل عمل به ظاهر، اصل تشریفاتی بودن اعمال داخلی شرکت‌ها، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت، وصف تجریدی اسناد تجاری، اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری، حمایت از حقوق اقلیت سهامداران و قاعده شفافیت در حقوق بورس می‌شود.

امنیت اقتصادی تأییدکننده آن است که تنها زبان شرکت برای اعلام اراده شرکت، مدیرعامل باشد. در دنیای تجارت، اداره شرکت با هیأت‌مدیره و ارتباط شرکت با اشخاص ثالث منحصرأ با مدیرعامل است. شاید قانونگذار نیز چنین مقصودی در نظر داشته است، لذا در ماده ۱۰۷ ق.ا.ق.ت. صرفأ «اداره شرکت» را بر عهده هیأت‌مدیره نهاده است و از مدیرعامل به عنوان «نماینده شرکت» نام می‌برد.

۳. نتیجه

در پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۸۹۰۰۹۹۹، دادگاه بدوی، سمت وکیل خواهان را به رسمیت نمی‌شناسد چراکه وی از طرف هیأت‌مدیره، در جایگاه وکیل شرکت قرار گرفته و مدیرعامل نقشی در این توکیل نداشته است. دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که هیأت‌مدیره، صلاحیت عام دارد بی‌آنکه اختیار تعیین وکیل از هیأت‌مدیره، در اساسنامه سلب شده باشد رأی بدوی را نقض نموده، وکالت مزبور را صحیح می‌انگارد.

نگارنده با دیده تردید به رأی تجدیدنظر می‌نگرد. هرچند هیأت‌مدیره از صلاحیت عام برخوردار است اما هنگامی که مدیرعامل تعیین شد به دو دلیل، خود

رأساً نمی‌تواند از طرف شرکت مبادرت به انعقاد اعمال حقوقی نماید: (۱) با تعیین مدیرعامل، اختیارات هیأت‌مدیره - در حدود توافق - به مدیرعامل تفویض می‌شود و تفویض یعنی سلب اختیار از تفویض‌کننده؛ (۲) امنیت تجاری و واقعیت‌های اجتماعی مستلزم آن است که تنها یک شخص زبان شرکت باشد.

فهرست منابع:

۱. اسکینی، ربیعا و سیدالهام‌الدین شریفی آل هاشم، «تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس»، *مجله مدرس علوم انسانی*، ش ۱۷ (۱۳۷۹).
۲. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*، ج ۲ (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۵).
۳. پارساپور، محمدباقر و محمد عیسائی تفرشی، «تفویض در حقوق اسلام و ایران»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۰).
۴. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب* (قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۲ هـ.ق).
۵. عیسائی تفرشی، محمد، *مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری* (تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸).
۶. معتمدی، جواد، «توکیل در وکالت و تفویض وکالت»، *مجله کانون*، ش ۷۱ (۱۳۹۰).
7. Griffiths, Andrew, An assessment of sections 35-35B and 322A of the Companies Act 1985 and the protection of third parties dealing with companies, **The reform of United kingdom company law**, edited by John de Lacy, Cavendish, 2002.

مفهوم «شروع به رسیدگی» در تبصره ۲ ماده ۳۰۴

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

امید شهبازی *

حسن باوی **

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۲۱۱۴۲۰۰۳۶۳

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۴/۰۹/۲۳

مرجع رسیدگی: شعبه چهارم دادیاری دادرسی عمومی و انقلاب ناحیه ۱۲
(امام خمینی) تهران

۱. خلاصه جریان پرونده و رأی

در پی شکایت مطرح شده نزد دادرسی عمومی و انقلاب ناحیه ۱۲ (امام خمینی) تهران، دایر بر ایراد صدمه بدنی غیر عمدی ناشی از بی احتیاطی و عدم رعایت نظامات دولتی در امر رانندگی، پرونده پس از بررسی با صدور کیفرخواست از سوی دادسرا به شعبه ۱۰۱۴ دادگاه عمومی جزایی مجتمع قضایی ولیعصر تهران، ارجاع و شعبه مذکور با این استدلال که سن مرتکب در زمان ارتکاب جرم کمتر از هجده سال تمام شمسی بوده است، مستند به ماده ۳۰۴ قانون آیین

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه علامه طباطبائی و پژوهشگر پژوهشکده استخراج رأی و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه
omid.sh1993@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه علامه طباطبائی



دادرسی کیفری ۱۳۹۲، پرونده را با صدور قرار عدم صلاحیت به شعبه ۱۱۸۴ دادگاه عمومی اطفال مجتمع قضایی شهید فهمیده تهران، ارسال می‌دارد. با ارجاع پرونده به شعبه ۱۱۸۴ دادگاه عمومی اطفال تهران، شعبه مذکور نیز با این استدلال که هرچند مرتکب در زمان ارتکاب جرم زیر هجده سال سن داشته، لکن چون در زمان ارجاع پرونده از دادرسی به دادگاه سن وی از هجده سال تمام تجاوز نموده است، مستند به تبصره دو ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگاه کیفری ۲ تهران صادر و اعلام می‌دارد.

در پی حدوث اختلاف بین دادگاه کیفری دو و دادگاه عمومی اطفال پرونده به دادگاه تجدیدنظر استان به‌عنوان مرجع صالح حل اختلاف ارسال می‌گردد و این مرجع نیز با استدلالی مشابه نظر دادگاه عمومی اطفال تهران بیان می‌دارد: با توجه به شروع به تحقیقات و رسیدگی در دادرسی که منتهی به قرار مجرمیت و کیفرخواست گردیده و پرونده به شعبه ۱۰۱۴ دادگاه عمومی جزایی تهران ارجاع گردیده است و در این فاصله سن مرتکب جرم به بالاتر از ۱۸ رسیده است. فلذا با تعیین صلاحیت به رسیدگی در شعبه ۱۰۱۴ دادگاه کیفری ۲ تهران مبادرت به رفع اختلاف می‌نماید.

نهایتاً شعبه ۱۰۱۴ دادگاه کیفری ۲ تهران مطابق تصمیم دادگاه تجدیدنظر استان مبادرت به رسیدگی نموده و با توجه به ادله موجود در پرونده، بزه‌کاری متهم را محرز دانسته و مستند به مواد ماده ۷۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ و همچنین مواد ۶۸، ۴۴۹، ۵۵۹، ۶۳۵، ۶۴۶، ۷۰۹، ۷۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، نامبرده را به پرداخت جزای نقدی و مبالغی به‌عنوان دیه محکوم می‌نماید.

۲. نقد و بررسی

۱.۲. تحلیل رأی صادره

ازجمله مهم‌ترین موضوعات مورد مطالعه در حقوق کیفری، مسئله صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به جرائم اطفال و نوجوانان است. ملاک صلاحیت دادگاه

اطفال و نوجوانان، سن مرتکب می‌باشد و اصولاً زمانی که صحبت از سن مرتکب به عنوان ملاک و معیار تعیین صلاحیت یک مرجع قضایی می‌شود، سن او در زمان ارتکاب جرم موردنظر است. با توجه به تبصره دو ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) می‌توان اظهار داشت قانون‌گذار استثنائاً سن مرتکب در زمان شروع به رسیدگی را ملاک صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان قرار داده است، بدین صورت که اگر متهم در این تاریخ کمتر از هجده سال تمام سن داشته باشد دادگاه اطفال و نوجوانان، صالح به رسیدگی است و در غیر این صورت رسیدگی به اتهام وی حسب مورد، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری صالح خواهد بود. مطابق این تبصره: «هرگاه در حین رسیدگی، سن متهم از هجده سال تمام تجاوز نماید رسیدگی به اتهام وی مطابق این قانون در دادگاه اطفال و نوجوانان ادامه می‌یابد. چنانچه قبل از شروع به رسیدگی سن متهم از هجده سال تمام تجاوز کند، رسیدگی به اتهام وی حسب مورد، در دادگاه کیفری صالح صورت می‌گیرد. در این صورت متهم از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود، بهره‌مند می‌گردد».

حال باید دید منظور از عبارت «شروع به رسیدگی» در تبصره فوق چه تاریخی است؟ با مذاقه در آراء صادره می‌توان گفت قضات دادگاه بدوی و تجدیدنظر، مفهوم «شروع به رسیدگی» را زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه می‌دانند. به سخن دیگر، بنا به نظر آنان چنانچه فردی در زمان ارتکاب جرم کمتر از هجده سال سن داشته باشد اما در زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه، سن وی از هجده سال تمام تجاوز نماید رسیدگی به اتهام وی در صلاحیت دادگاه‌های کیفری صالح است نه دادگاه اطفال و نوجوانان.

بنابراین، منشأ اصلی صدور رأی مزبور مربوط به این امر است که اساساً شروع به رسیدگی، به چه مرحله‌ای از فرایند دادرسی گفته می‌شود. بدین منظور و جهت بررسی صحت و سقم برداشت قضات در گام نخست به این موضوع می‌پردازیم که: آیا قانون‌گذار در قوانین مختلف عبارت «شروع به رسیدگی» را تعریف یا تبیین نموده است یا خیر؟ در صورت سکوت قانون‌گذار در این خصوص، گام بعدی بررسی

مفهوم دقیق و مطابق با اصول حاکم بر دادرسی (به‌ویژه اصول حاکم بر دادرسی اطفال و نوجوانان) عبارت فوق خواهد بود.

۲.۲. مفهوم «شروع به رسیدگی» در قوانین موضوعه

قانون‌گذار در مواد و قوانین مختلف به کرات از عبارت «شروع به رسیدگی»^۱ و یا عبارات مشابه از قبیل «جلسه رسیدگی»^۲، «مرحله رسیدگی»^۳، «جلسه دادرسی»^۴ و ... استفاده کرده چراکه در هیچ‌یک از قوانین جدید و قدیم تعریف روشن و دقیقی از عبارت مزبور (شروع به رسیدگی) ارائه نگردیده است. بنابراین، درخصوص مفهوم شروع به رسیدگی، نظراتی مطرح گشته که به بیان و بررسی هریک از آنان می‌پردازیم.

۳.۲. نظرات و تفاسیر ارائه شده درخصوص مفهوم «شروع به رسیدگی»

نخستین برداشت و تفسیری که از عبارت مذکور می‌توان ارائه داد این است که مرحله شروع به رسیدگی هم‌زمان با ورود پرونده به دادسرا و شروع به تحقیقات آغاز می‌گردد. درواقع مفهوم شروع به رسیدگی را می‌توان در معنای عام دادرسی که از بدو ورود پرونده به دادسرا آغاز می‌شود تفسیر نمود و مستند تفسیر و برداشت خود را ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی بیان کرد. مطابق این ماده، «شروع رسیدگی در دادگاه، مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد. دادخواست به دفتر دادگاه صالح و در نقاطی که دادگاه دارای شعب متعدد است به دفتر شعبه اول تسلیم می‌گردد». از سویی دیگر با توجه به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه که مقرر می‌دارد «شاکي می‌تواند با توجه به بند ج ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ از دادگاهی که متهم یا مظنون به ارتکاب جرم در حوزه آن

۱. تبصره ۲ ماده ۳۰۴ و مواد ۳۳۵، ۳۵۴، ۳۹۴، ۳۹۶ و ... قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

۲. مواد ۳۴۲، ۳۴۳، ۳۴۸، ۶۳۱ و ... قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

۳. مواد ۱۰۱ و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

۴. مواد ۳۴، ۴۴، ۶۲، ۹۶ و ... قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹

دادگاه مقیم است نیز با تسلیم شکایت شروع به تحقیق و رسیدگی به موضوع شکایت خود را خواستار شود»^۱ می‌توان گفت با تسلیم شکایت، شروع به رسیدگی آغاز می‌گردد.^۲

نتیجه تفسیر فوق این است که به محض طرح دادخواست یا شکواییه، رسیدگی شروع می‌شود و چنانچه فردی زیر هجده سال مرتکب جرم گردد و قبل از شروع به تحقیقات مقدماتی توسط دادسرا و یا دادگاه (در مواردی که پرونده به صورت مستقیم در دادگاه مطرح می‌گردد) سن متهم از هجده سال تجاوز نماید رسیدگی به اتهام وی از صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان خارج گشته، در صلاحیت دادگاه‌های کیفری قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد برداشت مذکور از عبارت «شروع به رسیدگی» به دو دلیل محکوم به رد است:

نخست اینکه با مذاقه در قانون آیین دادرسی کیفری جدید از جمله ماده ۱ که مقرر می‌دارد «آیین دادرسی کیفری، مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجیگری، صلح میان طرفین، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه وضع می‌شود»، و همچنین تقسیم‌بندی قانون‌گذار از مباحث قانون جدید بدین صورت که بخش دوم را به تحقیقات مقدماتی اختصاص داده و در بخش سوم به امر رسیدگی و صدور رأی می‌پردازد، می‌توان بیان نمود: قانون‌گذار، مرحله تحقیقات مقدماتی را از مرحله رسیدگی تفکیک کرده است.

دوم، مواد ۳۸۳ و ۳۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ می‌باشد که قانون‌گذار مرحله تحقیقات مقدماتی را داخل در مرحله رسیدگی نمی‌داند. به عبارت دیگر مقنن در این دو مقرر با الزامی کردن صدور قرار رسیدگی بعد از تکمیل تحقیقات، این مرحله را از مرحله رسیدگی منفک دانسته است.

۱. نظریه شماره ۷/۱۰۷۲ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۵ اداره حقوقی قوه قضاییه

۲. موسی رحیمی و رضا رحیمی‌دهسوری، **گفته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری** (تهران: جاودانه، ۱۳۹۶)، صص ۱۳۷-۱۳۸.

برداشت دوم از عبارت مذکور که توسط قضات دادگاه اطفال و نوجوانان و دادگاه تجدیدنظر استان پذیرفته شده آن است که تحقیقات مقدماتی در دادسرا، صدور قرار جلب به دادرسی و صدور کیفرخواست داخل در مفهوم رسیدگی نیست و شروع به رسیدگی، زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه می‌باشد. براساس این نظر، چنانچه فردی زیر هجده سال مرتکب جرم شود و تحقیقات نسبت به وی در دادسرا صورت گیرد و پس از اتمام، منتهی به صدور قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست گردد لکن در زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه سن متهم از هجده سال تجاوز نماید رسیدگی به اتهام وی در صلاحیت دادگاه‌های کیفری صالح خواهد بود نه دادگاه اطفال و نوجوانان. فلذا طبق این تفسیر، شروع به رسیدگی برابر است با ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه.

تفسیر سوم و یا نهایی از مفهوم مورد بحث این است که شروع به رسیدگی نه تنها شامل تحقیقات مقدماتی و صدور کیفرخواست توسط دادسرا نمی‌شود، بلکه زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه نیز مرحله رسیدگی به حساب نمی‌آید به عبارتی دیگر «منظور از شروع به رسیدگی ... را باید تاریخی دانست که رئیس دادگاه پس از احراز صلاحیت خود دستور تعیین وقت رسیدگی و احضار طرفین را صادر می‌کند. بنابراین می‌توان گفت که از این تاریخ رسیدگی آغاز می‌شود و تعیین وقت، احضار، ابلاغ و بازگشت اوراق همگی جزئی از تشریفات رسیدگی هستند...»^۱

ازجمله دلایلی که برداشت پایانی را مقرون به تقویت و صحت می‌سازد می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

الف. الأصل دلیل حیث لادلیل

با توجه به اینکه ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری در مقام بیان اصل (اصل رسیدگی به جرائم افراد کمتر از هجده سال در دادگاه اطفال و نوجوانان) است و تبصره دو ماده مذکور به عنوان استثنائی بر این اصل وارد شده و نیز با

۱. علی خالقی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵)، ص ۳۴۹.

عنایت به اینکه قانون‌گذار هیچ‌گونه تعریفی از عبارت «شروع به رسیدگی» ارائه ننموده است بنابراین زمانی که شک می‌کنیم مصداقی در شمول استثناء قرار می‌گیرد یا خیر باید به اصل رجوع شود. به عبارت دیگر، زمانی که فردی زیر هجده سال مرتکب جرم می‌شود با عمل به اصل و با توجه به ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) که ملاک تعیین صلاحیت را سن مرتکب در زمان ارتکاب جرم می‌داند، رسیدگی به اتهام این فرد باید در دادگاه اطفال صورت گیرد. حال در زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه سن متهم از هجده سال تجاوز نموده و ما مردد هستیم که: آیا رسیدگی به اتهام این شخص باید در دادگاه اطفال و نوجوانان صورت گیرد یا به دلیل قرار گرفتن در شمول استثناء، باید در دادگاه کیفری صالح رسیدگی شود؟ با توجه به فقد دلیل، باید به اصل رجوع نمود با این بیان که رسیدگی به اتهام این شخص در دادگاه اطفال و نوجوانان انجام می‌یابد.

ب. جلوگیری از اطاله دادرسی

این تفسیر مانع از آن می‌شود که با گذشت سن متهم از هجده سال در فاصله احضار تا وقت رسیدگی، دادگاه به یک‌باره قرار عدم صلاحیت، صادر و پس از مدت‌ها انتظار، طرفین را به دادگاه دیگری هدایت نماید.^۱

ج. اصول حاکم بر دادرسی اطفال و نوجوانان

با توجه به عدم صراحت تبصره دو ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) و نیز با امعان‌نظر به اینکه قانون‌گذار تعریفی از عبارت «شروع به رسیدگی» ارائه نکرده است، به ناگزیر از تفسیر این تبصره گریزی نیست و تفسیر یک قانون باید مطابق با اصول پذیرفته‌شده حاکم بر آن باشد. درخصوص دادرسی اطفال و نوجوانان اصول متعددی حاکمیت دارند ولی در نوشتار حاضر به بیان چند مورد از آن‌ها بسنده می‌شود:

اصل تفسیر کودک‌مدارانه: که یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر دادرسی اطفال و نوجوانان است و مغایر و نقیض آن، اصل «تفسیر به نفع متهم درخصوص

۱. علی خالقی، آیین دادرسی کیفری (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵)، ص ۷۸.

دادرسی بزرگسالان» می‌باشد. اسناد بین‌المللی، تفسیر کودک‌مدارانه یا تفسیر به نفع کودک را بیان و مقرر داشته‌اند: «به‌منظور تعبیر و تفسیر مقررات مربوط به اطفال بزه‌کار باید از موضع‌گیری کودک‌مدارانه پیروی نمود...». مستنبط از مفاد مندرج در اسناد بین‌المللی، تفسیر قوانین باید به‌گونه‌ای انجام گیرد که مطابق با منافع کودک باشد و قبل از هر چیز باید به خود کودک توجه نمود.^۱

اصل رعایت منافع عالیه کودک و تأمین رفاه وی: دومین اصل از اصول مزبور که در کنوانسیون‌ها^۲ و قوانین داخلی^۳ به‌طور مشخص به آن اشاره شده است. براساس این اصل، در کلیه امور و اقدامات دولت‌ها و خانواده‌ها بایستی منافع کودک را مدنظر قرار داد و کلیه تصمیمات اتخاذی از سوی نهادهای دادگاه‌ها و مقامات اجرایی و تقنینی باید ضمن در نظر گرفتن منافع عالیه اطفال، ارزیابی گردد.

اصل رسیدگی نزد مراجع متخصص و ضرورت همکاری میان رشته‌ای: مطابق این اصل سوم، اطفال و نوجوانان باید نزد مراجع متخصص که حداکثر حساسیت را نسبت به مصالح عالیه طفل دارند مورد رسیدگی قرار گیرند. فلذا کلیه اقدامات مربوط به اطفال و نوجوانان باید توسط متخصصین آشنا به امور اطفال و نوجوانان صورت گیرد و از سوی دیگر، ضرورت همکاری مشترک میان نهادهای حرفه‌ای و متخصص گوناگون جهت دستیابی به فهمی جامع از طفل و نوجوان، مستلزم جمع متخصصین مختلف برای شناخت بهتر شخصیت طفل و بالتبع اتخاذ بهترین تصمیم درخصوص آنان با در نظر گرفتن مصالح عالیه آنان است. در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) این اصل در مواد ۴۰۹ و ۴۱۰ به رسمیت شناخته شده است.

با مدنظر قرار دادن اصول فوق‌الذکر چنانچه بخواهیم تبصره دو ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری را تفسیر نماییم باید تفسیری را بپذیریم که منافع عالیه کودک را (دور کردن او از مراجع بزرگسالان که دارای قضاتی مجازات‌گرا هستند و آیین خشک بر آنها حاکم است)، بیشتر فراهم سازد.

۱. فاطمه ابراهیمی‌ورکیانی، حق دادرسی منصفانه کودکان در تعارض با قانون (تهران: جاودانه جنگل،

۱۳۸۹)، ص ۶۱.

۲. بند یک ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ و بند ۵ بخش ۱ کنوانسیون حداقل مقررات مطلوب

سازمان ملل متحد برای اداره تشکیلات قضایی مربوط به نوجوانان (مقررات پکن) ۱۹۸۵

۳. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱

۳. نتیجه

پس از تعمق در مطالب و مباحث جستار حاضر، لبّ و حاصل کلام این است که اصولی از قبیل اصل لزوم رعایت مصالح عالیه اطفال و نوجوانان، اصل تفسیر کودک‌مدارانه و اصل لزوم تأمین رفاه وی، در خصوص مفهوم «شروع به رسیدگی»، پذیرش نظری را در اولویت قرار می‌دهد که حمایت بیشتری از اطفال و نوجوانان داشته باشد. طبیعتاً نظری که بیشتر از دیگر نظرات مانع ورود این دسته از افراد به مراجع رسیدگی بزرگسالان می‌شود و در نتیجه آنان را از چنگ رسیدگی مجازاتگر بزرگسالان رهایی می‌بخشد تفسیر سوم است. به عبارتی راسخ، تفسیری در اولویت پذیرش است که زمان شروع رسیدگی را همان تعیین وقت رسیدگی و احضار طرفین به حساب آورد و تاریخ شروع تحقیقات مقدماتی در دادسرا یا دادگاه و یا زمان ارجاع پرونده از دادسرا به دادگاه را خارج از فرایند رسیدگی بداند.

بنابراین، مفهوم تبصره دو ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) بدین‌صورت خواهد بود: «هرگاه در حین رسیدگی، سن متهم از هجده سال تمام تجاوز نماید رسیدگی به اتهام وی مطابق این قانون در دادگاه اطفال و نوجوانان ادامه می‌یابد. چنانچه در زمان دستور تعیین وقت و احضار طرفین، سن متهم از هجده سال تمام تجاوز کند رسیدگی به اتهام وی حسب مورد در دادگاه کیفری صالح صورت می‌گیرد. در این صورت متهم از کلیه امتیازاتی که در دادگاه اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود، بهره‌مند می‌گردد».

فهرست منابع:

الف. کتب

۱. ابراهیمی ورکیانی، فاطمه، حق دادرسی منصفانه کودکان در تعارض با قانون (تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۹).
۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱ و ۲ (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴).
۳. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵).
۴. رحیمی، موسی و رضا رحیمی‌دهسوری، گفته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری (تهران: جاودانه، ۱۳۹۶).

ب. قوانین

۱. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹
۲. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲
۳. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱
۴. کنوانسیون حداقل مقررات مطلوب سازمان ملل متحد برای اداره تشکیلات قضایی مربوط به نوجوانان (مقررات پکن) مصوب ۱۹۸۵
۵. کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹

تأثیر عنوان خواسته بر رسیدگی و تصمیم دادگاه

ریما امیرا قدم*

مشخصات رأی بدوی

شماره دادنامه بدوی: ۹۳۰۰۷۲۲۰۸۰۰۱۵۲۵

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۹

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۵۹ دادگاه عمومی خانواده تهران

مشخصات رأی تجدیدنظر

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۴۰۰۰۲۳۸

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۴/۰۲/۱۵

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

خواسته: تهیه مسکن مستقل و متناسب در شأن زوجه

۱. وقایع پرونده

در این دعوی، خواسته الزام به تهیه مسکن مستقل و متناسب در شأن زوجه مطرح شده است. دادگاه بدوی به علت عدم ارائه دلیل موجه توسط خواهان، حکم به بی‌حقی وی صادر نموده است. با تجدیدنظرخواهی زوجه، دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که خواسته مذکور، دعوی مستقلی به حساب نمی‌آید و باید تحت عنوان مطالبه نفقه (که مسکن از مصادیق آن است) طرح شود و در دعوی فعلی قابلیت اجرا ندارد، دادنامه بدوی را نتیجتاً تایید کرده است.

* دکترای تخصصی حقوق خصوصی، دانشگاه علوم و تحقیقات، تهران



متن رأی بدوی

درخصوص دادخواست ص. ف. با وکالت س. ک. به طرفیت ع. ن. به خواسته الزام خواننده به تهیه مسکن و مطالبه خسارات دادرسی با توجه به شرح دادخواست و با توجه به اینکه خواهان در جلسه رسیدگی حاضر شده و جهت اثبات ادعای خود، دلیل موجهی به دادگاه ارائه نداده است؛ لذا دادگاه به استناد ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به بی‌حقی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه‌های محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

متن رأی تجدیدنظر

درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ص. ف. با وکالت آقای ف. و خانم ک. به طرفیت آقای ع. ن. از دادنامه شماره ۱۵۲۵ مورخ ۹۳/۱۱/۱۹ شعبه محترم ۲۵۹ دادگاه خانواده تهران که به موجب آن، حکم به بی‌حقی مشارالیها درمورد دعوی مطروحه مشارالیها با وکالت نامبردگان به طرفیت آقای ع. ن. با وکالت آقای م. د.، به خواسته الزام زوج به تهیه مسکن مستقل و متناسب در شأن زوج در پرونده کلاسه ۹۳/۱۲۳۱ تصدیق گردیده، دادگاه اجمالاً اعتراض را وارد نمی‌داند؛ زیرا دعوی مطروحه، دعوی مستقلی نبوده و قابلیت اجراء ندارد و بلکه زوج و یا وکیل وی می‌بایست دادخواست نفقه که مسکن نیز جزء آن می‌باشد تقدیم می‌نمود و چون رأی براساس مقررات و موازین قانونی صادر شده، ایرادی از حیث ماهوی یا شکلی به آن وارد نیست و استدلال محکمه محترم بدوی و نیز مستندات آن صحیح می‌باشد و تجدیدنظرخواه دلیل یا دلایلی که موجبات نقص و یا بی‌اعتباری دادنامه را فراهم نماید ارائه ننموده؛ لذا بنا به مراتب، دادگاه مستنداً به قسمت اخیر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱ ضمن رد اعتراض معترض، دادنامه معترض‌عنه را نتیجتاً تأیید می‌نماید. رأی دادگاه به موجب ماده ۳۶۵ قانون فوق‌الذکر، قطعی است. تجدیدنظرخواه به تقدیم دادخواست مطالبه نفقه که مسکن علی‌حده و مستقل و متناسب در شأن زوج جزء آن می‌باشد هدایت می‌شود.

۲. نقد و بررسی

همان‌طور که بیان شد، در این پرونده، حکم به بی‌حقی خواهان به دلیل طرح دعوی با خواسته الزام به تهیه مسکن مستقل مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر قرار گرفته است، با این استدلال که مسکن از مصادیق نفقه می‌باشد و باید تحت عنوان

مطالبه نفقه مطرح گردد؛ این موضوع از حیث رسیدگی دادگاه، مطابقت آن با دیدگاه تحلیل اقتصادی و نوع تصمیم دادگاه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

دانش حقوق، ابزاری است برای دستیابی به اهداف اجتماعی، لذا این دانش وابسته، به تنهایی کفایت نمی‌کند و وضع و تفسیر قوانین و آراء قضایی و استدلالات حقوقی مستلزم آگاهی از شرایط اجتماعی و انسانی است.^۱ و از آنجا که چنین دانشی، تابع و تالی تحولات علمی است به این دلیل فارغ از چارچوب و شکلی دائمی می‌باشد. درواقع، این نیروهای اجتماعی است که حقوق را می‌سازد.^۲ می‌توان گفت همان‌گونه که حقوق و سیاست، انفکاک‌ناپذیر است، این دانش متعلق و وابسته، تحت تأثیر عوامل دیگری چون اقتصاد نیز می‌باشد.

تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از اعمال روش‌های اقتصادی تحلیل حقوق؛ به سخن دیگر، این روش تفسیر، از مفاهیم اقتصادی به‌منظور توضیح آثار مقررات، ارزیابی قواعد حقوقی کارآمد از نظر اقتصادی و پیش‌بینی اقبال مردم به قواعد حقوقی، استفاده می‌کند.

بررسی قوانین و آراء قضایی از دیدگاه تحلیل اقتصادی امروزه اهمیت بیشتری یافته است. از دیدگاه طرفداران این تحلیل، هدف تمام قواعد و نهادهای حقوقی باید رسیدن به «کارایی»^۳ یا «افزایش ثروت»^۴ و یا «نقطه تعادل»^۵ باشد؛ چنانچه قواعد و نهادهای موجود نتوانند این اهداف را برآورده سازند باید اصلاح گردند یا تغییر داده شوند. به باور آنان قواعد حقوقی و رفتار به‌گونه‌ای ذاتاً به هم وابسته‌اند.^۶ از سوی دیگر، مطالعات اقتصاددانان نشان می‌دهد که وجود یک نظام حقوقی کارآمد می‌تواند برای توسعه و پیشرفت اقتصادی مؤثر باشد.^۷ برای مثال، صدور آراء

1. Oliver Wendell Holmes, The Common Law, Forty fourth printing, Little Brown and Company, Boston, (1951), p.1; Carl F Stychin, Legal Method: Text and Materials, Sweet and Maxwell, London, (1999), Pp. 12 – 14.

2. Georges Ripert, Les Forces creatrices du droit, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, (1955), p. 11.

3. Efficiency

4. Wealth maximization

5. Balance point

6. Christopher Berry Gray, The Philosophy of Law: An Encyclopedia, 2 Volumes, Garland Publishing, INC, (1999), Pp. 246 – 247.

۷. یداله دادگر، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۳ (۱۳۸۵):

همانند در دعاوی مشابه در مرحله تجدیدنظر می‌تواند از موجبات تحقق معیار افزایش ثروت قلمداد گردد؛ چراکه اصحاب دعوی و وکلایشان در صورت پیش‌بینی نتیجه آن، در بسیاری از موارد اقدام به تجدیدنظرخواهی نمی‌کنند که خود منجر به حداقل رساندن هزینه‌هاست. بنابراین، آراء همانند دادرسان می‌تواند موجب رسیدن به نقطه بهینه باشد. در زمینه تفسیر و اجرای قانون، توجه به این معیارها نیز می‌تواند منجر به تکرار آراء همانند دادرسان گردد؛ لذا دارای اثر متقابل هستند. از آنجا که مهم‌ترین عامل شکل‌دهنده رویه قضایی، تفسیر دادگاه‌ها از قانون است و در صورتی که تفسیر ارائه‌شده از قانون، منطبق با واقعیات اقتصادی، اجتماعی و ... نباشد کارآمد نبوده و از طرفی، روند تغییر یا اصلاح قانون به طول می‌انجامد این رویه قضایی است که می‌تواند با ارائه یک تفسیر متناسب و منطبق با واقعیات آن مقطع زمانی، هدف قواعد حقوقی را در راه رسیدن به «کارآیی» برآورده سازد که از معیارهای نیل به نقطه بهینه از دیدگاه تحلیل اقتصادی تلقی می‌گردد.^۱

علت تصمیم دادگاه، عنوان خواسته در این پرونده است و خواسته دعوی، از شرایط دادخواست و آن چیزی است که خواهان از دادگاه تقاضای رسیدگی به آن را دارد. بنابراین، خواسته خواهان، محدوده رسیدگی دادگاه را مشخص می‌کند. خواسته‌ها (مانند دعاوی مالی یا غیرمالی و یا منقول و یا غیرمنقول و ...) انواع گوناگونی دارند. صدور حکم به بی‌حقی خواهان به دلیل طرح دعوی با خواسته الزام به تهیه مسکن مستقل و متناسب با معیارهای دیدگاه تحلیل اقتصادی هم‌خوانی ندارد؛ با توجه به اینکه عناوین خواسته‌های قابل طرح در قانون احصاء نشده، در صورتی که خواسته‌های گوناگونی قابل طرح است، این رویه قضایی است که تصمیم می‌گیرد کدام خواسته قابل رسیدگی بوده و کدام خواسته و به چه دلیلی قابل رسیدگی نیست.

زمانی که قانون نسبت به موضوع و مسئله حقوقی حکمی ندارد، بدیهی است که نمی‌توان به این دلیل مسئله را مسکوت گذاشت و وضع قاعده می‌تواند در

۱. نک: محمدرضا ویژه، «امنیت حقوقی به‌مثابه شرط تحقق امنیت قضایی»، مجله راهبر (بهار ۱۳۹۰):

مرحله اجرای قوانین و به‌وسیله رویه قضایی صورت گیرد و می‌توان با توسل به تفسیر، مسئله را حل و فصل کرد.

مفسر با توجه به رشد سریع روابط اجتماعی و پیدایش مسائل جدید و غیرقابل پیش‌بینی در قلمرو حقوق، باید حقوق را با واقعیت جدید دمساز و منطبق کند یعنی با تغییر حقوق سابق، حقوق نوینی به‌وجود آورد.^۱

مطالبه نفقه زوجه از جمله خواسته‌هایی است که در قالب دعوی حقوقی، قابل طرح و رسیدگی است. درحالی‌که طبق استدلال رأی مورد بررسی، مطالبه مصادیق آن به‌طور مجزا قابل رسیدگی در دادگاه نبوده و دعوی مستقلی محسوب نمی‌شود. این موضوع بی‌آنکه در قانون بدان اشاره‌ای شده باشد موجب صدور حکم به بی‌حقی خواهان، عدم استرداد هزینه دادرسی پرداخت‌شده و بررسی مجدد آن در فرض طرح آن با خواسته مطالبه نفقه گشته است که هیچ‌یک با معیارهای تحلیل اقتصادی هماهنگی ندارد، چون منجر به افزایش هزینه‌ها شده و کارآمد نخواهد بود.

این استدلال که دعوی الزام به تهیه مسکن، به‌طور مستقل قابل رسیدگی نبوده و در فرض رسیدگی، رأی صادره قابلیت اجرا ندارد، صحیح به‌نظر نمی‌رسد. زیرا اینکه به چه دلیلی الزام زوج به تهیه مسکن مستقل که یکی از تعهدات وی و شرط تمکین زوجه است غیرقابل اجراست، مشخص نیست؛ درحالی‌که اهمیت این امر تا جایی است که در فرض عدم تهیه آن توسط زوج و سرگردانی زوجه در مدت قابل توجهی حتی می‌تواند موجب تحقق عسر و حرج و مبنای صدور رأی طلاق باشد.

در نگرش اقتصادی، حقوق، قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی اقتصادی»^۲ مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. قواعد حقوقی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد؛ ۱. قواعد نوشته: که معمولاً از حیث به روز نبودن و قدمت، کمتر کارایی اقتصادی دارند؛ ۲. قواعدی است که توسط قضات^۳ به وجود می‌آیند و معمولاً چون

۱. هانس کلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمه اکرم الوتری، بغداد (۱۹۸۶م)، صص ۱۳۷ - ۱۴۰.

2. Economic Efficiency

3. Judge - made rules

در رابطه با قضیه مطرح و در حال بررسی و جدیدی وضع می‌شوند با واقعیات اقتصادی آن مقطع زمانی سازگارترند.

تمایل به افزایش ثروت و به حداقل رساندن هزینه‌ها چنانکه از معیارهای مورد توجه در مرحله وضع قوانین است، در مرحله اجرای آن نیز مورد عنایت می‌باشد؛ چراکه قضات در حال رسیدگی به دعاوی‌ای هستند که بیانگر واقعیات دوره زمانی آنهاست. امروزه آنچه از «نفقه» به ذهن متبادر می‌شود، معنای خاص آن است که جهت غذا، البسه و گذران زندگی زوجه نقداً به وی توسط زوج پرداخت می‌گردد. الزام به تهیه مسکن مستقل و متناسب با شأن زوجه، مصداق نفقه به معنای عام آن است که مانعی جهت طرح آن به‌عنوان دعوی مستقل نیز در قانون مشاهده نمی‌شود.

شاید به دلیل همین رویکرد است که قرار رد دعوی به دلیل درج نام مستعار خواننده در حقیقت، اشتباه در درج نام خواننده در مرحله تجدیدنظر نقض می‌شود و این موضوع را از موارد اخطار رفع نقص تلقی می‌کنند.^۱ این نوع تصمیم دادگاه مانع از اتلاف هزینه‌ها بوده و گامی در جهت رسیدن به کارایی و افزایش ثروت به‌شمار می‌آید.

نکته دیگری نیز درخصوص این رأی قابل ذکر است و آن اینکه دادگاه بدوی به علت عدم ارائه دلیل موجه، حکم به بی‌حقی صادر کرده و دادگاه تجدیدنظر با اینکه «خواسته با عنوان دعوی مستقل» را غیرقابل رسیدگی می‌داند، اما دادنامه بدوی را تأیید می‌نماید. غیرقابل رسیدگی بودن دعوی، کاملاً منوط به عنوان خواسته است. ازاین‌رو، دادگاه قبل از ورود به ماهیت دعوی، رأی صادر می‌کند و در چنین مواردی پرونده مقتضی صدور قرار است و نه حکم به بی‌حقی خواهان.

پرسشی که در اینجا مطرح می‌گردد آن است که: اگر دعوی مطروحه، قابل رسیدگی نیست تا دادگاه قرار مقتضی صادر کند، چرا حکم به بی‌حقی به علت عدم اثبات ادعا صادر می‌شود؟ در پاسخ باید گفت دادگاه علی‌رغم ایراد شکلی دعوی وارد ماهیت آن و بررسی ادله شده، سپس مبادرت به صدور رأی نموده است.

۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۴۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۲، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

نکته جالب توجه دیگر اینکه در ذیل رأی تجدیدنظر، تجدیدنظرخواه (خواهان بدوی) به طرح دعوی مطالبه نفقه هدایت شده است. اگر این ارشاد به موجب اخطار رفع نقص و یا حتی تغییر عنوان خواسته مطرح شود مانع از اتلاف هزینه نیز خواهد بود. حال که رویه قضایی می‌تواند امروزه نقش مؤثری در ایجاد نظم حقوقی داشته باشد و از اهمیتی بیش از یک منبع تکمیلی و تفسیری برخوردار باشد بهتر است این قواعد و رویه در مقام تفسیر و اجرای قوانین در راستای رسیدن به کارآمدی از دیدگاه تحلیل اقتصادی باشد.

فهرست منابع:

۱. دادگر، یداله، «پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۳ (۱۳۸۵).
۲. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۴۳۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۲، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
۳. کلسن، هانس، النظرية المحضة في القانون، ترجمه اکرم الوتری (بغداد، ۱۹۸۶م).
۴. ویژه، محمدرضا، «امنیت حقوقی به مثابه شرط تحقق امنیت قضایی»، مجله راهبر (بهار ۱۳۹۰).
5. Gray , Christopher Berry, The Philosophy of Law: An Encyclopedia 2 Volumes, Garland Publishing, INC, (1999).
6. Holmes, Oliver Wendell, The Common Law, Forty fourth Printing, Little Brown and Company, Boston, (1951).
7. Ripert, Georges, Les Forces creatrices du droit, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, (1955).
8. Stychin, Carl F, Legal Method: Text and Materials, Sweet and Maxwell, London, (1999).

بالاتوجیه بودن عدم ثبت علامت تجاری به سبب کاربرد قبلی علامت برای کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه

مهدی کارچانی *

مشخصات رأی تجدیدنظر

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۲۰۰

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۴/۰۹/۰۷

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

خواسته: الزام به ثبت علامت تجاری

۱. وقایع پرونده

خواهان به موجب اظهارنامه‌ای، تقاضای ثبت علامت «Absolute» به فارسی و لاتین را در طبقات ۳۵،۳۲،۳۰،۲۹ و ۳۹ از طبقه‌بندی کالا و خدمات می‌نماید اما اداره ثبت علامت تجاری با استناد به بند (ب) ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و مخالفت با موازین شرعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه به واسطه اینکه علامت مذکور از علائم مشهور مشروبات الکلی است و موجب گمراهی مصرف‌کنندگان می‌گردد، درخواست مزبور را رد و کمیسیون ماده ۱۷۰ آیین‌نامه اجرایی قانون یادشده هم نظر اداره را تأیید می‌کند. دادگاه بدوی پس از اعتراض وکلای خواهان به این تصمیم، نظر کمیسیون را در رد اظهارنامه با استناد به بند (ب) ماده ۳۲ موجه تشخیص داده، حکم به بطلان دعوی صادر می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر با تصریح به اینکه علامت مزبور فی نفسه مخالف با



موازین و نظم و اخلاق نیست، ردّ درخواست توسط دادگاه بدوی را به سبب مخالفت علامت با موازین نمی‌داند بلکه شهرت علامت جهت مشروبات الکلی را دلیل رد توسط مرجع بدوی دانسته و رأی تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

متن رأی

تجدیدنظرخواهی ح.ب. و ح.س.ز. به وکالت از شرکت و.ا.ک. به طرفیت ا.ث.ع.ت. نسبت به دادنامه شماره ۹۴۰۳۹۷ - ۱۳۹۴/۵/۱۱ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران متضمن بطلان دعوای نقض و فسخ تصمیم کمیسیون ماده ۱۷۰ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت علائم تجاری و الزام تجدیدنظرخوانده به ثبت اظهارنامه شماره ۱۹۱۰۵۰۷۰۰ وارد نیست. تجدیدنظرخواه تقاضای ثبت علامت (Absolute) به فارسی و لاتین را در طبقات ۲۹ و ۳۰ و ۳۲ و ۳۵ و ۳۹ از طبقه‌بندی کالا و خدمات نموده که به لحاظ ثبت قبلی علامت جهت مشروبات الکلی و مشهور بودن آن در این زمینه و به جهت مخالفت با موازین شرعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه پذیرفته نشده و اعتراض وی نیز در کمیسیون مزبور مردود اعلام شده است. درست است که علامت مزبور فی‌نفسه مخالف با موازین و نظم و اخلاق نیست ولیکن ردّ درخواست بدین سبب نبوده بلکه به آن علت بوده که علامت جهت مشروبات الکلی شهرت یافته و ثبت آن در غیر کالای مزبور در کشور اسلامی ایران با مراتب مابینت دارد. فلذا مستنداً به ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد تجدیدنظرخواهی، تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

۲. نقد و بررسی

الف. مقدمه

به موجب شق ۳ بند (ب) ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس، ثبت علائم تجاری در صورت مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه می‌تواند رد یا ابطال شود. مفاد ماده اخیر در بند (ب) ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری منعکس شده است. به موجب این ماده، علامت در صورتی که مخالف با موازین شرعی یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد قابل ثبت نیست. در اینکه آیا صرفاً مخالفت ظاهر علامت با موازین مزبور مدنظر است یا مخالفت کالاهایی که علامت برای آن‌ها به کار می‌رود نیز شرط است، ماده ۷ کنوانسیون پاریس مقرر

می‌دارد: ماهیت محصولی که علامت تجاری موجب امتیاز و تشخیص آن می‌گردد نمی‌تواند مانع ثبت آن شود؛ با استناد به قاعده‌ی اخیر و با توجه به استثناء بودن علائم غیرقابل ثبت، به نظر می‌رسد همین که علامت «فی‌نفسه» و «به حکم ظاهر» مخالفتی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه نداشته باشد، ممنوعیتی برای ثبت علامت از این جهت وجود ندارد و علامت از کالاهایی که برای آن‌ها به کار می‌رود وجودی مستقل دارد.

ب. تحلیل رأی دادگاه بدوی

به نظر می‌رسد دادگاه بدوی در تعیین مبنای عدم ثبت علامت دچار نوعی دوگانگی شده و مشخص نیست مبنای رد درخواست ثبت، به چه جهت می‌باشد. اگر نظر دادگاه بر عدم ثبت علامت به دلیل مخالفت با موازین شرعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، این تصمیم قابل انتقاد است زیرا با توجه به آنچه در مقدمه بیان شد منظور از مخالفت با موازین، صرفاً ظاهر علامت است و همین که علامت «فی‌نفسه» با موازین مذکور مخالف نباشد قابل ثبت خواهد بود. در پرونده حاضر، علامت مورد درخواست نه به جهت ظاهر و نه از لحاظ معنا مخالفتی با موازین ندارد و صرف کاربرد علامت در خارج از کشور برای مشروبات الکلی موجب مخالفت علامت با موازین نخواهد بود کما اینکه این علامت فی‌حد ذاته مبتنی ذات و ماهیت کالاهای تولیدشده در خارج از کشور نیست. و نیز اگر مقصود دادگاه عدم ثبت، به دلیل مشهور بودن علامت قبلی یا عدم ثبت به هر دو دلیل (مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و مشهور بودن علامت) باشد رأی دادگاه، قابل انتقاد است زیرا طبق بند (و) ماده ۳۲ قانون مذکور، علامت‌های مشهور تنها زمانی در برابر ثبت عین یا مشابه درمورد کالاهای «غیرمشابه» حمایت می‌شوند که در ایران ثبت شده و ثبت علامت مؤخر، موجب ورود لطمه به منافع مالک علامت مشهور شود حال آنکه در پرونده حاضر کالاهایی که درخواست ثبت علامت برای آن‌ها انجام شده، متفاوت از کالایی هستند که علامت مشهور برای آن به کار رفته و دادگاه اقدامی در جهت احراز ثبت این علامت در ایران و ورود لطمه به منافع مالک

علامت مشهور مبذول نداشته است. همچنین، دادگاه در رأی خود هیچ‌گونه استنادی به مواد قانونی مربوط به علائم مشهور نکرده و مبنای ردّ ثبت علامت را تنها بند (ب) ماده ۳۲ قانون قرار داده است. افزون بر مستند بودن رأی دادگاه، مواد قانونی مورد استناد در رأی باید با اسباب موجهه رأی تناسب داشته باشند.

ج. تحلیل رأی دادگاه تجدیدنظر

اقدام دادگاه تجدیدنظر در تأیید رأی مرجع بدوی از دو جهت قابل انتقاد است: **نخست**، مرجع تجدیدنظر تصدیق می‌کند که علامت مورد درخواست، فی‌نفسه مخالفتی با موازین ندارد ولی ردّ درخواست توسط دادگاه بدوی را بدین سبب نمی‌داند. این درحالی است که دادگاه بدوی با تأیید نظر کمیسیون مربوطه و استناد به بند (ب) ماده ۳۲ قانون، صراحتاً علامت را مخالف با موازین می‌داند. بنابراین، تأیید آن قسمت از رأی بدوی که به مخالفت علامت با موازین اشاره دارد فاقد توجیه است.

دوم، به‌جهت عدم استناد دادگاه به قوانین، مفهوم عبارت «ردّ درخواست...به آن علت بوده که علامت جهت مشروبات الکلی شهرت یافته و ثبت آن در غیرکالای مزبور در کشور اسلامی ایران با مراتب مابینت دارد»، دوپهلو بوده و روشن نیست. این عبارت می‌تواند بدین معنا باشد که اگرچه ظاهر علامت، مخالفتی با موازین ندارد اما کاربرد علامت برای مشروبات الکلی باعث شده این علامت مخالف با موازین تلقی شود و در کشور اسلامی ایران قابل ثبت نباشد. اگر این معنا از عبارت مدنظر باشد باید گفت به‌موجب اصل «استقلال علائم تجاری»، کاربرد علامت بر روی کالاهای مخالف با موازین، باعث مخالفت علامت با موازین نمی‌شود زیرا علامت، دارای وجودی مستقل از کالاهای مربوطه است و رأی دادگاه تجدیدنظر در این قسمت مخدوش می‌باشد، لکن اگر منظور از عبارت فوق، اشاره به عدم قابلیت ثبت علامت به جهت مشهور بودن علامت باشد ایراداتی که درمورد تصمیم دادگاه بدوی ذکر شد در اینجا نیز وارد هستند و رأی دادگاه تجدیدنظر به جهت فقدان مستندات مربوط به علامت مشهور و عدم احراز شرایط بند (و) ماده ۳۲ قانون، مخدوش است.

۳. نتیجه

از مطالب مذکور دو نتیجه حاصل می‌شود: نخست اینکه کاربرد پیشینی علامت تجاری برای کالاها یا خدماتی که خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه هستند نمی‌تواند به عنوان مبنایی برای عدم ثبت علامت تلقی شود و در ارزیابی علامت از جهت موازین اخلاقی، همین که علامت «فی‌نفسه» و «به حکم ظاهر» مخالفی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه نداشته باشد، کافی است؛ دوم آنکه، علامت مشهور در صورتی در برابر ثبت برای کالاها یا خدمات «غیرمشابه» حمایت می‌شود که در ایران ثبت شده باشد و ثبت علامت مؤخر موجب ورود لطمه به منافع مالک علامت مشهور شود.

یادداشتی بر رأی دیوان عالی فدرال آلمان در پرونده «رالتگراویر»^۱ قانون ثبت اختراع، مواد ۲۴ و بند یک ماده ۸۵^۲

ناز آفرین ناظمی *

مقدمه مترجم

در پرونده حاضر،^۳ دو شرکت دارویی «مرک»^۴ و «شیونوگی»^۵ در زمینه تولید یک محصول دارویی خاص با نام «آیسنترس»^۶ با عنصر فعال «رالتگراویر»^۷ با یکدیگر رقابت داشتند. شرکت شیونوگی در سال ۲۰۰۷ مجوز ثبت اختراع اروپایی را به دست آورد و در همان سال، شروع به تولید دارو کرد. شرکت مرک نیز تولید و فروش این دارو را در آلمان آغاز نمود. مذاکرات برای رسیدن به توافق در ارتباط با اختراع بین طرفین، ناموفق بود و نهایتاً شرکت شیونوگی درخواست نقض حق اختراع، به دادگاه «دوسلدورف» شکایت کرد. شرکت مرک نیز شکایتی مبنی بر کسب «مجوز اجباری»^۸ نزد دادگاه ثبت اختراع فدرال مطرح کرد که منجر به رأی

1. Comment on the German Federal Supreme Court Decision “Raltegravir”

۲. این مقاله ترجمه و تحقیقی است از پیترا راسلوینسکی با آدرس زیر:

Research Fellow at the Max Planck Institute for Innovation and Competition, Attorney-at-Law, Munich, Germany

* دکترای حقوق بین الملل و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی شیراز، گروه حقوق، شیراز، ایران.

dr.n.nazemi@gmail.com

3. Merck Sharp and Dohme Limited v Shionogi & Co. Limited

4. Merck

5. Shionogi

6. Isentress

7. Raltegravir

۸. مجوز اجباری، اجازه‌ای است که توسط یک سازمان صالح ملی (دولت یا اداره ثبت اختراع)، صادر و به هر شخصی اعطاء می‌گردد تا از یک اختراع ثبت شده بدون اجازه دارنده آن استفاده کند. این نوع مجوز استثنائی بر قوانین مربوط به حق اختراع است. (مترجم)



دیوان فدرال آلمان به اعطاء مجوز اجباری به شرکت مرک شد. اگرچه گواهی ثبت اختراع توسط دفتر اروپایی ثبت اختراع به علت کم و کاستی‌های موجود در اختراع، لغو شد. ولیکن پرونده مزبور از این لحاظ که برای نخستین بار مجوز اجباری با هدف حفظ منافع عموم براساس مواد ۲۴ و ۸۵ قانون ثبت اختراع آلمان اعطاء شده است، حائز اهمیت می‌باشد.

۱. مقدمه

اندیشه رایج آلمان در چند دهه این بود که تحصیل «مجوز اجباری اختراع»^۱ براساس ماده ۲۴ «قانون ثبت اختراع آلمان»^۲، زین پس قانون ثبت اختراع ذکر می‌شود، در بدترین وضعیت، تنها یک امکان تئوری برای صاحب مجوز محسوب می‌شد و در بهترین حالت، عاملی بود که صرفاً در مذاکرات مربوط به مجوز به عنوان جایگزینی برای موافقتنامه مذاکره نقش داشت. اخیراً تنها یک رأی از دادگاه ثبت اختراع فدرال، دادگاهی که مسئول اقدامات مربوط به مجوزهای اجباری است، صادر شده بود.^۳ با این حال، حتی در این پرونده استثنائی نیز دیوان عالی فدرال نهایتاً گواهی اعطائی را در استیناف ابطال کرد^۴ و نتیجه نهایی اینکه هرگز چنین مجوزی براساس ماده ۲۴ قانون ثبت اختراع اعطاء نشده است. اکنون این امر برای نخستین بار با رأی دیوان عالی فدرال آلمان تغییر نموده است. رأی از تصمیم دادگاه ثبت اختراع فدرال در ۲۰۱۶^۵ پیروی کرد و به خواهان‌ها اجازه داد که به تولید و توزیع (فروش) ماده فعال رالتگراویر به شکل محصول دارویی «ایسنترس» ادامه دهند.

۲. ملاحظات مقدماتی

در این باره باید یک محدودیت در نظر گرفت. دادگاه ثبت اختراع فدرال و دیوان عالی فدرال در مورد مجوز اجباری در جریان رسیدگی اصلی حکمی صادر

1. Compulsory patent license

2. German Patent Act

3. Federal Patent Court, decision of 7 June 1991, 4 Li 1/90 (EU) = BPatGE 32, 184.

4. Federal Supreme Court, decision of 5 December 1995, X ZR 26/92 = GRUR 1996, 190, 192 –Polyferon

5. Federal Patent Court, decision of 31 August 2016, LiQ 1/16 (EP).

نمودند. این مسئله اختصاصاً بدین معناست که آنها هنوز هزینه مجوز را مشخص نکرده‌اند. در عوض، در رسیدگی‌های مقدماتی آرائی داده شد که موجب ممانعت از اجرای قرار «منع»^۱ صادره توسط «دادگاه بخش دوسلدورف»^۲ در دادرسی تخلف از ثبت اختراع شد. این موقعیتی است که برای آلمان، جایی که به واسطه دو شاخه شدن، رسیدگی درمورد «اعتبار»^۳ یا «مجوز اجباری»^۴ از دادرسی تخلف جدا می‌شود، کاملاً منحصر به فرد است. بنابراین در بسیاری موارد اتفاق می‌افتد که دادگاه‌های بخش که مسئول رسیدگی به مسائل تخلف هستند سریع‌تر عمل می‌کنند و پیش از آنکه مسئله اعتبار یا مجوز اجباری بتواند توسط دادگاه ثبت اختراع فدرال حل شود، رأی صادر می‌نمایند. برای پیشگیری از چنین موقعیتی، حداقل در دادرسی مجوز اجباری، این امکان برای دارنده جواز فراهم است که نسبت به مجوز استفاده موقت برای اختراع ثبت‌شده اقدام نماید تا از نتایج زیان‌آور قرار منع مقدماتی یا دائمی جلوگیری کند (بند ۱ ماده ۸۵ قانون ثبت اختراع).

۳. حقایق پرونده

پرونده، مربوط به یک محصول دارویی خاص با نام «آیسنترس» با عنصر فعال «رالتگراویر» است که می‌تواند برای درمان بیماران مبتلا به نقص ایمنی انسانی (اچ.آی.وی) استفاده شود. صاحب اختراع، «حق ثبت اروپایی» با کد EP ۱۴۲۲۲۱۸^۵ را دارد که آلمان را نیز دربرمی‌گیرد.^۶ طرفین پرونده تلاش کردند که درمورد توافق‌نامه مجوز در ارتباط با پوشش جهانی برای کد EP ۱۴۲۲۲۱۸ و همچنین امتیاز ثبت اختراع ژاپن (JP۵۲۰۷۳۹۲) و امتیازات دیگر مربوط به همان «مجموعه ثبت اختراع»^۷ مذاکره کنند که با عدم توافق طرفین، صاحب اختراع،

1. Injunction

2. Dusseldorf District Court

3. Validity

4. Compulsory License

5. European Patent

۶. گواهینامه‌های دفتر اروپایی در ۳۸ کشور عضو کنوانسیون ازجمله آلمان قابلیت اجرایی دارد. (مترجم)

7. Patent Family

متقاضیان مجوز را در دادگاه بخش دوسلدورف تحت تعقیب قرار داد. متقاضیان مجوز با اقدام برای تحصیل مجوز اجباری واکنش نشان دادند. با این اقدام خود حداقل خواسته شان کسب مجوزی بود که محدود به شکل خاصی از محصول دارویی نبود و نهایتاً درخواست به فروش محصولی محدود شد که پیش‌تر برای درمان بیماران مبتلا به اچ.آی.وی یا ایدز فروخته شده بود.

۴. چارچوب قانونی

مبنای مجوز اجباری در قانون ثبت اختراع آلمان را می‌توان در ماده ۲۴ قانون ثبت اختراع یافت. طبق ماده ۲۴ (۱) قانون ثبت اختراع، «مجوز غیرانحصاری»^۱ برای استفاده تجاری از اختراع باید توسط دادگاه ثبت اختراع فدرال در یک پرونده انفرادی طبق دو قاعده و شرط ذیل (مجوز اجباری) اعطاء شود:

۱.۴. تلاش متقاضی مجوز به‌منظور تحصیل مجوز طبق شرایط معقول:

بدان معنا که متقاضی مجوز طی یک دوره زمانی معقول تلاش ناموفقی برای کسب اجازه از صاحب حق اختراع برای استفاده از اختراع در مقابل شرایط تجاری معقول نموده باشد.

۲.۴. لازم و ضروری دانستن منافع عمومی اعطاء مجوز اجباری:

بنابراین اساساً قانون در وهله نخست، تلاش صاحب امتیاز برای مذاکره درمورد توافق مجوز با صاحب اختراع و در مرحله دوم، وجود شرایط خاص برای دادگاه در قالب منافع عمومی به‌منظور اعطاء چنین مجوز اجباری را لازم می‌داند؛ درحالی‌که شرط اول اغلب به علت تلاش بیشتر طرفین برای مذاکره درباره توافق‌نامه، حاصل می‌شود کمااینکه تحقق شرط دوم (منفعت عمومی)

← وقتی اختراع در چند کشور ثبت شده باشد به آن مجموعه ثبت اختراع «Patent Family» اطلاق می‌شود. و این اصطلاح مؤید سرزمین‌هایی است که اختراع در آنجا ثبت شده است. (مترجم)

1. Non-exclusive Authorization

در این نوع مجوز، مجوز دهنده این حق را خواهد داشت که حق مالکیت فکری خود را علاوه بر مجوز‌گیرنده به دیگر متقاضیان نیز اعطاء کند. بنابراین هم خود او قادر است از حق مالکیت فکری خود بهره‌برد و هم می‌تواند اجازه بهره‌برداری از این حق را به دیگران اعطاء نماید. (مترجم)

دشوارتر است. طبق رأی صادره از سوی دادگاه، هر فرد باید در ذهن داشته باشد که صاحب اختراع با داشتن شرایط، حق انحصاری را به دست آورده، لذا او تنها کسی است که می‌تواند در چگونگی استفاده از این حق تصمیم‌گیری نماید. براساس پرونده قبلی دیوان عالی فدرال، این حقوق و منافع صاحب ثبت اختراع صرفاً می‌تواند در شرایط خاص، زمانی که منافع عمومی استفاده از تکنولوژی اختراع شده توسط صاحب اختراع را لازم بداند، کنار گذاشته شود.^۱

۵. رأی دادگاه

رأی دادگاه در این پرونده مربوط به مسائلی بود که مستقیماً از لازمه‌های ماده ۲۴ قانون ثبت اختراع و همچنین مسائلی که اختصاصاً از ماهیت مقدماتی و سریع رسیدگی در این پرونده خاص منتج می‌شود.

۱.۵. مذاکرات مجوز

اگرچه محقق کردن شرط اول (تلاش متقاضی مجوز برای تحصیل مجوز بر اساس شرایط معقول) سهل‌الوصول به نظر می‌رسد ولی دشواری کار در جزئیات آن می‌باشد. کاملاً واضح است که هر پیشنهادی کفایت نمی‌کند زیرا قانون باید پیشنهادهایی را که به‌وضوح جدی نیستند یا صرفاً برای رسیدن به مرحله اقدام برای مجوز اجباری استفاده می‌شوند مستثنی کند. حال پرسش اینجاست که: چه نوع پیشنهادی کافی خواهد بود؟ در پرونده حاضر، چنانکه چنین مذاکراتی اغلب رایج است، نظر دو طرف بسیار با هم فاصله داشت. خصوصاً اینکه متقاضی مجوز صرفاً پیشنهاد «پرداخت یک‌جا»^۲ را داده بود. با این حال دیوان عالی فدرال به این نتیجه رسید که پیشنهاد برای منظور ماده ۲۴ قانون ثبت اختراع کافی بوده است و دلیل اصلی، عدم اطمینان در مورد اعتبار اختراع بود. بنا به تأکید دادگاه، توافق‌نامه اختیاری باید به صاحب اختراع این اطمینان را بدهد که دارنده مجوز هیچ دعوایی را برای بی‌اعتباری اختراع شروع نمی‌کند و یا ادامه نمی‌دهد. این اطمینان موجب کاهش نرخ مجوز خواهد

1. German Federal Supreme Court, 6RUR 1996, 190, 192 - Polyferon (X ZR 26/92, 5 December 1995).

2. Lump - Sum Payment

شد. در پرونده‌هایی که فارغ از چنین اطمینانی است، که البته پرونده‌های مجوزهای اجباری نیز مشمول چنین ویژگی‌ای هستند، نرخ بالاتر خواهد بود. با این حال در پرونده حاضر، «اداره ثبت اختراع اروپا»^۱ قبلاً اختراع را محدود نموده بود و دادگاه عالی دادگستری «انگلیس» و «ولز» آن را براساس «فقدان امکان ثبت اختراع و افشای ناکافی»^۲ نامعتبر اعلام کرده بود. از آنجا که مورد شک بودن اعتبار اختراع معمولاً منجر به نرخ مجوز پایین‌تری می‌شود دیوان عالی فدرال به این نتیجه رسید که پیشنهادهاى ارائه‌شده توسط متقاضی مجوز کافی بوده‌اند.

۲.۵. همان‌گونه که دادگاه یادآور شد، شرط منفعت عمومی نمی‌تواند در شرایط کلی تعریف شود، بلکه تعادل میان تمام منافع مرتبط در یک پرونده خاص لازم است. دیوان عالی فدرال با ارجاع به پرونده حقوقی سابق خود تأکید کرد که در صورتی که هیچ راه درمان دیگری وجود ندارد یا در صورتی که راه‌های دیگر منجر به عوارض جانبی می‌شود، منفعت عمومی وجود دارد. اما اگر راه‌های درمان دیگری (بدون عوارض جانبی) در دسترس هستند منفعت عمومی محقق نمی‌شود.

نظر به اینکه حقایق پیش روی دادگاه نشان داده بودند به‌هیچ‌وجه جایگزین مناسبی برای رالتگروایر، حداقل برای گروهی از بیماران وجود ندارد تعادل منافع، منتج به غلبه منفعت عمومی برای اعطاء مجوز اجباری می‌شود.

۳.۵. اجرایی بودن اختراع

مسئله‌ای که در ابتدا مورد غفلت دیوان عالی فدرال واقع شد قابلیت اجرایی اختراع بود. از آنجا که دادگاه بخش دوسلدورف تصمیم گرفت دادرسی را تا زمان «دادرسی اعتراض»^۳ در دفتر ثبت اختراع اروپایی^۴ و دادرسی اصلی درمورد مجوز اجباری معلق کند، صاحب جواز استدلال کرد موقعیتی برای اجرایی کردن اختراع

1. European Patent Office (EPO)

2. Lack of patentability and insufficient disclosure

۳. «Opposition Proceedings» یا «دادرسی اعتراض»، یک پروسه اداری تحت قانون ثبت اختراع برخی کشورهاست که به شخص ثالث اجازه می‌دهد رسماً اعتبار اختراع ثبت‌شده یا در حال ثبت را به چالش بکشد. (مترجم)

۴. EPO- این دفتر که براساس کنوانسیون اروپایی ثبت اختراع در سال ۱۹۷۷ تأسیس شد و مسئول بررسی اظهارنامه ثبت اختراع و صدور گواهینامه براساس مواد کنوانسیون است. گواهینامه‌های دفتر اروپایی در ۳۸ کشور عضو کنوانسیون که ۲۸ عضو آن از اعضای اتحادیه اروپا هستند قابلیت اجرایی دارد. (مترجم)

فراهم نبوده لذا منفعت کافی در حق اعطائی اولیه برای استفاده از اختراع وجود نداشته است. این امری مجزا و منوط به مجوز اجباری نهایی است. دیوان عالی فدرال ضمن رد این استدلال، ابراز کرد تولید مستمر و فروش رالتگراویر بدون حق اولیه برای استفاده، یک عمل متخلفانه با تمام پیامدهای ممکن خواهد بود، حتی اگر این پیامدها به واسطه دادرسی تعلیقی به تأخیر افتاده باشد.

۴.۵. ضرورت

با توجه به اینکه دادرسی‌ها به حق اولیه استفاده در انتظار اعطاء مجوز اجباری مربوط می‌شد دادگاه باید تصمیم می‌گرفت که: آیا ضرورت کافی در پرونده حاضر وجود دارد که اجازه اعطاء چنین حقی را برای استفاده در مرحله مقدماتی بدهد؟ دیوان عالی فدرال با بیان اینکه ملزومات رأی مقدماتی محقق شده‌اند با مجوز مقدماتی موافقت کرد. این امر، چنان حائز اهمیت خاصی است که دادگاه‌ها بر این عقیده‌اند با اینکه وضعیت متقاضی مجوز و تأخیرات احتمالی در انجام درخواست او باید در نظر گرفته شود، قواعد معمول درمورد ضرورت در دادرسی مدنی، خصوصاً در پرونده‌های ثبت اختراع و رقابت نابرابر، قاعده «تطبیق وضع»^۱ را اعمال نکنند. قواعد عمومی دادرسی مدنی (مواد ۹۳۵ و ۹۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان) تنها زمانی اجازه رأی مقدماتی را می‌دهد که در صورت عدم صدور آن طرف متقاضی حق خود را از دست بدهد. از طرف دیگر در رسیدگی مقدماتی درمورد حق استفاده از اختراع مبتنی بر ماده ۸۵ قانون ثبت اختراع، عنصر تعیین‌کننده، غلبه منفعت عمومی است. بنابراین، وقتی دادگاه موقعیت متقاضی مجوز را نادیده بگیرد باید در درجه اول در نظر داشته باشد که این اعطاء حق استفاده، برای منفعت متقاضی مجوز نیست، بلکه برای منفعت عمومی است.

۵.۵. دیدگاه

اینک پرسش‌هایی که به ذهن متبادر می‌گردد آن است که:

1. Mutatis Mutandis

عبارتی لاتین است که به معنای تطبیق وضع یا انجام دادن تغییرات لازم به کار می‌رود.

نتیجه حاصل از رأی مزبور چیست؟ آیا استدلال دادگاه می‌تواند به پرونده‌های «سپ» یا «فراند»^۱ که مکرر مورد مجادله قرار گرفته‌اند اعمال شود؟ کاملاً واضح است که هر دو سناریو غیرقابل مقایسه‌اند زیرا در سناریوی نخست، صاحب مجوز در مجموعه «ضرورت استاندارد ثبت اختراعات»^۲ (فراند)، در حقیقت، حق قبلی در مورد مجوز براساس تعهد یا رفتار ضد رقابتی صاحب اختراع، دارد، اما در دومین سناریو، صاحب مجوز در مجموعه ماده ۲۴ حقی نسبت به مجوز ندارد بلکه تنها می‌تواند در صورت محقق کردن لازمه‌های قانونی چنین حقی را تحصیل کند. بنابراین، ملزومات متفاوت درباره وضع مذاکره و الزامات بعدی باید در نظر گرفته شود. به علاوه، ماده ۲۴ نوع خاصی از استثناء بر حق مالک اختراع است که مبتنی بر تصمیم شخصی مالک اختراع نیست بلکه اساس آن، منفعت عمومی است. از طرف دیگر در پرونده‌های سپ، مالک اختراع با انتظار کسب منافع بیشتر به علت استفاده وسیع از تکنولوژی اختراعی و استاندارد، تکنولوژی اختراع شده خود را به استاندارد ارائه می‌کند. فلذا او تا حدودی حقوق خود را محدود می‌نماید و نشان می‌دهد که نمی‌خواهد موقعیت انحصاری مطلق را حفظ کند.

با این حال یک مؤلفه بین‌المللی نیز در رأی وجود دارد. در سال‌های اخیر این امر که در کشورهای کمتر توسعه‌یافته، برای دسترسی به داروها و خصوصاً داروهای عمومی برای شهروندانشان از مجوزهای اجباری استفاده کرده‌اند مورد انتقاد واقع شده است. این مسئله ریشه در موافقتنامه «تریپس»^۳ دارد و در تحقیقات حقوقی مالکیت معنوی، عقایدی در ارتباط با اینکه مجوزهای اجباری برای کشورهای در حال توسعه اهمیت دارند، ابراز شده‌اند؛ درحالی‌که این عمل در

1. SEP/FRAND

«سپ»، مربوط به ثبت اختراعی است که ضرورتاً باید با استانداردهای تکنیکی منطبق باشد و مجوز آنها باید منطبق با شرایط FRAND به معنای منصفانه، معقول و بدون تبعیض باشد. (مترجم)

2. Standard Essential Patents

منظور اختراعاتی است که باید منطبق با استانداردهای خاص تکنیکی باشد.

3. TRIPS

«تریپس» یا موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری در ماده ۳۱ تحت عنوان «استفاده بدون کسب اجازه از دارنده حق» تحت شرایطی اعطاء مجوز اجباری را مجاز می‌دارد. (مترجم)

هند توسط بسیاری از کشورهای غربی مورد انتقاد قرار گرفته است، پرونده حاضر نشان می‌دهد دادگاه‌ها حتی در کشورهای توسعه‌یافته پذیرفته‌اند موقعیت‌هایی وجود دارد که منفعت عمومی نه تنها اعطاء مجوز اجباری را مجاز می‌شمرد بلکه برای دسترسی به داروها و نجات جان انسان‌ها ضروری می‌داند.

جالب خواهد بود که بدانیم پرونده چگونه در دادرسی اصلی پیش رفته است و خصوصاً اینکه دادگاه چگونه هزینه‌های اخذ مجوز اجباری را تعیین خواهد کرد. بنا به درک و دریافت نگارنده در این یادداشت، دفتر اختراع اروپا، اختراع را غیرمعتبر اعلام کرده و هرگونه ادعایی درمورد مجوز را به‌طور مؤثری پایان بخشیده است. در هر صورت، این رأی، نقطه عطفی در تاریخ قانون ثبت اختراع آلمان می‌باشد و همچنین می‌تواند تغییری در دیدگاه‌ها ایجاد کند به این معنا که گاهی ممکن است عموم از محدود کردن حقوق دارنده اختراع به جای اجرای حقوق آنها بدون محدودیت، بیشتر بهره‌مند شوند.

گزارش رویه شعب دیوان عدالت اداری (شش ماه نخست ۹۳) - قسمت اول

پژوهشگاه قوه قضاییه *

متن حاضر شامل موارد تکرار، تهافت یا وضعیت‌های ویژه و دارای شقوق متنوع در رویه شش ماه نخست سال ۹۳ می‌باشد. در اینجا وضعیت‌های ویژه در ضمن موارد تهافت یا تکرار بسته به هر مورد آورده شده است. همین‌طور فراتر از صرف رویه شش ماه نخست ۹۳ در هر مورد که در آراء صادره از مهر ماه ۹۱ تا پایان سال ۹۲، آراء ایجادکننده رویه یا تهافتی قابل توجه در آن موضوع موجود بوده، آورده شده است.

قابل ذکر آن‌که به‌جهت دریافت آراء استفاده‌شده در استخراج رویه شش ماه نخست ۹۳، از سامانه آراء و رویه‌های قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، ارجاعات آراء از طریق درج لینک مربوطه صورت گرفته است. به‌علاوه، از آن‌جا که عمده آراء موجود در سامانه، دادنامه‌های تجدیدنظر یا تشخیصی می‌باشند و مستندات موجود در سامانه (شماره رأی و تاریخ‌ها) ناظر بر این آراء می‌باشد، علی‌رغم در دسترس بودن متن آراء بدوی، امکان ارجاع آراء بدوی موجود نبوده است. بر این اساس رویه‌ها بر مبنای شماره و تاریخ دادنامه‌های تجدیدنظر یا تشخیصی، ارجاع داده شده‌اند. بخشی از دادنامه‌های بدوی ذکرشده، در شعب تجدیدنظر یا تشخیص نقض شده‌اند، بر این اساس از ملاک قرار دادن دادنامه‌های نقض‌شده در استخراج تهافت یا رویه خودداری شده است. با این حال در موارد بسیاری که از استدلال قابل توجهی

* تهیه شده توسط خانم مارال بردبار، دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی



برخوردار بوده یا اطلاع از آن‌ها مفید بوده است و منجر به درک بهتر مورد می‌شده است، ذکر شده‌اند. در مواردی نیز دادنامه تجدیدنظر یا تشخیصی فاقد هر نوع استدلال بوده و صرفاً دادنامه بدوی را نقض یا تأیید نموده است؛ در این موارد استدلال شعبه بدوی با ذکر شماره شعبه صادرکننده دادنامه بدوی، آورده شده است. به دلیل حجم زیاد مجموعه رویه‌های استخراجی شش ماه نخست سال ۱۳۹۳، این رویه‌ها در سه نوبت در شماره‌های همین فصلنامه به چاپ می‌رسد. در قسمت‌های اول و دوم، بخش یک که به رویه‌ها در آراء شعب اختصاص دارد، و در قسمت سوم تهافت در آراء شعب آورده شده است.

۱. رویه در آراء شعب

۱.۱. سابقه خدمت

رویه: سابقه خدمت غیررسمی در فرض تمام وقت بودن، به عنوان سابقه خدمت رسمی تلقی خواهد شد.

در شش دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^{۲۱} تشخیص،^{۲۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶، ۱۷، ۱۸، ۱۹، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۴، ۵۵، ۵۶، ۵۷، ۵۸، ۵۹، ۶۰، ۶۱، ۶۲، ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۶۶، ۶۷، ۶۸، ۶۹، ۷۰، ۷۱، ۷۲، ۷۳، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷، ۷۸، ۷۹، ۸۰، ۸۱، ۸۲، ۸۳، ۸۴، ۸۵، ۸۶، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳، ۹۴، ۹۵، ۹۶، ۹۷، ۹۸، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۱، ۱۰۲، ۱۰۳، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۳، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۵۲، ۱۵۳، ۱۵۴، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۳، ۱۶۴، ۱۶۵، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۱، ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۶، ۱۷۷، ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰، ۱۸۱، ۱۸۲، ۱۸۳، ۱۸۴، ۱۸۵، ۱۸۶، ۱۸۷، ۱۸۸، ۱۸۹، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲، ۱۹۳، ۱۹۴، ۱۹۵، ۱۹۶، ۱۹۷، ۱۹۸، ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۰۳، ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۰۸، ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۱۵، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۲۸، ۲۲۹، ۲۳۰، ۲۳۱، ۲۳۲، ۲۳۳، ۲۳۴، ۲۳۵، ۲۳۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳، ۲۴۴، ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۷، ۲۴۸، ۲۴۹، ۲۵۰، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴، ۲۵۵، ۲۵۶، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳، ۲۶۴، ۲۶۵، ۲۶۶، ۲۶۷، ۲۶۸، ۲۶۹، ۲۷۰، ۲۷۱، ۲۷۲، ۲۷۳، ۲۷۴، ۲۷۵، ۲۷۶، ۲۷۷، ۲۷۸، ۲۷۹، ۲۸۰، ۲۸۱، ۲۸۲، ۲۸۳، ۲۸۴، ۲۸۵، ۲۸۶، ۲۸۷، ۲۸۸، ۲۸۹، ۲۹۰، ۲۹۱، ۲۹۲، ۲۹۳، ۲۹۴، ۲۹۵، ۲۹۶، ۲۹۷، ۲۹۸، ۲۹۹، ۳۰۰، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳، ۳۰۴، ۳۰۵، ۳۰۶، ۳۰۷، ۳۰۸، ۳۰۹، ۳۱۰، ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۳، ۳۱۴، ۳۱۵، ۳۱۶، ۳۱۷، ۳۱۸، ۳۱۹، ۳۲۰، ۳۲۱، ۳۲۲، ۳۲۳، ۳۲۴، ۳۲۵، ۳۲۶، ۳۲۷، ۳۲۸، ۳۲۹، ۳۳۰، ۳۳۱، ۳۳۲، ۳۳۳، ۳۳۴، ۳۳۵، ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۳۸، ۳۳۹، ۳۴۰، ۳۴۱، ۳۴۲، ۳۴۳، ۳۴۴، ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۴۷، ۳۴۸، ۳۴۹، ۳۵۰، ۳۵۱، ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴، ۳۵۵، ۳۵۶، ۳۵۷، ۳۵۸، ۳۵۹، ۳۶۰، ۳۶۱، ۳۶۲، ۳۶۳، ۳۶۴، ۳۶۵، ۳۶۶، ۳۶۷، ۳۶۸، ۳۶۹، ۳۷۰، ۳۷۱، ۳۷۲، ۳۷۳، ۳۷۴، ۳۷۵، ۳۷۶، ۳۷۷، ۳۷۸، ۳۷۹، ۳۸۰، ۳۸۱، ۳۸۲، ۳۸۳، ۳۸۴، ۳۸۵، ۳۸۶، ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹، ۳۹۰، ۳۹۱، ۳۹۲، ۳۹۳، ۳۹۴، ۳۹۵، ۳۹۶، ۳۹۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۰۰، ۴۰۱، ۴۰۲، ۴۰۳، ۴۰۴، ۴۰۵، ۴۰۶، ۴۰۷، ۴۰۸، ۴۰۹، ۴۱۰، ۴۱۱، ۴۱۲، ۴۱۳، ۴۱۴، ۴۱۵، ۴۱۶، ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۱۹، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۲، ۴۲۳، ۴۲۴، ۴۲۵، ۴۲۶، ۴۲۷، ۴۲۸، ۴۲۹، ۴۳۰، ۴۳۱، ۴۳۲، ۴۳۳، ۴۳۴، ۴۳۵، ۴۳۶، ۴۳۷، ۴۳۸، ۴۳۹، ۴۴۰، ۴۴۱، ۴۴۲، ۴۴۳، ۴۴۴، ۴۴۵، ۴۴۶، ۴۴۷، ۴۴۸، ۴۴۹، ۴۵۰، ۴۵۱، ۴۵۲، ۴۵۳، ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۵۶، ۴۵۷، ۴۵۸، ۴۵۹، ۴۶۰، ۴۶۱، ۴۶۲، ۴۶۳، ۴۶۴، ۴۶۵، ۴۶۶، ۴۶۷، ۴۶۸، ۴۶۹، ۴۷۰، ۴۷۱، ۴۷۲، ۴۷۳، ۴۷۴، ۴۷۵، ۴۷۶، ۴۷۷، ۴۷۸، ۴۷۹، ۴۸۰، ۴۸۱، ۴۸۲، ۴۸۳، ۴۸۴، ۴۸۵، ۴۸۶، ۴۸۷، ۴۸۸، ۴۸۹، ۴۹۰، ۴۹۱، ۴۹۲، ۴۹۳، ۴۹۴، ۴۹۵، ۴۹۶، ۴۹۷، ۴۹۸، ۴۹۹، ۵۰۰، ۵۰۱، ۵۰۲، ۵۰۳، ۵۰۴، ۵۰۵، ۵۰۶، ۵۰۷، ۵۰۸، ۵۰۹، ۵۱۰، ۵۱۱، ۵۱۲، ۵۱۳، ۵۱۴، ۵۱۵، ۵۱۶، ۵۱۷، ۵۱۸، ۵۱۹، ۵۲۰، ۵۲۱، ۵۲۲، ۵۲۳، ۵۲۴، ۵۲۵، ۵۲۶، ۵۲۷، ۵۲۸، ۵۲۹، ۵۳۰، ۵۳۱، ۵۳۲، ۵۳۳، ۵۳۴، ۵۳۵، ۵}

۲.۱. نیروی شرکتی دستگاه اجرایی

رویه: استفاده دستگاه اجرایی از نیروی شرکتی، مبین نیاز دستگاه است.

در موضوع الزام دستگاه اجرایی به تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی فعال در
پست‌های (حاکمیت)، اداری به قرارداد کار معین، در چهار دادنامه از شعب ۱

۱. شماره دادنامه: ۹۳۰۰۵۴۹، ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۴۹، مورخ ۹۳/۱۲/۱۳، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NmhNakxxb1ZkNjg9>
۲. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۲۰۰۱۶۶، مورخ ۹۳۹۲/۸/۸، شعبه ۲ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۹۰.
۳. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۵۰۷، مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۸، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۱۸.
۴. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۰۳۰۰۶، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹، شعبه ۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۶۰۸.
۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۰۰۱۹۲۲، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹، شعبه ۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۶.
۶. شماره دادنامه: ۱۳۹۰/۱۰/۱۷، مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۷، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۹۰.
۷. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۰۲۹۹، مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲، شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۱۸.

تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۱ و دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۲)،^۳ و دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که صرف به‌کارگیری افراد در قالب اشتغال شرکتی در این مشاغل را مبین نیاز اداره تلقی نموده و بر این اساس، آن را موجبی در الزام اداره، به تبدیل وضعیت دانسته است. در دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر، شغل مربی پیش‌دبستانی «پست» تلقی شده و استفاده از نیروی شرکتی در این پست به معنای نیاز اداره دانسته و بر این اساس حکم به الزام اداره به تبدیل وضعیت استخدامی صادر شده است.

۳.۱. خواننده در اعتراض به آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری

رویه: طرف دعوا در دعاوی ناظر بر اعتراض به آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، می‌تواند دستگاه اجرایی مربوط باشد.

در موضوع طرف دعوا در دعاوی ناظر بر اعتراض به آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری از مطالعه دو دادنامه از شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۲^۴ و دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹)^۵ یکی به‌نحو مستقیم و دیگری به‌طور ضمنی رویه‌ای قابل مشاهده است که طرح دعوا به طرفیت دستگاه اجرایی

۱. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۱۶، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=clVadTh3Njk4MUE9>

۲. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۵۳۷، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۲، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SmVXWE9vRUp5Rmc9>

۳. شماره دادنامه: ۱۳۱۸، مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۷، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۷۰.

۴. شماره دادنامه: ۱۹۶۸، مورخ ۱۳۹۲/۷/۸، شعبه ۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۷۸.

۵. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۷۳، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۲، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VldkeFcXTVZLcHM9>

۶. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۷۱، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=bE1sYW4xR1EvZ0k9>

(مستقل از هیأت رسیدگی به تخلفات اداری) را ممکن دانسته است. در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۶/۲۹ شعبه، ضمن تصریح به منتفی بودن شخصیت حقوقی (مستقل) هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، طرح دعوای اعتراض به آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری به طرفیت دستگاه اجرایی را مجاز دانسته است.

۴.۱. اثر احکام مراجع قضایی بر مراجع غیرقضایی

رویه: صدور حکم برائت در مراجع قضایی، مانع از رسیدگی و صدور حکم محکومیت در مراجع اداری نمی‌باشد.

در موضوع تأثیر صدور حکم برائت در مراجع قضایی بر رسیدگی مراجع شبه‌قضایی اداری (هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری)، در شش دادنامه از شعب ۱ تشخیص (دادنامه مورخ ۹۳/۲/۳۱،^۱ دادنامه مورخ ۹۲/۸/۶،^۲ دادنامه مورخ ۹۳/۵/۲۱)^۳ و ۲ تجدیدنظر^۴ رویه‌ای مشاهده می‌شود که صدور حکم برائت در مراجع قضایی را مانع از صدور حکم محکومیت در مراجع اداری نمی‌داند.

در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تشخیص و ۲ تجدیدنظر، صدور حکم برائت، مانعی در رسیدگی مراجع اداری به موضوع دانسته نشده است. در

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۰۸۲، مورخ ۱۳۹۳/۲/۳۱، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=b0FnTUZYalJCL289>

۲. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۶۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۸/۶، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۹۸.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۱۵۹، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۱، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=dXlWn2hCcTdlQ2s9>

۴. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۰۰۴، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۴، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۲۳.

دادنامه صادره از شعبه ۱ تشخیص مورخ ۹۳/۲/۳۱، ضمن تصریح به غیرمجرمانه بودن یکی از عناوین مطرح، صدور برائت در عناوین مجرمانه را موجبی در منتفی بودن محکومیت در رسیدگی به تخلفات اداری (غیرمجرمانه) ندانسته است. در دادنامه ۹۲/۸/۶ همین شعبه، بدون تصریح به اینکه تخلف، عنوان کیفری یکسانی دارد یا خیر اصدار حکم برائت در مراجع قضایی را «الزاماً» موجب صدور برائت در مرجع اداری ندانسته است. در دادنامه صادره از شعبه ۲ تجدیدنظر، از تصریح شعبه به اتهام «ارتکاب اعمال خلاف شئون اداری»، و مبتنی دانستن حکم صادره از مرجع اداری بر این تخلف و نه عنوان مجرمانه و تأکید بر این که: «... اگر ارتکاب تخلفات کیفری ... در جنبه کیفری برائت حاصل نماید، مانع از رسیدگی به تخلفات انضباطی نخواهد بود ...»، مورد را از مواردی دانسته که دارای دو عنوان مجرمانه و اداری متفاوت هستند و بر این اساس دادنامه صادره از شعبه ۱۶ ناظر بر منتفی بودن رسیدگی اداری، در فرض برائت قضایی را نقض نموده است.

از نحوه انشای آراء پیش گفته به نظر می رسد فرض مؤثر نبودن برائت در مراجع قضایی بر رسیدگی و محکومیت در مراجع شبه قضایی ناظر بر حالتی است که عناوین اتهامی یکسان نمی باشند. قابل ذکر آنکه به طور کلی در نظریات حقوقی ناظر بر این موضوع، مشترک یا غیرمشترک بودن عناوین اتهامی در وجه کیفری و اداری، در تأثیر برائت کیفری در رسیدگی اداره مؤثر دانسته شده است. به این معنا که در صورت یکسان بودن عنوان اتهامی در هر دو وجه (برای مثال اختلاس) رسیدگی قضایی و صدور حکم برائت، در رسیدگی اداری مؤثر دانسته شده و در صورت متفاوت بودن عناوین (ضرب و جرح/ رفتار خلاف شئون اداری) صدور حکم قضایی را مؤثر در رسیدگی اداری نمی داند.^۲ به علاوه،

۱. شماره دادنامه: ۱۷۸۶، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۳، شعبه ۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۲۳.

۲. برای اطلاع بیشتر نک: محمد امامی و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری** (تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۹۳)، ج ۱، ص ۲۸۴.

دادنامه‌ای دیگر صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری در ضمن استدلال، به این تفکیک اشاره دارد.^۱

۵.۱. مهلت قانونی

رویه: در صورت تعطیل بودن روز پایان مهلت‌های قانونی، روز بعد از آن (غیر تعطیل)، آخرین روز مهلت قانونی تلقی خواهد شد.

در موضوع چگونگی محاسبه پایان مهلت قانونی، در دو دادنامه از شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری (دادنامه مصوب ۹۲/۷/۸^۲ و دادنامه مورخ ۹۳/۳/۲۸^۳)، رویه‌ای مشاهده می‌شود که در صورت تعطیل بودن آخرین روز مهلت قانونی، روز بعد از آن را آخرین روز مهلت قانونی تلقی خواهد کرد. در دادنامه صادره مورخ ۹۲/۷/۸، شعبه با تصریح به تعطیل بودن دیوان در روزهای پنجشنبه، روز شنبه را به‌عنوان آخرین روز مهلت قانونی تلقی کرده است.

۶.۱. صلاحیت اداره در تمدید قرارداد

رویه: صلاحیت اداره در تمدید قرارداد، صلاحیت اختیاری است.

در موضوع الزام اداره به تمدید قرارداد با مستخدمین قراردادی پس از انقضای مدت قرارداد، در پنج دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^۴ (دادنامه مورخ

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۶۱۵، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۶، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=b3R6U1pHbXU4TjQ9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۰۹۸، مورخ ۱۳۹۲/۷/۸، شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=R3laWmZkUXRWVHM9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۲۱۲، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۸، شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UW5yMm4xbXZJcE09>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۶۱۲، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

۹۲/۵/۶، دادنامه مورخ ۹۱/۱۰/۲۰^۲ و ۳۲ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که الزام اداره به تمدید قرارداد پس از انقضای آن را به جهت اختیاری بودن صلاحیت اداره در این مورد منتفی می‌داند. اگرچه در دادنامه‌ها به اختیاری بودن صلاحیت اداره در این مورد تصریح نشده، با این حال از نحوه انشای رأی (اشاره به تشخیصی بودن یا عدم امکان الزام اداره در این مورد یا متوقف بودن بر اعلام نیاز) این معنا قابل دریافت است.

۷.۱. تأثیر افزایش نامتعارف حقوق دو سال آخر خدمت در حقوق بازنشستگی

رویه: در صورت نامتعارف بودن افزایش حقوق دو سال آخر خدمت، میانگین حقوق پنج سال آخر خدمت مبنای محاسبه حقوق بازنشستگی خواهد بود.

در موضوع مبنای محاسبه حقوق بازنشستگی، در چهار دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر^۴ (دادنامه مورخ ۹۳/۵/۲۹، دادنامه مورخ ۹۳/۲/۲۸)،

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TGFtN3BHbWE5bU09>
 ۱. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۰۰۵۵۲، مورخ ۱۳۹۲/۵/۶، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cTNwVDhhcFFSVIE9>
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۰۱۸۳۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۰، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VGhHMmZDZvd1hHNmM9>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۳۷۳۶، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۳، شعبه ۳۲ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=RjF0dGVVRN216UkU9>
 ۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۸۹۵، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MVEwTHdDSXVZaG89>
 شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۲۳۵، مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۸، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=dIVEU05kRHAXajg9>

۱۲ و ۱۷ دیوان عدالت اداری رویه‌ای مشاهده می‌شود که در صورت افزایش نامتعارف حقوق دو سال پایانی خدمت، میانگین پنج سال پایانی خدمت را مبنای محاسبه حقوق بازنشستگی می‌داند. در هر دو دادنامه، افزایش نامتعارف حقوق دو سال آخر خدمت، مبنایی در احتساب میانگین پنج سال آخر خدمت به‌عنوان مبنای حقوق بازنشستگی تلقی شده است. در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۲/۲۸، با تصریح به اینکه افزایش حقوق به‌جهت ارتقاء شغلی از مصادیق افزایش متعارف است به شرط دوم مندرج در ماده ۳۱ قانون برنامه پنجم برای احتساب دو سال آخر خدمت به‌عنوان مبنای حقوق بازنشستگی، تصریح شده است. به‌علاوه، در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۵/۲۹، با این استدلال که افزایش حقوق به‌جهت دریافت فوق‌العاده شغل، از مصادیق افزایش متعارف است، رأی به ذی‌حقی خواهان در الزام خوانده به محاسبه مستمری بر مبنای دو سال آخر خدمت صادر شده است. بر این اساس، دادنامه مورخ ۹۳/۵/۲۹، تلویحاً دریافت فوق‌العاده شغل را از مصادیق ارتقاء تلقی نموده است.

۸.۱. احتساب سنوات خدمت کارکنان شرکتی (در بخش دولتی)، به‌عنوان

سابقه خدمت دولتی

رویه: سنوات خدمت کارکنان شرکتی (در بخش دولتی)، به‌عنوان سابقه خدمت دولتی محاسبه نمی‌شود.

در موضوع احتساب سنوات خدمت کارکنان شرکتی در بخش دولتی به‌عنوان سابقه خدمت دولتی، در سه دادنامه از شعب ۳ (دادنامه مورخ ۹۲/۴/۳۰، دادنامه

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۲۰۲۶۶۹، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳، شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۲.

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۳۶۴۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۲، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۹۵.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۱۰۵۳، مورخ ۱۳۹۲/۴/۳۰، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری.

مورخ ۹۲/۲/۱۶)^۱ و ۲۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که خواسته احتساب سنوات خدمت کارکنان شرکتی را به‌عنوان سابقه خدمت رسمی نپذیرفته است. در رأی صادره از شعبه ۶ تجدیدنظر و دو دادنامه صادره از شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، فقدان رابطه مستقیم خدمتی با دولت، مبنای عدم پذیرش سابقه خدمت شرکتی به‌عنوان سابقه خدمت دولتی بیان شده است.

۹.۱. احتساب کمک‌هزینه مسکن در پاداش پایان خدمت

رویه: کمک‌هزینه مسکن، مزایای مستمر نبوده و در پاداش پایان خدمت محاسبه نمی‌شود.

در موضوع احتساب کمک‌هزینه مسکن در پاداش پایان خدمت، در چهار دادنامه از شعب ۵ تجدیدنظر،^۲ ۲۷،^۳ ۲۴ و ۲^۴ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که کمک‌هزینه مسکن را به‌جهت مستمر نبودن از مزایای قابل احتساب در پاداش پایان خدمت ندانسته است.

۱۰.۱. پرداخت هزینه‌های درمانی (حق بیمه درمانی) جانبازان

رویه: کسر حق بیمه از حقوق یا مستمری جانبازان ممنوع می‌باشد.

۱. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۳۴۴، مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۶، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Z053S2NRT3V6WU09>
۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۰۳۵، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۷، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TGtKemtMNUQzdGc9>
۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۳۷۸، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۸، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eUpXVWRzT0hZNUk9>
۴. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۷۰۰۲۰۵، مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۴، شعبه ۲۷ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VXBRszZDS2NRTIU9>
۵. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۲۲۱۶، مورخ ۱۳۹۱/۹/۷، شعبه ۲۴ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NWdvWHJYOURSRG89>
۶. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۰۱۵۴۷، مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۱، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=T0dad21HK3hoalk9>

در موضوع کسر حق بیمه از دریافتی جانبازان در چهار دادنامه از شعب ۵ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۴/۴^۱، دادنامه مورخ ۹۳/۶/۹^۲، دادنامه مورخ ۹۳/۱/۳۰^۳) و ۱۷^۴ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که با استناد به تکلیف دولت در پرداخت حق بیمه جانبازان (شاغل) موضوع ماده ۳۷ قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کسر حق بیمه از حقوق جانبازان را ممنوع دانسته است. در دادنامه‌های صادره از شعبه‌های ۵ (دادنامه مورخ ۹۳/۴/۴ و دادنامه مورخ ۹۳/۶/۹) و ۱۷، این رویه درمورد بازنشستگان نیز قابل اعمال دانسته شده است.

۱۱.۱. تاریخ استحقاق مستمری

رویه: تاریخ استحقاق مستمری بازماندگان از تاریخ فوت می‌باشد.

در موضوع زمان استحقاق دریافت مستمری، در پنج دادنامه از شعب ۹ تجدیدنظر،^۵ تشخیص،^۶ ۱۶^۷ و ۱۵ (دادنامه مورخ --/۸/۹۱^۸ و

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۴۰۲، مورخ ۱۳۹۳/۴/۴، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NHZNefk3OGxQTEES>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۷۵۰، مورخ ۱۳۹۳/۶/۹، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=a0RCR2c0WXFCNGM9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۰۷۰، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۰، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=dXJEVUhtYkNEVk09>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۱۹۹۷۰۹۰۱۷۰۳۲۷۶، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۴، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MGtQWnBzL1FrTjA9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۹۰۰۰۴۱، مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۳، شعبه ۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ak9ybmNFcHBBQZVU9>

۶. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۲۰۰۱۵۶، مورخ ۱۳۹۲/۷/۳۰، شعبه ۲ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۷۱.

۷. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۶۰۲۵۵۵، مورخ --/۸/۱۳۹۱، شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۳۱.

۸. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۱۶۷۱، مورخ --/۸/۱۳۹۱، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۳۳.

دادنامه مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱^۱ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای مبنی بر کاشفیت رأی دیوان، از استحقاق مستمری از زمان فوت وجود دارد؛ به این معنا که تاریخ استحقاق مستمری را از زمان فوت و نه تاریخ رأی هیأت حل اختلاف کار، رأی دیوان، تاریخ تقاضای مستمری بگیر یا تاریخ نقض بخشنامه معارض در هیأت عمومی، دانسته است.

در دادنامه‌های صادره از شعب ۹ تجدیدنظر و ۱۶، با تصریح به اینکه: «... رأی دیوان درخصوص برقراری مستمری بازماندگان جنبه کاشفیت ... دارد ...». خواهان از زمان فوت، مستحق دریافت مستمری دانسته شده است. در دادنامه صادره از شعبه ۲ تشخیص، ناظر بر رسیدگی به خواسته احراز اشتباه بین قانونی نسبت به دادنامه صادره از شعبه ۱۷^۲، اعلام تاریخ ابطال مصوبه (در هیأت عمومی دیوان) به عنوان تاریخ استحقاق در دادنامه شعبه ۱۷، مغایر قانون تلقی شده و با تصریح به اینکه: «... بازماندگان ... متوفی استحقاق دریافت صددرصد مستمری مربوط از تاریخ فوت مورثان را خواهند داشت. ...» دادنامه را نقض نموده است. در دادنامه صادره از شعبه ۱۷ با استناد به ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری، عدم ذکر تأثیر ابطال از زمان تصویب مصوبه ابطالی، تاریخ استحقاق را از زمان تاریخ ابطال آن در هیأت عمومی دانسته است. با این حال به جهت نقض این دادنامه در شعبه ۲ تشخیص، ملاک دانسته نشده و در بخش تهاافت آراء آورده نشده است.

۱۲.۱. بقای استحقاق زوجه نسبت به مستمری بازماندگان در فرض

ازدواج مجدد

رویه: حکم ماده ۴۸ قانون حمایت از خانواده (مصوب ۹۱) عطف

بما سبق می‌شود.

در موضوع استحقاق زوجه متوفی نسبت به مستمری بازماندگان، در فرض ازدواج مجدد موضوع ماده ۴۸ قانون حمایت از خانواده، در دو دادنامه از شعبه ۵ تجدیدنظر

۱. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۰۱۲۱، مورخ ۹۲/۱/۳۱، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۶.

۲. شماره دادنامه: ۱۳۹۹، مورخ ۹۱/۵/۱۵، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۷۱.

(دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۵/۱^۱ و دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۶/۵)^۲ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای قابل مشاهده است که در تبعیت از تبصره این ماده، عطف بما سبق شدن حکم تداوم استحقاق زوجه نسبت به مستمری بازماندگان در فرض ازدواج را تأیید کرده است.

۱۳.۱. صلاحیت کمیسیون پزشکی (ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی) در تعیین تاریخ ابتلاء به بیماری

رویه: تعیین تاریخ ابتلاء به بیماری، خارج از صلاحیت کمیسیون پزشکی تأمین اجتماعی است.

در موضوع تعیین تاریخ ابتلاء به بیماری منجر به ازکارافتادگی، در شش دادنامه از شعب ۵ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۵^۳، دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹^۴، ۱۵ (دادنامه مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۳^۵ و دادنامه مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹^۶، دادنامه مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱^۷) و ۲ تشخیص^۸ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که تعیین

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۵۴۱، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=M0NFY25FZmsrdmM9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۷۲۶، مورخ ۱۳۹۳/۶/۵، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UGNEK29qWXZIV009>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۶۵۰، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۵، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=enFYZGJVeUJhdEE9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۸۹۷، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Rk9zb0IwZmZ3N0k9>

۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۳۵۱، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۳، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۸۵.

۶. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۵۷۴، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۰۴.

۷. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۰۱۰۰، مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=b1NHWE xKYIBhTjg9>

۸. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۲۰۰۵۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۴، شعبه ۲ تشخیص دیوان عدالت اداری.

تاریخ ابتلاء به بیماری را خارج از صلاحیت (تشخیصی) کمیسیون پزشکی دانسته است. در دادنامه‌های صادره از شعب ۲ تشخیص، ۱۵ (مورخ ۹۲/۱/۳۱) و ۵ تجدیدنظر (مورخ ۹۳/۶/۲۹)، ضمن تصریح به عدم صلاحیت دیوان در ورود به صلاحیت تشخیصی کمیسیون، موضوع تعیین تاریخ ابتلاء به بیماری، خارج از صلاحیت تشخیصی کمیسیون دانسته و صلاحیت دیوان در رسیدگی به این موضوع تأیید شده است.

قابل ذکر آن‌که دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر (مورخ ۹۳/۵/۲۵)، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۲۵) ناظر بر تعیین اولین تاریخ مراجعه به پزشک به‌عنوان تاریخ ازکارافتادگی را به‌نحو ضمنی تأیید نموده است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های دیگری از شعبه ۱۵ (دادنامه مورخ ۹۱/۱۱/۲۳ و دادنامه مورخ ۹۱/۱۲/۱۹)، این فرض صرفاً منحصر به حالتی دانسته شده است که معاینات پزشکی بدو استخدام انجام نشده باشد.

۱۴.۱. استحقاق نوه متوفی نسبت به مستمری بازماندگان

استحقاق نوه نسبت به مستمری بازماندگان صرفاً در فرض تحت تکفل بودن وی در زمان حیات متوفی ممکن است.

در موضوع استحقاق نوه نسبت به مستمری بازماندگان، در دو دادنامه از شعب ۲ تجدیدنظر^۳ و ۱۰ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که

→ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QTZoWURYL1Ixalk9>

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۳۵۱، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۳، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۸۵.

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۵۰۲۵۷۴، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۰۴.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۱۸۷، مورخ ۱۳۹۳/۶/۸، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=RjdHSThuMnZ3OG89>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۰۱۸۸، مورخ ۱۳۹۲/۲/۳، شعبه ۱۰ دیوان عدالت اداری.

برخورداری نوه از مستمری بازماندگان را تنها در صورتی که نوه، در زمان حیات متوفی، تحت تکفل وی بوده باشد قانونی دانسته است.

۱۵.۱. احتساب سنوات خدمت در بخش غیردولتی به عنوان سنوات خدمت دولتی

رویه: سنوات خدمت غیردولتی، به عنوان سنوات خدمت دولتی قابل محاسبه نیست.

در موضوع احتساب سنوات خدمت غیردولتی به عنوان سنوات خدمت دولتی در دو دادنامه از شعب ۶ تجدیدنظر^۱ و ۲ دیوان عدالت اداری، رویه ای موجود است که سنوات خدمت غیردولتی (که حق بیمه آن پرداخت شده است) را صرفاً در محاسبه حقوق بازنشستگی مؤثر می داند و احتساب آن به عنوان سنوات خدمت دولتی را نپذیرفته است.

۱۶.۱. برخورداری والدین متوفی از مستمری بازماندگان

رویه: یکی از شروط بهره مندی والدین متوفی از مستمری بازماندگان، تحت تکفل متوفی بودن، در زمان حیات متوفی است.

در موضوع استحقاق والدین متوفی نسبت به مستمری بازماندگان در دو دادنامه از شعب ۱۷^۳ و ۲ تجدیدنظر^۴ دیوان عدالت اداری، رویه ای موجود است که

→ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=S1UxQ0JYTWcyNHc9>

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۲۱۷، مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۱، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=N3Q1UHVzV1VOT2s9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۲۰۲۳۰، مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۲، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WFHlb3FVT1BPcVU9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۰۷۳۵، مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۳، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VUI1dmM0R2F5YzQ9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۲۳۱، مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۲، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

تحت تکفل بودن والدین در زمان حیات را از شروط استحقاق نسبت به مستمری بازماندگان دانسته است. در دادنامه صادره از شعبه ۱۷، علاوه بر شرط تکفل در زمان حیات به شروط سنی پدر (۶۰ سال) و مادر (۵۵ سال) نیز تصریح شده است. با این حال به نظر می‌رسد عدم ذکر این مورد در دادنامه شعبه ۲ تجدیدنظر، به جهت موضوعیت نیافتن آن بوده است نه شرط ندانستن سن در بهره‌مندی از مستمری. قدر متیقن، رویه در شرط داشتن تکفل در زمان حیات موجود است.

۱۷.۱. فوق‌العاده جذب اعضای غیرهیأت علمی

رویه: حکم قانونی پرداخت فوق‌العاده جذب اعضای غیرهیأت علمی، شامل کارکنان سازمان انتقال خون نیز می‌باشد.

در موضوع بهره‌مندی کارکنان سازمان انتقال خون از فوق‌العاده جذب اعضای غیرهیأت علمی، در دو دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر^۱ و ۳ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که با تصریح به تبعیت سازمان انتقال خون از مقررات ناظر بر وزارت بهداشت، کارکنان سازمان را نسبت به دریافت فوق‌العاده جذب ذی‌حق دانسته است.

۱۸.۱. خدمت داوطلبانه مستخدمین بومی در مناطق محروم

رویه: بومی بودن مستخدم، مانع داوطلبانه تلقی شدن خدمت در مناطق محروم نیست.

در موضوع داوطلبانه تلقی شدن خدمت مستخدمین بومی در مناطق محروم و دریافت پاداش خدمت در مناطق محروم، در دو دادنامه از شعب ۶ تجدیدنظر^۲ و

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VXhIcnJqdVBtTzQ9>
 ۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۱۲، مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=blFacE5DL2ZLV1k9>
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۱۰۵۹، مورخ ۱۳۹۲/۴/۳۱، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QUFuVnpIaTk0Nmc9>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۰۰۹، مورخ ۱۳۹۳/۲/۳۱، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

۱۳۳ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که بومی بودن مستخدم را موجب در انتفای داوطلبانه بودن خدمتش نمی‌داند و بر این اساس مستخدمین بومی در مناطق محروم را نسبت به دریافت پاداش خدمت در مناطق محروم ذی‌حق دانسته است.

۱۹.۱. پرداخت بیمه بیکاری

رویه: غیرارادی بودن بیکاری از شرایط پرداخت بیمه بیکاری می‌باشد.

در موضوع پرداخت بیمه بیکاری، از مطالعه سه دادنامه از شعب ۴ و ۵ تجدیدنظر،^۱ ۱۱ و ۱۹^۲ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای دریافت می‌شود که پرداخت بیمه بیکاری را صرفاً در فرضی که بیکاری (قطع رابطه کار) غیرارادی (خارج از اراده کارگر) ایجاد شده باشد، می‌پذیرد. در دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر، قطع رابطه کار بر مبنای اراده و میل طرفین، موجبی در بی‌حقی کارگر نسبت به بیمه بیکاری دانسته شده است. به همین ترتیب در دادنامه صادره از شعبه ۴ تجدیدنظر «احراز عدم تمایل و اراده» کارگر را موجبی در تعلق بیمه بیکاری دانسته است. به علاوه، در این دادنامه، تلقی از «تسویه حساب» به عنوان اماره ارادی

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UEFZQkVzODNPY2c9>
۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۴۱۳، مورخ ۱۳۹۱/۸/--، شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۲۸.
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۱۲۹، مورخ ۱۳۹۳/۲/۹، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VnNDVF RqTk pVTnM9>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۵۳۷، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=OHowN2 o2Vkk5Tm89>
 ۴. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۱۰۲۰۹۶، مورخ ۱۳۹۱/۹/۸، شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۷۶.
 ۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۴۹۵۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۷، شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۲۸۴.

بودن پایان رابطه کار پذیرفته نشده است. به همین نحو در دادنامه صادره از شعبه ۱۱، دادگاه بر مبنای این استدلال که «بازخریدی» قطع رابطه کار از نوع ارادی است، پرداخت بیمه بیکاری را در این مورد فاقد مجوز قانونی دانسته و رأی به رد شکایت صادر نموده است. در دادنامه صادره از شعبه ۱۹، دادگاه عدم ارائه مستندات مبنی بر اخراج به دلیل غیبت را به معنای غیرارادی بودن اخراج دانسته، با تصریح به اینکه عدم ارائه دلیل مبنی بر غیبت «... نشان از عدم دخیل بودن اراده شاکی در بیکاری وی می‌باشد. . .»، بر مبنای غیرارادی بودن بیکاری، رأی به ورود خواسته شاکی نسبت به پرداخت بیمه بیکاری صادر نموده است.

۲۰۱. کنترل قضایی آراء کمیسیون‌های پزشکی سازمان تأمین اجتماعی رویه: آراء (تخصصی) کمیسیون‌های پزشکی، به جهت تخصصی بودن، موضوع کنترل قضایی نخواهند بود.

در موضوع حدود صلاحیت‌های قضایی شعب دیوان در کنترل قضایی آراء کمیسیون‌های پزشکی سازمان تأمین اجتماعی، در دو دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر^۱ و ۵^۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که رسیدگی قضایی به آراء کمیسیون‌های پزشکی را به جهت تخصصی بودن آن‌ها ممکن نمی‌داند. در دادنامه صادره از شعبه ۴ تجدیدنظر بر تخصصی بودن و عدم امکان کنترل قضایی آراء کمیسیون تصریح شده است. به همین ترتیب در دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۱۵)، مبنی بر تخصصی بودن رأی کمیسیون پزشکی و منتفی بودن امعان نظر قضایی نسبت به آن به نحو ضمنی تأیید شده است. به علاوه، شعبه ۵ تجدیدنظر استدلال شعبه بدوی در آن بخش که اظهار نظر کمیسیون را صرفاً در محدوده نوع بیماری و میزان از کار افتادگی و نه تعیین تاریخ ابتلاء به بیماری، قانونی دانسته، نیز تأیید نموده است.

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۴۴، مورخ ۲۷/۱۳۹۳، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ZjFuWStvUy9TbFk9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۸۹۷، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Rk9zb0IwZmZ3N0k9>

۲۱.۱. مرجع صالح در تشخیص مشاغل سخت و زیان آور

رویه: کمیته‌های بدوی و تجدیدنظر استانی ادارات کار و امور اجتماعی، مراجع صالح در تعیین مشاغل سخت و زیان آور هستند.

در موضوع مرجع صالح در تعیین مشاغل سخت و زیان آور در دو دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۱/۲۷^۱ و دادنامه مورخ ۹۳/۲/۲۷^۲) و ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که کمیته‌های بدوی و تجدیدنظر استانی واقع در ادارات کار و امور اجتماعی را مرجع صالح در تعیین انواع مشاغل سخت و زیان آور دانسته است. قابل ذکر آن که در هر دو دادنامه تجدیدنظر از شعب ۴ (مورخ ۹۳/۱/۲۷) تجدیدنظر و ۵ تجدیدنظر دیوان مزبور، استدلال شعب بدوی (به ترتیب شعبه ۲۹ و شعبه ۳۷) در ضروری بودن احراز ۲۰ سال متوالی یا ۲۵ سال متناوب خدمت در این مشاغل، علاوه بر اعلام نظر کمیته استانی مبنی بر سخت و زیان آور بودن شغل، برای بهره‌مندی فرد از بازنشستگی پیش از موعد، را به نحو ضمنی تأیید نموده است.

۲۲.۱. تجدیدنظرخواهی از قرار عدم صلاحیت

رویه: قرار عدم صلاحیت، قابل تجدیدنظرخواهی نیست.

در موضوع تجدیدنظرخواهی از قرار عدم صلاحیت صادره از شعب دیوان، در دو دادنامه از شعب ۴^۱ تجدیدنظر و ۵^۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۴۲، مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cGZaSm15VUhjbzA9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۱۷۲، مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Y0dMWVWxcFVPLzQ9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۳۸۲، مورخ ۱۳۹۳/۳/۳۱، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QUVhaTdsZEZnYUE9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۲۸۳، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۲، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TS9Ca3VtNXV4S009>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۶۲۳، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۵، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

موجود است که قرار عدم صلاحیت را غیرقابل تجدیدنظرخواهی می‌داند. دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر ضمن تصریح به غیرقابل تجدیدنظرخواهی بودن قرار عدم صلاحیت، درج عبارت «... رأی صادره ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در شعب تجدیدنظر... می‌باشد» را اشتباه دانسته و ضمن نقض این بخش، آن را به «رأی صادره قطعی است» اصلاح نموده است.

۲۳.۱. احتساب مدت سربازی در سنوات بیمه پردازی

رویه: در صورت وجود سابقه بیمه پردازی پیش از خدمت سربازی، مدت سربازی (بدون پرداخت حق بیمه آن)، به عنوان سنوات بیمه پردازی لحاظ خواهد شد.

در موضوع احتساب مدت سربازی بدون پرداخت حق بیمه به عنوان سنوات بیمه پردازی، در سه دادنامه از شعب ۱^۵ تجدیدنظر و ۴ (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۶ و دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰) تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که با استناد به ماده ۹۵ قانون تأمین اجتماعی، در صورت وجود سوابق بیمه پردازی پیش از آغاز دوره سربازی، مدت سربازی را در فرض عدم پرداخت حق بیمه به عنوان سنوات بیمه پردازی در نظر می‌گیرد. دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی صادره از شعبه ۱۲ دیوان، استدلال شعبه بدوی مبنی بر احتساب مدت سربازی به عنوان سنوات پرداخت بیمه، مشروط به پرداخت حق بیمه پیش و پس از مدت سربازی تأیید شده است؛ درحالی که در دادنامه صادره از شعبه (مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۶) تجدیدنظر ناظر بر رسیدگی

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eFNhZnli aUhRZm89>
 ۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۱۷۴، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۱، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=aHVzR3UrZEovRHM9>
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۱۰۵۹، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۶، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eUdnYkc3N3kvY009>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۵۵۳، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=YklIWk02a0lPNDg9>

به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی صادره از شعبه ۱۵ دیوان در بیان شرط احتساب مدت سربازی به عنوان سنوات بیمه پردازی صرفاً به وجود سابقه بیمه پردازی پیش از مدت سربازی و نه پس از آن، اشاره شده است. با این حال از آنجا که هر دو مورد از مصادیق ماده ۹۵ قانون تأمین اجتماعی می باشند و اشتغال مجدد پس از دوره سربازی در حکم ماده مفروض است، بر این اساس، تفاوت پیش گفته از موارد تهافت نمی باشد و صرفاً از جهت مفروض بودن پرداخت بیمه پس از دوره سربازی، در دادنامه صادره از شعبه ۱۵، تصریح نشده است.

۲۴.۱. صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی علیه شرکت توزیع نیروی برق

رویه: شرکت توزیع نیروی برق یک شرکت خصوصی (غیردولتی) بوده و دیوان صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه آن را ندارد.

در موضوع صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی علیه شرکت توزیع برق در دو دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر^۱ و ۳^۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه ای موجود است که با تصریح به غیردولتی بودن این نهاد، رسیدگی به دعاوی علیه آن را خارج از صلاحیت دیوان دانسته است. در دادنامه صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر، ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی صادره از شعبه ۱۱، دعاوی تبدیل تعرفه علیه اداره برق منطقه نیز به جهت تابع شرکت توزیع برق بودن (و در نتیجه غیردولتی بودن) خارج از صلاحیت دیوان اعلام شده است.

۲۵.۱. خدمت طرح مشمولین قانون مربوط به خدمت پزشکان و پیراپزشکان

رویه: مشمولین قانون خدمت پزشکان و پیراپزشکان، در مدت خدمت طرح خود مشمول قانون تأمین اجتماعی هستند.

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۵۶، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=YXYwOW51Unh6djQ9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۳۱۱، مورخ ۱۳۹۳/۳/۳۱، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VnJXWH1JZFdMVUk9>

رویه: مدت خدمت طرح پزشکان و پیراپزشکان، مشمول بیمه پردازی شده و در سابقه لحاظ می‌شود.

در موضوع حاکمیت نظام‌های حمایتی بر مشمولین قانون خدمت پزشکان و پیراپزشکان، در سه دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۱۳۳/۲/۲۷ و دادنامه مورخ ۱۳۳/۵/۲۰) و ۵ تجدیدنظر^۳ دیوان مزبور، رویه‌ای مشاهده می‌شود که با استناد به عدم حاکمیت نظام‌های حمایتی دیگر (از طریق رابطه استخدامی) و احراز شرایط شمول قانون تأمین اجتماعی (کار در مقابل مزد) مورد را از مصادیق قانون تأمین اجتماعی دانسته در نتیجه، کارفرما را ملزم به پرداخت حق بیمه دوران خدمت خواهان نموده و حکم به الزام سازمان تأمین اجتماعی در پذیرش و دریافت حق بیمه (احتساب مدت در سابقه بیمه پردازی) صادر شده است.

۲۶.۱. تأثیر عدم پرداخت کارفرما در تعهدات تأمین اجتماعی

رویه: عدم پرداخت (تأخیر در پرداخت در مهلت مقرر) از ناحیه کارفرما نافی تعهدات تأمین اجتماعی نمی‌باشد.

در موضوع تأثیر عدم پرداخت حق بیمه کارفرما به سازمان تأمین اجتماعی در تعهدات سازمان نسبت به کارگر، در سه دادنامه از شعب ۴ (دادنامه مورخ ۱۳۳/۳/۲۷ و دادنامه مورخ ۱۳۳/۵/۲۰) و ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، رویه‌ای

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۱۷۶، مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=aGo2RCsrM3VIQOE9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۸۰۸، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=U3FDeDVuYVJJRk09>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۵۹۶، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۴، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MnEza2F6SmpsSms9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۵۰۴، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NUOyRkpHTnJWeTA9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۸۰۸، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=U3FDeDVuYVJJRk09>

۶. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۸۹۱، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

موجود است که عدم پرداخت یا تأخیر در پرداخت حق بیمه از جانب کارفرما را رافع تعهدات سازمان در پذیرش حق بیمه و محاسبه مدت در سابقه بیمه‌پردازی نمی‌داند. قابل ذکر آنکه در هر سه دادنامه، تأمین اجتماعی، الزام به قبول (وصول) حق بیمه شده است و در دو مورد از دادنامه‌ها (۹۳/۶/۲۹ و ۹۳/۵/۲۰) ابتدا حکم به الزام کارفرما به پرداخت داده شده و در سومی (مورخ ۹۳/۳/۲۷) حکم به الزام تأمین اجتماعی به وصول حق بیمه پرداختی از ناحیه کارفرما. بر این اساس به نظر می‌رسد به موجب رویه، تعهدات تأمین اجتماعی در احتساب مدت به عنوان سابقه متوقف بر پرداخت حق بیمه از جانب کارفرما بوده و رویه ناظر بر تأخیر در پرداخت می‌باشد و نه عدم پرداخت به طور کلی. بر این اساس می‌توان گفت تعهدات تأمین اجتماعی به موجب تأخیر در پرداخت حق بیمه، منتفی نمی‌شود.

۲۷.۱. احتساب مدت به‌ورزی در سابقه خدمت

رویه: مدت به‌ورزی (جز در موارد مصرح قانونی) در سابقه خدمت محاسبه نمی‌شود.

در موضوع احتساب مدت به‌ورزی در سابقه خدمت در چهار دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^۱ تشخیص،^۲ و^۳ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که مدت به‌ورزی را در سابقه خدمت قابل محاسبه نمی‌داند. دادنامه صادره از شعبه ۳ تشخیص

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=RGZycFZiajIQNdG9>
۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۱۷، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Rm85SzA1MEtFV1k9>
۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۰۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۰، شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=bENVMXhoanEzQWc9>
۳. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۲۰۱۶۶۱، مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۵، شعبه ۲ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ZVF6cFc3aWU0UnM9>
۴. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۰۷۲۶، مورخ ۱۳۹۲/۴/۱، شعبه ۴ دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NmNOMHJpMXdnUGs9>

ناظر بر رسیدگی به خواسته اعمال ماده ۱۸ قانون دیوان، استدلال دادنامه بدوی صادره از شعبه ۲ را مبنی بر اینکه دوره به‌ورزی پیش‌نیاز ضروری استخدام است و فقط در موارد تصریح قانونی در سابقه لحاظ می‌شود، در رد خواسته، تأیید نموده است.

۲۸.۱. تأثیر تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی بر حقوق مکتسبه

رویه: تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون، موجبی در اسقاط حقوق مکتسبه افراد نمی‌باشد.

در موضوع تأثیر تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی بر حقوق مکتسبه افراد، در دو دادنامه از شعب ۵^۱ تجدیدنظر و ۶^۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری با تسامح می‌توان رویه‌ای استخراج کرد که تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی را موجبی در اسقاط حقوق مکتسبه افراد نمی‌داند. دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر استدلال دادنامه بدوی صادره از شعبه ۱۸ دیوان، ناظر بر نپذیرفتن استناد خوانده به عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی را تأیید و حکم به ورود دعوا به خواسته الزام به صدور حکم بازنشستگی پیش از موعد براساس ماده ۱۰ قانون نوسازی صنایع صادر نموده است. در استدلالی مشابه، دادنامه صادره از شعبه ۶ تجدیدنظر، استناد به عدم تصویب (ابلاغ) آیین‌نامه اجرایی را نپذیرفته است.

۲۹.۱. تغییر کاربری املاک و اراضی

رویه: تغییر کاربری املاک و اراضی صرفاً در صلاحیت کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری می‌باشد.

در موضوع الزام شهرداری به تغییر کاربری و صدور پروانه ساختمانی (متناسب با کاربری) در دو دادنامه از شعب ۳^۳ تجدیدنظر و ۱^۴ تجدیدنظر دیوان

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۷۰۶، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=OEZ5VzNTRjJEenc9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۵۰، مورخ ۱۳۹۳/۳/۳۱، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=aTRlam92OEIPQmM9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۶۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۵، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MXBLMWgwaENibWc9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۶۰۶، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۱، شعبه ۱ تجدید نظر دیوان عدالت اداری.

عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که با تصریح به صلاحیت کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، امکان الزام شهرداری به تغییر کاربری و صدور پروانه را مغایر قانون دانسته است. دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر با تصریح به اینکه: «... هرگونه تغییر کاربری ... از اختیارات کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس... و بدون اظهار نظر کمیسیون... مجوز قانونی جهت الزام شهرداری وجود ندارد. ...» دادنامه بدوی صادره از شعبه ۲۹ دیوان که ناظر بر همین معنا می‌باشد را تأیید نموده است.

۳۰.۱. تجدیدنظرخواهی نسبت به دستور موقت

رویه: دستور موقت، مصداق «رأی» نبوده و امکان تجدیدنظرخواهی از آن وجود ندارد.

در موضوع تجدیدنظرخواهی یا اعتراض به دستور موقت از مطالعه دو دادنامه صادره از شعب ۱^۱ تجدیدنظر و ۳^۲ تشخیص دیوان عدالت اداری، رویه‌ای مشاهده می‌شود که ضمن تصریح به «رأی» تلقی نشدن دستور موقت، تجدیدنظرخواهی از آن را ممکن نمی‌داند. در دادنامه صادره از شعبه ۳ تشخیص، ضمن تصریح به رأی نبودن دستور موقت و عدم امکان تجدیدنظرخواهی نسبت به آن، دادنامه بدوی صادر از شعبه ۲۳ دیوان ناظر بر رد خواسته دستور موقت، تأیید شده است.

۳۱.۱. درخواست صدور دستور موقت

رویه: درخواست صدور دستور موقت باید هم‌زمان با دادخواست اصلی یا پس از آن طرح شود.

در موضوع زمان طرح دستور موقت در دو دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۷ و دادنامه مورخ

→ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UmJmTCtLRnNKZVE9>

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۰۸۲، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=S2t0d0t6N2lZdVE9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۱۹۷، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۴، شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=REZGWkd6WUc1dlE9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۲۴۴، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۷، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

۱۳۹۳/۴/۲۱) دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که زمان طرح دستور موقت را هم‌زمان با دادخواست اصلی یا پس از آن دانسته است. دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۱، استدلال دادنامه بدوی صادره از شعبه ۲۸ دیوان ناظر بر قانونی نبودن خواسته دستور موقت بدون طرح دعوی اصلی را تأیید کرده است.

۳۲.۱. أخذ عوارض کسب و پیشه از بانک‌ها

رویه: أخذ عوارض کسب و پیشه از بانک‌ها مغایر قانون است.

در موضوع أخذ عوارض کسب و پیشه از بانک‌ها در نه دادنامه از شعب ۱ تشخیص،^۲ ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۱۳۹۳/۲/۹،^۳ ۹۳/۵/۲۶،^۴ ۹۳/۶/۲۹) و ۲۸ (۹۱/۱۲/۵،^۵ ۹۱/۱۱/۲۹،^۶ ۹۱/۱۲/۲۶،^۷ ۹۲/۱/۲۰،^۸ ۹۲/۴/۱۶) دیوان

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=c2hvQ0N6YVvkxOHM9>
۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۳۷۷، مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۱، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cHNGNzQwOHNIeTQ9>
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۰۹۴، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۷، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TDNadHlVOWJWVTg9>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۱۵۲، مورخ ۱۳۹۳/۲/۹، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VzlQOEQxUU9LRG89>
 ۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۵۰۷، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۶، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=enFWMFIZTVZLeIU9>
 ۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۶۴۱، مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MWVVTZFlyUVI3Lzg9>
 ۶. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۴۸۷۱، مورخ ۹۱/۱۲/۵، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، صص ۵۳۲ - ۵۳۳.
 ۷. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۴۷۵۷، مورخ ۹۱/۱۱/۲۹، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۹۶.
 ۸. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۵۳۲۶، مورخ ۹۱/۱۲/۲۶، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، صص ۵۳۰ و ۵۳۱.
 ۹. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۰۰۰۷، مورخ ۹۲/۱/۲۰، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۵.
 ۱۰. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۰۹۱۷، مورخ ۹۲/۴/۱۶، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۷۲.

عدالت اداری، رویه‌ای قابل مشاهده است که به موجب آن، اخذ این نوع عوارض از بانکها (با محدوده فعالیت ملی) به لحاظ محلی بودن عوارض کسب و پیشه و قرار داشتن در صلاحیت شوراهای محلی، غیرقانونی اعلام شده است. در دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر، مورخ ۹۳/۲/۹، وضع عوارض برای بانکها در صلاحیت شورای اقتصاد دانسته شده است. در دادنامه صادره از شعبه ۱ تشخیص ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی صادره از شعبه ۲۸، استدلال شعبه بدوی، مبنی بر اینکه وضع عوارض کسب و پیشه برای بانکها از صلاحیت شوراهای محلی خروج موضوعی دارد، تأیید شده است. به علاوه، در دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تشخیص، و دادنامه‌های مورخ ۹۳/۵/۲۶ و ۹۳/۶/۲۹ از شعبه ۳ تجدیدنظر در مستندات رأی به رأی وحدت رویه شماره ۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۶/۱، اشاره شده است.

قابل ذکر آنکه این رویه در دو دادنامه از شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (دادنامه مورخ ۹۳/۱/۲۵ و دادنامه مورخ ۹۳/۲/۹) نیز مشاهده می‌شود. به نظر می‌رسد دلیل طرح دعوا در دادگاه عمومی علی‌رغم اداری بودن موضوع و عمومی بودن خواننده، دولتی بودن خواهان (بانکها) بوده باشد.

۳۳.۱. اعتراض به آراء هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات تأمین اجتماعی

رویه: آراء هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات تأمین اجتماعی، به جهت قطعی بودن، قابل اعتراض در دادگاه عمومی نیست.

در موضوع مرجع صالح در رسیدگی به اعتراض از آراء هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات تأمین اجتماعی در سه دادنامه از شعب ۳، ۷،

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۲۴، مورخ ۹۳/۱/۲۵، شعبه ۳ تجدیدنظر استان تهران.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Rml5bGFHY3BhdXc9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۱۵۲، مورخ ۱۳۹۳/۲/۹، شعبه ۳ تجدیدنظر استان تهران.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VzlQOEQxUU9LRG89>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۶۶، مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۱، شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۱۸ و ۲۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (دادگاه عمومی)، رویه‌ای موجود است که رسیدگی به این دعاوی را به جهت قطعی بودن آراء هیأت تشخیص، خارج از صلاحیت محاکم عمومی دانسته است. بر این اساس در هر سه دادنامه «قرار رد» صادره در دادنامه‌های بدوی تأیید شده است. اگرچه دادنامه پیش‌گفته از شعب دیوان عدالت اداری صادر نشده‌اند، با این حال به لحاظ مرتبط بودن موضوع با حقوق اداری و صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به این نوع دعاوی، در اینجا ذکر شده است.

۳۴.۱. آمره بودن مقررات بیمه‌ای تأمین اجتماعی

رویه: مقررات بیمه‌ای قانون تأمین اجتماعی، آمره هستند و توافق درمورد آنها فاقد اعتبار است.

در موضوع آمره دانستن قوانین ناظر بر حق بیمه کارگران، در چهار دادنامه از شعب ۳۵ تجدیدنظر، ۱۵، ۴، ۱۸ و ۲۰ دیوان عدالت اداری، رویه‌ای موجود است که توافق، مصالحه یا قرارداد، در موضوع حق بیمه کارگر را مردود دانسته است. دادنامه

- <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NjJKeWhwidi8veFk9>
۱. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۷۴۴، مورخ ۱۳۹۱/۷/۳، شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=RnBlSzZRWFNUbE09>
 ۲. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۷۶، مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۷، شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WndENzlzL3ZDYk09>
 ۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۵۹۹، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۴، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VmjJTHJDdGJGYWs9>
 ۴. کلاس پرونده: ۳۸۵۹/۹۰/۱۵، شعبه ۱۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، اداره انتشار رویه قضایی کشور (مهر ۹۱)، ص ۱۱.
 ۵. کلاس پرونده: ۹۰۱۵۳، شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، اداره انتشار رویه قضایی کشور (مهر ۹۱)، ص ۱۱.
 ۶. کلاس پرونده: ۹۰۱۶۰۷/۲۰، شعبه ۲۰ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، اداره انتشار رویه قضایی کشور (مهر ۹۱)، ص ۳۱.

شعبه ۵ تجدیدنظر، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۱۶) دیوان مبنی بر امری دانستن قواعد حق بیمه قانون تأمین اجتماعی را تأیید نموده است.

گزارش نشست گروه حقوق مدنی؛ نقد رأی در مورد معامله وکیل با خود^۱

پژوهشگاه قوه قضاییه*

مقدمه

مطابق مقررات قانون مدنی، وکیل به نیابت از موکل و در حدود اختیارات مصرح در وکالت‌نامه، اختیار انجام اعمال حقوقی را دارد. طبق ماده ۶۶۰ قانون مدنی، وکالت ممکن است یا به‌طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد و یا مقید و برای امر یا امور خاص وی. ماده مزبور در ادامه مقرر داشته است مطلق بودن وکالت، مربوط به اداره کردن اموال موکل خواهد بود. در هر دو حالت ممکن است دامنه اختیارات وکیل محدود به اعمال حقوقی خاصی باشد مانند وکیلی که وکالت در خرید یا فروش مالی داشته باشد. در تمامی مواردی که اختیار وکیل به‌طور صریح در قرارداد وکالت مشخص شده است تنها می‌تواند در حدود تعیین‌شده عمل کند و فراتر از آن، نیاز به اجازه موکل است. در فرضی که هیچ‌گونه قیدی بر اختیار

۱. تاریخ برگزاری: ۱۳۹۶/۱۱/۱ مکان: پژوهشگاه قوه قضاییه، گروه حقوق مدنی

حاضرین:

۱- محمدرضا محمدی، دکتری حقوق خصوصی، مدیر گروه حقوق مدنی پژوهشگاه قوه قضاییه، وکیل پایه یک دادگستری.

۲- اکبر میرزائزاد جوبباری، دکتری حقوق خصوصی، عضو هیأت علمی مؤسسه عالی مدیریت.

۳- رضا خشنودی دکتری حقوق خصوصی و دادیار دادرای دیوانعالی کشور

۴- محمدرضا پنداشته پور، دکتری حقوق خصوصی و ...

۵- آقای قیصری، رئیس شعبه ... دادگاه تجدید نظر استان تهران و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

۶- احمد شهنیایی، دکتری حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی مؤسسه عالی مدیریت

* تهیه شده توسط محمدرضا محمدی، دکتری حقوق خصوصی، مدیر گروه حقوق مدنی پژوهشگاه حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه
m.mohamadi56@gmail.com



وکیل وارد نگشته، برای مثال، وی در خرید یا فروش مالی مختار باشد، قانون مدنی در قبال این سؤال که آیا وکیل شخصاً می‌تواند طرف معامله واقع شود، پاسخ صریحی نمی‌دهد. در برخی از وکالت‌نامه‌هایی که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود به اختیار وکیل در انتقال مورد وکالت به خود تصریح شده اما در اغلب آنها چنین تصریحی وجود ندارد. درنتیجه، در صورت عدم تصریح به اختیار وکیل در مورد انتقال مال به خود و نیز انتقال موضوع وکالت به خود، تکلیف چیست و معامله انجام‌شده چه سرنوشتی خواهد داشت؟ اینکه موکل صرفاً می‌تواند برای دریافت ثمن معامله به وکیل مراجعه کند، صحیح است یا غیرنافذ و نیازمند تنفیذ اوست؟ در این نشست، دو نمونه از آراء دادگاه‌ها در دسترس است که متضمن دو دیدگاه معارض می‌باشد و این امر انگیزه نقد دیدگاه مطرح‌شده در آراء را در گروه حقوق مدنی پژوهشکده حقوق خصوصی ایجاد کرد، لذا برای نیل به چنین مقصودی، نشستی در پژوهشگاه برگزار گردید و آراء مذکور مورد نقد و بررسی قرار گرفت.

متن آراء

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۵۰۷

تاریخ: ۱۳۹۲/۱۲/۲۶

مرجع: شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این رأی، دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر، معامله وکیل با خود را با استناد به وکالت‌نامه‌ای که در آن به اختیار وکیل به معامله با خود تصریح نشده، صحیح دانسته‌اند.

متن رأی شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران

درخصوص دادخواست تقدیمی خواهان آقای ف.ک. با وکالت خانم س.س.، آقای م. ق. به‌طرفیت خوانده خانم ف.غ. با وکالت آقای ع.م.، به خواسته صدور حکم بر ابطال معامله و برگ

انتقال شماره ۱۴۲۴۰- ۸۵/۱۲/۳ و اثبات مالکیت هر کدام مقوم به مبلغ ۵۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال و خسارت دادرسی، به این شرح که وکیل خواهان اعلام نموده که موکل براساس قرارداد شماره ۱۰۳۷- ۸۰/۲/۳۱ مالک شش دانگ یک دستگاه آپارتمان و یک واحد انباری در ساختمان‌های آتی‌ساز می‌گردد، سپس خواهان به موجب وکالت‌نامه شماره ۱۲۶۵۳- ۸۱/۳/۲۲ تنظیمی در دفترخانه شماره ... تهران درخصوص ۳ دانگ از ۶ دانگ، موضوع قرارداد فوق‌الاشعار وکالت داده است و در وکالت‌نامه، به خواننده اختیار داده شده که سه دانگ ملک را به هر شخص و با هر قید منتقل نماید ولی مشارالیه آن را به خود انتقال داده درحالی‌که اختیار چنین کاری را نداشته است لذا تقاضای صدور حکم به شرح ستون خواسته را دارد. وکیل خواننده دفاعاً اعلام نموده که صدور حکم به بطلان معامله فرع بر بطلان وکالت‌نامه است و از طرفی دادگاه کیفری مالکیت موکله را احراز کرده و سپس به لحاظ فروش آن به غیر، از سوی خواهان و نیز اقرارنامه محضری مجازات حبس وی تعلیق شده است، لذا با عنایت به مراتب فوق و مجموع اوراق و محتویات پرونده و نظر به اینکه در وکالت‌نامه شماره ۴۱۲۶۵۳- ۸۱/۳/۲۲ مورد اشاره، خواهان به همسرش خواننده جهت انتقال سه دانگ مشاع از شش دانگ آپارتمان و انباری مذکور با هر قید و شرط و نحو و ترتیب، در قبال هر مبلغ، وکالت اعطاء نموده و به این ترتیب وکالت مزبور به نحو مطلق داده شده و علی‌الظاهر با توجه به عموم و اطلاق مفاد و مدلول وکالت‌نامه مزبور خواننده اختیار داشته موضوع وکالت را به هر شخص ولو به خود انتقال دهد و از این حیث در مقررات قانون مدنی محدودیتی وجود ندارد و صرفاً مقنن در ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی در میحث نکاح بنا به مصالحی، تصریح به این امر را لازم و ضروری دانسته است و از طرفی نظر به اینکه عدم ارائه حساب مدت وکالت، از موجبات بطلان معاملات وکیل مختار و مجاز تلقی نمی‌گردد لذا دعوی مطروحه را وارد و ثابت ندانسته، حکم به بطلان و بی‌حقی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قبل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

متن رأی شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

درخصوص تجدیدنظرخواهی ف.ک. با وکالت: ۱- س.س. و م.ق. به طرفیت ف.غ. با وکالت ع.م. نسبت به دادنامه شماره ۳۱۵ مورخه ۹۲/۵/۲۶ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن، حکم بر بطلان دعوی ابطال معامله و برگ سند انتقالی شماره ۱۴۲۴۰ مورخه ۸۵/۱۲/۳ و اثبات مالکیت صادر گردیده است. نظر به اینکه دادنامه تجدیدنظرخواسته با توجه به محتویات پرونده مطابق مقررات قانونی صادر گردیده است و ادعای تجدیدنظرخواه قابل انطباق با شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ نمی‌باشد لذا اعتراض نامبرده، غیرموجه، تشخیص و به استناد ماده ۳۵۸ قانون مذکور ضمن رد اعتراض دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است.

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۱۳۸۴

تاریخ: ۱۳۹۱/۱۱/۳۰

مرجع: شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در این رأی، دادگاه تجدیدنظر، حکم دادگاه بدوی مبنی بر بطلان دعوی ابطال انتقال انجام شده را با استناد به وکالت‌نامه‌ای که در آن به اختیار معامله با خود تصریح نشده، نقض کرده و به ابطال انتقال، حکم داده است.

متن رأی شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران

م.ز. و م.گ. به طرفیت: ۱ - آقای ب.پ. فرزند ع. با وکالت آقای ع.ر. ۲ - آقای ح.ه. سردفتر دفترخانه اسناد رسمی ... تهران، به خواسته ابطال سند انتقال شماره ۲۲۸۸۶ - ۸۸/۳/۱۱ دفترخانه ... تهران و الزام خوانده ردیف اول به استرداد سند مالکیت ملک به پلاک ثبتی ۹۳/۵۷۲ بخش ۱۱ تهران با احتساب خسارات دادرسی مقوم به ۵۱ میلیون ریال به این شرح که وکیل خواهان بیان داشت خواهان به موجب سند رسمی وکالت شماره ۱۳۲۸۸ - ۷۱/۲/۱ دفترخانه ... بومهن، با ابطال وکالت به خوانده ردیف اول وکالت داده تا نامبرده درمورد املاک ارثی موکل ضمن تثبیت مالکیت او از اداره ثبت اسناد نسبت به اخذ سند رسمی ملک فوق‌الذکر به میزان سهم موکل اقدام نماید و خوانده مورخ ۸۱/۲/۷ موفق به اخذ سند گردیده و لکن نسبت به تحویل آن به خواهان اقدام نکرده و با هم‌دستی خوانده ردیف دوم و با استفاده از وکالت‌نامه مارالذکر اقدام به انتقال سند رسمی ملک خواهان طی سند شماره ۲۲۸۸۶ - ۸۸/۳/۱۱ دفترخانه ... تهران به نام خود نموده است. بنابراین، تقاضای ابطال سند مذکور و استرداد سند مالکیت اخذشده را دارد. با عنایت به محتوای پرونده ازجمله مفاد سند وکالت استنادی خواهان که در سطر پنجم آن تصریح شده «... و انجام هرگونه معامله قطعی و رهنی... اعم از اینکه موکل معامل باشد یا متعامل...»، بنابراین انتقال سند رسمی ملک خواهان به خوانده ردیف اول براساس سند مورد استناد وی و در حد وکالت اعطائی انجام شده و این دفاع وکیل خواهان که ملک موکل وی که با ابطال وکالت به خوانده ردیف اول منتقل شده، موروثی بوده و کل آن سهم‌الارث خواهان نبوده، مؤثر در مقام نیست زیرا بر فرض اثبات خواهان ذی‌نفع در مطالبه حقوق آنها نیست و دادگاه، دعوی خواهان را به طرفیت خوانده

ردیف اول غیرثابت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۶۵۶، ۶۶۰، ۶۷۱، ۶۷۴ قانون مدنی حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد و با نظر به عدم توجه دعوا به خوانده ردیف دوم، مستنداً به بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، قرار رد دعوی صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران است.

متن رأی شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ف.ص. با وکالت آقای م.ز. و م.گ. به طرفیت:

۱ - آقای ب.پ؛ ۲ - دفترخانه اسناد رسمی شماره ... تهران به سردفتری آقای ح.ه. از دادنامه شماره ۱۰۷۸ مورخه ۹۰/۱۰/۳ صادره از شعبه ۱۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که متضمن صدور حکم بر بطلان دعوی مطروحه از ناحیه تجدیدنظرخواه به خواسته ابطال سند انتقال شماره ۲۲۸۸۶ مورخه ۸۸/۳/۱۱ تنظیمی در دفترخانه ... و ایضاً الزام تجدیدنظرخوانده ردیف اول به استرداد سند مالکیت ملک به پلاک ثبتی ۹۳/۵۷۲ بخش ۱۱ تهران، به انضمام خسارت دادرسی است. دادگاه در این مرحله از دادرسی پس از بررسی مندرجات پرونده و مذاقه در مفاد وکالت‌نامه مستند دعوی تجدیدنظرخواه، من حیث المجموع تجدیدنظرخواهی به عمل آمده را وارد دانسته به لحاظ مغایرت دادنامه تجدیدنظرخواسته با مقررات قانونی، دادگاه دادنامه مذکور را شایسته نقض می‌داند زیرا اگرچه تجدیدنظرخوانده ردیف یک آقای ب.پ. وکیل وکالت‌نامه شماره ۱۴۳۸۸ مورخه ۷۱/۲/۱ تنظیمی در دفترخانه ۵ بومهن حوزه ثبتی دماوند بوده و مطابق اختیارات داده شده در وکالت‌نامه، حق انجام مفاد وکالت را داشته مع الوصف در اختیارات تصریح شده، تجدیدنظرخوانده ردیف اول آقای ب.پ. حق انتقال مورد وکالت از جمله پلاک ثبتی موضوع دعوی به نام خود را نداشته. به عبارت دیگر چنانچه قصد موکل وکالت‌نامه، تفویض اختیار به تجدیدنظرخوانده ردیف اول به عنوان وکیل خود در جهت انتقال پلاک یادشده به نام خود را داشت قطعاً مراتب را در وکالت‌نامه استنادی تصریح می‌نمود. عدم تصریح مراتب مذکور، به منزله عدم اختیار وکیل در انتقال پلاک ثبتی مورد وکالت به نام وکیل می‌باشد و چون اقدام تجدیدنظرخوانده ردیف اول به عنوان وکیل وکالت‌نامه شماره ۱۴۳۸۸ مورخه ۷۱/۲/۱، در انتقال پلاک ثبتی یادشده به نام خود از مصادیق اقدام فضولی بوده و در مانحن فیه، تجدیدنظرخواه به عنوان مالک و موکل وکالت‌نامه فوق‌الاشاره انتقال به عمل آمده را تنفیذ نمی‌نماید لذا انتقال انجام شده، در اساس محل خدشه بوده دادگاه با انطباق تجدیدنظرخواهی با بند (ه) ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، دعوی خواهان پرونده نخستین را نسبت به آقای ب.پ. وارد

دانسته، ضمن ابطال سند انتقال شماره ۲۲۸۸۶ مورخه ۸۸/۳/۱۱ تنظیمی در دفترخانه ... تهران، آقای ب.پ. را به استرداد سند مالکیت ملک تحت پلاک ثبتی ۹۳/۵۷۲ بخش ۱۱ تهران و ایضاً پرداخت خسارت دادرسی در حق خواهان پرونده نخستین محکوم می‌نماید. رأی صادره به استناد ماده ۳۵۸ قانون مذکور اصدار یافته و قطعی است. درخصوص تجدیدنظرخواهی به عمل آمده راجع به قرار رد دعوی صادره راجع به تجدیدنظرخوانده ردیف دوم، نظر به اینکه در این بخش دادنامه تجدیدنظرخواسته موافق با مقررات قانونی اصدار یافته و تجدیدنظرخواهی به عمل آمده با هیچ یک از شقوق مختلف ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی منطبق نمی‌باشد، دادگاه ضمن رد تجدیدنظرخواهی به عمل آمده به استناد ماده ۳۵۳ قانون مذکور عیناً قرار تجدیدنظرخواسته را در این بخش تأیید و استوار می‌نماید. رأی صادره قطعی است.

دیدگاه حاضرین در جلسه

دکتر میرزانژاد

در هر دو رأی، اصل «حاکمیت اراده» مطرح است لذا باید بررسی و استنباط کرد که طرفین در قرارداد وکالت، خواهان چه چیزی بوده‌اند تا قرارداد را براساس خواست آنها تفسیر نمود. در مانحن‌فیه محل نزاع این است که: آیا وکیلی که به اختیار او بر انتقال مال به خود (به‌طورکلی معامله با خود) تصریح نشده، اختیار انتقال مال موضوع وکالت را به خود دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا وکالت، إذن موکل بر انتقال مال به شخص وکیل را نیز دربرمی‌گیرد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال به دلایل متعدد می‌توان گفت اگر در وکالت‌نامه به اختیار وکیل به انتقال مال به خود تصریح نشده باشد، وکیل دارای چنین اختیاری نیست:

۱. فهم متعارف از وکالت‌نامه‌های مطلق این است که وکیل حق انتقال به خود را ندارد چون اصولاً وقتی طرفین به اختیار وکیل بر معامله با خود تصریح نمی‌کنند بدین معناست که چنین قصدی ندارند. عرفاً در اغلب موارد، ظاهر رفتار افراد حاکی از این است که وقتی درمورد مالی، به فردی وکالت می‌دهند یعنی اینکه وکیل می‌تواند آن را به هرکسی بفروشد اما درمورد انتقال به خود وکیل نیاز به تصریح دارد. این امر عرفی

را با توجه به مواد ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون مدنی می‌توان به‌منزله تصریح در عقد یا حداقل پذیرفته شدن از سوی طرفین تلقی کرد.

۲. با توجه به وضعیت حاکم بر جامعه، مصالح اجتماعی نیز اقتضاء می‌کند که در وکالت‌های مطلق چنین اختیاری برای وکیل پذیرفته نشود. یکی از تعهدات وکیل این است که در اقدامات خود در موضوع وکالت، غبطه و مصلحت موکل را رعایت نماید. در فرضی که وکیل مال را به شخص ثالثی انتقال می‌دهد، غبطه موکل را بهتر رعایت می‌کند اما در جایی که وکیل، خود طرف معامله واقع می‌شود بین رعایت مصلحت موکل و مصلحت خود به تعارض می‌افتد و حسب طبیعت انسانی بیشتر محتمل است که صرفه و صلاح خود را بر مصلحت موکل ترجیح دهد و درواقع از موقعیت پیش‌آمده به نفع خود سوءاستفاده کند.

۳. این استدلال که گفته می‌شود اصل، بر جواز انتقال به خود است و اگر قانونگذار می‌خواست معامله وکیل با خود را ممنوع کند همانند عقد نکاح تصریح می‌کرد، صحیح نیست و با استناد به آن نمی‌توان حکم به صحت انتقال مال موضوع وکالت به خود وکیل کرد چون حکم ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی با توجه به طبیعت و وضعیت ویژه عقد نکاح آمده است و درمورد معاملات دیگر مانند انتقال مال به خود، قانون ساکت است و از این سکوت نمی‌توان اختیار وکیل به معامله با خود را استنباط نمود. به تعبیر دیگر، قرائن و اماراتی وجود ندارد تا نشان دهد سکوت قانونگذار دراین‌باره در باب معاملات اساساً سکوت در مقام بیان بوده، بنابراین از آن می‌توان اختیار وکیل برای معامله با خود را برداشت کرد.

۴. ماده ۳۷۳ قانون تجارت درمورد رابطه بین آمر و حق‌العمل‌کار که طبق ماده ۳۵۸ همان قانون جز در موارد مصرح مقررات وکالت بر رابطه آنها حاکم است می‌گوید: «اگر حق‌العمل‌کار مأمور به خرید یا فروش مال‌التجاره یا اسناد تجارتي یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه بورسی یا بازاری دارد می‌تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده خود شخصاً

به‌عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مأمور به فروش آن بوده شخصاً به‌عنوان خریدار نگاه دارد مگر اینکه آمر دستور مخالفی داده باشد». در این ماده به‌روشنی اختیار معامله با خود به حق‌العمل‌کار در صورتی داده شده است که به دلیل وجود مظنه بورسی یا بازاری امکان سوءاستفاده او وجود ندارد. در خارج از آن موارد، حق‌العمل‌کار فقط در صورت تصریح آمر می‌تواند با خود معامله کند. ماده مزبور نمونه‌ای است از اینکه در وکالت مطلق، وکیل اختیار معامله با خود را ندارد، زیرا در غیر این صورت قانونگذار می‌توانست بدون اختصاص حکم به فرض خرید یا فروش اوراق بهاداری که مظنه بورسی یا بازاری دارند، به‌طور مطلق حق معامله با خود را به شرط رعایت غبطه، بدهد.

دکتر خشنودی

پاسخ به سؤال یادشده مستلزم بیان مقدماتی است زیرا بحث مذکور از جهات مختلف قابل بررسی و درخور تأمل است.

اولین نکته‌ای که به ذهن متبادر می‌شود اینک: آیا از منظر قواعد عمومی قراردادها، امکان انعقاد عقد توسط یک فرد وجود دارد یا خیر؟ صرف‌نظر از مطالب نظری پیرامون موضوع و تردید در امکان و عدم امکان انعقاد چنین عقدی، باید تصریح کرد با توجه به اینکه عقد، محصول قصد مشترک دو اراده است، ابراز آن به‌وسیله یک فرد میسر و عملی است. به همین اعتبار، قانون مدنی در ماده ۱۹۸ به‌صراحت آن را پیش‌بینی و صحت و اعتبار آن را تأیید کرده است. طبق این ماده «ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به‌عمل آورد». بنابراین، به استثناء مواردی از جمله مواد ۱۰۷۲ در عقد نکاح و ۱۲۴۰ در مورد معامله قیم با خود، که قانون مدنی به جهت رعایت پاره‌ای مصالح معامله با خود را منع کرده است باید در سایر موارد به‌عنوان قاعده کلی صحت معامله با خود را پذیرفت.

درخصوص عقد وکالت نیز این قاعده جاری است. با این حال، احراز قصد مشترک طرفین در یافتن پاسخ مؤثر است. چنانچه با توسل به قرائن و امارات دریابیم که موکل وکیل را در معامله با خود منع کرده است نمی‌توان معامله وکیل با خود را صحیح پنداشت.

نکته دوم این است که در یک تقسیم‌بندی کلی، امروزه با دو دسته وکالت مواجه هستیم که باید هریک از آنها را جداگانه تحلیل کرد:

دسته اول، ناظر به موردی است که رابطه حقوقی بین طرفین براساس یکی از عقود از جمله «عقد بیع» استوار می‌گردد، سپس به منظور استیفای حقوق ناشی از آن رابطه حقوقی و به سبب پاره‌ای موانع قانونی یا ملاحظات که طرفین دارند از تأسیس حقوقی وکالت استفاده می‌شود. در این فرض، عقد وکالت در مقام اجرای حقوق ناشی از عمل حقوقی دیگر، مانند بیع که به طور صحیح واقع شده است منعقد می‌گردد.

دسته دوم، مربوط به موردی است که وکالت در مقام صرف وکالت اعطاء شده است؛ بدین معنا که وکیل به نیابت از موکل خود، مجاز است به انعقاد عمل حقوقی که نتیجه آن حسب مورد ممکن است انتقال عین یا منفعت یا هر حق قابل انتقال و یا حتی ایجاد یک رابطه حقوقی دیگری باشد، بپردازد و به همین نحو نیز اقدام می‌کند.

امروزه اغلب وکالت‌ها از نوع نخست می‌باشد. در این فرض اصولاً بحث عدم رعایت غبطه و مصلحت موکل منتفی است چون وکالت در مقام اجرای حقوق ناشی از یک عمل حقوقی دیگری که به طور صحیح منعقد شده، اعطاء می‌شود و وکیل نیز با استفاده از آثار آن رابطه حقوقی و اختیارات حاصل از وکالت‌نامه، درواقع حقوق خود را اجرا می‌کند نه حقوق موکل را. در چنین مواردی انتقال به خود بلاشکال است و باید صحت آن را تأیید کرد.

ممکن است استدلال شود که براساس اصل عدم، در صورت تردید در اختیار وکیل در معامله با خود، نامبرده نمی‌تواند مورد وکالت را برای خود انجام دهد مگر اینکه موکل به طور صریح یا ضمنی چنین اختیاری را به وی داده باشد^۱

۱. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادهای، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۸۳، جلد دوم، ص ۸۲.

صرف‌نظر از اینکه با فرض وجود عقد وکالت به‌طور مطلق، امکان استناد به اصل عدم، به جهت حکومت ظاهر منتفی است، استدلال یادشده تنها از این جهت که بار اثبات ادعا بر عهده چه کسی است قابل استفاده خواهد بود. بر این اساس، اطلاق وکالت اقتضای اختیار موکل در انجام معامله برای خود دارد. در نتیجه، ادعای موکل مبنی بر عدم اختیار وکیل در معامله با خود باید اثبات شود. شاید همان‌گونه که برخی اشاره کرده‌اند بتوان در مواردی که شخصیت طرف معامله اهمیتی برای موکل ندارد اصل را بر جواز معامله وکیل با خود و در سایر موارد ممنوع دانست^۱ مگر اینکه قرائن و اماراتی بر تجویز آن وجود داشته باشد که البته در این فرض، برخلاف فرض سابق، اثبات آن بر عهده وکیل خواهد بود.

درخصوص دسته دوم نیز باید معامله انجام‌شده توسط وکیل را صحیح دانست زیرا:

اولاً، با توجه به مطالب پیش‌گفته، به‌ویژه ماده ۱۹۸ قانون مدنی، قاعده در حقوق ما این است که وکیل می‌تواند با خود معامله کند مگر در مواردی چون نکاح و معامله قیم که جنبه استثنائی دارد و معامله با خود ممنوع است.

ثانیاً، یکی از تعهدات وکیل رعایت غبطه موکل است. ضمانت‌اجرای آن نیز با توجه به مفاد مواد ۶۶۶، ۶۶۷ و ۹۵۳ قانون مدنی در تعریف «تقصیر»، همیشه عدم نفوذ معاملات و اقدامات وکیل نیست بلکه مسئولیت وی را به جبران خسارت در قبال موکل به‌همراه خواهد داشت. وانگهی فرض عدم رعایت غبطه پیوسته و همیشگی است و به موردی که وکیل با خود معامله می‌کند محدود نمی‌شود. بنابراین نباید به‌علت نگرانی از عدم رعایت غبطه موکل، از یک قاعده حاکم بر حقوق کشور عدول کرد چراکه همواره امکان جبران خسارت واردشده به موکل، از طرف وکیل وجود دارد بی‌آنکه امنیت قضایی معاملات مخدوش گردد.

ثالثاً، بنای طرفین در اعطاء وکالت مطلق، بر مسامحه می‌باشد و این امر دال بر بی‌اهمیت بودن شخصیت منتقل‌الیه برای موکل است. در غیر این صورت باید عدم اختیار و حق وکیل به انتقال به خود را تصریح کند.

۱. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، دوره متوسط حقوق مدنی: حقوق خانواده، تهران: گنج دانش، چاپ دوم،

رایعاً، از عبارات مذکور در ماده ۳۷۳ قانون تجارت که بر صحت عمل حق‌العمل‌کار درمورد معاملاتی که دارای بهای بازاری هستند دلالت دارد، می‌توان اختیار وکیل به معامله با خود را در موارد مشابه استنباط کرد، زیرا موارد ذکرشده در ماده مزبور حصری نیست و حکم آن قابل تسری به سایر موارد مشابه ازجمله موارد عقد وکالت خواهد بود.

خامساً، گذشته از مطالب پیش‌گفته، اعتقاد به صحت معامله با خود، با اصل صحت و لزوم معاملات، موافق و از نظر عملی نیز مرجح است و از نظر سیاست قضایی که بر جلوگیری از ازدیاد تعداد ورودی پرونده‌ها نظر دارد، قابل توجیه است زیرا چنانچه مورد وکالت پس از انتقال به وکیل، موضوع معاملات متعدد بعدی قرار گیرد، ابطال معامله اولیه به اعتبار عدم نفوذ آن، موجب بی‌اعتباری معاملات بعدی خواهد شد و خریداران باحسن‌نیت را که مورد حمایت تئوری ظاهر هستند در معرض خسارات جبران‌ناپذیری قرار داده، موجب تزلزل معاملات خواهد شد. درنتیجه، موکل می‌تواند به بهانه عدم رعایت غبطه یا تجاوز وکیل از حدود إذن، علیه موکل خود و تمامی ایادی برای ابطال معامله اقدام نماید که خود منشأ و علت طرح دعوای متعددی خواهد شد؛ امری که پذیرش آن با توجه به کثرت پرونده در دادگاه‌ها دشوار به‌نظر می‌رسد. به‌علاوه، چنانچه وکالت وکیل از زمره دسته اول باشد اعتقاد به عدم امکان انتقال به نامبرده، با این مشکل مواجه خواهد شد که او تنها مع‌الواسطه بتواند مال مورد وکالت را به خود منتقل نماید این امر نیز به تأسیس محلل شباهت دارد و در اینجا فاقد توجیه عقلی و حقوقی است.

انتظار می‌رود رویه قضایی نیز به سمت پذیرش اعتبار معامله وکیل با خود متمایل گردد. البته این استنباط در نظام قضایی ایران بی‌سابقه نیست؛ در این زمینه می‌توان به رأی شماره ۱۳۶۳/۲/۲۹-۹/۱۰۸ شعبه ۹ دیوان عالی کشور اشاره کرد: «ماحصل ایرادات فرجام‌خواه این است که: اولاً، فرجام‌خوانده (خواهان دعوی اصلی خلع ید و خوانده دعوی تقابل) حق فروش ملک موکل را با عنایت به وکالت علی‌الطلاق به خود نداشته؛ ثانیاً، در انجام این معامله ناصحیح (به میزان عشر ارزش واقعی ملک) مصلحت موکل را رعایت ننموده است. ملّخص استدلال دادگاه

صادرکننده حکم بدوی به اینکه با عنایت به عبارت کلی (هرکس) و مفهوم مطلق کلمه مذکور، فرجام خوانده نیز می‌توانسته از مصادیق آن باشد، صحیح و بلااشکال به نظر می‌رسد زیرا علاوه بر اینکه فتاوی آیات عظام بر جواز چنین معامله‌ای است پیش‌بینی خلاف آن به‌صورت استثناء بر این اصل کلی در ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی مؤید قبول و صحت این مسئله است و چون در مانحن‌فیه به‌موجب مواد ۶۵۶ لغایت ۶۶۵ قانون یادشده (مبحث کلیات وکالت) چنین استثنائی وجود ندارد ایراد وکیل فرجامخواه در این قسمت موجه نیست و رد می‌شود.

بنابراین، صرف منع نشدن وکیل از معامله با خود، قرینه‌ای برای عدم اختیار او در این خصوص نیست و در صورت تردید، در معاملات که شخصیت منتقل‌آلیه خصوصیتی ندارد اصل، بر اختیار وکیل برای معامله با خود است مگر اینکه بتوان با توسل به قرائن و امارات خلاف آن استنباط و اثبات نمود.

آقای پنداشته‌پور

درخصوص دو رأی صادره با موضوع وکالت که چالش اصلی و اختلاف‌نظر در هر دو پرونده، مبحث «انجام معامله وکیل با خود» است، مطالب در دو قسمت موجز و بیان می‌شود:

۱. کلیات مرتبط

الف: «عقد وکالت» همان‌گونه که در ماده ۶۵۶ قانون مدنی نیز مورد تصریح واقع شده «عقدی است که به‌موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری، نایب خود قرار می‌دهد» یا طبق گفته فقهاء «استنابه فی التصرف» است. مستنبط از این تعاریف، عقد وکالت، واسطه‌ای است میان مالک و اعمال مالکیت. مفهوم «نیابت» به همین فاصله بین «ذی‌التصرف» و «تصرف» اشاره دارد. یکی از فروع اصل آزادی اراده را می‌توان اصل «دخاله بالمباشره در اموال» دانست. به این بیان که اصل بر عدم انجام امور به‌وسیله غیر ذی‌سمت یا به تعبیری اصل بر انجام اعمال حقوقی و تصرفات توسط خود مالک است. این اصل، فروعاً مختلفی

در حقوق ما ایجاد کرده که از مهم‌ترین آنها اصل «عدم توکیل» است. اصل مزبور، خود در دو عرصه کاربرد دارد:

عرصه اول، جایی است که دَوران بین وجود و عدم اصل توکیل باشد. بر این اساس، اصل «عدم توکیل» است. برای مثال، هرگاه در اینکه آیا زندگی مشترک، جهت زوجین نسبت به فروش برخی از اموال مشترک یا اختصاصی طرف دیگر، ایجاد توکیل می‌کند یا خیر، تردید داشته باشیم اصل عدم توکیل راهگشاست.

عرصه دوم، اصل عدم توکیل درخصوص دایره اختیارات و محدوده اعمال قدرت وکیل می‌باشد. با توجه به اینکه وکالت عقد است و عقود در حدود مفاد خود معتبر هستند هرگاه تردید با این پرسش که آیا وکیل در امر خاصی اختیار دارد یا خیر، نمود یابد براساس اصل عدم توکیل، آن اختیار محل تردید از حوزه اختیارات وکیل خارج می‌شود. برای مثال، طبق ماده ۶۶۵، وکالت در بیع، وکالت در قبض ثمن نیست مگر اینکه قرینه قطعی بر آن دلالت کند. چنانکه برمی‌آید در این مورد حتی قانونگذار برخی امور را که عرفاً بر یکدیگر توالی دارند، برخلاف نوعی هم‌زمانی عرفی، از حوزه اختیارات وکیل خارج نموده است. فلذا عقد وکالت، عقدی است که جهت تسهیل امور برای موکل بنا شده است و به هیچ وجه نهادی شبیه نهادهای قانونی انتقال نیست. اگرچه برخی از مقررات، موجب سوق دادن این نهاد به رفتاری شبیه نهادهای انتقال، گشته است اما همواره باید تأکید کرد عقد وکالت، نیابتِ صرف است و در حیات و ممات، منوط به إذن موکل و استمرار رضایت ابرازشده از سوی وکیل.

ب: مسئله «اتلاق و عموم» در اصول فقه شیعه مسئله بسیار تأثیرگذاری است. به‌طور سنتی حکم عام بر همه افراد خود مجری است مگر خاص (لفظ) محدوده آن را تضییق کند، اما مطلق به شرط تشکیل مقدمات حکمت می‌تواند افراد خود را دربرگیرد. به‌علاوه، شمول عام، تام و مستقر است و نمی‌توان آن را متزلزل شمرد ولیکن مطلق ازجمله حاکمان متزلزل است که همواره زیر سایه اصل عدم ورود و تفسیر به قدرمتیقن قرار دارد. بر این اساس، در موارد اتلاق باید آنچه

را که متیقن است داخل در حکم اطلاق دانست و موارد مشکوک را خارج از آن. برای نمونه، در ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی به صراحت این قاعده را تکرار می‌کند. مسئله مهم در این خصوص آنکه مبحث اطلاق و عموم، از موارد مربوط به الفاظ اصول فقه است و کانون و محور بحث، بر الفاظ عام و مطلق استوار می‌باشد. به طور مثال، در زبان عربی، الفاظ عموم حتی‌الامکان احصاء شده؛ چنانکه نکره در سیاق نفی یا جمع محلی به «الف» و «لام» یا کل و ...، اما این امر در زبان فارسی چندان واضح نیست و قرائن هم به لحاظ اثباتی نمی‌تواند قطعاً بر قصد عموم یا اطلاق دلالت نماید، لذا مشخص نیست مراد از لفظ «همه» در متن وکالت را باید بر عام حمل نمود یا بر اطلاق؟ (در این فرض نیز تحت تأثیر اصل عدم توکیل هستیم و هرگاه امر دایر بین اطلاق و عموم شود از آنجا که دایره اطلاق، محدودتر از عموم است اصولاً باید جانب اطلاق را گرفت).

ج: مسئله مهم دیگری که باید در تفسیر اراده طرفین عقد وکالت در نظر گرفت مسئله عرف در عقد وکالت است. با چرخش معاملات به سوی ایجاد تشریفات مشخص، عرف نیز در امر وکالت رویکرد جدیدی یافته است که این رویکرد، همانا اعطاء وکالت متعاقب عقد قرارداد و توکیل جهت طی تشریفات می‌باشد. در این نوع معاملات اساساً معامله اصلی با شرایط و اوصاف معین وفق ماده ۱۹۰ قانون مدنی انجام شده اما از آنجا که تشریفات خاصی برای انتقال یا مالکیت لازم است متعاملین، یکی از طرفین را وکیل می‌کنند که در این گونه موارد غالباً خریدار برای طی تشریفات و نهایتاً انتقال به خود با هر قیمت و هر شرط، وکیل می‌شود؛ چراکه قرائن و شواهد قوی بر شروط و قیود معامله وجود دارد. تشخیص مفاد وکالت برای دادگاه، منوط به این نگرش عرفی است. در نتیجه، به منظور بازشناخت و تمیز حدود وکالت باید در این زمینه عرفی دقیق‌النظر بود.

د: منطق معاملات معوض، منطق موازنه عوضین است. مضافاً اینکه در بیان فقهاء معاوضه را «مغایبه» نامیده‌اند و از خلال مغایبه است که عدالت معاوضی شکل می‌گیرد. همان مفهومی که جهل یکی از طرفین باعث از میان رفتن آن می‌گردد و نهایتاً غبن به وجود می‌آید. در صورتی که طرفین شخصاً و مباشرتاً به معامله اقدام

نمایند خود بهترین سنجش‌گر سود و زیان هستند و در مواردی که یکی از طرفین به واسطه نماینده قانونی خود اقدام کند نظارت دائمی برای وی امکان‌پذیر است. درواقع، رعایت مصلحت موکل، همواره وکیل را تحت نظارت قرار می‌دهد. حال در مواقعی که وکالت از جنبه کلی برخوردار باشد این امر توأم با اشکال است. قانون مدنی، مطابق فقه امامیه درخصوص اطلاق، به تفسیر مضیق متمایل گشته لذا در ماده ۶۶۱ تصریح کرده است: «در صورتی که وکالت، مطلق باشد فقط مربوط به اداره اموال موکل خواهد بود». اداره، حد متیقن از نیابت است که نه انتقال عین را دربرمی‌گیرد و نه انتقال منافع را، اما در امر وکالت عام، گویی که فرد بخواهد اموال یا مال معینی را به هر قیمت و هر شرط بفروشد، باید از فقره قبلی کمک گرفت و اگر این وکالت، متعاقب معامله باشد جانب صحت، و در صورت فقد معامله سابق، باید جانب عدم نفوذ به معنای احتمال نقض مغاینه را تقویت کرد.

۲. نقد آراء فوق‌الذکر

براساس آنچه گفته شد، درخصوص آراء مورد بررسی بیان دو نکته لازم و ضروری است:

الف) عدم دسترسی به اسناد پرونده موجود؛ همان‌طور که در پرونده نخست بیان شده اگر قرائنی بر این امر که انتقال سه‌دانگ نشان از پرداخت فرضاً مهریه داشته باشد طبعاً می‌تواند با استعمال عموم الفاظ وکالت از جمله «هرکس» و «هرقیمت»، به ایجاد عقد صحیح دست یازد ولو این انتقال به خود وکیل باشد.

ب) درمورد رأی دوم باید اذعان نمود که اوضاع و احوال حاکم بر وکالت، اوضاع و احوال وکالت در نفس آن (وکالت) است و معامله سابقی موجود نیست. با این فرض هرچند استدلال دادگاه در تصریح به امکان انتقال در متن، استدلال درستی به‌نظر نمی‌رسد اما نهایتاً مفاد رأی صحیح می‌نماید. بهتر است دادگاه در استناد خود با استفاده از تفکیک بین وکالت عرفی که متعاقب معاملات داده می‌شود و وکالتی که مفید در

نفس وکالت است در قسم اخیر قائل به تفسیر مضیق مفاد وکالت، شود و امکان انتقال به خود را خلاف اصل تلقی نماید. این تفسیر را می‌توان به‌نوعی در ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی نیز مشاهده نمود.

آقای قیصری

مستفاد از مواد ۶۵۶، ۶۶۰، ۶۶۳، ۶۶۴، ۶۶۵ قانون مدنی از یک‌طرف و ماده ۶۷۱ از طرف دیگر، دو اصل در امر وکالت قابل استخراج و استنباط هستند؛ مستخرج از دسته اول مواد فوق، اصل در انجام مورد وکالت، لزوم تبعیت از اراده موکل است و انجام هر عملی که در وکالت مورد تصریح قرار نگرفته و نسبت به سایر موارد مصرح در وکالت جنبه استقلالی داشته باشد، از حیطه اختیار وکیل خارج است مگر اینکه إذن ضمنی موکل از قرائن قطعی قابل استنباط باشد. إذن بودن عقد وکالت نیز وجود چنین اصلی را اقتضاء می‌نماید. اصل دوم، تبعیت لوازم عقلی و عرفی عمل از إذن در عمل است. مطابق قاعده وجوب مقدمه واجب و اینکه «إذن در شیء، إذن در لوازم» است، هرگاه وکیل در امر وکالت، اختیار انجام عملی را داشته باشد بی‌تردید اختیار انجام لوازم و مقدمات آن عمل را نیز خواهد داشت و به‌منظور احراز اختیار در لوازم، نیاز به جستجوی قرینه قطعی بودن رنگ می‌بازد زیرا انجام عمل مورد وکالت بدون انجام مقدمه و لوازم مقدور نبوده و وابستگی و ارتباط تنگاتنگی بین لوازم و فعل مورد وکالت وجود دارد که انجام فعل بدون اختیار، انجام مقدمه غیرممکن است. بنابراین، در این مواقع سلب اختیار از وکیل در انجام لوازم و مقدمات عمل مورد وکالت، باید در وکالت تصریح شود و برخلاف اصل نخست در اعمال مستقل در صورت عدم تصریح، اصل بر عدم اختیار است مگر اینکه إذن ضمنی وکیل با قرینه احراز گردد. فلذا خلط این دو موضوع جایز نیست.

در موضوع احکام مورد نقد اختیار انتقال مال به خود، یک امر و عمل واجد استقلال است و از لوازم اختیار انتقال محسوب نمی‌شود چراکه انتقال ملک عرفاً و عقلاً مستلزم انتقال به خود نیست به‌نحوی که بدون انجام آن، انتقال مورد وکالت

مقدور نباشد تا اصل را بر اختیار وکیل در انتقال قرار دهیم و عدم اختیار را نیاز به تصریح بدانیم. از این رو وکیل جز در صورت تصریح، حق انتقال ملک به خود را ندارد. قرینه‌ای که می‌توان وجود إذن ضمنی موکل را از آن استنباط نمود، اعطاء وکالت در انتقال، متعاقب تنظیم سند عادی بیع مال مورد وکالت بین موکل و وکیل است و موکل پس از فروش ملک با سند عادی، به وکیل اختیار انتقال و تنظیم سند رسمی را که جزء تعهدات خود است، به خریدار اعطاء می‌نماید که در متن آراء به وجود چنین قرینه‌ای یا قرائن قطعی دیگر از این دست اشاره‌ای نشده است. بنابراین، به اعتبار اصل اول، وکیل حق انتقال مورد وکالت به خود را ندارد و عمل وی خارج از حدود اختیارش محسوب می‌گردد.

دکتر شهینی

موضوع اختیار وکیل در معامله با خود، موضوع دشوار و پیچیده‌ای است و علت اصلی آن، ارتباط این‌گونه معاملات با تعهد امانتداری و تعارض منافع موکل و وکیل است. بر این اساس، اختلاف دادگاه‌ها در این خصوص امری است طبیعی. و با وجود برداشته‌ها و آراء متفاوت، هریک از آنها حقایق و وقایعی را در بطن خود نهفته‌اند:

۱. از نقطه نظر حقوقی، معامله وکیل با خود، از حیث اعتبار اصل معامله بلاشکال است. در حقوق قراردادهای ایران، محور معامله و اراده طرفین، «عوض و معوض» به عنوان مورد معامله می‌باشد و اصولاً شخصیت طرفین نه در معامله نقشی دارد و نه در موضوع اراده طرفین، جایگاهی. ماده ۱۹۷ قانون مدنی، در معامله «اصالت» را بر مبنای ثمن و مئمن قرار می‌دهد و نیز ماده ۱۹۶ قانون مزبور متضمن امکان معامله برای فردی غیر از طرف معامله است. ماده ۲۰۰ قانون مدنی دربرگیرنده بی‌تأثیری شخصیت طرف در قصد و رضای معاملاتی و همچنین مبین ملاحظات «موضوعی و غیرشخصی» (subjective, non-objective) معامله و اراده طرفین است؛ بدین معنا که از نظر قواعد حقوق قراردادهای، آنچه اهمیت دارد مورد معامله است و هویت طرف معامله از حیث عناصر

شکل‌گیری آن (معامله) حائز اهمیت نیست. در واقعیت امر نیز هنگامی که موکل، وکالت در انتقال مال خود را به دیگری می‌دهد آنچه از نظر او بسیار مهم جلوه می‌کند تملیک مال و تملک ثمن است و اینکه انتقال‌گیرنده چه کسی باشد (اعم از ثالث یا خود وکیل)، نقشی در مدلول اراده وی ندارد (مگر در مواردی که برحسب اراده صریح یا نوعی وی، شخصیت طرف مهم باشد که البته در معاملات معوض مغایره‌ای همچون بیع این‌گونه نیست). از سوی دیگر، در قوانین کشور نیز موردی که معامله وکیل با خود را ممنوع اعلام کرده باشد به‌چشم نمی‌خورد. ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی مبنی بر منع وکیل جهت تزویج موکله به خود، ویژه نهاد اجتماعی خانواده و رابطه نکاح است و ماده ۱۲۴۰ مبنی بر منع قیّم از معامله از طرف مولیّ‌علیه با خود نیز صرفاً به مناسبت رابطه قانونی و غیرقراردادی قیّم با مولیّ‌علیه و مبنای حمایتی حکم بوده و موجد قاعده عمومی قابل اعمال بر معاملات و توافقات نیست. لازم به ذکر است علاوه بر دلایل فنی یادشده، اعتقاد به اعتبار معامله، با مصالح اجتماعی‌ای چون امنیت معاملات، رعایت حقوق اشخاص ثالث و نیز پرهیز از سرایت اختلاف و دعوا به اشخاص متعدد، سازگار است.

۲. با وجود این نباید از ویژگی حقوقی معامله وکیل با خود به‌سادگی گذشت. این معاملات، متضمن مفهوم «تعارض منافع» بوده و اغلب نظام‌های حقوقی نسبت به این واقعیت متوجه و حساس هستند. این امر نشأت‌گرفته از تعهد امانتداری وکیل است در مواردی که خود، طرف معامله قرار می‌گیرد، که عملاً ممکن است در تعارض با منافع شخصی وکیل قرار گرفته و نقض گردد. در چنین مواقعی نظام‌های حقوقی غالباً به جای اعلام بطلان معامله، سعی در تضمین رعایت تعهدات امانتداری و رعایت مصلحت موکل دارند؛ بدین معنا که معامله وکیل با خود نه از حیث اعتبار معامله بلکه از نظر رعایت تعهدات مدنظر قرار می‌گیرد و

در نتیجه، نقض این تعهد نه به عنوان خللی بر معامله بلکه به عنوان عمل ناقض تعهد و موجب مسئولیت تلقی می‌شود. ماده ۱۲۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت که معامله مدیران با شرکت متبوع خود را به منظور تضمین رعایت حقوق شرکت و پرهیز از تعارض منافع، به رعایت تشریفات خاصی از جمله تصویب هیأت‌مدیره و تأیید مجمع موکول می‌کند نمونه مناسبی است برای این رویکرد. بنا به تصریح ماده فوق‌الذکر، معامله مدیران با شرکت در فرض عدم تأیید مجمع، اصولاً معتبر است ولی عدم تأیید مجمع، موجب مسئولیت مدنی مدیران ذی‌نفعی که در صدد جبران خسارت هستند، می‌گردد.

این تلقی که آثار و بازتاب نهاد نمایندگی است، در حقوق تطبیقی بسیاری از کشورها متجلی است؛^۱ یعنی تعهد منع تعارض منافع وکیل ایجاب می‌کند که وی با خود معامله ننماید ولیکن در صورت نقض این تعهد، مسئول جبران خسارت موکل از طریق استرداد منافع احتمالی حاصل از نقض تعهد امانتداری در معامله با خود است. ناگفته نماند که عرف اجتماعی و اخلاقی کشور ما نیز می‌تواند به نوعی دالّ بر تعهد منع معامله برای خود در مورد وکالت باشد. غالباً افراد درستکار بر حسب قاعده عرفی و اخلاقی «پرهیز از قرار دادن خود در مظان اتهام و بدگمانی» از معامله برای خود مگر در موارد إذن صریح موکل خودداری می‌کنند. در چنین مواقعی چنانچه موکل بتواند ثابت کند که وکیل در معامله با خود در نتیجه تعیین ثمن، یا درج شرایط غیرمنصفانه ضرری به موکل رسانده است، موکل مستحق أخذ مابه‌التفاوت خواهد بود.

در ماده ۶۶۷ قانون مدنی نیز رعایت مصلحت موکل به عنوان تعهدات وکیل قید شده است و عدم رعایت آن، موجب مسئولیت وی و نه بطلان عمل است. اگرچه نباید نقض تعهد منع معامله با خود و یا نگرانی از عدم رعایت مصلحت موکل در معاملات وکیل با خود را در وکالت مطلق به ضمانت اجرای بطلان عمل مرتبط نمود ولی این نگرانی عام و رایج در خصوص معاملات وکیل با خود موجب

1. Howard Bennett, **Principles of the law of Agency**, p. 103.

تقویت احتمال نقض تعهد امانتداری می‌شود و در چنین مواردی باید به جای اتخاذ دو رویکرد مخالف و متضاد (اعتقاد بر بطلان معامله، و اعمال اصل برائت از مسئولیت برای وکیل)، راه میانه را برگزید؛ مقصود اینکه دادگاه‌ها در موارد ادعای موکل درخصوص معامله وکیل با خود، با درنظر داشتن اماره نقض تعهد امانی توسط وکیل در معامله با خود، دعوی را با رعایت اصول دادرسی به سمت مسئولیت وکیل در اثبات رعایت امانتداری و ضمانت‌اجرای متناسب نقض آن ازجمله جبران خسارت سوق دهند تا علاوه بر رعایت اصل صحت معاملات، حقوق موکل در بهره‌گیری از یک معامله منصفانه و نیز تعهدات و مسئولیت‌های قراردادی و عرفی وکیل در رعایت مصلحت موکل، مورد رسیدگی و تضمین قرار گیرد.

در پایان می‌توان گفت آراء مورد نقد اگرچه متضمن بخش‌هایی از واقعیات و دغدغه‌های معقول هستند ولی از این جهت قابل نقد و بررسی‌اند که دارای دیدگاه‌های مطلق‌گرا و انتزاعی‌اند؛ مراد اینکه هر دو رویه به سمت اعتبار مطلق یا بطلان مطلق معامله وکیل با خود گراییده‌اند درحالی‌که مبانی حقوقی و نیز مصالح اجتماعی اقتضاء می‌کند که این موضوع از حیث رعایت یا عدم رعایت تعهدات امانتداری وکیل در اقدام به مصلحت موکل و همچنین تمهید امارات قضایی متناسب درخصوص اثبات ادعای نقض تعهد یادشده درباره معامله وکیل با خود مورد رسیدگی قرار گیرد. روشن است که رعایت اصول دادرسی توسط دادگاه از حیث محدود بودن رسیدگی به نوع خواسته خواهان اعم از اعلام بطلان معامله یا مسئولیت وکیل در جبران خسارت نیز ضروری است.

نتیجه

بنا به استنباط و استنتاج از مباحث و مطالب نشست حاضر این سؤال اصلی به ذهن متبادر می‌گردد که: آیا با اعطاء وکالت به‌طور مطلق به وکیل درمورد خرید یا فروش یا هر عمل حقوقی ممکن دیگر نسبت به یک مال، اختیار معامله با خود برای وکیل ایجاد می‌شود یا خیر؟ در پاسخ به پرسش مزبور باید گفت آنچه اهمیت دارد اراده موکل است و این اراده زمانی اختیار انجام عمل حقوقی را به دیگری

می‌دهد که صراحتاً اعلام شود. از اطلاق الفاظی چون «هرکس» — که در وکالت‌نامه‌ها استفاده می‌شود، نمی‌توان اعطاء اختیار به وکیل برای معامله با خود را استنباط کرد زیرا در شمول این لفظ بر خود وکیل، تردید است و جایی که اختیار وکیل محل تردید باشد اصل بر عدم اختیار اوست. از سوی دیگر ملاحظه سابقه بحث در فقه نشان می‌دهد که فقهاء نیز در این زمینه اختلاف نظر دارند؛ در برخی کتب فقهی فروش مال توسط وکیل به موکل در فرضی جایز دانسته شده است که موکل صریحاً اجازه داده باشد و در این زمینه عقد بیع و عقد نکاح یکسان دیده شده‌اند.^۱ گروهی دیگر از فقهاء معامله وکیل با خود در فرض سؤال را نافذ دانسته‌اند^۲ و عده‌ای هم در فرض تردید در قصد موکل، مسئله را به عرف و لغت ارجاع داده‌اند. براین اساس، در پاسخ به سؤال باید جانب احتیاط را نگاه داشت بی‌آنکه وکیل را مجاز به معامله با خود بدانیم. بیم از عدم رعایت مصلحت موکل نیز، اگرچه امری فرعی در این قضیه است، اما می‌تواند در تفسیر قصد موکل کمک کند. درواقع بالا بودن احتمال عدم رعایت مصلحت موکل از سوی وکیل در فرض معامله با خود، اصولاً موکل این اختیار را به وکیل نمی‌دهد مگر با الفاظ صریح. از نظر تطبیقی نیز مطالعه برخی از قوانین خارجی نشان می‌دهد که یک نماینده فقط در فرضی می‌تواند با خود وارد معامله شود که اصیل این اختیار را به او داده باشد. برای مثال، طبق ماده ۱۸۱ قانون مدنی آلمان، جز در موارد مصرح، نماینده، اختیار انجام معامله با اصیل به نام خود یا به نام شخص ثالث ندارد.

۱. محقق حلی، *شرایع الاسلام*، بیروت: دارالعلوم، ۲۰۱۴م، ج ۲، ص ۵۱۰.

۲. محمدحسن نجفی، *جواهرالکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، پاییز ۱۳۶۷، ج ۲۷، ص ۴۲۹ به بعد.

فهرست منابع:

۱. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی — قواعد عمومی قراردادها، ج دوم، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، (پاییز ۱۳۸۳).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره متوسط حقوق مدنی: حقوق خانواده، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، (۱۳۷۶).
۳. محقق حلی، شرایع الاسلام، بیروت: دارالعلوم، ۲۰۱۴م، ج ۲، ص ۵۱۰.
۴. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، (پاییز ۱۳۶۷)، ج ۲۷.

5. Howard Bennett, Principles of the law of Agency, p. 103.