

الرحمن الرحيم



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه

مدیرمسئول: 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 میرحسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمدصادقی، دکتر رضا وصالی محمود، دکتر محمدحسین هاشمی

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

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.ir

کدپستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۱۵۰

قیمت: ۸۰/۰۰۰ ریال

«شيوه‌نامه نگارش محتوا در فصلنامه علمی، تخصصی رأی»

مقدمه

حوزه موضوعی فصلنامه رأی، آرای قضایی است و مقالات پیشنهادی می‌تواند در اشکال متفاوت و متنوعی ارائه شود. محقق می‌تواند تمام یا بخشی از یک رأی را مبنای مطالعه و پژوهش خود قرار داده و به نگارش «نقد رأی محور» بپردازد. هم‌چنان‌که مقاله تحلیلی می‌تواند بر مبنای سنتز دو یا چند رأی مرتبط به هم شکل گیرد و عنوانی مانند علم قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی مورد بررسی واقع شود و به صورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت‌های نقد رأی» همواره در شماره‌های گذشته بخش معتناهی را به خود اختصاص داده و صرفاً نکات اصلی و بارز هر رأی را در معرض نقد قرار می‌دهد. به هر حال آنچه تمام بخش‌های مجله را (جز بخش بایسته‌های نگارش و نقد رأی) از مطالعات آزاد حقوقی متمایز می‌کند، نقطه آغاز و محور اصلی مطالعه است که در رأی و یا رویه عملی مراجع قضایی خلاصه می‌شود. به منظور آشنایی با سبک‌های نگارش، تحلیل و نقد رأی، بخشی از فصلنامه به «بایسته‌های نگارش و نقد رأی» اختصاص یافته است که به روش‌شناسی تولید این ادبیات و مطالعاتی که موضوع آن مشخصاً آراء قضایی است، می‌پردازد. بخش «نقد و تحلیل آراء خارجی و ترجمه» نیز به عنوان بخش پایانی فصلنامه در همین راستا پیش‌بینی شده است. علاوه بر آن از شماره پنج این فصلنامه بخش «گزارشات» نیز به مجله اضافه شده است. گزارش‌های مزبور در دو دسته «گزارش رویه قضایی» که صرفاً به توصیف رویه قضایی موجود در یک زمینه خاص می‌پردازد و دسته «گزارش جلسات نقد رأی» که صورت‌جلسات نشست‌های نقد رأی را ارائه می‌دهد، پیش‌بینی شده است. بر این اساس برای به سامان کردن نگارش نقدها در قالب‌های گوناگون و متنوع فوق شیوه‌نامه نگارش محتوا برای هر قسمت به صورت مجزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلاً ارائه می‌گردد:

الف. کلیات شیوه‌نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه می‌گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده(ها) آن است.
۲. مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه Word 2010 یا جدیدتر نگارش شده باشد.
۳. فونت متن و پانویس‌ها B Nazanin و سایز متن ۱۲ و پاورقی ۱۰ باشد.
۴. در هیچکدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.
۵. در مقالاتی که نیاز به استناد به رأی وجود دارد، حتی‌الامکان جدول مشخصات رأی به ترتیب شامل شماره دادنامه یا کلاس/شماره پرونده، تاریخ، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی در آراء دادگاه‌های اداری و مرجع رسیدگی‌کننده (صدور رأی) درج گردد.

مشخصات رأی (بدوی/تجدیدنظر)

شماره دادنامه:

تاریخ:

خواسته یا اتهام:

خواهان یا خوانده (حقوق عمومی):

مرجع رسیدگی‌کننده (صدور رأی):

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

• کتاب‌ها

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.

• مقاله‌های 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).

۷. در صورت لزوم درج فهرست منابع، سبک شیکاگو به شرح ذیل مورد تأیید خواهد بود. در خصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که تمام منابع ابتدائاً بر اساس نوع و سپس بر اساس نام خانوادگی نویسنده فهرست خواهند شد:

• کتاب‌ها

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان کتاب به صورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار).
مثال: کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).

• مقاله‌های مندرج در نشریات

نام خانوادگی نویسنده، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه به صورت 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 به صورت 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).

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

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

۱۰. در خصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی‌کننده حذف گردد. در خصوص 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.

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 قضائی می‌باشد.

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

۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(ها) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دو - نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه آراء مختلف است؛ لذا لاقلاً استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع، الزامی خواهد بود.

۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.

۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه و منابع و مأخذ می‌باشد.

۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(ها) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه مورد اشاره، در مجموعه آراء قضائی به چاپ رسیده باشد، درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه رأی کافاست؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

۶. در بدنه مقاله، نویسنده به بررسی یک موضوع حقوقی خاص در رویه قضایی و آراء صادره از 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 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:

در این بخش ابتدائاً عنوان مقاله (موضوع اصلی رأی مورد نقد) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(ها) ذکر می‌شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد. مشخصات دادنامه مورد در جدول رأی درج می‌گردد.

دوم. وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد. سپس در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد، درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه رأی کافیت؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

سوم. نقد و بررسی:

در این بخش از مقاله، نویسنده به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه صادره پرداخته و نظرات خود را در تأیید یا رد استنادها 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 دادنامه صادره و استنادها 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(ها) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد. مشخصات دادنامه مورد نقد در جدول رأی درج می‌گردد.

دوم. وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد 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.

سوم. نقد و بررسی:

در این بخش، نویسنده به ارائه یادداشتی در بیان نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه صادره پرداخته و نظرات خود را در تأیید یا رد استنادها و استدلال‌های قضات مختصراً بیان می‌کند.

پنج - گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه، مستند قرار گیرد و در بیان رویه متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.
۲. در ارائه چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه قضایی محاکم بوده و نقد آنها به هیچ وجه مد نظر نیست. لازم به ذکر است که این گونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.
۳. حجم گزارشات حداکثر ۵۰۰۰ 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(ها) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه رأی کافاست؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

شش - ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه آراء برگزیده مراجع قضایی بین‌المللی و نیز آراء داخلی سایر کشورها، ترجمه نقد آراء و رویه قضایی کشورهای خارجی و نیز ترجمه مقالات حول محور شیوه نگارش آراء را به چاپ برساند.
۲. حجم مقالات ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.
۳. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً ترجمه عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(ها) و همچنین نام مترجم(ها) ذکر می‌گردد. افزون بر آن، در پاورقی همان صفحه عنوان، مشخصات لاتین مقاله، سمت و درجه علمی نویسنده(ها) و مترجم(ها) و آدرس ایمیل مترجم مسئول نوشته خواهد شد.
۴. خواهشمند است متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه آن ارسال گردد.
۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاقضاء ترجمه آن الزامی است.

هرگونه دریافت و پیگیری مقالات از طریق سامانه نشر مجله رأی به آدرس www.raayjournal.ir امکان‌پذیر می‌باشد. همچنین مخاطبین محترم مجله می‌توانند جهت مشاهده فایل مقالات شماره‌های پیشین مجله از طریق سامانه 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 به‌دست آید به احتمال زیاد تصویری ناقص و نامطمئن از واقعیت خواهد بود، از همین روست که در کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته بر اهمیت منابع دیگر حقوق تأکید می‌شود و رویه قضایی هم در این عرصه، از جمله مهم‌ترین این منابع است.

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

به‌علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه درمورد انتشار آراء به‌عمل آمده است، اجرا نشدن بند ۴ بخش (د) ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضات و وکلای جز از طریق تجربه شخصی، راه مطمئنی برای پی بردن

به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق، در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه حل 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 شماره دیگری از فصلنامه رأی هستیم احساس می‌شود که در پیوند دادن دکترین و رویه قضایی محاکم قدمی مؤثر برداشته شده است. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هر یک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل‌گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آرا کمک خواهد کرد. سنت نقد نویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله در کشور ما سابقه زیادی ندارد، اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم‌داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند. چند مقاله راهنما و برخی نقدهای ساختارمند منتشر شده در شماره‌های پیشین الگوهای مناسبی هستند که می‌توانند ذائقه 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

درباره قواعد تعدد جرائم تعزیری در پرتو آراء قضایی	۱۷
دکتر محمدعلی اردبیلی	
تضمین نسل دوم حقوق بشر در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری	
(۱۳۹۴ - ۱۳۸۸)	۳۹
وحید آگاه / محمد نبی بوربوری	
رعایت قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا با رسیدگی به دعوای تقابل	۵۹
حسن محسنی	
تزام عدالت و مصلحت در اجرای احکام راجع به مطالبه قیمت املاک	
تصرف شده از سوی شهرداری	۶۹
مهدی فتاحی	
مرجع صالح رسیدگی به دعاوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی	
به طرفیت دولت	۹۳
محمد حسنونند / مرضیه سلمانی سبینی	
تحلیل اثر قید عندالاستطاعه در آراء محاکم از دو منظر ماهیت	
مهریه و حق حبس زوجه	۱۱۱
الف) منظر اول: تحلیل ارتباط قید عندالاستطاعه با ماهیت مهریه	۱۱۱
سید احسان رفیعی علوی / سعید محجوب	
ب) منظر دوم: تحلیل ارتباط قید عندالاستطاعه با مفهوم حق	
حبس زوجه	۱۲۷
سعید محجوب	
مرجع صالح رسیدگی به جرم نگهداری دیسکت های مبتذل	۱۳۹
تهمورث بشیریه / بزرگمهر بشیریه	

- یادداشتی بر رأی صادره در خصوص اعتراض ثالث نسبت به
 امر کیفری..... ۱۴۵
- امید شهبازی / پویا شیرانی بیدآبادی
 تأملی بر مفهوم آلت قمار..... ۱۵۳
- سیدمهدی کاظمی
 نقد رأی بلانکو..... ۱۶۱
- سعید خانی‌والی‌زاده
 گزارش رویه شعب دیوان عدالت اداری (شش ماه نخست ۹۳) -
 قسمت سوم..... ۱۷۷
- پژوهشگاه قوه قضائیه
 گزارش نشست نقد رأی: اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی (نقد
 رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)..... ۱۹۹
- پژوهشگاه قوه قضائیه

درباره قواعد تعدد جرائم تعزیری در پرتو آراء قضایی

دکتر محمدعلی اردبیلی*

مقدمه

طرح یک پرسش در آزمون وکالت سال ۹۷ مناسبتی برای نویسندگان پیش آورد تا به بحث پیرامون یکی از مسائل ماهیتی حقوق کیفری در این مجال بپردازد. پرسش این بود: «سارق به قصد ورود به مغازه جواهرفروشی، تونلی از محل سکونت خود در زیرزمین حفر می‌کند، لیکن در انتهای مسیر تونل، اشتبهاً سر از خانه همسایه در می‌آورد که بلافاصله دستگیر می‌شود. متهم به ارتکاب چه جرم (جرائمی) قابل تعقیب کیفری است؟

(۱) تخریب عمدی

(۲) شروع به سرقت

(۳) در حکم شروع به سرقت

(۴) تخریب و ورود به عنف به منزل دیگری و شروع به سرقت^۱

در این جا بر آن نیستیم که درباره گزینه درست و پاسخ به پرسش به شرح و تحلیل واقعه بپردازیم، بلکه با نقل بعضی از آرای دادگاه‌های عمومی جزایی در پرونده‌هایی که جریان واقعه بیش و کم شباهت‌هایی با پرسش مذکور دارد، قصد داریم به درک درست از تراز سنجش دادگاه‌ها در قضایایی که متهمان برای تحقق منویات خود ناگزیرند مقدماً به جرائم دیگری دست بزنند، برسیم. قطعاً خواننده در پایان این مقاله گزینه درست را از نادرست در پاسخ پرسش مذکور به شرحی که خواهد آمد، تشخیص خواهد داد. اما پرسش ما در این مقاله دقیقاً این



است که آیا دادگاه‌ها مجازند در مواردی که متهمان برای رسیدن به اغراض خود زمینه را با ارتکاب جرائم پیشین مهیا می‌کنند، از تعقیب این جرائم به این دلیل که با جرائم پسینی به ظاهر ارتباط دارند خودداری کنند؟ مبنای حقوقی چنین جوازی چیست؟ و نادیده گرفتن این جرائم چه آثار و تبعاتی دارد؟ در پاسخ به پرسش‌های مذکور، افزون بر آرای دادگاه‌ها که نمونه‌هایی از آن را انتخاب و قسمت‌هایی که به بحث ما ارتباط دارد نقل کرده‌ایم، به تحلیل برخی از نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در خصوص این موضوع نیز پرداخته‌ایم. نظریات اداره مذکور هر چند مشورتی است و در قامت نظریات عالمان حقوق اظهار شده است، لیکن تأثیر آن بر راه‌گشایی مسائل و معضلات قضایی و ایجاد رویه در دادگاه‌ها انکارناپذیر است. در خلال نقد بعضی از نظریات اداره حقوقی، قصد بر این بود که ضمناً بازتاب این نظریات در آرای دادگاه‌ها و همسویی این دو مرجع را در موضوعی واحد نشان دهیم.

هم‌چنان که در نمونه آراء دادگاه‌ها در ادامه دیده می‌شود، اختلاف‌نظر دادگاه‌ها درباره تعدد جرم بر سر آن دسته از جرائمی است که تعزیری نام دارد. هر آینه بیان این مطلب به این معنی نیست که موضوع تعدد جرائم در فرض وقوع جنایات و جرائم مستوجب حد از بحث و جدل‌های حقوقی - فقهی برکنار مانده و یا بی‌نیاز از طرح و تحلیل قواعد حاکم بر آن است.^۱ ولی باید اذعان نمود که به طور کلی قواعد و اصول حاکم بر جرائم متعدد در باب حدود و قصاص و دیات در مقایسه با جرائم تعزیری، مندرج در قانون مجازات اسلامی از قوام و انسجام بیشتری برخوردار است و ابهامات کمتری در آن راه دارد.

۱. برای نمونه بنگرید به: ترجمه، شرح و تعلیقه مبانی تکمله المنهاج (کتاب القصاص، فصل اول)، به قلم دکتر احمد حاجی‌ده‌آبادی، تهران، بنیاد میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۹ به بعد و قواعد فقه دیات (مطالعه تطبیقی در مذاهب اسلامی)، از همان نویسنده، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۳۵۶ به بعد.

مشخصات رأی^۱

شماره دادنامه: ۰۷۱۳

تاریخ: ۱۳۹۰/۷/۱۲

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۰۳۳ دادگاه عمومی جزایی تهران
مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

شماره دادنامه: ۹۰۰۹۹۷۲۱۸۰۴۰۱۳۷۰

تاریخ: ۱۳۹۰/۱۲/۲

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۱۶۴ دادگاه عمومی جزایی تهران
مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

شماره دادنامه: ۰۰۲۸۰

تاریخ: ۱۳۹۱/۳/۲

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۰۵۱ دادگاه عمومی جزایی تهران
مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان

۱. خلاصه شکایت و رأی

شعبه ۱۰۳۳ دادگاه عمومی جزایی تهران در رسیدگی به اتهامات تنی چند از متجاوزان دایر بر ورود به عنف و تخریب و ورود به عنف و تخریب و ضرب و جرح عمدی و توهین در خصوص یکی از متهمان به شرح کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب، پس از بررسی جامع اوراق و محتویات پرونده چنین رأی داده است: «با احراز بر همکاری متهمان و با توجه به رابطه استلزامی بزه ورود به محل و تخریب بنا، متهمان را از حیث ارتکاب جرم تخریب با اعمال ماده ۶۷۷ و ۴۶ قانون مجازات اسلامی و با اعمال ماده ۲۲ قانون

۱. مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری)، پژوهشگاه قوه قضاییه، شهریور ۱۳۹۱.

مجازات اسلامی به لحاظ فقدان سابقه کیفری به پرداخت هر کدام دو میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌نماید». به عبارت دیگر، نظر دادگاه بر این است که چون میان بزه ورود غیرمجاز به ملک دیگری و تخریب آن رابطه استلزامی وجود دارد به این معنی که ورود به ملک دیگری لازمه تخریب آن است، لذا مطابق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی،^۱ مجازات جرمی داده می‌شود که اشد است. این رأی در دادگاه تجدیدنظر عیناً تأیید گردید.

در پرونده دیگری شعبه ۱۱۶۴ دادگاه عمومی جزایی تهران، متهم را که برای سرقت مبلغ یکصد هزار تومان از داخل خودرو شاکی ناگزیر به تخریب قفل در خودرو دست زده بود، به استناد ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) به هفت ماه حبس تعزیری و در خصوص سرقت وجه نقد، افزون بر رد مال، او را به نه ماه حبس تعزیری و چهل ضربه شلاق تعزیری بدون آنکه مستند حکم را در این فقره ذکر کند، محکوم کرده است. در لایحه تجدیدنظرخواهی، متهم ضمن اعتراف به خطا و اشتباه خود درخواست تخفیف در میزان مجازات را می‌نماید. شعبه تجدیدنظر در رأی خود چنین اظهارنظر می‌کند: «اولاً: اعتراض معترض در خصوص محکومیت به علت تخریب را وارد تشخیص می‌دهد، زیرا تخریب قفل در خودرو برای سرقت لوازم داخل خودرو مقدمه سرقت محسوب و جرم مستقلی تلقی نمی‌گردد. علی‌هذا در این قسمت به استناد تبصره ۱ ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، با نقض دادنامه معترض‌عنه رأی برائت آقای م. الف. صادر می‌گردد...». اما در خصوص محکومیت به دلیل سرقت، اعتراض تجدیدنظرخواه را با توجه به ادله جرم نمی‌پذیرد. درنهایت با توجه به میزان مبلغ مسروقه، محکومیت به حبس و

۱. ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰: «در جرایم قابل تعزیر هرگاه فعل واحد دارای عناوین متعدد جرم باشد مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است». در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این ماده جای خود را به ماده ۱۳۱ ناظر به تعدد اعتباری جرم داد که در اصل مضمون واحدی دارند.

شلاق را در حق محکوم علیه بدوی شدید تشخیص داده و سرانجام نه ماه حبس و چهل ضربه شلاق را به استناد ماده ۶۶۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) به تحمل چهار ماه حبس و بیست ضربه شلاق تقلیل و تغییر می دهد و دادنامه شعبه بدوی را در این قسمت اصلاح و تأیید می کند.

شعبه ۱۰۵۱ دادگاه عمومی جزایی تهران نیز در پرونده مشابه دیگری که متهم برای ارتکاب سرقت این بار کلید تهیه کرده بود، او را از این بابت به مجازات حبس محکوم نموده است. اما دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که: «ساخت کلید مقدمه سرقت است تعیین مجازات جداگانه [برای آن] فاقد مبنای قانونی است...» بدون ذکر مستند قانونی، حکم به «حذف» مجازات داده است. حال آنکه در رأی پیشین، دادگاه تجدیدنظر به استناد تبصره ۱ ماده ۲۲ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب حکم به «برائت» متهم صادر کرده بود. تمام سخن ما در این مقاله بر سر همین سیاست چشم پوشی دادگاه ها از یک سلسله جرائمی است که با تعبیراتی مانند «مقدمه»، «ملازمه» و «ناموجه بودن مجازات مستقل، در نهایت به معافیت بزهکاران از بخشی از مجازات ها می انجامد. پرسش ما دقیقاً این است که بر مبنای کدام قاعده یا اختیارات قانونی، دادگاه ها در اعطای معافیت از مجازات در قضایای مذکور خود را محق می دانند؟ اگر کسی که مرتکب جرم شده است، برای این منظور ناگزیر باشد دست به اقداماتی بزند که خود مستقلاً جرم است، آیا برای این اقدامات مقدماتی مصون از تعقیب و مجازات است؟ در یک پرونده کلاهبرداری شعبه ۱۰۰۸ دادگاه عمومی جزایی تهران (دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۹۷۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹) پس از احراز بزهکاری متهم به جرم جعل و استفاده از سند مجعول و کلاهبرداری اظهار می دارد: «استفاده از سند مجعول مقدمه و لازمه وقوع بزه کلاهبرداری است که همان توسل متهم به وسایل متقلبانه محسوب می شود. بنابراین دادگاه به استناد ماده ۴۷ و ۵۳۶ از قانون مجازات اسلامی و ماده یک از قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب سال ۱۳۶۷ مجمع

تشخیص مصلحت نظام متهم موصوف را از بابت جعل به تحمل شش ماه حبس تعزیری و از بابت کلاهبرداری به تحمل یک سال حبس تعزیری و به رد اصل مال ۵۶۰۰۰۰۰۰ ریال به شاکی و نیز پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است به نفع صندوق دولت محکوم می‌نماید و...» اما شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ضمن آنکه ایراد و اعتراض موجه و مؤثری که موجبات نقض و بی‌اعتباری دادنامه معترض‌عنه را ایجاد نماید، نمی‌بیند و دادنامه را از حیث رعایت تشریفات قانونی و مبانی استنباط و توجه به مستندات فاقد اشکال تشخیص می‌دهد، اظهار می‌دارد: «با توجه به اینکه جعل نیز مقدمه کلاهبرداری بوده لذا تعیین مجازات مستقل برای آن موجه نبوده» است، با حذف شش ماه حبس برای جعل و اصلاح دادنامه به استناد ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

البته این زنجیره ممکن است با افزایش حلقه‌های بیشتری تداوم یابد و حتی ارتکاب جرم اصلی مقدمه‌ای برای جرائم پسینی به شمار رود. در هر حال، ترکیب جرائم چه در زمان و چه هم‌زمان صورت‌های گوناگونی دارد که هر یک تابع اصول و قواعدی است که باید مستند احکام دادگاه‌ها قرار گیرد. در بسیاری از آرای دادگاه‌ها، اغلب دلایل این جرح و تعدیل روشن نیست و از تصریح مستند قانونی و یا عقلی آن غفلت شده است. از این رو، غیرمستدل بودن رأی، به ویژه در آرائی که دادگاه‌ها عقیده بر حذف مجازات دارند، صرف‌نظر از موجه یا ناموجه بودن این تصمیم، اغلب در صحت حکم صادر شده تردید ایجاد می‌کند. درحالی‌که وجاهت رأی بسته به جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی است که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده (بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی).

اما آنچه که درباره آن نمی‌توان تردید کرد، اختلاف‌نظر دادگاه‌ها درباره تعدد جرائم و ارتباط آن‌ها با یکدیگر در منظومه واقعه مجرمانه است. این اختلاف‌نظر تنها به استنباط دادگاه‌ها از قانون و اصولی که اساس رأی را تشکیل می‌دهد

خلاصه نمی‌شود، بلکه از سوی دیگر، تشخیص مصادیق جرائم متعدد نیز از این چندگانگی برکنار نمانده است. در ادامه این گفتار پس از توضیح کوتاهی از موقعیت و ارتباط جرائم با یکدیگر، در تحلیل آراء و درنهایت به این اختلاف نظر خواهیم پرداخت.

۲. صورت‌های تعدد جرم

عالمان علوم جنایی از دو منظر به تعدد جرم نگرسته‌اند؛ از منظر جرم‌شناختی و به ویژه کشش و تمایل بیش‌و کم پایدار برخی از بزه‌کاران به قانون شکنی که آن را نشانه ناسازگاری و تطابق ناپذیری با هنجارهای اجتماعی به شمار آورده‌اند و از منظر سیاست جنایی و چگونگی رویارویی با بزه‌کاران بی‌پروا و گستاخ به منظور حفظ امنیت شهروندان. حقوق کیفری یکی از ابزارهای چنین سیاستی در ساده‌ترین شکل آن یعنی کاربرد مجازات‌ها در خدمت بازدارندگی است. اما نکته مهم این است که واقعیت رفتارهای مجرمانه متعدد و مفهوم حقوقی تعدد جرم، دو سر مقوله واحدی هستند که ضرورتاً همیشه به هم نمی‌رسند. مثال آن، رفتارهای مجرمانه متعددی که در حکم واحدند و رفتار واحدی که به عنوان جرائم متعدد تلقی می‌شوند. از این رو، تشریح صورت‌های متنوع این تأسیس که به موضوع بحث ما در این نوشتار بر می‌گردد، گذشته از درستی یا نادرستی قواعد و اصول حاکم بر آن‌ها که اموری اعتباری‌اند، تصویر روشن‌تری از موارد اختلاف نظر به دست می‌دهند. در مجموع وقوع جرائم متعدد را می‌توان در چند حالت به شرح زیر تصور نمود:

۱.۲. هر یک از جرائم مستقل از یکدیگر مادّاً به وقوع می‌پیوندد و گذشت زمان در فواصل این جرائم هیچ تغییر و تبدیل در سرنوشت این جرائم به وجود نمی‌آورد. مثال آن، ارتکاب جرائم همانند یا ناهمانند در طول زمان نسبتاً متعارف و به دفعات است. درخصوص دفعات جرم باید به این نکته توجه داشت که در عرف دادگاه‌ها تکرار رفتار همانند مربوط به یک واقعه عموماً تعدد محسوب نمی‌شود. در این باره

یکی از شعب دیوان عالی کشور چنین اظهارنظر نموده است (حکم شماره ۴۶۹ مورخ ۱۳۱۹/۲/۲۶ شعبه ۵): «اگر کارمندی یک مبلغ منتها در چند نوبت از کسی رشوه بگیرد تعدد دفعات تحویل گرفتن وجه مزبور موجب تعدد جرم نخواهد بود». یا در رأی شعبه دیگر دیوان عالی کشور آمده است (حکم شماره ۱۲۸۸ مورخ ۱۳۲۵/۸/۷ شعبه ۲): «بزه سرقت وقتی متعدد محسوب است که محل سرقت مختلف و نوع مال مسروقه و تاریخ ارتکاب متفاوت باشد، بنابراین اگر کسی غله موجود در انباری را در ظرف چند روز سرقت کند، چون محل سرقت و نوع مال یکی است بزه متعدد محسوب نمی‌شود». در این آراء چنین به نظر می‌رسد که دادگاه‌ها دفعات رفتار مادی جرم را به قصد واحد فروکاسته‌اند و از آن تلقی جرم واحد نموده‌اند. این دیدگاه در جای خود عاری از ایراد نیست، ولی نقد آن فرصت و مجال دیگری می‌طلبد.

۲.۲. حالت دیگر فرضی است که جرائم متعدد یکی پس از دیگری ارتکاب می‌یابد، حالتی که امروزه دادگاه‌ها بعضی از این جرائم را «مقدمه» یا از «لوازم» جرائم پسینی تلقی می‌کنند. دیوان عالی کشور در یکی از آرای عمومی (وحدت رویه) خود نظری در این ماده اظهار نموده است که اگر پس از آن به عنوان اصل راهنمای دادگاه‌ها قرار می‌گرفت به بسیاری از سرگردانی‌ها پایان می‌داد؛ به این شرح (شماره ۲۹۹۳ مورخ ۱۳۱۸/۱۱/۲۱): «مقدمه بودن بزه‌ی که مستقلاً جرم شناخته شده برای ارتکاب بزه دیگر نافی تعدد نیست. بنابراین اگر کسی با نقب زدن، مرتکب سرقت از خانه کسی شود یا با شکستن مهر، دخالت در مال توقیف شده بکند، در هر دو مورد مرتکب دو بزه شده است و رعایت ماده ۲ الحاقی ضروری است». استناد دیوان به ماده ۲ الحاقی بی‌وجه نیست؛ زیرا به موجب این ماده^۱ دادگاه‌ها می‌بایست به یکایک جرائم ارتکابی رسیدگی می‌کردند

۱. ماده ۲ (الحاقی به اصول محاکمات جزائی مصوب ۱۳۱۱/۷/۱۲): اگر شخصی مرتکب چند عمل شده که هریک از آن‌ها مطابق قانون جرم باشد محکمه برای هریک از آن اعمال حکم مجازات علی‌حده صادر خواهد کرد ولو این که مجموع آن اعمال به موجب قانون جرم

ولو بعضی از این جرائم مقدمه جرم دیگری می‌بودند؛ مانند ورود به منزل دیگری به قصد سرقت، تهیه و حمل سلاح به قصد تهدید و یا قتل، جعل سند و استفاده از آن و نظایر آن. موضوع مهم در این دعاوی دقیقاً الزام قانونی دادگاه‌ها به رسیدگی به تک تک جرائم مذکور و تعیین مجازات علی‌حده برای یکایک آن‌ها می‌بود، هرچند که در نهایت به صدور حکم محکومیت به یک مجازات منتهی می‌گردید. در این باره هیچ تردیدی وجود نداشت و اگر هم بار دیگر تردیدی در این خصوص به وجود آمده بود، با صدور رأی وحدت رویه (شماره ۱۱۸۸ مورخ ۱۳۳۶/۳/۳۰) هرگونه شک و شبهه‌ای مرتفع گردیده بود. قضیه از این قرار بود که شعبه ۲ دیوان عقیده داشت که استفاده از سند مجعول نسبت به جاعل جرم جداگانه نیست، درحالی‌که شعبه ۵ معتقد بود که این عمل نسبت به جاعل نیز جرم علی‌حده محسوب می‌شود. هیأت عمومی در تصمیم خود چنین اظهارنظر نمود: «چون استفاده از سند مجعول عمل جداگانه است که حتی نسبت به جاعل نیز جرم جداگانه محسوب است و عبارت «با علم به تزویر مورد استفاده قرار دهد» به منظور تعمیم نسبت به غیر جاعل در قانون ذکر شده مضافاً بر اینکه ماده ۲ ملحقه به اصول محاکمات جزایی رفع هرگونه توهّم را ننموده لذا رأی شعبه ۵ دیوان کشور از این جهت صحیح به نظر می‌رسد».^۱ اشاره دیوان عالی کشور به ماده ۲ ملحقه به اصول محاکمات جزایی در واقع یادآوری این نکته است که طرح دعوی جعل و استفاده از آن و تلقی جرم واحد یا جرائم متعدد کردن از این ادعا، اساساً موضوعیت ندارد، بلکه در همه جرائم آن‌گاه که جرمی

خاصی شناخته شده یا بعضی از آن‌ها مقدمه جرم دیگری باشد در صورتی که فرداً فرد اعمال ارتكابه جرم بوده بدون اینکه مجموع آن‌ها در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد محکمه باید برای هریک حداکثر مجازات مقرر را معین نماید در صورتی که فرداً فرد آن اعمال جرم بوده و مجموع آنها نیز در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد، محکمه باید برای هریک از آنها اعمال مجازات علی‌حده تعیین کرده و برای مجموع نیز مجازات قانون را مورد حکم قرار دهد. در هریک از موارد فوق مجازات اشّد به موقع اجرا گذارده می‌شود.

مقدمه جرم دیگری باشد، رسیدگی به هر یک از این جرائم و صدور حکم محکومیت به مجازات‌های جداگانه باید در قلمرو دادرسی همواره مدنظر قرار گیرد. در بازنگری کلی ۵۹ ماده اول قانون مجازات عمومی سابق (مصوب ۱۳۵۲/۳/۷) ماده ۲ الحاقی نسخ و ماده ۳۲ به جای آن وضع گردید. این ماده در اصلاحات قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲/۲/۱) در وضع ماده ۱۳۴ ناظر به تعدد مادی جرائم به کمک قانونگذار شتافت و تا حدود بسیاری دادگاه‌ها را از ابهامات ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰/۵/۸) و سرگردانی ناشی از آن رهایی بخشید. با این همه، قانونگذار در این ماده نیز تصریح می‌کند که: «در مورد تعدد جرم هر گاه جرائم ارتكابی مختلف باشد باید برای هریک از جرائم مجازات جداگانه تعیین شود و...» هم از این رو هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه (شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۸)،^۱ در موردی که جاعل شخصاً از سند مجعول استفاده کرده این عمل را مستقل از جعل به شمار آورده و دادنامه‌ای را که به استناد ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی برای جعل و استفاده از سند مجعول کیفرهای جداگانه تعیین کرده صحیح و منطبق با موازین قانونی قلمداد نموده است.

هم‌چنان که دیده می‌شود در تحولات قانونگذاری قواعد تعدد مادی جرائم، قانونگذار در برهه‌ای از زمان حالت «مقدمه» بودن جرائم یعنی حالتی را که زمینه تحقق جرائم دیگر با ارتكاب جرائم خاصی فراهم می‌گردد، به کلی به فراموشی سپرد. ولی در هیچ مقطعی، حتی در تحولات قانونگذاری پس از انقلاب، از اصل ثابت لزوم رسیدگی به جرائم متعدد عدول نکرد. مضمون این اصل ثابت این است که هیچ جرمی نباید بدون مجازات بماند.

اما تعجب در این است که با وجود صراحت قانونی، در بعضی از نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه نه تنها به این اصل توجه نشده است، بلکه اساساً اداره مذکور در استنباط از قانون به بیراهه رفته است. قضیه از این قرار است که از اداره حقوقی

پرسشی شده است به این مضمون: «... در مورد لوازم جرم به لحاظ عدم تصریح قانون اظهارنظرهای متفاوتی ابراز می‌گردد به عنوان مثال ورود سارق به منزل را برخی جزء لوازم سرقت دانسته برخی ورود به عنف هم تلقی می‌نمایند (با توجه به فراز آخر ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی) و یا فحاشی هنگام ایراد ضرب ... و مسئله خرید و حمل و نگهداری و نهایتاً شرب خمر. آیا به هنگام شرب وارد مساله خرید نباید شد و کلاً در فروض عنوان شده پاسخ چیست؟» گذشته از اینکه منظور پرسنده از مفهوم «لوازم» در پرسش روشن نیست، بیان مصادیقی مانند فحاشی هنگام ایراد ضرب و خرید و حمل و نگهداری و نهایتاً شرب خمر نشان می‌دهد که معنی «لوازم» از آنچه که به طور متعارف از این لفظ می‌توان فهمید با معنی آن در پرسش متفاوت است. درباره این موضوع در صفحات آتی توضیح لازم را خواهیم داد. اما در پاسخ به این پرسش اداره حقوقی چنین اظهار عقیده نموده است (شماره ۷/۹۲۸-۱۴/۴/۱۳۶۷):^۱

«هرگاه جرائم ارتكابی بعضی مقدمه بعضی دیگر بوده و یا از لوازم آن به شمار آید و مجموع آن‌ها نیز دارای عنوان خاص جزایی باشد (تعدد معنوی) مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است. بنابراین در فروض مورد سوال چون ورود غیرمجاز به منازل افراد از لوازم سرقت و تهیه مشروب از لوازم و مقدمات شرب آن است مرتکب را فقط می‌توان به مجازات سرقت و شرب خمر محکوم کرد نه به مجازات ورود به منزل افراد و سرقت و خرید مواد الکلی و شرب آن». این پاسخ در زمانی داده شده است که ماده ۲۵ قانون راجع به مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱)، هم‌چنان که در پرسش آمده است، مقرر کرده بود: «در مورد تعدد جرم هرگاه جرائم ارتكابی

۱. نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری (از سال ۱۳۵۸ تا سال

۱۳۷۱)، جلد نخست، به کوشش غلامرضا شهری و سروش ستوده جهرمی، روزنامه رسمی

کشور، بهار ۱۳۷۳، ص ۲۰۲.

مختلف باشد باید برای هریک از جرائم مجازات جداگانه تعیین شود و اگر مختلف نباشد فقط یک مجازات تعیین می‌گردد و در این قسمت تعدد جرم می‌تواند از علل مشدده کیفر باشد و اگر مجموع جرائم ارتكابی در قانون عنوان جرم خاصی داشته باشد مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردد». در این جا دو نکته درباره پاسخ اداره حقوقی گفتنی است؛ نخست آنکه مستند اداره حقوقی در بیان چنین نظریه‌ای معلوم نیست، دوم اینکه استنباط از ماده ۲۵، در فرضی که این ماده مبنای نظریه مذکور قرار گرفته باشد، نشان می‌دهد که اداره حقوقی نظر خود را بر کلام قانونگذار مقدم داشته است.

در نظریه مشورتی دیگری (شماره ۷/۲۰۱۴ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲) که همان اداره اظهار نموده است، در پاسخ به پرسشی به این شرح که: «آیا فروشنده اسلحه غیرمجازی که آن را از دیگری خریده آن را حمل و مدتی نگهداری نموده است، مرتکب چند جرم شده یا خیر؟» می‌گوید: «اگر جرائم ارتكابی، بعضی مقدمه دیگری باشد یا از لوازم آن به شمار آید و مجموع آنها نیز عنوان خاص جزایی داشته باشد، تعدد معنوی بوده و مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است. ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته در جرائم قابل تعزیر هرگاه فعل واحدی دارای عناوین متعدد باشد، مجازات جرمی داده می‌شود که مجازات آن اشد است؛ لذا در مورد اتهام فروش اسلحه غیر مجاز چون خرید، حمل و نگهداری، از مقدمات و لوازم فروش آن به شمار می‌رود. فعل واحد بوده و از مصادیق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی است».

ایراداتی که به لحاظ بحث تعدد به نظریه مذکور می‌توان گرفت در بیان چند نکته خلاصه می‌شود:

نخست، اداره حقوقی حالتی را که جرمی مقدمه جرم دیگر یا از لوازم آن

باشد از مصادیق تعدد معنوی به شمار آورده است. حال آنکه اگر هم این نظر درست باشد، استناد به ماده ۴۶ (ماده ۱۳۱ کنونی) که ناظر به فعل واحد دارای عناوین متعدد است صحیح نیست.

دوم، در ماده ۴۶ اساساً سخنی از جرائمی که «مجموع آنها نیز عنوان خاص جزایی داشته باشد» نیست و موضوع پرسش از شمول این قاعده نیز خارج است. سوم، در فرض پرسش، دشوار می‌توان تعیین کرد که کدام رفتار مقدمه و از لوازم فروش اسلحه غیرمجاز محسوب می‌شود. برای مثال، بر حسب اینکه درک و دریافت ما از واژه «نگهداری» چه باشد، می‌توان حتی «فروش» اشیا و کالاها را هم بدون نگهداری تصور کرد.

چهارم، نادیده گرفتن بعضی از جرائم تنها به این دلیل که مقدمه جرائم دیگر به شمار می‌روند هیچ توجیه حقوقی ندارد؛ مگر اینکه از لوازم جرم دیگر محسوب شود که این بحث دیگری است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

پنجم، تقدم و تأخر جرائم نسبت به یکدیگر از امور موضوعی است که تشخیص آن با مرجع قضایی است که در این باره نیز باید تحقیق کند. در این خصوص، هیچ اصل و قاعده حقوقی وجود ندارد.

با مراجعه به نظریات مشورتی اداره حقوقی ملاحظه می‌شود که درخصوص این موضوع نظریات مذکور همواره بین دو رویکرد در نوسان بوده است. گاه دیده شده حتی درباره یک موضوع نظریات متفاوتی بیان شده که خود حکایت از نادیده گرفتن مقررات قانونی می‌کند. در این باره برای مثال از اداره حقوقی پرسیده شده است: «۱- اگر سارق مالی را سرقت نماید و آن را به فروش برساند آیا موضوع از مصادیق تعدد مادی است. ۲- اگر کسی کلیدی بسازد و یا آن را تهیه کند و سپس اقدام به سرقت نماید چطور؟»

اداره حقوقی در پاسخ به این پرسش اظهار می‌دارد (نظریه شماره ۷/۱۳۶۶ مورخ ۱۳۸۹/۳/۱۱): «سارقی که مالی را سرقت نموده و آن را به فروش رسانیده مرتکب دو بزه جداگانه و مستقل گردیده است یکی سرقت و

دیگری انتقال مال غیر؛ زیرا فروش مال مسروقی از طرف سارق انتقال مال غیر محسوب می‌گردد و از لحاظ کیفری قابل تعقیب است، بنابراین مورد استعلام از مصادیق تعدد مادی است.

۲- ساخت یا تهیه کلید یا هر نوع وسیله دیگر برای ارتکاب جرم از نقطه نظر قانونی بزه مستقل محسوب شده و اقدام به آن در حدود مقررات ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات است. بنابراین هرکس با استفاده از آلات و ادوات موضوع ماده قانونی مرقوم، مرتکب عمل مجرمانه‌ای شود تحت دو عنوان جزایی قابلیت تعقیب کیفری داشته و از این حیث موضوع مشمول مقررات تعدد مادی جرم خواهد بود.^۱

اما پاسخ اداره حقوقی به پرسش دیگری درباره همین موضوع با وجودی که متأخر از پاسخ پیشین است، اساساً فاقد استحکام حقوقی و تا حدودی گمراه کننده است. در این نظریه (نظریه شماره ۷/۲۲۰۵ مورخ ۱۳۹۰/۴/۵) اداره حقوقی اظهار می‌دارد: «اگرچه مطابق ماده ۶۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ تهیه و ساخت کلید... جرم علی حده نسبت به جرم سرقت است، لکن چون در فرض استعلام تهیه وسایل مذکور توسط یک نفر و برای ارتکاب سرقت و در واقع جرائم ارتكابی بعضی مقدمه بعض دیگر بوده و یا از لوازم آن به شمار می‌آید؛ لذا مورد از موارد تعدد معنوی بوده و مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است».^۲ هم‌چنان که دیده می‌شود در این نظریه نیز اداره حقوقی افعال مادی متعدد را فعل واحد فرض نموده و به مجازات اشد نظر داده است. ولی از سوی دیگر تلقی اداره حقوقی از افعالی است که «مقدمه» جرم

۱. مجموعه نظریات کیفری تنقیح شده اداره کل حقوقی قوه قضاییه، جلد دوم، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، اردیبهشت ۱۳۹۲، صص ۳۲۱-۳۲۰.

۲. مجموعه تنقیحی قوانین و مقررات جرائم و مجازات‌ها، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، فروردین ۱۳۹۷، ص ۵۵۳.

محسوب می‌شود و غفلت از این که جرائم دیگری نیز ممکن است در فاصله ساخت یا تهیه کلید و وقوع سرقت رخ دهد که به یک معنی مقدم‌تر از ساخت یا تهیه کلید برای سرقت باشد. از این رو، مفهوم «مقدمه» جرم که خود جرم به شمار آید و از هیچ ارتباط ضروری با جرم مؤخر حکایت نکند در عمل گمراه‌کننده است.

بر مبنای این رویکرد (اگر بتوان برای آن مبنایی شناخت) جرائمی مانند خرید، فروش، حمل، نگهداری و توزیع مواد مخدر (مواد ۴ و ۵ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۶۷/۸/۳) هریک باید به توالی مقدمه جرم دیگر محسوب شود. حال آنکه اداره حقوقی در پاسخ به این پرسش که آیا خرید مواد مخدر از لوازم حمل و یا فروش مواد مخدر و در مجموع یک جرم به حساب می‌آید، به درستی اظهار نموده است (نظریه شماره ۷/۶۹۶۶ مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۲۲): «خرید، فروش، حمل و نگهداری و توزیع مواد مخدر هر کدام عنوان خاص داشته و چنانچه از مصادیق تعدد معنوی نباشد برای هریک باید مجازات مستقلی تعیین گردد».^۱ در این طریق، پاسخ دیگر اداره حقوقی به وضوح نشان می‌دهد که مسئله تقدم و تأخر جرائم نسبت به یکدیگر نه تنها مزیتی برای مرتکب ایجاد نمی‌کند، بلکه برحسب قاعده کلی و برخلاف تصور این تعدد از موجبات تشدید مجازات به شمار می‌آید. در این باره اداره حقوقی اظهار می‌دارد (نظریه شماره ۷/۹۹۸ مورخ ۱۳۷۵/۵/۳۰): «در خرید مواد مخدر برای نگهداری یک فعل مادی صورت می‌گیرد با دو عنوان متفاوت که از مصادیق تعدد معنوی است و لذا برای مرتکب باید یک مجازات تعیین شود اگر مرتکب قسمتی از همان مواد مخدر را بفروشد به مجازات مقرر برای فروش همان مقداری که فروخته است نیز محکوم می‌شود».^۲ شگفتی در این است که در اغلب نظریات اداره

۱. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه در خصوص مواد مخدر، در: همایش

بین‌المللی علمی- کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، جلد

پنجم، روزنامه رسمی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۸.

۲. همان، ص ۹۳.

حقوقی از این دست به آرای وحدت رویه که در موارد اختلاف بین شعب دادگاه‌ها در خصوص همین مسئله صادر شده، هم‌چنان که پیشتر متذکر شدیم، کمتر عنایت گردیده است. از سوی دیگر، این آراء در موارد مشابه برای همه دادگاه‌ها نیز لازم‌الاتباع است. موارد مشابه دقیقاً در چنین جایی است که عموماً برای دادگاه‌های شبهه جرم بودن رفتاری مستقل و یا وابسته به جرم دیگر پیش می‌آید. در یکی از نظریات نادر در این خصوص که به یکی از آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور استناد شده، اداره حقوقی در پاسخ به پرسشی به این شرح هرگونه شبهه‌ای را مؤکداً برطرف نموده است (نظریه شماره ۷/۶۱۰۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱):

«سوال: سارق به قصد سرقت اموال، دیوار منزل را خراب کرده و از سوی تخریب شده به منزل وارد و مرتکب سرقت شده است. آیا علاوه بر مجازات سرقت متهم باید به اتهام ورود غیرمجاز به منزل غیر و تخریب عمدی دیوار هم تعقیب و مجازات شود؟

[پاسخ] به‌طور کلی مقدمه بودن بزهی برای ارتکاب بزه دیگر وصف مجرمانه را از آن سلب نمی‌کند. در فرض سوال عناصر عمومی جرائم ارتكابی ورود غیرمجاز به منزل غیر و تخریب که به منظور سرقت صورت می‌گیرد به‌طور علی‌حده و منفک از عناصر عمومی سرقت موجود و قانونگذار برای هریک مجازات جداگانه‌ای مقرر داشته است که علاوه بر مجازات سرقت باید در مورد مرتکب به معرض اجرا گذاشته شود و رأی وحدت رویه ۶۸۵-۱۳۸۴/۱۲/۲۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^۱ نیز

۱. رأی وحدت رویه شماره ۶۸۵ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۲۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «اعمال ارتكابی متهمان در مورد تخریب منابع طبیعی و محیط زیست به منظور تصرف با ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی و در مورد قطع اشجار با ماده ۴۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع منطبق است زیرا:

هر یک از اعمال ارتكابی واجد جنبه جزایی خاص بوده و از مصادیق ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی و تعدد مادی جرم، محسوب می‌گردد» (شماره ۱۷۸۱۹-۱۳۸۵/۲/۱۳ روزنامه رسمی).

مؤید استنباط فوق است.^۱ هم در این رأی و هم در آراء دیگری که پیشتر از آنها یاد کردیم، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، صرف‌نظر از موارد اختلاف بین دادگاه‌ها، همواره بر این اصل اصرار ورزیده است که هرگاه جرائم متعدد باشند، خواه یکی مقدمه جرم دیگر باشد خواه نباشد، باید به یکایک جرائم مذکور رسیدگی و برای هریک مجازات قانونی تعیین نمود. با این همه، در دادنامه‌هایی که ذکر آنها به میان آمده دادگاه‌ها هریک راهی را پیموده‌اند که با هیچ‌یک از اصول و موازین قضایی تطبیق نمی‌کند.

پ) فرض دیگر در مباحث مربوط به تعدد جرم که غالباً پرسش برانگیز و معرکه آراء متناقض است، صورت تعدد اعتباری (معنوی) جرم است. عموماً تعدد اعتباری جرائم را شمول چند وصف مجرمانه بر رفتار واحد تعریف می‌کنند؛ مانند دادن مالی که به رسم امانت به دیگری سپرده شده به عنوان رشوه که فعل واحدی است واجد دو وصف، خیانت در امانت و رشا. شرط تحقق تعدد اعتباری، هم‌زمانی وقوع رفتار مادی است، برخلاف تعدد مادی که وقوع رفتارهای مادی در زمانی است. نکته‌ای که غالباً در تشخیص تعدد اعتباری جرائم از آن غفلت می‌شود این است که گاه در اوصاف جرائمی خاص، وصف جرم دیگری نهفته است به گونه‌ای که اصطلاحاً گفته می‌شود از لوازم آن به شمار می‌رود. برای مثال جرم «استعمال» مواد مخدر و «اعتیاد» (در فرض جرم بودن) در زمره جرائمی محسوب می‌شوند که چنین حالتی را تداعی می‌کنند. دقیقاً در پاسخ به پرسشی از اداره حقوقی، چنین نکته‌ای اظهار شده است. پرسش این است: «در صورتی که اتهام متهمی استعمال مواد مخدر و اعتیاد باشد آیا مجازات هر دو اتهام را باید برای وی در نظر گرفت یا اینکه استعمال لازمه اعتیاد است و جرم نیست؟» پاسخ (نظریه شماره ۷/۲۳۹۸ مورخ ۱۳۷۰/۵/۱۲): «در مورد افراد معتاد به نظر

۱. مجموعه نظرهای مشورتی تنقیح شده اداره کل حقوقی قوه قضاییه، جلد نخست، درباره قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، به اهتمام معاونت حقوقی قوه قضاییه، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست‌جمهوری، ۱۳۹۱، ص ۴۷۰.

می‌رسد، استعمال لازمه اعتیاد باشد».^۱ همین پرسش این بار با حلقه‌های وصل دیگری از اداره حقوقی پرسیده شده، اما اداره حقوقی این بار از نظریه پیشین خود عدول کرده و در تفکیک شقوق مسئله در پاسخ به پرسش تردید نموده است. پرسش: «آیا استعمال مواد مخدر و اعتیاد به آن و نگهداری آلات و ادوات استعمال از موارد تعدد جرم و مشمول قسمت اول ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی است یا خیر؟ و آیا نگهداری آلات و ادوات استعمال از لوازم استعمال است یا نه؟» پاسخ (نظریه شماره ۷/۶۲۷۴ مورخ ۱۳۷۲/۹/۲۲): «استعمال مواد مخدر و اعتیاد به آن و نگهداری و اختفای آلات و ادوات استعمال هریک جرائم جداگانه‌ای است و مشمول صدر ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی می‌باشد، در نهایت در مورد اینکه نگهداری آلات و ادوات مواد مخدر از لوازم استعمال آن است یا نه، این موضوع امری ماهوی است و تشخیص آن با مرجع رسیدگی است».^۲ به نظر ما سخن از لوازم در جایی است که تحقق ملزوم بدون وجود لازم ممکن نباشد. هم‌چنان که اعتیاد بدون استعمال مواد مخدر قابل تصور نیست. از این دست می‌توان نمونه‌های دیگری را در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و قوانین دیگر سراغ گرفت که چنین رابطه‌ای میان جرم و لوازم آن بر قرار است، مانند: نگهداری و حمل (مواد مخدر یا سلاح و مهمات) حمل و ترانزیت، نگهداری (داشتن و نگهداشتن) و توزیع و نظایر آن. اما چنین رابطه‌ای را نمی‌توان بین نگهداری آلات و ادوات استعمال و مصرف با استعمال مواد مخدر متصور دید. به عبارت دیگر لازمه استعمال، نگهداری آلات و ادوات خاصی نیست، ولی داشتن ماده مخدر از لوازم استعمال است. در مورد اخیر، اصولاً سخن از تعدد اعتباری گزافه است و باید در رسیدگی به جرم به صدور یک مجازات تحت احکام جرم واحد بسنده کرد و نه مجازات جرم اشد.

۱. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه درخصوص مواد مخدر، ص ۳۰.

۲. همان، صص ۴۳-۴۲.

۳. مبانی کیفری تعدد جرم

در آغاز این گفتار یادآوری دو نکته را به اختصار ضروری می‌دانیم و خواننده را برای شرح و تفصیل بیشتر به کتاب‌های تخصصی در این زمینه ارجاع می‌دهیم: نخست، در منطق اصولیون مسلمان، هر جرمی سبب مستقلی است که اگر متعدد باشد به تعداد اسباب، مسبب‌هایی که همان جزای فعل باشد پدید می‌آورد، جز در مواردی که دلیل خاص وارد شده باشد، یعنی در فرض تداخل مسببات که با اجرای یک مجازات تکلیف به اجرای مجازات دیگر ساقط می‌شود. ولی اصل بر عدم تداخل مجازات‌ها است.

دوم، از دیدگاه اخلاق‌گرایان، سنجش نیک و بد افعال انسان در ترازوی عدل و انصاف اقتضا می‌کند که هر کس متناسب و به میزان زشتی و پلیدی رفتارش پاسخ‌گو باشد، هم‌چنان که اگر کسی مرتکب جرائم متعدد شد باید بیش از دیگری که تنها به یک جرم متهم است سنگینی مجازات را تحمل کند؛ زیرا سزوار سرزنش بیشتری است.

بنابر یک اصل کلی متأثر از عقاید سزاگرایان که در تمام نظام‌های کیفری شناخته شده است هیچ جرمی نباید بی‌مجازات بماند. بی‌کیفرمانی یعنی ظلم؛ ظلم نسبت به کسانی که از ارتکاب جرم صدمه دیده‌اند و به دادخواهی قیام نموده‌اند. اخلاقاً شایسته نیست که به دادخواهی آنان وقعی گذاشته نشود، وگرنه عدالت کیفری عرصه کینه‌ورزی و انتقام‌جویی‌های شخصی می‌گردد.

از سوی دیگر، نادیده گرفتن برخی از جرائم و صدور حکم اجرای فقط یک مجازات نسبت به مرتکب جرائم متعدد که نتیجه آن بی‌کیفر ماندن بقیه جرائم او است، شائبه تشویق بزهکاران را به ارتکاب جرائم متعدد تقویت می‌کند. زیرا بزهکاران اطمینان حاصل می‌کنند که به هر تعداد جرمی که مرتکب شوند، در نهایت پس از دستگیری فقط به یک مجازات محکوم خواهند شد. گرچه این عقیده هم در نظام‌های کیفری امروز بیش از گذشته نفوذ خود را از دست داده که بزهکار برای هریک از جرائم متعدد جداگانه مجازات شود. اما اصولاً تعیین و اجرای مجازات فرع بر رسیدگی است. به نظر ما، اگر بخواهیم بر مدار رویکرد دادگاه‌هایی که نمونه‌ای از آراء آن‌ها را در صفحات پیشین نقل کردیم قضاوت کنیم، احتمال

تضییع حقوق مدعیان خصوصی بسیار زیاد است. زیرا صدور حکم به جبران خسارات مدعیان خصوصی در دادگاه کیفری موکول به رسیدگی به جرم و تابع حکم محکومیت کیفری است. در یک پرونده جرم سرقت و تخریب عمدی شیشه و در خودروها، موضوع شکایت شاکیان خصوصی متعدد، قاضی شعبه ۱۱۵۵ دادگاه عمومی جزایی تهران (دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۰۲۱۱۴۰۰۰۰۶ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۱) پس از آنکه وقوع جرم سرقت اشیای درون خودروها را محرز دانسته و سارق را به تحمل حبس و شلاق و استرداد اموال مسروقه محکوم نموده است، در ادامه اظهار می‌دارد: «و درخصوص موضوع بزه تخریب شیشه خودروها، با عنایت به اینکه موضوع تخریب مقدمه بزه سرقت است و معمولاً بدون تخریب قفل درب خودرو یا شیشه خودرو امکان سرقت لوازم داخل آن میسر نیست و شکات می‌بایست از طریق دعوی خسارت، اقدام نمایند؛ لذا دادگاه بزه انتسابی به متهم در حد تخریب و خسارت را محرز ندانسته مستنداً به ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری رأی به برائت متهم صادر و اعلام می‌گردد». این دادنامه در زمانی صادر شده که دادگاه مکلف بوده است به موجب ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ برای هریک از جرائم انتسابی مجازات جداگانه تعیین و محکوم‌علیه را به جبران خسارات ناشی از جرم محکوم نماید. صدور حکم «برائت» متهم در تناقض آشکار با مقدمه حکم مبنی بر تخریب عمدی اموال شاکیان پرونده است که دادگاه در مقام تفهیم حقوق بزه‌دیدگان فقط آنها را به مرجع رسیدگی دیگری دلالت کرده است. در حاشیه ناگفته نماند که اساساً این رویکرد دوگانه که در بعضی از جرائم دادگاه‌های کیفری ملزم به رسیدگی و صدور حکم به جبران خسارت هستند و در بعضی دیگر از جرائم می‌توانند زیان‌دیدگان را به دادگاه‌های حقوقی حواله دهند با اصول کلی حمایت از حقوق بزه‌دیدگان که آیین دادرسی کیفری انگشت بر آن نهاده مغایر است.

باری، امتناع از رسیدگی به جرائم متعدد بنا به دلایلی که شرح آن گذشت به هیچ وجه محمل قانونی ندارد، البته جز در فرض عدم صلاحیت دادگاه‌ها که خود مقوله‌ای جداگانه است و از حوصله بحث ما در این نوشتار خارج است.

از دیرباز، با وجود تحول در قلمرو قانونگذاری کیفری، تأسیس تعدد جرم همواره جایگاه ثابتی به عنوان یکی از سبب‌های عمومی تشدید مجازات، هم‌نشین با تکرار جرم اشغال نموده است. در این باره که بزه‌کاران چگونه فرصت می‌یابند که پس از ارتکاب جرم بار دیگر به جرم با جرائم دیگر دست بزنند و پس از دستگیری گاه با سیل اتهامات گوناگون روبه‌رو شوند سخن بسیار است. ناکامی در دستگیری و کشف جرائم متعدد بزه‌کاران یکی از دلایل مهمی است که باید به حساب تأخیر و تعلل جامعه در پیگرد و مجازات بزه‌کاران گذاشت. اما گاه وقوع جرائم متعدد در فواصل زمانی کوتاه فرصت کافی برای مداخله مأموران حافظ نظم فراهم نمی‌کند تا در بزننگاه جرمی دیگر با دستگیری بزه‌کار از وقوع آن جلوگیری کنند. در هر صورت اصل کلی این است که مراجع قضایی به یکایک این جرائم رسیدگی کنند، ولو از وقوع این جرائم خسارتی به خصوص اشخاص وارد نشده باشد و اگر خسارتی وارد شده باشد، در صورت مطالبه، دادگاه صلاحیت‌دار مکلف است ضمن صدور رأی کیفری در این باره نیز تصمیم بگیرد.

گاه در فواصل زمانی که به وقوع جرم خاصی منتهی می‌شود، رفتارهایی خواسته یا ناخواسته از مرتکب سر می‌زند که در ظاهر حلقه‌های وصل یک زنجیره جلوه می‌کند. هریک از این رفتارها خود جرمی مستقل به شمار می‌رود که در حالاتی با جرم مقصد ارتباط ضروری پیدا می‌کند. دادگاه‌ها در صدور احکام خود از این جرائم با عنوان «مقدمه» و یا «لوازم» جرائم پسینی یاد می‌کنند و غالباً از رسیدگی به این جرائم امتناع می‌ورزند. درحالی‌که به صراحت قوانین کیفری، علی‌رغم رویکردهای متفاوتی که قانونگذار در واکنش به جرائم متعدد برگزیده، همواره تأکید داشته است که دادگاه‌ها مکلف‌اند برای یکایک جرائم ارتكابی مجازات علی‌حده تعیین کنند. در این باره که هریک از این مجازات‌ها را به موقع اجرا بگذارند و یا فقط به اجرای یک مجازات اکتفا کنند، این همان مطلبی که به تفاوت رویکرد قانونگذار در طول سالیان قانونگذاری برمی‌گردد. اما قانونگذار در هیچ‌یک از

این دوران حکم خاصی مبنی بر حذف یا نادیده گرفتن جرمی که مقدمه جرم دیگر باشد و یا مرتکب با وجود ادله کافی از بعضی از جرائم مقدم مبرا باشد، مقرر نکرده است. بنابراین استناد به ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ از این حیث که اتهامی متوجه متهم نبوده و یا عمل انتسابی به وی جرم نیست، لاجرم دادگاه اقدام به صدور رأی برائت نموده است، صحیح به نظر نمی‌رسد. این نکته را نیز نباید فراموش کرد که گاه بنا به دلایل قانونی اجرای مجازات جرم مؤخر موقوف می‌ماند و یا اصولاً قابل اجرا نیست. در این صورت نمی‌توان بدون دلیل وقوع جرائم مقدم را انکار کرد و به حذف آن در دادنامه اهتمام ورزید. در این گونه موارد، حکم محکومیت به مجازات همین جرائم مقدم است که باید به موقع اجرا گذاشته شود.

از سوی دیگر، دیوان عالی کشور در آراء (وحدت رویه) متعددی که در این خصوص صادر کرده همواره رسیدگی به جرائم متعدد را بدون کم و کاست تأکید نموده است. بعضی از نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در پاسخ به استعلامات مراجع قضایی از این آراء تأثیر پذیرفته است. درواقع، آرای دیوان عالی کشور کاشف از نظر قانونگذار است که تبعیت از آن برای همه دادگاه‌ها الزامی است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور این آراء، گذشته از اختلاف آرای شعب دیوان و یا دادگاه‌ها در موضوعی خاص، به عنوان مثال استفاده جاعل از سند مجعول، در مقام تأیید رویه جاری قضایی بوده است. بنابراین، همچنان که استفاده از سند مجعول نسبت به جاعل جرم جداگانه است، ورود غیرمجاز سارق به منزل یا مسکن دیگری نیز جرمی جداگانه است، شکستن شیشه یا تخریب در خودرو به قصد سرقت جرمی جداگانه است، بازداشت غیرقانونی به قصد گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع جرمی جداگانه است. همچنان که هریک از این جرائم خود ممکن است مقدمه‌ای برای ارتکاب جرائم دیگر محسوب شود. اما به این اعتبار دادگاه‌ها نمی‌توانند از رسیدگی به آن‌ها خودداری نمایند.

تضمین نسل دوم حقوق بشر در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۴-۱۳۸۸)

وحید آگاه *

محمد نبی بوربوری **

مقدمه

اشخاص حقوقی حکومتی به دلیل برخورداری از صلاحیت و اختیارات گسترده، آن هم در ایران که حکومت اعم از وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، بسیاری از نقش‌های مردم را در داخل دولت برعهده گرفته، با وضع مقررات گوناگون، حق‌ها و آزادی‌های افراد را نقض می‌نمایند. بدین لحاظ، نظام کنترل قضایی برای مهار قدرت اداره در ایران، مستند به اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی - زمین پس، ق.ا. - در قامت «دیوان عدالت اداری» زیر نظر قوه قضاییه پیش‌بینی گردیده که وظیفه حراست از حقوق مردم علیه تعدی‌های نهادهای حکومتی را بر عهده دارد. هیأت عمومی یکی از ارکان دیوان است که سه گونه رأی صادر می‌کند: ۱- وحدت رویه، ۲- ایجاد رویه، ۳- ابطال و ملغی نمودن مقررات خلاف قانون و خلاف حقوق بشر. حقوق بشر نیز طی یک تقسیم‌بندی جهانی، در سه دسته یا نسل جای گرفته که نسل دوم متعلق به حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. حقوقی که نقش دولت‌ها در این خصوص، تعهد به وسیله است و طبعاً دولت‌ها برای تدارک آن، بر اساس توانایی‌ها و امکانات خود، اقدام خواهند نمود. لذا قید «درحد امکانات موجود» و محظورات



عملی در این نسل معنادار و موجه است.^۱ در این نوشتار، رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در قالب سه گونه رأی یادشده، از منظر حمایت از حق‌های نسل دوم^۲ از ابتدای ۱۳۸۸ تا پایان ۱۳۹۴ به صورت ایجابی بررسی می‌شود.^۳ منظور از بررسی ایجابی، مواردی است که هیأت عمومی با تکیه بر صلاحیت خود، مقررات خلاف قانون یا شرع را برای تضمین نسل دوم حقوق بشر ابطال نموده یا در این مسیر، رأی وحدت رویه یا ایجاد رویه‌ای را لازم‌الاجرا نموده است. لذا مسأله پژوهش این است که در این سال‌ها در آراء تا چه حد، نسل دوم حقوق بشر یعنی حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (به جز آراء مربوط به به ابطال عوارض خلاف قانون) رعایت شده است. در واقع، نتیجه پژوهش نشان می‌دهد تا چه اندازه در دیوان مسأله مردم در این سال‌ها، رعایت حق‌های نسل دوم بوده است. گفتنی است قانون مورد استناد این پژوهش، «قانون دیوان عدالت اداری» مصوب ۱۳۸۵ و «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان» مصوب ۱۳۹۲ است که چون درخصوص صلاحیت دیوان در موضوع پژوهش، تغییر معناداری رخ نداده، ذکر آنها ارتباطی با موضوع خاص این نوشته ندارد.

الف. حقوق اقتصادی: حق مالکیت

ملکیت عبارت از رابطه‌ای است تصور شده بین شخص و امری مادی که قانون آن را پذیرفته و به مالک حق انتفاعات ممکن می‌دهد؛ حقی با ویژگی‌های مطلق،

۱. سید محمد قاری سیدفاطمی، **حقوق بشر در جهان معاصر** (تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲)،

دفتر اول (درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)، صص ۳۵-۳۳.

۲. برای مطالعه این مهم در خصوص نسل اول حقوق بشر: رک: وحید آگاه و محمدنسی بوربوری، «کارنامه

ایجابی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۴ در ترازوی نسل اول حقوق بشر»،

«مجموعه چکیده مقالات اولین کنگره حقوق شهروندی با رویکرد فرهنگی»، تهران، دبیرخانه دایمی

کنگره حقوق شهروندی، دی‌ماه ۹۶، ص ۱۵۵.

۳. این مهم از سال ۶۱ تا ۸۷ درخصوص هر سه نسل حقوق بشر بررسی شده است. رک: وحید آگاه،

حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۸۸-۱۳۶۰)

(تهران: جنگل، ۱۳۸۹).

انحصاری و دائمی.^۱ حق مالکیت دارای خصیصه‌ای است که نمی‌تواند منحصرراً در یکی از طبقه‌بندی‌های حقوق نسل اول یا دوم قرار گیرد، چراکه از حیث تاریخی با آزادی‌های مدنی در ارتباط است، اما در عین حال، خصلت‌های اقتصادی برجسته‌ای دارد که غالباً آن را موضوع بحث نسل دوم می‌کند. نشانه‌های این ماهیت دوگانه، در زمان تنظیم اسناد حقوق بشری نیز یافت می‌شود؛ کما اینکه به دلیل اختلافات نظری، در هیچ‌یک از میثاقین جای نگرفت.^۲ با این وجود، عدم درج این حق به منزله انکار آن نیست و صرفاً نشان از مناقشه برانگیز بودن آن در حقوق بین‌الملل دارد.^۳ چنان‌که حق مالکیت در برخی آثار خارجی^۴ و داخلی^۵ صراحتاً در گستره نسل دوم حقوق بشر درج شده است. حق مالکیت در حقوق داخلی هم، طی اصول ۲۲، ۴۶ و ۴۷ ق.ا. تضمین شده و در رویه هیأت عمومی دیوان نیز، تعرض به آن موضوع بسیاری از آراء قرار گرفته که عمده آنها مربوط به عوارض مصوب شوراهای شهر است که به طور خاص قبلاً مورد نظر قرار گرفته است.^۶ در مقاله حاضر یعنی حق‌های نسل دوم حقوق بشر، آراء دیوان در خصوص ابطال عوارض ناقض حق مالکیت، مورد بررسی قرار نگرفته و خارج از موضوع این پژوهش می‌باشد.

۱. میر سید حسن امامی، **حقوق مدنی** (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۷)، جلد ۱، ص ۴۹.
۲. هیئت‌الله نژندی‌منش، **درآمدی بر حقوق بین‌الملل حقوق بشر** (تهران: خرسندی، ۱۳۹۵)، صص ۶۱-۶۰ و ۶۹.
۳. کاترینا کراوزه، «حق مالکیت»، ترجمه علی کمالی در: آسیبورن ایده و دیگران، **حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (به انضمام اسناد)**، ترجمه ماهر و غدیری و دیگران (تهران: مجد، ۱۳۹۱)، صص ۱۹۹-۱۹۶.
۴. به عنوان مثال رک: آرلت هیمن- دوا، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر**، ترجمه یوسف مولایی و رشید برناک (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲)، ص ۳۰۲.
۵. به عنوان مثال رک: منوچهر طباطبایی مؤتمنی، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر** (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۲)، صص ۱۴۱-۱۴۰. در مقابل رک: رضا طجربلو، **حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بشر (تجزیه و تحلیل اسناد بین‌المللی و فرهنگی بشر)** (تهران: دادگستر، ۱۳۹۳) که نشانی از حق مالکیت در کتاب نیست.
۶. رک: وحید آگاه و محمدنبی بوربوری، «دور باطل تصویب عوارض در شوراها و ابطال در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: کاوشی در نظارت قضایی بر توسعه شهری مغایر با حق مالکیت مردم (۱۳۹۴-۱۳۸۸)»، **پژوهش‌های حقوقی**، شماره ۳۱ (۱۳۹۶)، صص ۲۸۶-۲۵۱.

۱. ابطال عدم پذیرش صرف شهادت‌نامه از جانب سازمان جنگل‌ها

«شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن بند ۲-۲ دستورالعمل مورد شکایت ... اعلام داشته‌اند، چون بند مورد شکایت، اعتراض شاکی را در مواردی که تنها به استشهادیه مستند باشد، نپذیرفته و دبیرخانه هیأت مذکور در ماده واحده آن را قبول نمی‌کند و طبق بند ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، تنها مرجع رسیدگی به شکایات مربوط به اجرای ماده ۵۶، هیأت مذکور در این قانون می‌باشد و وقتی دبیرخانه آن را نپذیرد، شاکی نمی‌تواند به مرجع قضایی دیگر مراجعه کند. با عنایت به اینکه چه بسا استشهادیه‌های داده شده، حاوی دلیل شرعی بر مالکیت شاکی باشد، بنابراین اطلاق بند مزبور خلاف موازین شرع شناخته شد... با عنایت به اینکه به شرح نظریه مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۴ فقهای... شورای نگهبان، بند ۲-۲ دستورالعمل نحوه پذیرش اسناد عادی... مورخ ۱۳۸۶/۵/۹ سازمان جنگل‌ها... خلاف موازین شرع شناخته شده، بنابراین... [ابطال] می‌شود»^۱.

طی این دادنامه، دیوان به درستی، سازمان دولتی را از ورود به مقوله اعتبار ادله اثبات دعوا منع نموده و با تفاوت قائل شدن میان دو عرصه ثبوت و اثبات^۲، و دلالت سازمان جنگل‌ها به آن، یادآوری نموده که نمی‌توان خواهان را با مقرر، از ادله‌ای که مقنن آن را معتبر دانسته، محروم نمود. چه اینکه وفق مواد ۱۲۸۵-۱۲۸۴ قانون مدنی، «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع، قابل استناد باشد». اما «شهادت‌نامه، سند محسوب نمی‌شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». ضمن اینکه رأی هیأت عمومی، از طرفی، حق دادخواهی را نیز پاس داشته و اذعان کرده نمی‌توان با محدودیت در ادله اثباتی، شهروندان را از دادخواهی منع نمود.

۱. دادنامه ۸۸/۸۸ مورخ ۱۷/۲/۲۷

۲. ر.ک: عباس میرشکاری، **ثبوت و اثبات** (تهران: جاودانه- جنگل، ۱۳۹۲).

۲. امکان مالکیت خصوصی بر اموال منقول گران بهای تاریخی و فرهنگی

«نظر به اینکه در خصوص مصوبه شماره ... ۱۳۸۶/۷/۱۶ هیأت وزیران، دایر به این که «اموال فرهنگی-تاریخی منقول زیرخاکی، جزء اموال عمومی و مالکیت آنها متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران است»، نظر فقهای شورای نگهبان به این شرح که «اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مواردی که اموال فرهنگی-تاریخی منقول، ملک شخصی اشخاص یا جزء موقوفات است، خلاف موازین شرع شناخته شد» ابلاغ شده و حکم به ابطال اطلاق مصوبه از تاریخ تصویب، صادر و اعلام می‌شود»^۱. رأیی پاسدار حق مالکیت در دو حوزه از بخش خصوصی یعنی مالکیت اشخاص و مالکیت شخص حقوقی موقوفه که هم از جنبه نظری و هم حقوق موضوعه، شخصیت حقوقی مستقل دارد. چه اینکه وفق ماده ۳ «قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه» مصوب ۱۳۶۳، «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است...». اما دو نکته در خصوص این دادنامه:

۱. شاکي با استناد به منابع مختلف حقوقی ادعا نموده که این اموال کلاً متعلق به دولت نیست و امکان دارد که مالکیت شخصی داشته باشند من جمله اموال کلکسیونرها و مجموعه‌داران و موزه‌های شخصی؛ کما اینکه طبق ماده ۷ «قانون راجع به حفظ آثار ملی» مصوب ۱۳۰۹: «اموال منقوله که از آثار ملی محسوب و مالکیت خصوصی داشته باشد، باید در فهرست جداگانه... ثبت شود». نیز مطابق ماده ۱۲ «آیین‌نامه مدیریت، ساماندهی، نظارت و حمایت از مالکان و دارندگان اموال فرهنگی-تاریخی منقول مجاز» مصوب ۱۳۸۴: «... ثبت اثر در فهرست آثار ملی، خدشه‌ای به مالکیت مالک وارد نخواهد کرد». ماده ۲۶ قانون مدنی نیز اشعار می‌دارد: «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل... اثاثیه و ابنیه... موزه‌ها... آثار تاریخی و امثال آنها و بالجملة آنچه از اموال منقوله و غیرمنقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت

تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و همچنین اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد». لذا مالی می تواند در زمره اموال فرهنگی-تاریخی قرار گیرد، اما مالک آن دولت نباشد؛ کما اینکه سازمان میراث فرهنگی در ثبت اموال در فهرست آثار ملی، متعرض مالکیت نمی شود و از آثار این ثبت، محدودیت در مالکیت است.

۲. باتوجه به جایگاه اموال تاریخی-فرهنگی که نشان از تمدن پربار یک ملت دارد و جزء میراث مشترک بشریت و اصولاً اموال عمومی و خارج از مالکیت خصوصی تلقی می شود، این رأی بسیار پیشرو بوده و البته در مسیر رویه سنوات ماضی فقهای شورای نگهبان در حراست از حریم مالکیت خصوصی افراد است. چه اینکه بررسی کارنامه فقهای شورا نشان می دهد که حق مالکیت در نظر ایشان، فاصله بسیاری با حق های دیگر مسلمین دارد.

۳. لغو «ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی های مناطق حاشیه ای شهر به بهانه احتمال سرقت»

«اولاً، نظر به اینکه به موجب نامه ... شورای نگهبان، بند ۱ مصوبه مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرستان شیراز خلاف شرع تشخیص داده نشده، بنابراین موجبی برای ابطال بند یک از این حیث وجود ندارد. ثانیاً، به موجب اصل ۴۷ ق.ا. مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است و مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی، هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد. نظر به اینکه بند ۱ مصوبه مذکور شورای تأمین شهرستان شیراز مبنی بر ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی های مناطق حاشیه ای شهر به بهانه احتمال سرقت، حقوق مالکانه اشخاص موضوع مصوبه را سلب کرده و موجب تضییع حقوق مکتسب آنان شده، مصوبه مذکور، خلاف قوانین مذکور و از حدود اختیارات شورای تأمین خارج است و... ابطال می شود»^۱. این رأی از سه منظر محل توجه است:

۱. فقهای شورای نگهبان که اتفاقاً درخصوص حق مالکیت حساس هستند، در این زمینه برخلاف رأی قبل، از میان «امنیت و اقتدار» و آزادی، اولی را ترجیح داده و اعمال اقتدار را پذیرفته‌اند، اما وظیفه حکومت در زمینه امنیت داخلی و اعمال نظم از جانب پلیس (نیروی انتظامی) را مسکوت گذاشته‌اند. چراکه اگر باب این‌گونه اقدامات باز شود، فلسفه وجودی پلیس لغو می‌نماید. جالب‌تر آنکه فقهای شورا اعلام داشته‌اند: «چون شورای تأمین شهرستان، موارد خاصی را به دلیل عدم امکان تأمین آن برای نیروی انتظامی از موارد ابطال پروانه تشخیص داده و این موارد نیز مشخص است، لذا مصوبه مزبور خلاف موازین شرع شناخته نشد». حال آنکه نگاهی به متن مصوبه شورای تأمین، خلاف این را نشان می‌دهد:

«با توجه به سرقت‌های مسلحانه از طلافروشی‌ها در سال ۱۳۸۸ (۸ فقره) که احساس نگرانی و ناامنی را در سطح جامعه ایجاد نموده و اینکه برخی واحدهای طلافروشی به صورت پراکنده در سطح شهر قرار داشته و فعالیت می‌نمایند و استقرار و فعالیت آنان در مناطق حاشیه‌ای و بعضاً آلوده، مورد طمع سارقین و مجرمین است؛ لذا رئیس پلیس اطلاعات و امنیت استان، اسامی واحدهای طلافروشی مذکور را به اداره نظارت بر اماکن عمومی فرماندهی انتظامی استان، اعلام و اداره اماکن از طریق کمیسیون نظارت بر اصناف، نسبت به رد صلاحیت انتظامی محل و نهایتاً ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های فوق، اقدام و نتیجه را به شورای تأمین شهرستان اعلام نماید». چه اینکه مصوبه فقط اذعان داشته که تأمین امنیت در حاشیه شهر، سخت است و طلافروشی‌هایی در سطح شهر هم هستند و مغازه‌های خارج شهر پلمب شوند، و لابد بروند در داخل شهر مستقر شوند!

۲. مصوبات شورای تأمین متأسفانه علی‌رغم اجرا و تأثیر بر حقوق شهروندان، منتشر نشده و دسترسی به آنها کاملاً اتفاقی است. لذا همین‌که شاکیان اشخاص حقیقی به این مصوبه دست یافته‌اند، خود گام بلندی است. چنانکه به شرح دادنامه، شورای تأمین پاسخی به هیأت عمومی نداده و پاسخگو نبوده است. ضمن اینکه وفق «قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور» مصوب

۱۳۶۲، شورای تأمین استان و شورای تأمین شهرستان تأسیس شده که متشکل از مسئولان نهادهای امنیتی و نظامی است و به موجب ماده ۷ این قانون، وظایف شورای تأمین شهرستان، همان وظایف شورای استان است. مطابق ماده ۵ نیز وظایف شورای استان بدین قرار است:

«الف - جمع‌بندی و بررسی اخبار و گزارشات و تجزیه و تحلیل‌های مربوط به

امور حساس امنیتی، سیاسی و اجتماعی استان

ب - گزارش وضع امنیتی، سیاسی و اجتماعی استان به شورای امنیت کشور

ج - ایجاد هماهنگی با شورای امنیت کشور

د - تبیین حدود وظایف و اختیارات هر یک از ارگان‌ها و نهادها در رابطه با

امنیت استان در چهارچوب وظایف قانونی هر یک از آنها

ه - برقراری ارتباط مستقیم با شورای تأمین شهرستان‌ها و بخش‌های تابعه».

لذا همان‌طور که مشاهده می‌شود، تصمیم معترض‌عنه در رأی، اساساً در

حیطه صلاحیت شورای تأمین شهرستان و حتی استان نیست؛ چون اولاً، براساس

ماده ۹ این قانون: «شورای تأمین مانند شورای امنیت کشور صرفاً به منظور

مشورت در امور امنیتی تشکیل می‌گردد و حق تصمیم‌گیری با نمایندگان

وزارت کشور (استاندار، فرماندار، بخشدار) می‌باشد». ثانیاً، مستند به ماده ۱۰،

«حفاظت و حراست از شخصیت‌ها و اماکن و تأسیسات در شورای امنیت و

شوراهای تأمین، مطرح و بررسی و به حسب مورد بر عهده نهادها و ارگان‌های

ذی‌ربط گذارده می‌شود». امری که البته از نگاه هیأت عمومی مورد توجه نبوده و

هیأت با تمرکز بر حق مالکیت، مصوبه را ابطال نموده است. لذا حق آزادی انتخاب

شغل هم در این میان مطرح می‌شود.

۳. رأی دیوان شایسته تمجید و امیدوارکننده است؛ اما استنادها و

استدلال‌های آن ضعیف است و این رأی می‌توانست نه فقط حامی حق مالکیت،

بلکه حامی مجموعه‌ای از حق‌های بشری باشد؛ حق‌هایی چون حق آزادی اشتغال و

حق بر امنیت.

۴. منع حق سلب اشتراک و لغو امتیاز تلفن همراه بدون قرارداد خاص

«اولاً، در مواردی که بین مشترک تلفن همراه و شرکت مخابرات ایران، قراردادی منعقد شده باشد تا در صورت عدم پرداخت صورت حساب در دو دوره متوالی، شرکت حق سلب اشتراک و لغو امتیاز تلفن همراه و برداشت طلب خود از محل ودیعه و یا عدم تکافو نسبت به قطع سایر خطوط ارتباطی و برداشت از سایر ودایع را داشته باشد، به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی این قرارداد، معتبر و نافذ خواهد بود و در غیر این صورت، شرکت فاقد چنین حق و اختیاری می باشد. ثانیاً، اطلاق عبارت ماده ۱۶ اصلاحیه آیین نامه تقاضا و اشتراک تلفن همراه مصوب ۱۳۸۳/۶/۲۵ مدیرعامل شرکت مخابرات ایران، که اعم از موارد قرارداد و غیر قرارداد بین مشترک و شرکت مخابرات می گردد و در قوانین نیز چنین حق و اختیاری به طور مطلق برای شرکت مذکور داده نشده است، مغایر قرارداد و مغایر ماده ۱۰ قانون مدنی تشخیص و ... ابطال می گردد. بدیهی است اختیار مندرج در ماده ۱۶، منحصراً ناظر بر موارد قراردادهای خواهد بود»^۱. لذا در این رأی، به شایستگی، لغو اشتراک و فروش خط تلفن همراه به صرف عدم پرداخت هزینه و بدون قراردادی خاص، ممنوع دانسته و از حق مالکیت در این زمینه حراست شده است؛ خصوصاً در موضوع اپراتورهای تلفن همراه که شفافیت و پاسخگویی در حد مطلوبی ندارند و عموماً مشترکان از حقوق خود بی اطلاع اند و وضعیت خصولتی شرکت مخابرات هم، مزید بر علت است.

ب. حقوق اجتماعی: حق مرخصی و مزایای ایام عدم اشتغال

بخشی از حقوق اجتماعی، حق های رفاهی هستند مانند حق حداقل های معیشتی، بهداشتی و درمانی و حق تأمین اجتماعی^۲. که از این میان، حق مرخصی و ایام بیکاری در آراء دیوان، مورد حمایت قرار گرفته است.

۱. دادنامه ۲۰۸/۸۹ مورخ ۸۹/۶/۱

۲. ر.ک: سید محمد قاری سیدفاطمی، *حقوق بشر در جهان معاصر* (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸)، دفتر دوم (جستارهایی تحلیلی از حق ها و آزادی ها)، صص ۳۲۴-۳۷۸.

۱. حق مرخصی

امروزه استراحت و تمدید قوا در قالب «حق مرخصی» به عنوان یکی از حقوق اجتماعی مستخدمان اعم از کارگران و کارمندان پذیرفته شده است. ماده ۲۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این خصوص اشاره می‌دارد: «هرکس حق استراحت کردن، فراغت... برخورداری از مرخصی ادواری با دریافت دستمزد دارد». در حقوق ایران نیز، حق مرخصی سالیانه یا استحقاقی برای کارمندان و کارگران در نظر گرفته شده^۱ و رویه دیوان، نشان از حمایت از این حق دارد.

۱.۱. استحقاق آزادگان بازنشسته به حقوق و مزایای مرخصی استحقاقی دوران اسارت

«مطابق بند (ع) تبصره ۲۰ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور، «مرخصی‌های استحقاقی آزادگان شاغل در طول ایام اسارت که بر اساس ماده ۱۳ قانون حمایت از آزادگان پس از ورود به کشور سنوات خدمتی آنان دو برابر محاسبه و ذخیره شده، براساس آخرین حقوق و مزایای فرد قابل پرداخت خواهد بود. همچنین آزادگان که پس از اسارت شاغل شده‌اند نیز از این مزایا برای مدت اسارت بهره‌مند خواهند شد». نظر به اینکه عموم و اطلاق حکم مذکور، مفید تسری آن به عموم آزادگان استخدام شده در دستگاه‌های مورد نظر مقنن است، بنابراین قسمت آخر بخشنامه مورخ ۱۳/۱۱/۱۳۸۶ سازمان آموزش و پرورش خوزستان مبنی بر اینکه آزادگان بازنشسته، مشمول بند مذکور نیستند و مجاز به دریافت حقوق و مزایای قانونی مدت مرخصی استحقاقی دوران اسارت نمی‌باشند، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات سازمان مذکور، تشخیص و... از تاریخ تصویب، ابطال می‌گردد»^۲.

۱. وحید آگاه، پیشین، ص ۸۴.

۲. دادنامه ۱۱۲/۸۸ الی ۱۱۵ مورخ ۸۸/۲/۲۰

۲.۱. منع تبعیض میان مستخدمان در مرخصی استحقاقی

«نظر به اینکه در ماده ۵۶ آیین نامه استخدامی جهاد دانشگاهی مقرر شده هر یک از اعضای جهاد به ازای یک سال خدمت، از ۳۰ روز مرخصی استحقاقی با استفاده از حقوق و مزایای مستمر برخوردار خواهند بود و در ماده ۵۸ آیین نامه مذکور، استفاده از مرخصی استحقاقی به تقاضای کتبی عضو و کسب موافقت سرپرست مربوط، قبل از شروع مرخصی موکول شده و احکام مذکور با احکام مقنن در قانون استخدام کشوری و سایر مقررات استخدامی، مشابهت کامل دارد و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در آراء شماره ۵۹-۱۳۷۷/۳/۲۳ و ۵۴۱-۱۳۸۵/۷/۳۰ مقرراتی که به موجب آنها، مرخصی بدون درخواست مستخدم و با تشخیص دستگاه متبوع مستخدم تجویز شده بود را ابطال کرده و با توجه به اینکه مطابق بند ۹ اصل ۳ ق.ا. دولت موظف است، امکانات خود را برای رفع تبعیض ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه های مادی و معنوی ایجاد کند، تبصره ۲ ماده ۵۸ آیین نامه استخدامی جهاد دانشگاهی به لحاظ مغایرت با بند ۹ اصل ۳ ق.ا. و به لحاظ ایجاد تبعیض در برخورداری از مرخصی استحقاقی... از تاریخ تصویب ابطال می شود»^۱. بر این اساس، تبصره ۲ مبنی بر «... مقام مجاز در واحدهای سازمانی می تواند با اعلام قبلی یک ماهه، ۱۵ روز از مرخصی استحقاقی سالانه اعضا را حداکثر در سه مقطع زمانی با تعطیل فعالیت تمام یا گروهی از اعضای... واحدهای سازمانی ذی ربط و بدون نیاز به درخواست آنان کسر نمایند...»، ابطال شده و دیوان، بار دیگر تأکید می نماید که حق مرخصی محترم است و بدون رضایت ذی حق، نمی توان مدت و تاریخ مرخصی را بر او تحمیل نمود.

۳.۱. ممنوعیت قاعده گذاری در خصوص ذخیره مرخصی

«نظر به حدود صلاحیت و وظایف و اختیارات رؤسای سازمان های آموزش و پرورش استان ها، صدور بخشنامه شماره... رئیس سازمان آموزش و پرورش استان ایلام در خصوص ممنوعیت ذخیره سازی مرخصی سرایداران مدارس به میزان بیش

از ۱۵ روز در هر سال، از حدود وظایف و اختیارات رئیس سازمان آموزش و پرورش استان ایلام، خارج است و... ابطال می‌شود»^۱.

۴.۱. حمایت از مرخصی نه‌ماهه زایمان بانوان شاغل

دادنامه حکایت از اصدار آراء مشابه از شعب دیوان در جهت حمایت از افزایش مدت مرخصی بانوان شاغل با لحاظ مستندات قانونی است که با عنایت به ماده ۹۰ قانون دیوان، در هیأت عمومی مطرح شده تا در موارد بعدی، ایجاد رویه گردد. گفتنی است وفق تبصره ماده ۹۰: «پس از ایجاد رویه در رأی، در موارد آتی، موضوع در شعب، خارج از نوبت و بدون نیاز به ارسال نسخه‌ای از دادخواست و ضمائم برای طرف شکایت انجام می‌گیرد»:

«به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین جمعیت و تنظیم خانواده مصوب سال ۱۳۹۲ به دولت اجازه داده شده مرخصی زایمان مادران را به نه ماه افزایش دهد. هیأت وزیران نیز در راستای این اختیار به موجب بند یک تصویب‌نامه شماره... ۱۳۹۲/۴/۱۹، مدت مرخصی زایمان (یک و دوقلو) زنان شاغل در بخش‌های دولتی و غیر دولتی را نه ماه تمام با پرداخت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط تعیین کرده است. نظر به اینکه شعب ... دیوان ... در ارتباط با خواسته شکات مبنی بر الزام دستگاه دولتی متبوع خویش به افزایش مدت مرخصی زایمان از شش ماه به نه ماه حکم به وارد دانستن شکایت صادر کرده‌اند، این آراء در راستای حکم پیش‌گفته مقنن و مصوبه یاد شده هیأت وزیران صادر شده‌اند و به عنوان رأی صحیح تلقی می‌شوند و به همین جهت در راستای ماده ۹۰... مفاد آراء مذکور به عنوان رأی ایجاد رویه برای شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است»^۲. در این دادنامه و خیل دادخواست‌های مثبت در شعب در همین موضوع، مشخص شد که صرف تصویب یک قانون و مصوبه آن برای اجرا و صدور حکم کافی نیست؛ کما اینکه با عنایت به شرح دادنامه‌های شعب دیوان منتج به رأی ایجاد رویه، خواندگان ایراد و اعتراض مؤثری را ابراز و اقامه

۱. دادنامه ۹۲-۹۳ مورخ ۹۳/۱/۲۵

۲. دادنامه ۶۴ مورخ ۹۴/۲/۱۹

نداشته اند و «عدم تأمین اعتبار» و «عدم صدور دستورالعمل اجرایی» هم موجب جواز عدم اجرای قانون نیست. اما باید در نظر داشت در گستره حق‌های نسل دوم حقوق بشر، بودجه دولت، تعیین‌کننده است و با رأی یا بدون آن، وقتی تأمین اعتباری صورت نگرفته، حق استیفاء نمی‌شود. لذا درکنار صحت اقدام دیوان در صدور این رأی، باید توجه داشت که وقتی بودجه امری موجود نیست و دستگاه‌ها در پرداخت مربوط به حق مرخصی با کمبود اعتبار و بودجه مواجه‌اند، این نوع تقنین شتاب‌زده و بی‌توجه به تحولات رفتاری خانواده‌ها در اصلاح جمعیت، جز سردرگمی و ایجاد ناامیدی به کلیت قانون و تصویب قوانین، اثری ندارد و ره به جایی نمی‌برد.

۲. حقوق ایام عدم اشتغال

۱.۲. حقوق و بیمه درمانی ایام وضعیت بدون کاری کارمند سپاه

«مطابق بند (ک) ماده ۹۷ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۴، «بدون کاری» یکی از وضعیت‌های خدمتی پرسنل مشمول قانون یادشده است و به موجب ماده ۱۰۸ این قانون، «بدون کار» وضع پرسنلی است که به یکی از علل زیر بدون حفظ پست سازمانی موقتاً از کار برکنار می‌گردند: «... ج - به علت ارتکاب تخلفات انضباطی یا قرارهای صادره از مراجع ذی‌صلاح قضایی موقتاً بدون کار شوند». نظر به اینکه تعلیق از خدمت یکی از موارد بدون کاری است، با تعلیق مستخدم نظامی از خدمت، وی می‌بایست از حقوق و مزایای بدون کاری موضوع ماده ۱۶۸ قانون معنونه به میزان یک دوم حقوق درجه یا رتبه و مزایای مستمر بهره‌مند شود. با توجه به مراتب، رأی شعبه... که به شرح آن، حکم به وارد دانستن شکایت و الزام سپاه پاسداران به پرداخت حقوق ایام بدون کاری و تحت پوشش بیمه درمانی قرار دادن شاکی صادر شده، صحیح و موافق مقررات است. این رأی ... برای شعب دیوان و سایر مراجع ذی‌ربط در موارد مشابه، لازم‌الاتباع است»^۱.

۲.۲. حق بیمه بیکاری

«وفق ماده ۲ قانون بیمه بیکاری مصوب ۱۳۶۶، بیکار، بیمه‌شده‌ای است که بدون میل و اراده بیکار شده و آماده‌کار باشد و مطابق مفاد ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب ۱۳۶۹، تشخیص و تاریخ بیکاری بدون میل و اراده به عهده اداره کار و امور اجتماعی است. نظر به اینکه تفاهم‌نامه تنظیمی بین ادارات کار و تأمین اجتماعی استان گیلان مبنی بر عدم برقراری بیمه بیکاری خبازان با این استدلال که اکثریت کارگران خبازی با توافق، اخراج و در کارگاه دیگری به صورت پنهان، اشتغال به کار دارند، مغایر احکام مقررات یاد شده است ... ابطال می‌شود.^۱ در این رأی به شایستگی از حق بیمه بیکاری دفاع شده و از دو زاویه دیگر هم محل توجه است:

- حق بیمه بیکاری در ایران به دلیل تقنین بد، بسیاری از کارگران یعنی «کارگران مواجه با عدم تمدید قرارداد» را شامل نمی‌شود و همان‌طور که در رأی، عیان شده، عملاً بسیاری از جامعه هدف را خارج از شمول قانون قرار می‌دهد. لذا قانون بد در اجرا، مجریان را به گشایش امر، مثلاً انعقاد تفاهم‌نامه برای دور زدن قانون وادار نموده است.

- ابطال مقررره عجیب اداره کار که بر مبنای حدس و بدگمانی بوده، امیدوارکننده است. چه اینکه می‌دانیم قراردادهای اداری طبق دادنامه‌های متعدد هیأت عمومی دیوان، - سوای صحت و سقم - خارج از صلاحیت دیوان هستند و ابطال تفاهم‌نامه توسط دیوان بسیار مسرت‌انگیز است، چراکه تفاهم‌نامه به‌سختی در عداد مقررات جای می‌گیرد و رأی نشان می‌دهد که دست‌کم اینجا، تفاهم‌نامه در شمول صلاحیت دیوان قرار گرفته است.

ج. حقوق فرهنگی: حق آموزش رایگان

حق آموزش در کنار حقوقی چون حق مشارکت در زندگی فرهنگی و حق برخورداری از مزایای پیشرفت علمی، در فهرست حقوق فرهنگی است^۲ که جنبه

۱. دادنامه ۲۵۶ مورخ ۹۰/۶/۲۱

۲. السا استاماتوپولو، *حقوق فرهنگی در حقوق بین‌الملل*، ترجمه سیدقاسم زمانی و منالسادات میرزاده (تهران: خرسندی، ۱۳۹۲)، ص ۲۱.

حمایتی داشته و دولت مکلف به تأمین آن است؛ حق‌هایی برای ارتقاء سطح فرهنگی که حق آموزش (و نه حق آزادی آموزش) از جمله آنهاست. حق آموزش شامل فراگیری معلومات از طریق آموزش و پرورش ابتدایی، عمومی و تخصص‌های عملی و کاربردی است.^۱ حق آموزش در ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر در سطوح ابتدایی و بنیادین، هم رایگان و هم اجباری است، اما در مقاطع بالاتر تعهدی به آموزش رایگان نیست و در اسناد، صرف در دسترس بودن و عدم تبعیض مطرح است.^۲ در حقوق داخلی نیز از حمایت اصول ۱۲، ۱۳، ۳۰، بند ۷ اصل ۴۳ و بند ۳، ۴ و ۱۳ اصل ۳ ق.ا. برخوردار است که در رأی ذیل، تضمین شده:

«با توجه به اینکه مطابق ماده ۷ لایحه قانونی اصلاح مواد ۷ و ۸ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۸، تحصیل در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی داخل کشور به صورت رایگان و در قبال تعهد خدمت برابر مدتی که از تحصیل رایگان استفاده کرده‌اند، مورد حکم مقنن قرار گرفته و پرداخت شهریه در فرضی اعمال می‌شود که کسی مایل به تحصیل رایگان نباشد و در سایر قوانین، دلیلی بر محدودیت تحصیل رایگان در مراکز آموزش عالی فقط در یک مقطع وجود ندارد و از طرفی، مطابق ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دریافت هر گونه وجه، کالا و خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی و حقوقی توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود، ممنوع اعلام شده. بنابراین قسمت اول بند ۳ مصوبه چهل و پنجمین جلسه شورای عالی برنامه‌ریزی علوم پزشکی وزارت بهداشت مبنی بر پرداخت شهریه تحصیل در مقطع دکترا توسط داوطلبی که در مقطع کارشناسی از آموزش رایگان برخوردار بوده، مغایر احکام مقنن به شرح فوق‌الذکر است و... ابطال می‌شود.^۳ حکمی که به مصوبات

۱. سیدمحمد هاشمی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (تهران: میزان، ۱۳۸۴)، صص ۵۰۱-۵۰۰.

۲. روناک.م. اسمیت، کتاب درسی قواعد حقوق بین‌المللی بشر، ترجمه فاطمه کیهانلو (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸)، صص ۳۸۰-۳۷۹.

۳. دادنامه ۷۳۴ مورخ ۹۲/۱۰/۳۰

مشابه نیز طبق همین رأی تسری داده^۱ و راه دور زدن آن نیز مسدود شد و بند ۳ بخش ز فصل سوم دفترچه آزمون سراسری سال ۱۳۹۴ که بعد از رأی مذکور هیأت عمومی، تهیه و مقرر می‌داشت: «چنانچه داوطلب در مقطع کارشناسی از آموزش رایگان برخوردار بوده، در صورت قبولی در دوره‌های مزبور ملزم به پرداخت شهریه مطابق مصوبات هیأت امنای دانشگاه مربوطه می‌باشد» و درواقع، با لغو آموزش رایگان، آن را به مبلغ نامشخص مصوبه هیأت امنای دانشگاه ارجاع داده؛ مغایر دادنامه پیش‌گفته و فی‌الواقع، مغایر صریح مفاد حکم مقرر در ماده ۹۲ قانون دیوان تلقی و مستند به قانون مزبور از تاریخ انتشار ابطال گردید^۲. چه، وفق ماده یادشده: «چنانچه مصوبه‌ای در هیأت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیأت عمومی در مصوبات بعدی الزامی است. هرگاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیأت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان موضوع را خارج از نوبت... و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده، در هیأت عمومی مطرح می‌نماید».

لذا دادنامه‌های یادشده، حکایت از تصویب مقرره‌ای دارد مبنی بر اینکه اگر داوطلب در مقطع کارشناسی از آموزش رایگان برخوردار بوده، در مقاطع دیگر از این حق بی‌بهره است، که باتوجه به تضمین حق آموزش در قوانین، دیوان به شایستگی حکم بر ابطال داده است. نکته مهم‌تر اما، عدم ضمانت‌اجرای مناسب آراء دیوان است، زیرا اولین رأی صادر شده مربوط به سال ۹۲ می‌باشد که در سال‌های بعد و دست‌کم تا سال ۹۴ در دفترچه‌های آزمون، ادامه داشته و محتمل است در سال‌های بعد نیز، این «حکایت همچنان باقی» باشد.

نتیجه

دیوان عدالت اداری، نهاد ویژه نظارت قضایی بر اداره در ایران و یکی از وظایف آن، مطابقت مقررات دولتی با قانون اعم از اساسی و عادی است. در این میان، اعمال حاکمیت قانون، بالطبع پاس‌داشت حریم حق‌ها و آزادی‌ها را نیز

۱. دادنامه ۷۳۵ مورخ ۹۲/۱۰/۳۰

۲. دادنامه ۱۲۰۵ مورخ ۹۴/۱۰/۲۲

به همراه خواهد داشت. اما حراست از حقوق بشر، مستقل از قانون هم، معنادار است و اتفاقاً در زمانی که قانون ساکت است یا تصریحی ندارد، استناد به حقوق بشر، ارزشی دوچندان می‌یابد. لذا قانون و حقوق بشر می‌توانند در تعامل یا تضاد باشند و پر بدیهی است که در تقابل این دو، ترجیح با حقوق بشر است. در این مقاله، کارنامه سال‌های ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۴ هیأت عمومی دیوان از منظر تضمین نسل دوم حقوق بشر (به جز حق مالکیت از طریق رصد عوارض مصوب شوراهای شهر) بررسی شد و هرچند یافته‌ها درمقابل خیل عظیم آراء هیأت عمومی، اعم از آراء ایجاد رویه، وحدت رویه و ابطالی، ناچیز است: اما با نگاهی به تاریخچه این نهاد، نوپا و فراز و فرودهای پشت سرگذاشته شده، همین اندازه هم، «غیرنامیدکننده» می‌نمایند. نسل دوم حقوق بشر، حق‌های مطالبه‌ای است که در سطح اول، نیازی به آزادی ندارد و شاید همین امر، دست قضات و فضای قضایی را برای حمایت و تضمین، بازتر می‌نماید. آخر اینکه حجم اندک آراء حامی این نسل از حقوق بشر در ۷ سال مورد مطالعه، نیز نشان می‌دهد که **اولاً**، حق‌ها ولو در نسل دوم، هنوز جایگاه درخور خود را در میان قضات نیافته و **ثانیاً**، همین آراء موجود از نظر استدلال، فره نبوده و فعلاً در سطح شناسایی باقی مانده و البته تا سطح توسعه و تبیین، فاصله‌ها دارد.

فهرست منابع

کتاب‌ها

۱. آگاه، وحید، **حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۸۸-۱۳۶۰)** (تهران: جنگل، ۱۳۸۹).
۲. آگاه، وحید و بوربوری، محمدنبی، «دور باطل تصویب عوارض در شوراها و ابطال در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: کاوشی در نظارت قضایی بر توسعه شهری مغایر با حق مالکیت مردم (۱۳۸۸-۱۳۹۴)»، **پژوهش‌های حقوقی**، شماره ۳۱ (۱۳۹۶).
۳. استاماتوپولو، السا، **حق‌های فرهنگی در حقوق بین‌الملل**، ترجمه سیدقاسم زمانی و منالسادات میرزاده (تهران: خرسندی، ۱۳۹۲).
۴. اسمیت، روناک‌م، **کتاب درسی قواعد حقوق بین‌المللی بشر**، ترجمه فاطمه کیهانلو (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸).
۵. امامی، میر سید حسن، **حقوق مدنی** (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۷)، جلد ۱.
۶. قاری سیدفاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر** (تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲)، دفتر اول (درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع).
۷. قاری سیدفاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر** (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸)، دفتر دوم (جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها).
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر** (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۲).
۹. طجلرو، رضا، **حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بشر (تجزیه و تحلیل اسناد بین‌المللی و فرهنگی بشر)** (تهران: دادگستر، ۱۳۹۳).
۱۰. میرشکاری، عباس، **ثبوت و اثبات** (تهران: جاودانه - جنگل، ۱۳۹۲).

۱۱. نژندی منش، هیبت‌الله، درآمدی بر حقوق بین‌الملل حقوق بشر (تهران: خرسندی، ۱۳۹۵).
۱۲. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (تهران: میزان، ۱۳۸۴).
۱۳. هیمن - دوا، آرت، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، ترجمه یوسف مولایی و رشید برناک (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲).

مقاله‌ها

۱. آگاه، وحید و بوربوری، محمدنبی، «کارنامه ایجابی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۴ در ترازوی نسل اول حقوق بشر»، مجموعه چکیده مقالات اولین کنگره حقوق شهروندی با رویکرد فرهنگی»، تهران، دبیرخانه دائمی کنگره حقوق شهروندی، دی‌ماه ۱۳۹۶.
۲. کراوزه، کاترینا، «حق مالکیت»، ترجمه علی کمالی در: ایده، آسیبورن و دیگران، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (به انضمام اسناد)، ترجمه ماهر و غدیری و دیگران (تهران: مجد، ۱۳۹۱).

دادنامه‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. دادنامه ۱۱۲/۸۸ الی ۱۱۵ مورخ ۸۸/۲/۲۰.
۲. دادنامه ۱۷/۸۸ مورخ ۸۸/۲/۲۷.
۳. دادنامه ۲۰۸/۸۹ مورخ ۸۹/۶/۱.
۴. دادنامه ۲۵۶ مورخ ۹۰/۶/۲۱.
۵. دادنامه ۴۳۰-۴۳۱ مورخ ۹۲/۷/۱.
۶. دادنامه ۵۶۸ مورخ ۹۲/۸/۲۷.
۷. دادنامه ۷۳۴ مورخ ۹۲/۱۰/۳۰.

۸. دادنامه ۷۳۵ مورخ ۹۲/۱۰/۳۰.

۹. دادنامه ۹۲-۹۳ مورخ ۹۳/۱/۲۵.

۱۰. دادنامه ۶۴ مورخ ۹۴/۲/۱۹.

۱۱. دادنامه ۸۵۱ مورخ ۹۴/۷/۷.

۱۲. دادنامه ۱۲۰۵ مورخ ۹۴/۱۰/۲۲.

۱۳. دادنامه ۱۲۳۰ مورخ ۹۴/۱۱/۶.

رعایت قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا با رسیدگی به دعوای تقابل

حسن محسنی*

الف. گزارش پرونده:^۱

«به حکایت دادخواست الف. به طرفیت آقای ع.الف. و به خواسته صدور حکم به خلع ید از یک قطعه زمین ملکی دولت و قلع و قمع بنای احدائی در آن هرکدام مقوم به بیست و یک میلیون ریال و محکومیت خوانده به پرداخت هزینه‌های دادرسی اجماًلاً در مشروحه درخواست ابراز شده پلاک ۴۳۲۴ اصلی بخش یک بیرجند بنام این اداره به مساحت تقریبی ۲۸۶ متر مربع در اراضی شمال شهر بیرجند از سوی خوانده تصرف گردیده بدون آنکه مدرک مالکیت معتبری و یا مجوزی قانونی داشته باشد، لذا درخواست حکم به خلع ید و قلع و قمع بنای احدائی و پرداخت کلیه هزینه‌های دادرسی و حق الوکاله وکیل را داریم. این دادخواست ثبت دادگستری بیرجند شده و به شعبه اول حقوقی، ارجاع در مورخ ۱۳۹۲/۱/۵ پیوست این دادخواست دلیل سمت ض.د. رئیس اداره خواهان، تصویر مصدق سند ثبتی شماره ملک ۴۳۲۴ متصل به شماره... شماره ثبت ۸۲۳۸ دفتر ۲۶ صفحه ۵۷۱ بخش یک بیرجند که به تاریخ ۱۳۵۳/۵/۷ در صفحه سوم سند تصریح شده (شش دانگ یک قطعه زمین موات). این دادخواست پس از ثبت شعبه اول حقوقی بیرجند، بدون معلوم داشتن وقت رسیدگی یا نظارت، با تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۵ از سوی واحد ارشاد و معاضدت قضایی بیرجند، قرار ارجاع امر به کارشناسی به استناد دستورالعمل شماره یک طرح جامع رفع اطاله دادرسی مصوب ۸۴/۷/۳۰ را صادر می‌نماید (ص

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

۱. گزارش با به کارگیری برخی نشانه‌های نگارشی و سجاوندی و نیز رأی عیناً از بانک آراء پژوهشگاه قوه

قضاییه به نشانی زیر نقل می‌شود:



۶. نظریه کارشناسی به شماره ۱۳۷ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۸ در صفحات ۷ لغایت ۹ پرونده پیوست در نظریه کارشناسی قید شده (با ملاحظه وضع محل و ارائه معرفی ملک مورد دعوی توسط نماینده اداره راه و مسکن و شهرسازی عبارت است از شش دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۲۸۶ مترمربع ... هیچ گونه بنا ساختمانی داخل در زمین مذکور احداث نشده و فقط در حد جنوب، دیواری به ارتفاع یک متر فقط سنگ کاری شده و سنگ کاری مذکور بدون ملات سیمان و یا شن و آهک و یا گل احداث شده و یک عدد چهارچوب فلزی در حد جنوب نصب گردیده است). وقت اجلاس رسیدگی ۱۳۹۲/۲/۲۲ مقرر، نمایندگان حقوقی خواهان معرفی (ص ۱۶). در وقت مقرر اجلاس منعقد (صفحات ۲۰ و ۲۱). نمایندگان خواهان همان خواسته دادخواست را دوباره، مطرح و دادگاه خطاب به خوانده با توجه به دعوی خواهان و اظهارنظر کارشناس منتخب دادگاه قرائت شده، مشروحاً دفاعیات خود را بگوید: خوانده پاسخ داده: اینجانب طی قولنامه از آقای ع. (ناخوانا) حدود ۲۵ سال پیش ملک مذکور را خریداری نمودم و این ملک و بقیه ملک، مالک آقای ع. (ناخوانا) بوده که موجود می باشد و طبق استشهادیه محلی و سابقه ای که داشته زمین مذکور قسمتی از دامداری (ناخوانا) که از زمان گذشته دامداری بوده است و قبلاً هم سال های دایر و زراعی دیم بوده است. در لایحه پیوست این اجلاس صفحات ۱۷ لغایت ۱۹ که به شماره ۰۰۶۴۰-۹۲ مورخ ۹۲/۲/۲۲ ثبت شده اجمالاً به نظریه کارشناس ضمّ دادخواست (از سوی واحد ارشاد و معاضدت قضایی بیرجند صادر شده) معترض و تقاضای هیأت کارشناسی را دارم زیرا اراضی ملکی بنده جزء اراضی پلاک ۴۳۲۴ اصلی نمی باشد. لذا سند رسمی ضمّ دادخواست، ارتباطی به ملک و تصرفات اینجانب ندارد. اراضی مورد ادعا جنب ... است که تصرفات مرا شامل نمی گردد. اراضی بنده خروج موضوعی از اراضی مورد ادعای سازمان دارد و داخل در پلاک ۴۳۲۴ نمی باشد، تقاضای أخذ پرونده ثبتی و بررسی نحوه ثبت اراضی و ابطال سند رسمی را دارم (این امر مستلزم تقدیم دادخواست بوده). با عنایت به تقدیم دادخواست تقابل در این پرونده تا رسیدگی به دعوی تقابل رسیدگی به دعوی خلع ید و قلع و قمع بنای، جایگاه قانونی ندارد (اصل

دادخواست تقابل در پرونده امر از صفحات یک لغایت صدور رأی و ختم دادرسی (ص ۳۶) ملاحظه نگردید، لکن تصویر دادخواست تقابل در صفحات ۴۵ و ۴۶ پرونده محاکماتی ضمیمه است). چون دعوی طاری رابطه مستقیم با دعوی اصلی دارد رسیدگی توأمان را درخواست دارم. دادگاه در اخیر اجلاس دادرسی تصمیم گرفته (ص ۲۲ و ۲۱) قرار ارجاع امر به هیأت کارشناسی با عزیمت به محل وقوع ملک و مطالعه پرونده ثبتی و ترسیم کروکی و حدود اربعه ملک و تطبیق با اسناد و نقشه ثبتی و مستحدثات ایجادشده اقدام نمایند. اسامی هیأت کارشناسی در رشته امور ثبتی را درج نموده‌اند. پس از توجه دادن مراتب کارشناسی به کارشناسان (ص ۲۳) نظریه هیأت کارشناسی (ص ۲۶) که به شماره ثبت ۱۱۸۳-۰۹۲ مورخ ۹۲/۴/۵ مرقوم شده (حین شور نیز قرائت می‌گردد)، اجمالاً ملک مورد اختلاف یک قطعه زمین شمالاً به طول ۱۵ متر سنگ‌چین شده بدون ملات به باقی مانده ۴۳۲۴ اصلی شرقاً ۱- به طول ۷ متر سنگ‌چینی است بدون ملات به باقی مانده مذکور ۲- به طول ۲۰ متر به دیوار محوطه‌های ساخته‌شده جنوباً سنگ‌چینی است به ارتفاع تقریباً دو متر و درب ورودی به طول نه متر به باقی مانده ۴۳۲۴ اصلی غرباً ۱- به طول ۱۸ متر به دیوار منازل ساخته‌شده ۲- به طول ۷ متر سنگ‌چینی بدون ملات به باقی مانده پلاک ۴۳۲۴ اصلی به مساحت ۳۰۲ متر مربع فاقد ساختمان و بر روی تپه واقع است. جریان ثبتی اراضی پلاک ۴۳۲۴ اصلی بخش دو بیرجند یک قطعه زمین موات ... بنام دولت به نمایندگی اداره دارایی بیرجند به استناد لایحه ثبت اراضی ۳۱/۵/۲۸ به تصویب کمیسیون مشترک مجلسین رسیده، قبول ثبت گردیده آگهی نوبتی آن، منتشر و اعتراضی به پرونده ثبتی نرسیده برابر صورت مجلس تمدید شماره ۳۸۲۰-۳۵۳/۵/۶-۳۵۳/۵/۷ تعیین حدود پلاک در تاریخ‌های یکم الی ششم مرداد ۱۳۵۳ به عمل آمده و سند مالکیت در ۱۳۵۳/۵/۷ پس از انجام تحدید حدود به استناد ماده ۲ قانون افراز و ثبت اراضی سازمان مسکن، صادر و تسلیم شده. ملک مورد اختلاف در محدوده سند مالکیت دولت قرار دارد و فاقد هرگونه اعیان و مستحدثات می‌باشد. دادگاه بلاغیه جهت رؤیت نظر کارشناسی ارسال نموده، خوانده استشهادیه شهود ۶ نفر مشعر بر خرید وی از آقای ع.خ. در ۱۳۶۸/۳/۲۹ ابراز و ملک مورد تصرف به صورت

دیم‌زار و توسط وی حصارکشی شده است (ص ۲۹). دادگاه با عدم وصول اعتراض، ختم رسیدگی را اعلام، طی دادنامه شماره ۰۳۹۹-۹۲-مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸ (شعبه اول حقوقی بیرجند) (ص ۳۶) با گزارش از تحولات پرونده به شرح منعکس دادگاه با اوضاع و احوال موجود قضیه نظر هیأت کارشناسان سه نفره با محل مطابقت داشته^۱، لذا دادگاه با احراز مالکیت خواهان بر ملک متنازع‌فیه و احراز تصرف خوانده بر ملک موصوف و احراز عدم جواز تصرف از ناحیه خوانده بر ملک متنازع‌فیه و احراز احداث دیوار سنگی در اطراف زمین، دعوی خواهان را وارد، تشخیص و به استناد مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ و ۳۱۱ ق.م. و مفهوم مواد ۳۱۳ ق.م. و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ آ.د.م. رأی به محکومیت خوانده به خلع ید از یک قطعه زمین واقع در محله م. به مساحت ۳۰۲ متر وفق کروکی ترسیمی کارشناسان منتخب دادگاه و قلع و قمع دیوارهای سنگی احداث‌شده توسط خوانده و مقادیر و حق الزحمه کارشناسی و هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم نموده‌اند. این رأی در مورخ ۹۲/۴/۳۱ (ص ۴۲) به محکوم‌علیه ابلاغ نامبرده دادخواست فرجامی در مورخ ۹۲/۵/۲۴ به شماره ثبت ۰۱۶۰۰-۹۲ (ص ۵۸) تقدیم و متعاقب تبادل لویج بدین مرجع ارسال داشته‌اند. حین شور دادخواست فرجامی و لایحه تبادل قرائت می‌شود. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای سیدرسول حسینی طباطبایی - عضو ممیز و اوراق پرونده - و نظریه کتبی آقای حسین نوروزی - دادیار دیوان عالی کشور - اجمالاً مبنی بر نقض رأی فرجام‌خواسته دادنامه شماره ۰۳۹۹-۹۲-۱۳۹۲/۴/۱۸ مشاوره نموده، چنین رأی می‌دهد:

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۱۰

تاریخ: ۱۳۹۳/۲/۷

مرجع رسیدگی‌کننده: شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور

۱. ظاهراً عبارت صحیح این باشد: «دادگاه با عدم وصول اعتراض، ختم رسیدگی را اعلام [کرده]، طی دادنامه شماره ۰۳۹۹-۹۲-مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸ (شعبه اول حقوقی بیرجند) (ص ۳۶) با [تهیه] گزارش از تحولات پرونده به شرح منعکس [در آن]، [که از نظر] دادگاه [گزارش هیأت کارشناسی ارائه شده] با اوضاع و احوال موجود قضیه [موضوع] نظر هیأت کارشناسان سه نفره با محل [متنازع فیه] مطابقت داشته».

متن رأی

«فرجام‌خواهی آقای ع.الف. نسبت به دادنامه شماره ۹۲-۰۰۳۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸ صادره از شعبه اول محاکم عمومی حقوقی بیرجند اجمالاً وارد است. دعوی طرف فرجام‌خواه، خلع ید و قلع و قمع بنای احدائی است، در قبال آن، خوانده دعوی در مقام دفاع عنوان نموده دعوی تقابل اقامه نموده است در اجلاس اول دادرسی مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲ لایحه ثبت‌شده به شماره ۹۲-۰۰۶۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲ (صفحات ۱۷ لغایت ۱۹) عنوان نموده. با عنایت به تقدیم دادخواست تقابل در این پرونده تا رسیدگی به دعوی تقابل رسیدگی به دعوی خلع ید و قلع و قمع بنای جایگاه قانونی ندارد. تصویر دادخواست تقابل در صفحات ۴۵ و ۴۶ پرونده محاکماتی ضمیمه است و اظهار عقیده‌ای در جواب آن مشاهده نگردید. نظر به اینکه در و یا فاقد تأثیر است خواهد بود زیرا دعوی طاری با اصلی لازم‌التأثیر باشد. به حکم اخیر ماده ۱۰۴ آ.د.م. دعوی، قابل تجزیه نبوده و دادگاه باید یک‌جا رأی دهد. نظر به اینکه این امر زمره حقوق اصحاب دعوی و موازین دادرسی و شمول عنوان قواعد آمره است رسیدگی به دعوی طاری از عناوین استلزام دادرسی است به نحوی که تصمیم در هریک مؤثر در دیگری است. با نقض رأی مرقوم به استناد بند ۳ ماده ۳۷۱ آ.د.م. به همان مرجع صدرالذکر، ارجاع تا با تمهیدات رسیدگی دعوی طاری و یا تصریح سبب نفی استلزام و مقتضیات دادرسی، تأسیس رأی در ثانی نمایند.»

مستشاران شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور

نظریه اقلیت:

(«نظر به اینکه دادنامه فرجام‌خواسته با توجه به سند مالکیت ثبتی فرجام‌خوانده، وفق مقررات، اصدار یافته خاصه اینکه دلیل موجهی از ناحیه فرجام‌خواسته که نقض^۱ دادنامه را ایجاب نماید ارائه نگردیده نهایتاً به ردّ فرجام‌خواهی و ابرام دادنامه فرجام‌خواسته عقیده دارم.»)

مستشار شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور

ب. یادداشت بر رأی:

۱. پیش از همه، بازنویسی رأی شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور از نظر نگارنده بایسته است؛ چراکه ادبیات این رأی، بسیار موجز و مجمل و البته در برخی بخش‌ها نارساست. گرچه خوانندگان حقوقی با درنگ به پیام اصلی رأی پی‌می‌برد، شایسته است دیوان عالی کشور به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی، در نگارش رأی بیشتر دقت نموده تا از قتل این قبیل رأی ثاقب و صائب، ادبیات آموزنده‌ای برای قضات، وکلاء،

۱. به نظر می‌رسد «نقض» صحیح باشد.

استادان و دانشجویان حقوق به یادگار ماند. نگارنده بر این باور است که رأی مزبور را چنین می‌شود بازنویسی کرد:

«فرجام‌خواهی آقای ع.الف. نسبت به دادنامه شماره ۹۲-۰۰۳۹۹ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۸ صادره از شعبه اول محاکم عمومی حقوقی بیرجند اجمالاً وارد است؛ دعوی طرف فرجام‌خواه در این پرونده، خلع ید و قلع و قمع بنای احدائی است که در مقابل آن، خوانده دعوی نخستین در مقام دفاع عنوان نموده که دعوی تقابل، اقامه کرده است و در جلسه اول دادرسی مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲ طی لایحه ثبت‌شده به شماره ۹۲-۰۰۶۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۲ (صفحات ۱۷ لغایت ۱۹) این امر را متذکر شده است. با عنایت به تقدیم دادخواست تقابل در این پرونده، رسیدگی به دعوی خلع ید و قلع و قمع بنا، تا رسیدگی به دعوی تقابل جایگاه قانونی ندارد. تصویر دادخواست تقابل در صفحات ۴۵ و ۴۶ پرونده محاکماتی ضمیمه است که اظهارعقیده‌ای در جوانب آن مشاهده نگردید.

نظر به اینکه رسیدگی به دعوای تقابل در اثر داشتن و یا بی‌تأثیر بودن دفاع خوانده نخستین (فرجام‌خواه) مؤثر خواهد بود، زیرا دعوی طاری با دعوای اصلی لازم‌التأثیر می‌باشد و به حکم اخیر ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی، این دعاوی قابل تجزیه نیستند و دادگاه باید یکجا درباره آنها رأی دهد و نظر به اینکه این امر در زمره حقوق اصحاب دعوی و از موازین دادرسی و مشمول عنوان قواعد آمره است و رسیدگی به دعوی طاری از عناوین استلزام دادرسی است به‌نحوی که تصمیم در هریک مؤثر در دیگری است، با نقض رأی مرقوم به استناد بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی، پرونده به همان مرجع صدرالذکر ارجاع می‌گردد تا با تمهیدات رسیدگی به دعوی طاری و یا با تصریح به سبب نفی استلزام این رسیدگی و بیان مقتضیات دادرسی و رسیدگی به دعوای اصلی، متعاقباً در ثانی مبادرت به صدور و تأسیس رأی نمایند».

آن بخش از رأی که به‌صورت نظر اقلیت آمده، از جهت نگارشی از ایراد و اشکال کمتری برخوردار است. حقیقت این است که رأی شعبه ۲۱ آن‌چنان ناقص و دارای افتادگی است که هر جمله آن را می‌شود به‌گونه سلیقه‌ای تکمیل نمود و دور از

تصور نخواهد بود که خوانندگان دیگر بتوانند متن رأی را با عباراتی دیگر تکمیل نمایند و این حد از اختصار و ایجاز بی‌تردید موجب نقصان در ادبیات دادنامه شعبه مزبور است. به‌ویژه آنکه مخاطب رأی، مردم هستند و نمی‌شود چشم داشت که همواره حقوقدانان رأی را بخوانند و به سرّ و اسرار آن پی ببرند.

۲. این رأی دربارهٔ ارتباط میان دعوای است و شعبهٔ ۲۱ دیوان عالی کشور چنین ارتباطی را به معنای تأثیر یک دعوا بر دعوای دیگر دانسته که با تعریف مقنن از «ارتباط کامل» در قسمت پایانی ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز منطبق است: «بین دو دعوا وقتی ارتباط کامل موجود است که اتخاذ تصمیم در هریک، مؤثر در دیگری باشد».

این معنا از ارتباط میان دعوای اصلی و تقابل، مفهوماً و نوعاً قابل پذیرش است و شعبه مزبور، مصداقاً و شخصاً نیز در دعوایی که برابر رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور «فرع بر مالکیت است» و «قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست»^۱، دعوای ابطال سند رسمی مستند آن دعوا به استناد دلایل خواهان تقابل، ازجمله قولنامه میان او و ایادی قبلی را دعوای دارای ارتباط کامل شناخته است. از نظر نگارنده گرچه تاریخ سند عادی نسبت به اشخاص ثالث، بی‌اعتبار است (ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی) و سیاست و امنیت حقوقی، اعتبار اسناد رسمی بر سند عادی را تفوق یا رجحان می‌دهد، تردید کمتر است. اما به باور پژوهنده اینکه یک دعوا مستند به سند رسمی باشد و دعوای دیگر مستند به سند عادی، در مفهوم ارتباط میان دعوای بلاثر است. از این رو، دعوای تقابل به خواستهٔ ابطال سند رسمی مستند دعوای اصلی ازجمله دعوای موضوع شق اخیر ماده ۱۴۱ به شرح فوق می‌باشد و رأی شعبه ۲۱ از این نگاه قابل تأیید است.

۳. استناد شعبه ۲۱ دیوان یادشده به ماده ۱۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در نوع خود جالب و بدیع و در عین حال بسیار آموزنده است. خوانندگان نیک می‌دانند که این ماده درباره دعوای قابل تجزیه است و چون در این پرونده شعبهٔ نخستین به دعوای تقابل رسیدگی ننموده، چنین متداعی و متبادر به ذهن

می‌گردد که دعوای اصلی و تقابل (خلع ید و قلع و قمع و ابطال سند رسمی) یک دعوای قابل تجزیه به‌شمار می‌آید که با اظهارنظر کارشناس و آماده شدن پرونده برای صدور رأی در دعوای اصلی، دادگاه خلع ید و قلع و قمع را از دعوای ابطال سند رسمی تجزیه نموده و چنین رأیی داده است. از سوی دیگر، دعوای طاری از شمول ماده ۱۰۴ آن قانون خارج هستند و دادگاه باید هم‌زمان به آنها رسیدگی نماید (ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی) و در یک دادنامه نسبت به آنها رأی دهد. در این معنا نیز رسیدگی توأمان اعم است از رسیدگی هم‌زمان در یک پرونده به معنای خاص و صدور رأی هم‌زمان در یک دادنامه نسب به هر دو دعا و نباید چنین پنداشت که دادگاه در حین رسیدگی توأمان می‌تواند درباره هر یک جداگانه رأی صادر نماید. این نکته مهم و قابل تأییدی است که رأی شعبه ۲۱ با ظرافت بسیار بالایی بدان تأکید نموده است. مزیت این‌گونه اظهارنظر و صدور رأی، بی‌تردید ممانعت از صدور آراء متعارض است و اینجاست که حقیقتاً - چنانکه در رأی آمده - رسیدگی توأمان به دعوای اصلی و تقابل، از موازین دادرسی و قواعد آمره به‌شمار می‌آید.

۴. حقوق اصحاب دعا نیز مستمسک دیگری برای شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور بوده تا رأی فرجام‌خواسته را نقض کند. این مفاهیم گرچه بسیار کلی هستند و بسیاری از قضات و وکلاء از تبیین مفهوم آن گریخته و از این موضوع به‌راحتی عبور می‌کنند، اما به اعتقاد نگارنده تأمل در رأی شعبه ۲۱ دیوان مزبور از این باب نیز ارزشمند است. اینکه مقنن، خواننده را محق دانسته تا پایان جلسه اول دادرسی با احراز شرایط قانونی^۱ چنین دعوایی طرح نماید، رسیدگی به آن نیز حق اوست و اظهارنظر نمودن در این‌باره به هر دلیل، خواه اینکه مستند دعوای خواهان سند رسمی باشد یا اینکه جلوگیری از اطاله دادرسی چنین ایجاب کند، روا نیست. قانون‌گذار در ماده ۱۴۱ آن قانون حتی این مطلب را بیان کرده که چنانچه دعا،

۱. درباره شرایط طرح این دعا نک: حسن محسنی، «رویکردی تطبیقی بر دعوای متقابل»، فصلنامه

تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ش ۷۳ (سال ۱۳۹۶)، صص ۱۸۳-۱۸۶.

دعوای متقابل نباشد در دادگاه صالح به‌طور جداگانه رسیدگی خواهد شد که بار دیگر نشان‌دهنده لزوم رسیدگی توأمان به دعوای اصلی و تقابل است؛ دعوای‌ای که نمودار اعمال حق دادخواهی مردم هستند. پس اگر رسیدگی جداگانه به دعوایی که تقابل نیست حق صاحب آن است، رسیدگی توأمان به دعوایی که حائز شرایط این دعوا است نیز طبق قانون، حق اوست که در رأی شعبه ۲۱ به‌درستی مورد اشاره قرار گرفته است.

تزامن عدالت و مصلحت در اجرای احكام راجع به مطالبه قيمت املاك تصرف شده از سوی شهرداری

مهدی فتاحی *

۱. وقایع پرونده

مشخصات رأی

شماره دادنامه: رأی شماره ۱۴۹

تاریخ: ۱۳۹۳/۳/۲۰

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۲۲۰ دادگاه حقوقی تهران

خواسته: اعتراض ثالث اجرایی به رأی محکومیت شهرداری به پرداخت قیمت

عادلانۀ ملک

شعبه ۲۲۰ دادگاه حقوقی تهران، در رأی شماره ۱۴۹ مورخ ۹۳/۳/۲۰ که در پی دعوای اعتراض ثالث اجرایی، مطروحه از سوی یکی از سازمان‌های تابعه شهرداری تهران، نسبت به توقیف اموال این سازمان در راستای اجرای رأی محکومیت شهرداری به پرداخت قیمت عادلانۀ ملک صادر شده است طرداً للباب، درخصوص استناد به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها این‌گونه اظهارنظر کرده است:

«درخصوص اعتراض ثالث اجرایی مطرح‌شده از ناحیه س. نسبت به وجوه برداشت‌شده در اجرای محکومیت شهرداری، بابت پرداخت بهای ملک واقع در طرح شهرداری، موضوع اجرائیه صادره از این شعبه به شماره ۹۲۰۳۸۸ - ۹۲/۱۱/۲۸ با این توضیح که عنوان گردیده، نهادی مستقل و شخصیت حقوقی جداگانه‌ای از شهرداری دارد. دادگاه ملاحظه می‌نماید معترض ثالث، در لوائح متعدد خود که از



سربرگ شهرداری استفاده کرده، مرتب به قانون منع توقیف اموال شهرداری^۱ استناد می‌نماید که خود گویای دفاع از حقوق شهرداری می‌باشد و نهادی است کاملاً وابسته به شهرداری و گذشته از آن، شهرداری بیلان و عملکرد خود را ارائه نداده تا مشخص گردد وجوه محکومیت را قادر به پرداخت می‌باشد یا خیر. تا در بودجه سال آتی منظور گردد که (این موضوع)، بیانگر توان مالی وی می‌باشد. مضاف بر اینکه، «ماده واحده قانون منع توقیف اموال شهرداری» در رابطه با محکومیت‌های عادی و مراودات مالی روزمره همچون اسناد تجاری و غیره می‌باشد، نه وجوه املاک واقع در طرح شهرداری، که قانون خاص داشته و طبق قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸ که مؤخرالتصویب نسبت به قانون منع توقیف می‌باشد، هیأت مرکب از سه نفر کارشناس اختصاصی و مرضی‌الطرفین، وفق تبصره یک آن، قیمت روز آن را برآورد و نظریه آن قطعی است و اگر به سال آتی مالی شهرداری موکول گردد منافات با فلسفه وضع قانون فوق‌الاشعار و پرداخت قیمت روز و عادلانه ملک خواهد داشت و همچنین نظر مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظر شماره ۷/۶۴۷۹-۸۹/۱۰/۲۱ مربوط به پرونده ۱۴۵۰-۶۶-۸۹ خطاب به شعبه ۲۱۳ محاکم عمومی تهران، توقیف اموال شهرداری در راستای قانون تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها منصرف از قانون منع توقیف دانسته و مشروط نمودن آن به انقضای موعد یک‌ساله وجاهت قانونی ندارد و دادگاه درنهایت با این استدلال که در اساسنامه س. مواد ۷-۸-۹ و ۲۲ قید گردیده سرمایه س. متعلق به شهرداری است و منافع و درآمد آن طبق بند الف ماده ۸ ناشی از مشاوره و... تبلیغات برای شهرداری تهران ذکر شده و اصولاً ارکان س. طبق ماده ۹ تشکیل می‌گردد. از شورای س. ... و ریاست شورا با شهرداری تهران و معاون خدمات شهری و سه نفر کارشناس به پیشنهاد شهردار تهران است و طبق اساسنامه، انحلال س. به پیشنهاد شورای فوق است که پس از انحلال کلیه اموال و دیون و دارایی‌ها و مطالبات و تعهدات به شهرداری منتقل می‌گردد که همگی گویای وابستگی و زیرمجموعه‌بودن

۱. قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴)

نهاد س. نسبت به شهرداری تهران می‌باشد. در نتیجه به استناد ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و در اجرای مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، اعتراض مردود اعلام می‌گردد. رأی صادره، طبق مضمون ماده ۱۴۷ که اشاره به تعیین تکلیف اعتراض تا نتیجه نهایی دارد، ظرف ۲۰ روز قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر استان تهران است.^۱

۲. مقدمه

اصل چهل و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان داشته است: «مالکیت شخصی، که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند». و نیز در قسمت پایانی همین اصل تصریح شده است: «مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانونی جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند».

احترام به مالکیت شهروندان و حمایت از آن، که پشتوانه و پیشینه‌ای سترگ در دین مبین اسلام دارد در قوانین عادی نیز تبلور یافته است. احترام به مالکیت،

۱. تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، از سوی شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۹۱۷ مورخ ۱۳۹۳/۷/۲۰، با این استدلال که «با عنایت بر اینکه اعتراض ثالث اجرایی تجدیدنظرخواه به موجب لایحه مورخ ۱۷ و ۹۲/۱۲/۱۳ و در پرونده اجرایی به عمل آمده و معترض ثالث، در اجرای قسمت اخیر ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اقامه دعوا ننموده است، در نتیجه اعتراض وی، که بدون اقامه دعوا و تقدیم دادخواست صورت گرفته، از موارد موضوع ماده ۱۴۶ قانون مرقوم بوده و تصمیم دادگاه در راستای این ماده، قطعی بوده و قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد. در صورتی که معترض ثالث، در راستای ماده ۱۴۷ قانون یادشده اقامه دعوا نماید، رأی دادگاه که در پی آن دعوا صادر می‌شود، قابلیت تجدیدنظر خواهد داشت. نظریات شماره ۸۸۸۸/۷ مورخ ۸۰/۱۰/۴ و شماره ۶۱۳۴/۷ مورخ ۸۰/۱۰/۲ و شماره ۱۳۸۰/۷ مورخ ۷۶/۲/۳۰ و شماره ۲۴۰۸/۷ مورخ ۷۷/۵/۶ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه نیز بر همین مبنا اشعار دارد که در مانحن‌فیه بر این اساس معمول نگردیده و رأی محکمه که در راستای ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی صادر شده، قطعی و غیرقابل تجدیدنظرخواهی می‌باشد»، قرار رد دعوی تجدیدنظرخواهی را صادر نموده است.

که تحت عنوان قاعده «تسلیط» در فقه مورد کنکاش و واکاوی قرار می‌گیرد، در ماده ۳۰ قانون مدنی به شکلی اثباتی و ایجابی ابراز شده است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». مؤلفه سلبی این احترام در ماده ۳۱ این قانون بیان شده است: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون».

یکی از مواردی که اجرای اصل یادشده با چالش مواجه می‌شود هنگامی است که اراضی و املاک شهروندان به‌منظور اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی، مورد نیاز و احتیاج دستگاه‌های اجرایی مانند شهرداری‌هاست. در این موارد با توجه به رجحان و اولویت منافع عمومی و مصالح ملی بر نفع شخصی، مالکیت اشخاص دستخوش محدودیت شده و قانونگذار با رعایت تشریفات و شرایطی، به شهرداری‌ها اجازه می‌دهد که اموال شهروندان را بدون رضایت آنها تملک و تصرف نمایند. با این حال، پاس‌داشت مالکیت، مقتضی آن است که از مالک، جبران خسارت عادلانه^۱ شود.

در قوانین حاکم بر سلب مالکیت اشخاص و تملک قهری اموال که مهم‌ترین آنها لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی) و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها (مصوب ۷۰/۸/۲۸) می‌باشند، راهکارهای مختلفی در راستای ارزیابی حقوق و منافع اشخاص پیش‌بینی شده است.

بنابراین قانونگذار در راستای حفظ مصلحت عمومی، به شهرداری‌ها این اختیار را داده است که حقوق اشخاص را تملک و تصرف نماید البته با توجه بدین امر که خسارت منصفانه‌ای به مالک در قالب پرداخت قیمت روز صورت گیرد. با این حال، در مواردی که فرآیند تعیین حقوق مالکانه و پرداخت قیمت املاک از سوی مراجع قضایی به اتمام می‌رسد و رأی قطعی صادر می‌گردد، شهرداری‌ها در مرحله اجرای حکم، با استناد به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول

متعلق به شهرداری‌ها تقاضای استمهال می‌کنند تا براساس مفاد این قانون، «در حد مقدورات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند».

عرصه فوق، محل تزام مصلحت و عدالت است؛ عدالت، مقتضی آن است که قیمت روز حقوق مالک که در رأی تبلور یافته، پرداخت شود اما مصلحت عمومی که مایه و پایه سلب مالکیت و نیز قانون یادشده است اقتضاء دارد که اجرای رأی، سبب اخلال در بودجه عمومی و روند خدمات شهرداری به شهروندان نگردد.

مسئله‌ای که در این کشاکش، قابل کنکاش است تبیین قلمرو ماده واحده پیش‌گفته و تعیین نسبت و ربط آن با قوانین ناظر بر پرداخت قیمت عادلانه املاک و ابنیه‌ای است که توسط شهرداری تصرف و تملک شده است. فلذا در این مقاله ضمن بررسی ابعاد و حدود و ثغور ماده واحده یادشده، به این سؤال اساسی پرداخته می‌شود که: آیا مفاد ماده واحده، معطوف به احکام راجع به پرداخت قیمت عادلانه است یا خیر؟ با توجه به اینکه مبانی وضع ماده واحده و فلسفه پرداخت قیمت عادلانه در پاسخ‌گویی به این پرسش، سهم اساسی دارد، تدقیق در این موارد نیز در نوشتار حاضر مورد اهتمام است.

با توجه به اینکه در قوانین ناظر بر سلب مالکیت برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی، راهکارها و شیوه‌های مختلفی در راستای تقویم و ارزیابی حقوق اشخاص پیش‌بینی شده است. از آنجا که موارد مزبور در بررسی موضوع این مقاله و پاسخ به پرسش‌ها بسیار اثرگذار می‌باشد، لذا ابتدا بدین موضوعات پرداخته می‌شود و در ادامه، مطلب اصلی مطرح‌نظر (شمول یا عدم شمول ماده واحده قانون منع توقیف^۱ بر احکام راجع به پرداخت قیمت روز املاک) تحلیل می‌گردد.

۱. در اینجا و از این پس، مقصود از ماده واحده منع توقیف، قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها می‌باشد (مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴).

۳. شیوه‌های ارزیابی حقوق مالکانه

۱.۳. توافق دستگاه اجرایی و صاحب‌حق:

براساس ماده ۳ لایحه قانونی،^۱ «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحقات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین (دستگاه اجرایی) و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد». تقویم مذکور معمولاً از طریق تعیین ارزش ریالی حقوق با ارجاع موضوع به کارشناس رسمی دادگستری معین می‌شود؛ اما شهرداری می‌تواند در صورت موافقت مالک، ملک دیگری را به او واگذار کرده یا با معرفی ملک از سوی صاحب‌حق، هزینه‌های پروانه ساختمان یا تراکم را به عنوان بدل حقوق مزبور قرار دهد.

در این فرض، تکلیف قانونی شهرداری در پرداخت قیمت عادلانه حقوق به تعهد قراردادی تبدیل می‌شود (تبدیل تعهد از جهت تبدیل سبب تعهد و در برخی موارد از جهت تبدیل موضوع).^۲ بنابراین، اختلافات احتمالی باید در چارچوب توافق طرفین ارزیابی و بررسی گردد.

موضوع توافق در بیشتر موارد، پرداخت غرامت نقدی است اما ممکن است شهرداری متعهد شود ملکی را به صاحب‌حق منتقل کند یا امتیازاتی از قبیل تراکم، مازاد، پروانه ساختمان و غیره را به مالک واگذار نماید^۳ و یا حتی از روش ترکیبی (پول و مثل) استفاده گردد.^۴

۱. مقصود از لایحه قانونی در این مقاله، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت است (مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷).

۲. تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود: ۱ - وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم‌قام آن می‌شود به سببی از اسباب، تراضی نمایند. در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود؛ ۲ - وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید؛ ۳ - وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید. برای اطلاع بیشتر درخصوص تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل سبب دین و موضوع تعهد، نک: ناصر کاتوزیان، **نظریه عمومی تعهدات** (تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵)، صص ۳۱۴ - ۳۱۸؛ محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، **دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت** (تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸) ص ۶۰۸.

۳. غلامرضا کامیار، **سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی** (تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴)، ص ۱۵۲.

۴. مشتاق زرگوش، **تملك املاک، شبه‌تملك‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت** (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱)، ص ۲۰۶.

۲.۳. تعیین قیمت ملک از طریق فرآیند کارشناسی

طبق ماده ۴ لایحه قانونی، «هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین دستگاه اجرایی و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیأتی مرکب از سه کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان، یک نفر از طرف دستگاه اجرایی، یک نفر از طرف مالک یا صاحب‌حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند. رأی اکثریت هیأت مزبور، قطعی و لازم‌الاجراست».

در تبصره ۲ این ماده آمده است: «هرگاه مالک یا مالکین، کارشناس خود را حداکثر ظرف یک ماه از تاریخ اعلام دستگاه اجرایی که به یکی از صور ابلاغ کتبی انتشار در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار یا آگهی در محل به اطلاع عموم می‌رسد، تعیین ننماید و یا به علت مجهول بودن مالک، عدم تکمیل تشریفات ثبتی، عدم صدور سند مالکیت، فوت مالک و موانعی از این قبیل امکان انتخاب کارشناس میسر نباشد، دادگاه صالحه محل وقوع ملک حداکثر ظرف ۱۵ روز از تاریخ مراجعه دستگاه اجرایی به دادگاه نسبت به تعیین کارشناس اقدام می‌نماید. هیأت کارشناسی، مکلف است حداکثر ظرف یک‌ماه نظر خود را اعلام نماید». باتوجه به تأکید قسمت پایانی ماده ۴ لایحه قانونی، بر قطعی و لازم‌الاجرا بودن نظریه هیأت کارشناسی و با وحدت ملاک از تبصره ۲ ماده ۳ این لایحه، قیمت ارزیابی شده باید حداکثر ظرف سه ماه پرداخت شود.

۳.۳. احقاق حق از طریق دادگستری و ماهیت حقوقی غرامت

موضوع اساسی در فرآیند تملک قهری املاک و اراضی آن است که تملک و تصرف، فرع بر تعیین قیمت عادلانه و پرداخت آن می‌باشد و به نظر می‌رسد پرداخت تاوان، یکی از ارکان مشروعیت تصرف اموال است. این نکته در ماده ۸ لایحه قانونی مذکور مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است: «تصرف اراضی، ابنیه و تأسیسات و

خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک مجاز نمی‌باشد...^۱

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

(۱) عدم تسریع در انجام طرح، موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری نمی‌گردد.

(۲) عدم تسریع در انجام طرح، موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری می‌گردد.

شیوه عملی در حالت اول، بدین‌گونه است که اگر مالک، ظرف یک ماه از تاریخ اعلام دستگاه اجرایی به یکی از انحاء مقرر در تبصره ۲ ماده ۴ لایحه قانونی، برای انجام معامله مراجعه نکند یا از انجام معامله به‌نحو استنکاف نماید مراتب برای بار دوم، اعلام و پس از انقضاء ۱۵ روز مهلت مجدد، ارزش تقویمی ملک که طبق نظر هیئت کارشناسی مندرج در ماده ۴ یا تبصره ۲ تعیین شده است به میزان و مساحت مورد تملک، به صندوق ثبت محل تودیع و دادستان محل یا نماینده وی سند انتقال را امضاء و ظرف یک‌ماه به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد نمود و بهای ملک یا حقوق یا خسارات به میزان مالکیتی که در مراجع ذی‌ربط منظور می‌گردد، از سوی اداره ثبت به ذی‌حق، پرداخت و اسناد قبلی مالک حسب مورد اصلاح یا ابطال و مازاد سپرده، طبق مقررات مربوط به صندوق دولت مسترد می‌شود. اداره ثبت محل، موظف است براساس سند انتقال امضاءشده به‌وسیله دادستان یا نماینده وی، سند مالکیت جدیدی به میزان و مساحت اراضی ابنیه و تأسیسات مورد تملک، به نام دستگاه اجرایی صادر و تسلیم نماید.^۲

در این فرض نیز پرداخت غرامت، قبل از تملک و تصرف ملک صورت می‌پذیرد با این تفاوت که تاوان به مالک پرداخت نمی‌شود، بلکه در صندوق اداره ثبت اسناد و

۱. در حقوق فرانسه نیز تصرف املاک قبل از پرداخت خسارت یا تودیع آن، به استناد ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه و قوانین دیگر مجاز نمی‌دانند. غلامرضا کامیار، پیشین، ص ۱۳۵؛ لومازوریه، حقوق سلب مالکیت، مترجمان: علی‌اکبر گرجی، فرزانه حجازی و محمدامین یوسفی (در دست چاپ و انتشار)، ص ۱۲۱.

۲. ماده ۸ لایحه قانونی.

املاک تودیع می‌گردد. فلذا در این حالت نیز اصل پرداخت غرامت قبل از تصرف ملک یا زمین، حاکمیت داشته، بی‌آنکه مورد اخیر، استثنای بر قاعده تلقی شود. در فرض دوم، یعنی در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد، به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح، موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد، دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت‌مجلس وضع موجود ملک، با حضور مالک یا نماینده وی، نماینده دادستان و کارشناس رسمی، نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید اما دستگاه اجرایی مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف، نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه طبق مقررات این قانون اقدام نماید.^۱

مالک یا صاحب‌حق می‌تواند در صورت عدم پرداخت بهاء در مدت مذکور، با مراجعه به دادگاه صالحه، توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بها درخواست نماید. محاکم صالحه به موضوع خارج از نوبت، رسیدگی و حکم لازم را صادر می‌نمایند و در صورت پرداخت قیمت تعیین‌شده، بلافاصله رفع توقیف عملیات اجرایی عملی خواهد شد.

فلذا فرض اخیر، تنها موردی است که تصرف زمین قبل از پرداخت غرامت صورت می‌پذیرد. با این حال، تملک ملک و انتقال زمین منوط به پرداخت غرامت می‌باشد، زیرا در این ماده، صرفاً تصرف قبل از پرداخت قیمت، مجاز تلقی شده است بی‌آنکه به انجام معامله و تنظیم سند رسمی انتقال اشاره‌ای شده باشد، لذا با توجه به ماهیت خاص ماده پیش‌گفته، فقط تصرف قبل از پرداخت غرامت مجاز است.

بنابراین، قانونگذار اصل را بر پرداخت قیمت عادلانه حقوق اشخاص قبل از تصرف و تملک املاک و اراضی قرار داده و تنها در موارد استثنائی از اصل یادشده عدول کرده است. البته در این موارد نیز در راستای حفظ حقوق اشخاص، پیش‌بینی‌های لازم را به‌عمل آورده است.

۴. عدم پرداخت غرامت و اقامه دعوا از سوی شهروندان

اما در موارد متعدد، دستگاه‌های اجرایی بدون رعایت تشریفات قانونی یادشده، عملاً مبادرت به تصرف اراضی و املاک اشخاص می‌نمایند و شهروندان برای دادخواهی و احقاق حق راهی جز مراجعه به مراجع قضایی ندارند.

دعوی متعارفی که به این منظور در محاکم دادگستری طرح می‌گردد، دعوی مطالبه قیمت عادله قیمت اراضی و املاک است که پس از اجرای تشریفات قانونی و ارجاع موضوع به کارشناس رسمی دادگستری برای ارزیابی حقوق ادعایی، نهایتاً و پس از گذر از مراحل دادرسی، منتج به صدور حکم محکومیت دستگاه اجرایی به پرداخت قیمت روز حقوق می‌شود.

نتیجه آنکه، حقوقی که می‌بایست قبل از تصرف و تملک املاک به صاحبان آنها پرداخت می‌شد، پس از طی فرآیند طولانی دادرسی و پس از صرف هزینه‌های دادرسی و پرداخت حق‌الوکاله وکیل و حق‌الزحمه کارشناسی، در رأی دادگاه تبلور یافته و قیمت‌گذاری می‌گردد، اما انجام این مهم و تحصیل حکم نیز، مالک و اینک محکوم‌له را به مقصود نمی‌رساند؛ زیرا پس از درخواست صدور اجراییه و اجرای تشریفات، شهرداری به عذر دیگری متوسل می‌شود. با وجود اینکه قانون اجرای احکام مدنی، از حیث چگونگی و زمان اجرای حکم هیچ تفاوتی میان اشخاص محکوم‌علیه - اعم از شخص حقیقی و یا حقوقی خصوصی با شخص حقوقی حقوق عمومی - قائل نشده است؛ ولیکن شهرداری با استناد به ماده واحده قانون راجع به منع توقیف که مقرر می‌دارد: «وجوه و اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها، اعم از اینکه در تصرف شهرداری و یا نزد اشخاص ثالث و به‌صورت ضمانت‌نامه به نام شهرداری باشد، قبل از صدور حکم قطعی قابل تأمین، توقیف و برداشت نمی‌باشد. شهرداری‌ها مکلفاند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاه‌ها و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدورات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان، از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند؛ در غیر این صورت، ذی‌نفع می‌تواند برابر مقررات،

نسبت به استیفاء طلب خود از اموال شهرداری تأمین یا توقیف یا برداشت نماید»، خواستار توقف اجرای رأی به علت عدم توان مالی پرداخت محکوم^{به}، گردد. با توجه به اینکه درخواست شهرداری و اجابت آن از سوی دادگاه، در فرآیند اجرای احکام صورت می‌پذیرد و اجرای آن (احکام) با دستور اداری مرجع قضایی متوقف می‌شود. ولی موضوع فوق، در آراء منعکس نشده و مشخص نیست که رویه دادگاه‌ها در این باره، بر چه نهجی استوار است؛ اما می‌توان از نظرات اداره کل حقوقی قوه قضاییه که غالباً در پاسخ به پرسش‌های مراجع قضایی صادر می‌گردد از این روند اطلاع حاصل نمود. در نظریه شماره ۱۳۸۹/۵/۲۶-۷/۳۰۸۳ اداره کل حقوقی آمده است: «با توجه به صراحت ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴، چنانچه در بودجه سال مورد عمل (سال صدور حکم قطعی) وجه محکوم^{به} پیش‌بینی نشده باشد، شهرداری تا انقضای سال بعد نیز، فرصت دارد که وجه محکوم^{به} را پرداخت نماید. در غیر این صورت، ابتدای سال سوم، محکوم^{له} می‌تواند برای وصول طلب خود هر نوع اقدامی را انجام دهد و از اموال شهرداری، طلب خود را تأمین و توقیف نماید».^۱

۱. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظرات دیگری نیز بر این موضوع تصریح کرده است. برای مثال، در نظریه شماره ۷/۱۷۲۲ - ۱۳۸۲/۳/۵ ح.ق. با توجه به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴، شهرداری‌ها مکلفند در صورت داشتن اعتبار، دیون خود را در سال مورد عمل پرداخت نمایند و یا در صورت عدم امکان، از بودجه سال بعد دیون مذکور را پرداخت کنند و منظور از سال مورد عمل، سالی است که در آن اجراییه به شهرداری ابلاغ شده باشد و لذا چنانچه اجراییه در سال ۸۱ به شهرداری ابلاغ شده باشد در صورتی که شهرداری در همان سال امکان پرداخت وجه لازم‌الاجرا را داشته باشد، باید آن را بپردازد و گرنه تا آخر سال ۸۲ شهرداری برای پرداخت وجه اجراییه فرصت خواهد داشت.

نظریه شماره ۷/۷۱۴۵ - ۱۳۸۹/۱۱/۱۸ ح.ق. اولاً با توجه به صراحت ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۶۱ چنانچه در بودجه سال مورد عمل (سال صدور حکم قطعی) وجه محکوم^{به} پیش‌بینی نشده باشد شهرداری تا انقضای سال بعد نیز فرصت دارد که وجه محکوم^{به} را پرداخت نماید. در غیر این صورت در ابتدای سال سوم، محکوم^{له} می‌تواند برای وصول طلب خود هر نوع اقدامی را انجام دهد و از اموال شهرداری طلب خود را تأمین و توقیف نماید؛ ثانیاً حق تعقیب کیفری شهرداری نافی اقدام دادگاه جهت اخذ محکوم^{به} به نفع محکوم^{له} نمی‌باشد، مگر اینکه مرجع قانونی صالح، دستور قانونی بر عدم پرداخت موقت محکوم^{به} را صادر نماید.

بنابراین اگر برای نمونه، رأی محکومیت شهرداری به پرداخت قیمت عادلانه ملکی، در فروردین ۱۳۹۵ صادر شده باشد، شهرداری می‌تواند تا پایان سال ۱۳۹۶ از پرداخت محکوم‌به، بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه خودداری نماید.

آیا دادگاه می‌تواند درخصوص توانایی پرداخت محکوم‌به از سوی شهرداری ورود کرده و موضوع را بررسی کند؟ پاسخ اداره یادشده به شرح زیر است: «با توجه به قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴، توقیف اموال و وجوه شهرداری به صرف ابلاغ اجرائیه و گذشت ده روز از تاریخ ابلاغ، مخالف صریح قانون است، زیرا اگر شهرداری به وظیفه قانونی خود عمل کرده باشد و مثلاً دستور داده باشد که در بودجه سال آینده منظور شود، موردی برای توقیف اموال شهرداری نیست و واحد اجرا می‌تواند برای اطلاع از عملکرد شهرداری، نتیجه و گزارش اقدامات انجام‌شده را از شهرداری بخواهد تا در جریان امر قرار گیرد. اگرچه ممکن است موجودی حساب شهرداری، تکافوی پرداخت محکوم‌به را بنماید. اما چون در نص قانون مذکور آمده است که شهرداری‌ها مکلف‌اند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی را در حدود مقررات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی پرداخت نمایند. احراز مقدور بودن یا نبودن پرداخت از حیث مالی با توجه به اینکه حسب ماده ۶۵ از قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ هر شهرداری دارای بودجه‌ای است که پس از تصویب، قابل اجرا است و ماده ۷۹ همان قانون حاکمیت پرداخت‌های شهرداری در حدود بودجه مصوب با اسناد و رعایت مقررات آیین‌نامه مالی خواهد بود و اینکه شهرداری‌ها هم برنامه‌ها و تعهدات مالی سالانه به‌خصوص

← نظریه شماره ۷/۲۹۲۶ - ۱۳۸۹/۵/۱۷.ح.ق.: با توجه به ماده واحده قانون راجع به منع توقیف

اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ پس از صدور حکم قطعی و ابلاغ آن، دایر بر محکومیت شهرداری‌ها به پرداخت وجوه، شهرداری‌ها مکلف‌ند در حدود مقررات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بپردازند. بنابراین چنانچه شهرداری امکان مالی نداشته باشد باید در سال بعد آن را پرداخت کند و در صورتی که در طول سال بعد نیز نسبت به پرداخت آن اقدام نکند، محکوم‌له (ذی‌نفع) می‌تواند بعد از انقضای سال نسبت به استیفای طلب خود از اموال شهرداری تأمین یا توقیف نماید.

خود را دارند. اختیار مندرج در قانون منع توقیف اموال شهرداری‌ها امتیازی است که قانون به شهرداری‌ها داده است»^۱.

درخصوص اینکه آیا ماده واحده پیش‌گفته و نظرات مشورتی یادشده بر محکوم‌به‌های ناظر بر محکومیت شهرداری به پرداخت قیمت عادله اراضی و املاک نیز حاکم می‌باشند یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. گرچه اطلاق قانون و نظرات مشورتی، پاسخ مثبت را القاء می‌نماید، اما به نظر می‌رسد دیدگاه رقیب، از قوت فراوانی برخوردار است و با عدالت بیشتری، سازگاری دارد.

۵. نقد و بررسی رأی دادگاه

در رأی یادشده چند استدلال در راستای اثبات این ادعا که ماده‌واحد قانون منع توقیف، بر آراء مربوط به محکومیت شهرداری به پرداخت قیمت عادله حاکمیت ندارد مطرح شده است:

۱.۵. عدم ارائه صورت‌های مالی مثبت عدم توانایی مالی شهرداری:

دادگاه در این باره بیان داشته است: «شهرداری بیلان و عملکرد خود را ارائه نداده تا مشخص گردد وجوه محکومیت را قادر به پرداخت می‌باشد یا خیر تا در بودجه سال آتی منظور گردد که (این امر) بیانگر توان مالی وی می‌باشد...». به عبارت دیگر، شمول قانون مذکور بر محکومیت‌های ناظر به پرداخت قیمت عادله، منوط و مشروط به آن است که شهرداری با ارائه بیلان مالی خود اثبات کند که توانایی پرداخت مالی محکوم‌به را ندارد، لذا به صرف اعلام عدم توانایی پرداخت آن نمی‌تواند اجرای حکم را متوقف نماید. همچنین عدم انجام تکلیف یادشده مبنی بر ارائه صورت‌های مالی به معنای توانایی مالی شهرداری در پرداخت محکوم‌به است. درخصوص استدلال پیش‌گفته دو نکته قابل ذکر می‌باشد:

یک. پیش‌فرض این استدلال، آن است که قانون مزبور در باب محکومیت‌های ناظر بر پرداخت قیمت عادله املاک هم، جاری و ساری است؛ زیرا هنگامی که دادگاه در

راستای رد ادعای شهرداری (عدم اجرای حکم صادره)، استدلال می‌کند که شهرداری گزارش عملکرد مالی خویش مبنی بر عدم امکان پرداخت محکوم‌به و لحاظ این موضوع در بودجه سال آتی را ارائه نکرده است، به‌طور ضمنی به معنای پذیرش حاکمیت قانون در مواردی از این دست می‌باشد.

دو. دادگاه با وجود پذیرش حاکمیت مقررات ماده واحده قانون پیش‌گفته درخصوص این‌گونه احکام، بررسی صحت و سقم موضوع و احراز واقع را در صلاحیت خود دانسته، باب واکاوی واقعیت ادعا را باز داشته است. بنابراین، برخلاف نظریه شماره ۷/۵۴۵۱ - ۱۳۸۴/۸/۱ ا.ج.ق.، به صرف اعلام و ادعای شهرداری نباید اکتفاء شود و لازم است بررسی لازم در راستای احراز واقع انجام پذیرد. راهکار اجرایی چنین امری، ارجاع موضوع به کارشناس رسمی ذی‌صلاح است.

۲.۵. انصراف ماده واحده قانون منع توقیف از احکام ناظر به پرداخت قیمت عادلانه:

دادگاه در راستای اثبات این مدعا سه دلیل ارائه کرده است:

یک. به نظر دادگاه «ماده واحده قانون منع توقیف اموال شهرداری در رابطه با محکومیت‌های عادی و مراودات مالی روزمره همچون اسناد تجاری و غیره می‌باشد، نه وجوه املاک واقع در طرح شهرداری»؛

دو. وجود قانون خاص در این حوزه: به‌زعم دادگاه «طبق قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸، که مؤخرالتصویب نسبت به قانون منع توقیف می‌باشد، هیئت مرکب از سه نفر کارشناس اختصاصی و مرضی‌الطرفین، وفق تبصره یک آن، قیمت روز آن را برآورد و نظریه آن قطعی است و اگر به سال آتی مالی شهرداری موکول گردد، منافات با فلسفه وضع قانون فوق‌الاشعار و پرداخت قیمت روز و عادلانه ملک خواهد داشت»؛

سه. استناد به نظریه مشورتی نیز در نظریه شماره ۷/۶۴۷۹ - ۸۹/۱۰/۲۱ اداره حقوق قوه قضاییه: «توقیف اموال شهرداری در راستای قانون تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، منصرف از قانون منع توقیف (بوده) و مشروط نمودن آن به انقضای موعد یک‌ساله وجاهت قانونی ندارد».

درخصوص مدعیات و مستندات یادشده نکاتی چند شایان ذکر است: **اولاً**، استدلال قسمت اول و دوم دادنامه با یکدیگر متعارضند: همان‌گونه که پیش‌تر گفته آمد، رأی دادگاه در بخش آغازین، بر این محور استوار است که قانون مزبور، بر محکومیت‌هایی از این دست حاکم است و در صورت اثبات مراتب عدم توانایی مالی و نیز عدم کفایت بودجه شهرداری و احراز آنها از سوی دادگاه، اجرای رأی دادگاه موقتاً متوقف می‌شود. با این حال، محور استدلال در قسمت دوم دادنامه، مبتنی بر این بنیان است که قانون یادشده، منصرف از احکام راجع به محکومیت شهرداری به پرداخت بهای عادلانه می‌باشد. روشن است که این دو استدلال با هم تعارض دارند. با توجه به اینکه اثبات ادعا باید با توسل به دلایلی صورت گیرد که انسجام لازم را داشته و با هم سازگار باشند، رأی صادره از این حیث درخور انتقاد است؛ **ثانیاً**، انتقاد وارد بر این قسمت از دادنامه (حاکمیت مفاد ماده واحده بر محکومیت‌های عادی و مراودات مالی روزمره حاکم)، آن است که دلیل یا قرینه‌ای که اثبات نماید مفاد ماده واحده، منصرف به محکومیت‌های عادی و مراودات روزمره است، طرح و ارائه نشده است؛ وانگهی مشخص نیست مفهوم محکومیت‌های عادی و روزمره چیست و محکومیت‌های غیرعادی کدام‌اند و معیار تفکیک از چه روست؟ **ثالثاً**، استناد دادگاه به قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها نیز صحیح به نظر نمی‌رسد و از «فلسفه وضع قانون فوق‌الاشعار» نمی‌توان در راستای اثبات مقصود استفاده کرد؛ زیرا قانون فوق، همان‌گونه که از نام آن پیداست، ناظر بر نحوه قیمت‌گذاری حقوق اشخاص از طریق فرآیند کارشناسی است و فاقد هرگونه مقرره ماهوی‌ای در باب ماهیت غرامت عادلانه و نحوه پرداخت آن می‌باشد. شاهد صدق مدعا، گذشته از عنوان قانون و محتوای تبصره‌های این ماده واحده که بر چگونگی انتخاب کارشناس رسمی دادگستری متمرکز است، مفاد تبصره ۷ آن می‌باشد که بیان می‌دارد: «از تاریخ تصویب و لازم‌الاجرا شدن این قانون ماده ۴ و آن قسمت از ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۱۷ شورای انقلاب اسلامی که مربوط به نحوه تعیین قیمت

عادلۀ الزامی می‌باشد، درمورد شهرداری‌ها لغو می‌گردد». کوتاه سخن آنکه، در قانون یادشده، مقررهای که بتوان از آن فلسفه یا مبنایی برای اثبات نتیجه مورد نظر یافت، وجود ندارد. با این حال، اگر مقصود و منظور دادگاه توجه به مفاد ماده ۱ ماده واحده باشد که مقرر می‌دارد «در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به **قیمت روز** تقویم و پرداخت شود»، می‌توان به استناد تصریح ماده و نه مبنا یا فلسفه، آن مدعا را اثبات کرد؛ **رابعاً**، استناد به نظرات اداره حقوقی قوه قضاییه، گرچه موضوعی معمول و مرسوم در آراء است، اما قانوناً نمی‌تواند به عنوان مستند قانونی رأی ذکر شود؛ زیرا براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». بنابراین، استناد نظریه اداره یادشده، فاقد وجاهت قانونی است. استفاده از استدلال مندرج در این نظرات نیز باید پس از ارزیابی و احراز صحت آن از سوی دادگاه در رأی انعکاس یابد. به عبارت دیگر، نفس این نظرات - همان‌گونه که از نام آن برمی‌آید - مشورتی بوده، فاقد جایگاه قانونی در هرم نظام حقوقی ماست.

۶. عدم حاکمیت ماده واحده منع توقیف بر محکوم‌به راجع به پرداخت قیمت عادلانه

با این حال و قطع نظر از ایرادات وارد بر دلایل و استدلالات دادگاه در رأی پیش‌گفته، به نظر می‌رسد رأی در قسمت مربوط به موضوع این مقاله به لحاظ نتیجه، قابل قبول است و می‌توان دلایل ذیل را در راستای تقویت این موضع حقوقی و تحکیم مدعا ارائه کرد.

۱.۶. براساس نص ماده ۱ لایحه قانونی «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، شهرداری‌ها و غیره، به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به

اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً به وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد، دستگاه اجرایی **می‌تواند** مورد نیاز را مستقیماً یا به‌وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید». طبق ماده مزبور، شرط جواز تملک، **تأمین اعتبار مالی** لازم به‌منظور پرداخت حقوق اشخاص ذی‌نفع است. بنابراین، آیا دستگاه اجرایی تکلیف قانونی یادشده را انجام داده، اعتبار لازم را تأمین نموده است یا خیر؟ در صورت اول، شهرداری در فرض توافق با مالک یا ارزیابی حقوق او از طریق فرآیند کارشناسی و تودیع قیمت عادلانه ملک در صندوق ثبت، مشکلی بروز نمی‌کند.

مشکل هنگامی حادث می‌شود که شهرداری بدون تأمین اعتبار یا طی فرآیندهای قانونی مربوط به ارزیابی و پرداخت حقوق ذی‌نفعان، اقدام به تصرف اموال می‌نماید. در این حالت که مالک با مراجعه به مراجع قضایی درصدد احقاق حق خویش است، توسل به عذر قانونی مندرج در ماده واحده قانون منع توقیف، موجه نیست، چه آنکه حسب این قانون «شهرداری‌ها مکلفند وجوه مربوط به محکوم‌به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها... را در حدود مقدرات مالی خود از **محل اعتبار بودجه سال مورد عمل** و یا در صورت عدم امکان از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم‌لهم پرداخت نمایند». بنابراین و با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۱ لایحه قانونی، به تأمین اعتبار مالی اجرای طرح عمومی یا عمرانی قبل از اجرای طرح تصریح نموده است، شهرداری نمی‌تواند به عذر عدم تأمین اعتبار در بودجه، خواستار توقف اجرای حکم گردد. همچنین مفاد تبصره ماده واحده فوق که مقرر کرده است «چنانچه ثابت شود که شهرداری با داشتن امکانات لازم از پرداخت دین استنکاف نموده است، شهردار به مدت یک سال از خدمت منفصل خواهد شد»، نیز مؤید این استنباط است؛ زیرا مفهوم مخالف تبصره، مفید آن است که اگر شهرداری امکانات مالی لازم برای پرداخت دین را داشته باشد، باید نسبت به ایفای آن اقدام نماید. فلذا با عنایت به ضرورت تأمین اعتبار و پیش‌بینی بودجه قبل از اجرای طرح عمومی و عمرانی و مفروض

بودن این تعهد قانونی، قطعاً شهرداری نمی‌تواند مدعی عدم تأمین اعتبار لازم باشد؛ چراکه در این وضعیت، ادعای شهرداری متضمن تناقض‌گویی و ممنوع است.

۲.۶. همچنین، همان‌گونه‌که پیش‌تر گفته شد، در ماده ۸ لایحه قانونی تصریح شده است: «تصرف اراضی، ابنیه و تأسیسات و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک مجاز نمی‌باشد...» و تنها در شرایط استثنائی و خاصی، از این قاعده تخطی شده و در آنها نیز راهکارهای لازم برای تقویم و پرداخت یا تودیع غرامت پیش‌بینی شده است. بنابراین با توجه به تصریح ماده ۹ لایحه قانونی بر پرداخت غرامت، پیش از تصرف و ضرورت پرداخت یا تودیع خسارت در ظرف مدت سه ماه در موارد خاص که تصرف پیش از پرداخت غرامت روا دانسته شده است و با عنایت به تعیین ضمانت‌اجرای عدم انجام تکلیف فوق در تبصره این ماده، مبنی بر اینکه «مالک یا صاحب‌حق می‌تواند در صورت عدم پرداخت بها در مدت مذکور با مراجعه به دادگاه صالحه، درخواست توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بها را بنماید و محاکم صالحه به موضوع خارج از نوبت، رسیدگی و حکم لازم صادر می‌نماید و در صورت پرداخت قیمت تعیین شده، بلافاصله رفع توقیف عملیات اجرایی به عمل خواهد آمد». همچنین در صورت قائل شدن به اینکه شهرداری در چنین مواردی بتواند حتی پس از صدور حکم قطعی از زیر بار پرداخت غرامت بگریزد، با نصوص و ظواهر پیش‌گفته تعارض دارد و لذا به نظر می‌رسد ماده واحده راجع به توقیف اموال ناظر به موارد پرداخت قیمت عادلانه نیست.

۳.۶. در ماده ۵ لایحه قانونی در خصوص معیار ارزیابی حقوق و تعیین غرامت عادلانه آمده است: «ملاک تعیین قیمت عبارت است از بهای عادلانه روز تقویم اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات مشابه واقع در حوزه عملیات طرح، بدون در نظر گرفتن تأثیر طرح در قیمت آنها». در قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها نیز ذکر شده که «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند. در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود». هدف قانونگذار آن است که مالک در وضعیتی قرار گیرد که بتواند با دریافت تاوان از خود رفع ضرر کرده و بتواند ملکی مشابه ملک

خویش را خریداری نماید؛ درحالی که اگر بنا باشد قیمت عادلانه با تأخیر قابل توجهی پرداخت شود، برخلاف مفاد مواد یادشده است و محلّ حقوق شهروندان خواهد شد.^۱ فلذا از این جهت نیز مفاد ماده واحده، منصرف از پرداخت غرامت عادلانه است. به بیان دیگر، در صورتی که حکم صادره که متضمن تعیین غرامت عادلانه و بهای روز املاک است با تأخیر اجرا شود، محکوم به در این حالت، قطعاً مشتمل بر بهای روز نخواهد بود.^۲

۴.۶. به نظر می‌رسد ظاهر ماده واحده نیز که بیان می‌دارد «شهرداری‌ها مکلفند وجوه مربوط به محکوم به احکام قطعی صادره از دادگاه‌ها و یا اوراق اجرایی ثبتی یا اجرای دادگاه‌ها و مراجع قانونی دیگر را در حدود مقدورات مالی خود از محل اعتبار بودجه سال مورد عمل و یا در صورت عدم امکان، از بودجه سال آتی خود بدون احتساب خسارت تأخیر تأدیه به محکوم لهم پرداخت نمایند»، منصرف به موارد پیش‌بینی نشده است، زیرا حسب آنچه سابقاً گفته شد، اعتبار مالی مربوط به پرداخت قیمت عادلانه باید قبل از اقدام به اجرای طرح عمرانی و تصرف و تملک املاک و اراضی فراهم شده باشد، لذا ظاهر ماده ناظر به غیر از این موارد است. همچنین می‌توان ماده را ناظر به مواردی دانست که پرداخت محکوم به، مربوط به مواردی نیست که معادل آن قبلاً در اختیار شهرداری قرار گرفته باشد.

۵.۶. **اصل فوریت پرداخت غرامت:** در ملی کردن اموال که ناظر بر سلب مالکیت از فعالیت‌ها و اموال اتباع خارجی یا شهروندان آن کشور می‌باشد، سه ویژگی برای غرامت در نظر گرفته شده است. پس مشروعیت ملی کردن منوط و مشروط به سه خصیصه پرداخت فوری^۳، مؤثر^۴ و کافی^۵

۱. مشتاق زرگوش، پیشین، ص. ۲۱۲

۲. تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری که مقرر داشته «در مواردی که انجام معاملات، مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود»، نیز در این راستا قابل ارزیابی می‌باشد، چه آنکه تبصره یادشده، بر این مبنا استوار است که قیمت روز املاک، پس از گذشت مدت مزبور تغییر یافته، لذا نظریه کارشناسی بازتاب‌دهنده این قیمت نیست. بلکه باید مجدداً مراحل کارشناسی اعمال گردد.

3. PROMPT

4. EFFECTIVE

5. ADEQUATE

غرامت است.^۱ در حقوق داخلی که معطوف به سلب مالکیت از مال خاصی است، نه چنین اصلی به صراحت ذکر شده و نه چنین شرطی در قوانین حاکم بر نحوه تملک اراضی و املاک قید گردیده است. با این حال و با توجه به مدلول مواد ۱، ۵، ۸ و ۹ لایحه قانونی و ماده ۱ نحوه تقویم می‌توان این شرط را استخراج و استنباط کرد. بنابراین، پرداخت غرامت باید فوری (در یک زمان معقول و متعارف) صورت گیرد، لذا توقف اجرای حکم که از اطلاق ماده واحده برداشت می‌شود، در تعارض با شرط یادشده قرار گرفته و به نظر می‌رسد، ظاهر موارد پیش گفته که ناظر بر پرداخت فوری خسارت است، بر اطلاق ماده واحده حکومت می‌کند.

۶.۶. اصل فوریت اجرای حکم و استثنائی بودن ماهیت ماده واحده

قانون راجع به توقف اجرای حکم: ماده ۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر نموده است که «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد و یا از اجرای آن جلوگیری کند، مگر دادگاهی که حکم را صادر نموده و یا مرجع بالاتر، آن هم در مواردی که قانون معین نموده است». بنا به تصریح ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی نیز «همین که اجرائیه به محکوم علیه ابلاغ شد، محکوم علیه مکلف است ظرف ده روز مفاد آن را به موقع به اجرا بگذارد یا ترتیبی برای پرداخت محکوم به بدهد و یا مالی معرفی کند که اجرای حکم و استیفاء محکوم به از آن میسر باشد». اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۱۳۷۵۸-۷/۳۱-۱۳۸۵/۵ چنین اعلام نظر کرده است: «اصل بر اجرای فوری احکام قطعی دادگاه‌هاست و تأخیر در اجراء یا عدم اجراء حکم، امری استثنائی است که محتاج مجوز قانونی است...» (روزنامه رسمی شماره ۱۸۶۰۰ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۵).^۲ بنابراین، ماهیت قوانینی هم‌چون قانون راجع به منع

۱. محمدعلی موحد، ملی کردن و غرامت (تهران: نشر کارنامه، چاپ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۳۳.

۲. استثنائی بودن قانون مزبور در دیگر نظریات این اداره نیز آمده است: «نظریه شماره ۷/۲۰۸۴ -

۱۳۸۹/۴/۶ ح.ق.؛ قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب

۱۳۶۱ تنها درمورد اموال شهرداری‌ها قابل اعمال است و با توجه به اینکه عدم توقیف اموال

محکوم علیه یا محدودیت آن، امری استثنائی است و در تفسیر مقررات مذکور باید به قدر متیقن اکتفا

توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ با اصلاحات بعدی که مستلزم توقف اجرای حکم با وجود انجام تشریفات قانونی است، استثنائی و خلاف اصل به‌شمار رفته و براساس اصول حاکم بر تفسیر قوانین باید در حدود نص تفسیر شده و از تسری آن به موارد مشکوک خودداری گردد. نتیجه آنکه، با عنایت به طبع استثنایی قانون مزبور و خلاف اصل بودن آن، این قانون باید تنها نسبت به موارد یقینی حکومت داشته باشد و موارد مشکوک ازجمله اجرای آن نسبت به آراء راجع به غرامت عادلانه، داخل در قلمرو قانون قرار نمی‌گیرد.

۷.۶. جلوگیری از سوءاستفاده: در صورتی که این تفسیر پذیرفته شود که شهرداری می‌تواند پس از صدور این‌گونه احکام، توقف اجرای آنها را تا تأمین بودجه، در چارچوب مقررات ماده واحده یادشده، درخواست نماید، شهرداری‌ها ترغیب خواهند شد که احکام مندرج در لایحه قانونی و ماده واحده نحوه تقویم را که متضمن پرداخت فوری و پیش از تصرف املاک می‌باشد، رعایت نکنند؛ زیرا در این حالت می‌توانند از امتیاز مذکور بهره برده و محکوم‌به را با تأخیر قابل توجه و بدون پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بپردازند.

۸.۶. توجه به اوضاع و احوال زمان تصویب قانون: قانون مزبور در سال ۶۱ و در اوان پیروزی انقلاب اسلامی و در سال‌های آغازین جنگ تحمیلی و با عنایت به معضلات مالی و مشکلات بودجه‌ای آن سال‌ها تصویب شده است تا از مخاطرات احتمالی ناشی از اجرای محکوم‌به‌هایی که ممکن است باعث کسری اعتبارات و اخلال در روند امور و اجرای وظایف شهرداری شود جلوگیری نماید. بنابراین و با توجه به رفع ضروریات و محدودیت‌های یادشده و هرچند قانون مذکور

← شود، لذا تسری مقررات قانون یادشده به سایر مؤسساتی که وظیفه شهرداری‌ها را انجام می‌دهند یا سازمان‌های وابسته به شهرداری‌ها ازجمله میوه و تره‌بار و جاهت قانونی ندارد.»

«نظریه شماره ۷/۳۰۸۳ - ۱۳۸۹/۵/۲۶ ح.ق.: قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱ تنها در مورد اموال شهرداری‌ها قابل اعمال است و با توجه به اینکه عدم توقیف اموال محکوم‌علیه یا محدودیت آن، امری استثنایی است و در تفسیر مقررات مذکور باید به قدر متیقن اکتفا شود، لذا تسری مقررات قانون یادشده به سایر مؤسساتی که وظیفه شهرداری‌ها را انجام می‌دهند یا سازمان‌های وابسته به شهرداری‌ها و جاهت قانونی ندارد.»

صریحاً یا ضمناً نسخ نشده است، اما می‌تواند از مبنای برای استحضام این موضع که در اجرای آن باید به‌قدر متیقن اکتفاء نمود استفاده کرد.

نتیجه

در صورتی که صاحبان حقوق و مالکان املاک و اراضی تصرف و تملک‌شده از سوی شهرداری‌ها، غرامت عادلانه حقوق خویش را دریافت نکنند، راهی جز دادخواهی و مراجعه به محاکم دادگستری در پیش‌رو ندارند. روشن است که در این دست از دعاوی^۱، هدف خواهان صرفاً تحصیل حکم محکومیت شهرداری به پرداخت تاوان نیست؛ بلکه آن را به‌سان مقدمه‌ای می‌انگارد تا با اجرای رأی، مقصود (دریافت مبلغ تعیین‌شده از سوی دادگاه) حاصل آید.

به‌موجب قانون راجعه به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها که مبنای آن رعایت مصالح مالی و بودجه‌ای شهرداری‌ها و عدم خدشه در امور مربوط به حسن اجرای وظایف و مسئولیت‌های این سازمان است این نهاد عمومی غیردولتی، مجاز شده است تحت شرایطی، توقف اجرای احکام تا تأمین اعتبار لازم در بودجه سال آتی را درخواست نماید.

ظاهر قانون و اطلاق آن، شامل احکام راجعه به مطالبه غرامت نیز می‌شود، اما در این صورت، مصلحت مبنای وضع این قانون در تراحم با عدالت ناظر بر پرداخت فوری و کامل غرامت که در راستای پاس‌داشت اصل احترام به مالکیت و جبران خسارت از مالک، در قوانین حاکم بر تملک قهری املاک پیش‌بینی شده است، قرار گرفته و به نظر می‌رسد، عدالت بر مصلحت حکومت یافته و راه‌حل برون‌رفت از این تراحم، تفسیر قانون به‌گونه‌ای است که موضوع آن منصرف از این دست احکام بوده و شامل موارد پیش‌بینی‌نشده شود.

گذشته از مبنای عدالت‌محور رویکرد یادشده، اصول دیگری از جمله فوریت اجرای احکام، تأمین امنیت قضایی عادلانه و صیانت از اعتبار احکام^۲ و استثنایی و

۱. در برخی دعاوی، مقصود نهایی خواهان با تحصیل حکم فراهم می‌آید. این‌گونه احکام مانند دعوی اعلام بطلان قرارداد که متضمن تأیید یا احرار واقع‌های یا عمل حقوقی است، «احکام اعلامی» نامیده می‌شوند.

۲. بدیهی است که توقف اجرای حکمی که به‌درستی صادر و به مرحله اجرا رسیده، به اعتبار آن، خدشه وارد می‌آورد.

خلاف قاعده بودن قانون پيش گفته، نيز اين رهيافت را تأييد و تقويت مي کنند. بنا بر اين به نظر مي رسد كه قانون راجع به منع توقيف اموال منقول و غير منقول متعلق به شهرداري ها شامل احكام راجع به پرداخت غرامت عادلانه نمي شود.

فهرست منابع

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت (تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸).
۲. زرگوش، مشتاق، تملک املاک، شبه تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها توسط دولت (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱).
۳. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات (تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵).
۴. کامیار، غلامرضا، سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی (تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴).
۵. لومازوریه، حقوق سلب مالکیت، مترجمان: علی اکبر گرجی، فرزانه حجازی و محمدمبین یوسفی (در دست انتشار).
۶. موحد، محمدعلی، ملی کردن و غرامت (تهران: نشر کارنامه، چاپ دوم، ۱۳۹۳).

مرجع صالح رسیدگی به دعاوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی به طرفیت دولت

محمد حسنونند*

مرضیه سلمانی سبینی**

مشخصات رأی

شماره پرونده: ۸۸۰۹۹۸۰۸۷۳۵۰۰۱۰۹

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۸۷۳۵۰۰۶۲۱

موضوع شکایت: اثبات مالکیت و خلع ید

مرجع رسیدگی: شعبه اول دادگاه عمومی بخش هلیلان

۱. وقایع پرونده

در پرونده مورد بررسی، وکیل خواهان‌ها به وکالت از موکل خویش دادخواستی به طرفیت استانداری ایلام و بخشداری هلیلان با خواسته خلع ید خواندگان از ملک مورث خواهان‌ها واقع در شهر توحید که اکنون تبدیل به ساختمان بخشداری شده و دارای کاربری اداری می‌باشد و نیز قلع و قمع بنای مستحدثه، تقدیم دادگاه نموده است و در شرح دادخواست، مدعی شده مورث خواهان‌ها به دلالت سند مالکیت رسمی مشاعی مالک ۸۰ سهم زمین به مساحت ۱۶۰۰۰ هزار متر مربع واقع در شهر توحید بوده که از سال ۱۳۴۰ در آن تصرف داشته است تا اینکه در سال ۱۳۵۲ شرکت دولتی سهامی زراعی بهنحو عدوانی و بدون رضایت مالک، به تصرف ۱۲۷۴ متر مربع از ملک موصوف و احداث بنا در آن، مبادرت نموده و پس از انحلال تعاونی‌های مذکور، آن را بدون رضایت مالک به بخشداری واگذار کرده که هم‌اکنون در تصرف بخشداری است و ساختمان مرکزی

* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، قاضی دیوان عدالت اداری
mo_hasanvand@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری تخصصی حقوق عمومی دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه ایلام



بخشداری در آن احداث شده است. حال با توجه به اینکه تصرفات ادارات فوق بدون مجوز قانونی می‌باشد، لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته کرده و جهت اثبات ادعای خویش روگرفتِ مصدق سند ثبتی به شماره ثبت ۱۲۰۲۰، گواهی حصر وراثت مورث خواهان‌ها، وکالت‌نامه را ضمیمه دادخواست نموده و به تحقیقات و معاینه محلی و استعلام ثبتی نیز استناد می‌نماید. نماینده حقوقی استانداری در مقابل دعوی خواهان‌ها، دفاعیاتی را به شرح ذیل بیان می‌دارد: ۱. خواهان‌ها پیش‌تر به طرفیت این اداره، طرح دعوی کرده و همین خواسته را مطالبه نموده‌اند که در آن خصوص قرار عدم استماع دعوی صادر شده است و تقاضای صدور قرار رد دعوای خواهان‌ها را به استناد اعتبار امر مختومه نموده است؛ ۲. سند رسمی مورد استناد خواهان‌ها به دلیل اعمال مقررات مربوط به لایحه قانونی راجع به رفع مشکلات مربوط به تصفیه شرکت‌های سهامی زراعی و تعاونی تولید، با توجه به سبق سابقه و وجود اقرار مورث خواهان‌ها دارای تزلزل بوده و مع‌الوصف، دعوی یادشده قابلیت استماع ندارد؛ ۳. دادگاه عمومی، صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد. بنابراین، موضوع مطروحه در صلاحیت دیوان عدالت اداری است.

در جریان دادرسی، دادگاه جهت احراز واقعیت اقدامات ذیل را انجام می‌دهد:

۱. وضعیت ثبتی پلاک موضوع دعوی را از دفترخانه استعلام نموده است که دفترخانه مذکور مالکیت مورث خواهان‌ها را بر ملک مورد اختلاف تأیید کرده، اعلام می‌دارد هیچ‌گونه سوابقی از انتقال مالکیت ملک به دیگری وجود ندارد؛ ۲. جهت تطبیق حدودات ساختمان مورد تصرف شهرداری با سند مالکیت خواهان‌ها قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر می‌نماید که کارشناس به موجب نظریه خود اعلام می‌کند مساحت ۶۳۸ متر مربع از زمین مورد منازعه در تصرف بخشداری هلیان قرار دارد. نظریه مذکور مورد اعتراض خواندگان قرار می‌گیرد. دادگاه برای بررسی صحت اعتراض معترضین، قرار ارجاع موضوع به هیأت بالاتر را صادر می‌نماید. نهایتاً هیأت‌های سه، و پنج نفره کارشناسی، مالکیت خواهان‌ها و تصرف بخشداری را بر ملک متنازع‌فیه تأیید می‌نمایند.

پس از پایان تحقیقات مذکور، دادگاه ختم رسیدگی را اعلام نموده و دعوای خواهان‌ها را وارد و مقرون به صحت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۲۱۹، ۲۲۰،

۲۲۵، ۳۰۸، ۳۱۱، ۳۱۳، ۳۳۸، ۳۶۲، ۱۲۵۷ و ۱۳۲۴ از قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، حکم بر خلع ید از عرصه و قلع و قمع بناهای احدثی خواندگان از مایملک خواهان‌ها مطابق نظریه و کروکی تنظیمی کارشناس و همچنین محکومیت خواندگان به پرداخت خسارات دادرسی به جهت ضمان ناشی از تسبیب در طرح دعوی (توسط اجرای احکام محاسبه خواهند شد) صادر می‌نماید. اهم استدلال‌ات دادگاه در صدور رأی مذکور بدین شرح است:

۱. استدلال نماینده حقوقی خوانده ردیف دوم درخصوص ایراد به صلاحیت دادگاه عمومی و اعتقاد بر صلاحیت دیوان عدالت اداری وارد نمی‌باشد، زیرا کلیه دعاوی ناظر بر مسئولیت دولت قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. از آنجا که اصل بر صلاحیت محاکم عمومی است، لذا مواردی را که دیوان عدالت اداری صالح بر رسیدگی به دعاوی افراد علیه دولت مبنی بر جبران خسارت است، باید با توجه به صلاحیت دیوان در رسیدگی به نوع دعاوی علیه دولت تفسیر نمود.

۲. حق مالکیت، از حقوق بنیادین بشر بوده و با مفهوم حقوقی شخصیت ارتباط تنگاتنگی دارد و خودسرانه نباید هیچ‌کس را از حق مالکیت خویش محروم کرد. بر این اساس مواد زیادی از قانونی مدنی درخصوص صیانت از حقوق مالکانه افراد وضع گردیده و هر نوع تصرف عدوانی و من غیر حق بر ملک غیر را توسط هر شخصی حتی دولت مردود شمرده است.

۳. تصرف اراضی خصوصی توسط اشخاص حقوق عمومی جهت اجرای طرح‌های عمرانی و عمومی گرچه از جهت تقدم مصلحت عمومی بر حقوق شخصی اشخاص و امتیازات ناشی از حق حاکمیت این صلاحیت را برای دولت پدید آورده که در جریان تصمیمی یک‌طرفه مالکیت افراد را سلب نموده و املاک را صرف ایجاد طرح‌های عمومی و عمرانی نمایند، اما حاکمیت قانون بر اداره مقتضی این معناست که: اولاً، اداره چنین صلاحیتی را از قانون اخذ نموده باشد؛ ثانیاً، مقامات اداری موظفند هنگام تصمیم‌گیری و انجام تکالیف و اعمال خود از حیث تشریفات، قوانین و مقررات را رعایت کنند. ادارات دولتی در ایران جز در موارد مصرح در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی،

عمرانی و نظامی دولت (مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷) و سایر قوانین مرتبط صلاحیت تصرف اموال اشخاص را جهت اختصاص به طرح‌های خود ندارند. طبق مقررات قانون اخیرالذکر دولت و شهرداری‌ها برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی خود باید مطابق قانون نسبت به اخذ رضایت مالکانی که اراضی آنها در طرح قرار می‌گیرد و پرداخت بهای آنها، اقدام نمایند و تصرف اموال اشخاص بدون رعایت مقررات قانونی و برخلاف اصل «تسلیط»، مشروع نبوده، مطابق ماده ۳۰۸ قانون مدنی، غصب محسوب خواهد شد لذا درمورد پرونده جاری به لحاظ آنکه چنین تشریفات و مجوزی وجود نداشته است لذا استیلای ادارات خوانده بر اراضی خواهان‌ها و جاهت و مبنای قانونی نداشته و عدوانی تلقی می‌گردد و به موجب ماده ۳۱۱ همان قانون، غاصب باید عین مال را مسترد نماید.

۴. دعوایی که به گفته نماینده حقوقی استانداری، پیش‌تر میان طرفین مطرح گردیده است با صدور قرار عدم استماع دعوی، مختومه و از این حیث فاقد اعتبار امر مختومه می‌باشد.

۲. نقد و بررسی

اینک با توجه به مطالب مذکور، بررسی رأی صادرشده را می‌توان در سه بند بیان کرد:

نخست، از لحاظ کیفیت نگارش رأی: قاضی سعی نموده است با اعمال تغییر در نحوه نگارش رأی، آن را از قالب کلیشه‌ای - که رویه معمول قضات در نگارش آراء قضایی است - خارج نماید؛ بدین معنا که در بادی امر، رأی را با عبارت «در این پرونده»، آغاز کرده بی‌آنکه از عبارت تکراری «درخصوص» استفاده کند. وی کوشیده است رأی را به صورت یک گزارش برای مخاطب به رشته تحریر درآورد و آن را در چهار بخش «شرح خواسته خواهان»، «دفاعیات خوانده»، «شرح جریان دادرسی»، «استدلالات و منطوق رأی» تقسیم‌بندی نموده است. این سبک از نگارش ضمن خارج کردن رأی از قالب‌های تکراری، این امکان را به خواننده می‌دهد که درکی نسبتاً کامل از پرونده را بدون دسترسی به مفاد آن به دست آورد. نکته برجسته دیگر در دادنامه صادره، استناد قاضی به اصول قانون اساسی به عنوان قانون

عالی و نیز معاهدات بین‌المللی و حقوق بشری به‌عنوان قواعد هم‌سنگ قوانین عادی است؛ نکته‌ای که علی‌رغم تصریح ماده ۹ قانون مدنی، در کمتر رأیی از آراء قضات کشورمان مشاهده می‌شود. نکته مثبت دیگر در رأی مورد بررسی، استفاده قاضی از واژگان فارسی مانند «روگرفت» به جای واژه «کپی»، و «پیش‌تر» به جای «قبلاً» است. درواقع، هدف قاضی، ضمن حفظ کیفیت و جنبه‌های تخصصی در یک نوشتار حقوقی آن بوده است که با خودداری از استعمال واژه‌های بیگانه و کم‌کاربرد، لزوم قابل فهم بودن رأی بر طرفین دعوی را از یاد نبرد، گرچه در مواردی همچنان از واژه‌های عربی استفاده شده است.

دوم، از حیث محتوای رأی: با توجه به استدلال‌ات دادگاه در اثبات صلاحیت خود در رسیدگی به دعوی جاری باید گفت مطابق اصول قانون اساسی، محاکم دادگستری، مرجع عام رسیدگی به شکایات و تظلمات شهروندان قلمداد می‌شوند و در کنار این مراجع، دیوان عدالت اداری در مقام بالاترین مرجع دادرسی اداری ایران^۱ و به‌عنوان یک محکمه اختصاصی با برخورداری از صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به پاره‌ای از دعاوی و با هدف «**احقاق حقوق مردم در مقابل دولت**» و «**برقراری عدالت اداری**» ایجاد گشته و صلاحیت آن در راستای اهداف فوق و متناسب با آن تعریف شده است.^۲ با مراجعه به اصول مرتبط در قانون اساسی، مرز صلاحیت دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری تا حدودی قابل تشخیص می‌باشد، اما در رویه قضایی که مبحث صلاحیت به‌نحو کاربردی و دقیق‌تری، بررسی و حدود صلاحیت‌ها به‌گونه‌ای فنی تبیین می‌شود، آراء صادرشده بیانگر آن است که درخصوص دعاوی این‌چنینی به طرفیت نهادهای عمومی دولتی و غیردولتی، رویه واحدی در محاکم وجود ندارد، و این پراکندگی و ناهمگونی هم در آراء دیوان عدالت و هم در آراء دادگاه‌های عمومی مشهود است. بدین‌گونه که برخی محاکم عمومی، رسیدگی به دعوی خلع ید و رفع تصرف را منوط به رسیدگی موضوع در دیوان و اثبات تخلف اداره یا الزام اداره به رفع تصرف می‌دانند

۱. نک: رضا موسی‌زاده، حقوق اداری (۲-۱) (تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱)، ص ۲۸۰.

۲. محمد امامی و کورش استوارسنجری، حقوق اداری (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸)، ج ۱، ص ۱۵۷.

و برخی دیگر از محاکم به لحاظ توافقی بودن موضوع، وارد رسیدگی شده و مبادرت به صدور حکم می‌نمایند.^۱ بنابراین، پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود اینک: آیا دعوی خلع ید و رفع تصرف به طرفیت دولت و نهادهای عمومی در دادگاه‌های عمومی، قابل رسیدگی است یا باید شخص خصوصی در ابتدا تخلف اداره را در دیوان عدالت اداری ثابت نموده، سپس خلع ید را از دادگاه عمومی مطالبه نماید؟ طبق تبصره ماده ۱۰ قانون دیوان، «تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده پس از احراز تخلف در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی است». این امر نشان‌دهنده آن است که احراز تخلف اداره یکی از دعاوی ای است که می‌تواند از دیوان خواسته شود. فلذا در مواردی که یکی از ارکان دعوی، احراز تخلف اداره باشد، همچون موردی که ملک اشخاص خصوصی توسط اداره به تصرف درآمده و ذی‌نفع، مدعی غیرقانونی بودن این عمل و عدم رعایت تشریفات قانونی مربوط به تملک باشد و رفع تصرف یا خلع ید اداره از ملک خود را مطالبه نماید،^۲ دادگاه عمومی صلاحیت رسیدگی به این دعوی را ندارد. چه آنکه بررسی رعایت مقررات قانونی تملک املاک اشخاص توسط دولت و شهرداری‌ها مقدم بر درخواست خلع ید از آن است و تشخیص این امر، تابع قواعدی است که ماهیتاً از قواعد حاکم بر حقوق خصوصی و مدنی که در آن روابط حقوقی مبتنی بر اصل تساوی افراد و آزادی اراده می‌باشد، متفاوت است و این‌گونه اعمال دولت همچون تملک یا اختصاص زمین متعلق به مردم در امور عمومی و طرح‌های ملی و غیره ناشی از قواعد منبعث از حق حاکمیت و مبتنی بر مفهوم منفعت عمومی و عمدتاً به‌صورت تصمیم یک‌طرفه دولت انجام می‌گیرد که داخل در حوزه حقوق عمومی و اداری بوده و از قواعدی ویژه و متفاوت با حوزه حقوق خصوصی برخوردار است. بنابراین، تشخیص صحت و قانونی بودن این‌گونه اعمال دولت و وزارتخانه‌ها از جمله اقدامات آنها در زمینه تملک یا تصرف اراضی و

۱. نک: محمد جلالی و همکاران، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادویکم، شماره ۹۹ (۱۳۹۶)، ص- ص ۳۵ - ۵۸.

۲. نک: عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی (تهران: انتشارات دراک، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵)، ج ۲، ص ۷۹.

احراز تخلف اداره از مصادیق ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۰) بوده و در قلمرو صلاحیت محاکم اداری یعنی دیوان عدالت اداری است.^۱ در تأیید این ادعا می‌توان آراء وحدت‌رویه ذیل را ذکر نمود:

الف. رأی وحدت‌رویه شماره ۵۴۴ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۳۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که رسیدگی به دعوی ابطال سند مالکیت و انتقال ملک به دولت که در اجرای طرح تملیک موضوع ماده ۹ قانون اراضی شهری و تبصره آن (مصوب سال ۱۳۶۰) انجام‌شده را مستلزم آن دانسته است که دیوان عدالت اداری مقدماً طبق بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان (مصوب ۱۳۶۰) به شکایت در تصمیم و اقدام سازمان زمین شهری در استفاده از طرح تملک رسیدگی کند و در صورت احراز صحت شکایت و ابطال تصمیم و اقدام سازمان زمین شهری، دادگاه عمومی به ابطال سند مالکیت رسیدگی نماید.

ب. رأی وحدت‌رویه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در آن بیان شده است، به‌موجب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۸۵)، مرجع رسیدگی به شکایات اشخاص به طرفیت واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و سایر مؤسسات مذکور در بند (الف) ماده ۱۳ قانون فوق‌الذکر در زمینه تملک اراضی و ابنیه واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و همچنین صدور رأی در اساس استحقاق و یا عدم استحقاق مالکین اراضی و املاک مذکور به دریافت معوض و یا بهای اراضی و املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها دیوان عدالت اداری است. بنابراین، رسیدگی به دعاوی خلع ید در این موضوع، مستلزم آن است که دیوان عدالت اداری ابتدا بر طبق بند ۱ و تبصره اول ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۰) مجلس شورای اسلامی، به شکایت درخصوص تصمیم و اقدام نهاد تصمیم‌گیرنده همچون کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری، کارگروه شهرسازی و معماری استان و غیره مبنی بر تغییر کاربری و تصرف زمین متعلق به خواهان‌ها، رسیدگی نماید و سپس در صورتی که صحت شکایت و ابطال تصمیم و تخلف نهادهای فوق‌الذکر احراز شود دادگاه رأی به رفع

تصرف یا خلع ید صادر کند زیرا احراز تخلف، وصفی است که عنصر «عدوانی و غاصبانه بودن» را به تصرف دولت می‌بخشد.

بنابراین در دعوی خلع ید و نیز رفع تصرف عدوانی یکی از ارکان دعوی، عدوانی بودن و غیرقانونی بودن تصرف است.^۱ این تخلف از قانون توسط اداره باید ابتدائاً در دیوان عدالت اداری محرز گردد، سپس دعوی خلع ید در دادگاه عمومی مطرح شود. دیوان عدالت اداری طی آراء وحدت‌رویه متعدد، رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای را در اجرای امور حقوقی و ترافیعی محسوب کرده و آنها را در صلاحیت خود ندانسته است؛^۲ بدین معنا که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به خواسته ترافیعی همچون خلع ید را ندارد^۳ و تنها صحت اقدام اداره مورد ارزیابی قرار داده و براساس رأی دیوان، دادگاه عمومی به دعوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی رسیدگی خواهد کرد؛ چراکه رسیدگی به دعاوی مدنی، تابع تشریفات است که در آیین دادرسی مدنی آمده است. چنانچه دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی مدنی را نیز دارا می‌بود، ضرورتی برای تدوین آیین‌نامه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۶۲ وجود نداشت یا حداقل آیین‌نامه مذکور، این نوع دعاوی طرح‌شده در دیوان را تابع آیین دادرسی مدنی می‌کرد.^۴

سوم، از لحاظ صدور رأی: بنا بر مطالب گفته‌شده، پیش از رسیدگی به دعوی خلع ید می‌بایست غیرقانونی بودن اقدام اداره در تصرف ملک خواهان‌ها در

۱. مهدی فقیهی‌نژاد و سمیه باباییان‌فردویی، «دعای مالکیت و خلع ید املاک در مراحل مختلف ثبتی در رویه

قضایی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و چهارم، شماره ۷۰ (۱۳۸۹): صص ۳۳ - ۶۸.

۲. با توجه به آراء وحدت‌رویه دو شماره ۳۳ و ۱۳۰ در سال‌های ۷۵ و ۷۷ و نیز رأی وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۳ - ۷۵/۲/۲۹ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای با دولت و نیز اختلاف در کیفیت اجرای قراردادهای منعقدشده با دولت، خود را دارای صلاحیت نمی‌داند.

۳. کورش استوارسنگری، «پیرامون تبصره یک ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری»، *گاهنامه آموزشی کمیسیون آموزش کانون وکلای دادگستری منطقه فارس*، سال دوم، شماره ششم (۱۳۹۱): صص ۲۵ - ۴۸.

۴. رضا موسوی‌زاده، پیشین، ص ۳۱۵.

دیوان عدالت اداری به اثبات می‌رسید^۱ و سپس براساس آن، دادگاه عمومی درخصوص دعوی خلع ید به صورت ماهوی اظهارنظر می‌کرد. گرچه دادگاه صادرکننده رأی، صلاحیت رسیدگی به دعوی مذکور را داشته است، اما به لحاظ آن که اثبات دعوی خواهان‌ها منوط به اثبات امری بود که در صلاحیت مرجع دیگر قرار دارد و صحیح آن بود که دادگاه عمومی، به صدور قرار اناطه مبادرت می‌نمود تا پس از ارائه رأی نهایی دیوان توسط خواهان‌ها، به رسیدگی درخصوص ماهیت دعوی اقدام می‌کرد.

۱. مانده محدثی، «مقایسه دعاوی تخلیه و خلع ید از حیث ماهیت»، مجله کانون وکلا، سال ششم، شماره ۲۱۱ (۱۳۸۹): صص ۲۹ - ۶۴.

فهرست منابع:

۱. استوارسنگری، کورش، «پیرامون تبصره یک ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری»، **گاهنامه آموزشی کمیسیون آموزش کانون وکلای دادگستری منطقه فارس**، س دوم، ش ۶ (۱۳۹۱).
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری**، ج ۱ (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸).
۳. جلالی محمد، محمد حسنوند و ایوب میری، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، **مجله حقوقی دادگستری**، س هشتادویکم، ش ۹۹ (۱۳۹۶).
۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۲ (تهران: انتشارات دراک، چ یازدهم، ۱۳۸۵).
۵. فقیهی نژاد، مهدی و سمیه باباییان فردویی، «دعاوی مالکیت و خلع ید املاک در مراحل مختلف ثبتی در رویه قضایی ایران»، **مجله حقوقی دادگستری**، س هفتادوچهارم، ش ۷۰ (۱۳۸۹).
۶. محدثی مائده، «مقایسه دعاوی تخلیه و خلع ید از حیث ماهیت»، **مجله کانون وکلا**، س ششم، ش ۲۱۱ (۱۳۸۹).
۷. موسی زاده رضا، **حقوق اداری (۱ - ۲)** (تهران: نشر میزان، چ سوم، ۱۳۸۱).

مشخصات رأی

پرونده کلاسه: ۸۸۰۹۹۸۰۸۷۳۵۰۰۱۰۹

تاریخ: ۹۱/۷/۸

دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۸۷۳۵۰۰۶۲۱

تاریخ: ۹۱/۶/۲۸

مرجع رسیدگی: شعبه اول دادگاه عمومی بخش هلیلان

خوانندگان: ۱- بخشداری هلیلان؛ ۲- استانداری ایلام

رأی دادگاه

اول: شرح خواسته خواهان‌ها

در این پرونده، خانم... دادخواستی را به وکالت از آقایان و بانوان ... به طرفیت: ۱. اداره جهاد کشاورزی هلیلان و ۲- استانداری ایلام به خلع ید خواندگان از ملک مورث خواهان‌ها واقع در شهر توحید، بلوار بسیج، و قلع و قمع بنای مستحدثه در آن، با جلب نظر کارشناس علی‌الحساب مقوم به ۲/۰۰۰ ریال با احتساب کلیه خسارات دادرسی، تقدیم دادگاه نموده است. و در شرح دادخواست تقدیمی، مدعی شده است که مورث خواهان‌ها به دلالت سند مالکیت رسمی مشاعی مالک ۸۰ سهم زمین به مساحت ۱۶۰۰۰ هزار متر مربع واقع در شهر توحید بوده است و از سال ۱۳۴۰ در آن تصرف داشته است تا اینکه در سال ۱۳۵۲ شرکت سهامی زراعی به‌نحو عدوانی، مبادرت به تصرف ۱۲۷۴ متر مربع از ملک موصوف و احداث بنا در آن نموده است و پس از انحلال تعاونی‌های مذکور آن را بدون رضایت مالک به بخشداری واگذار کرده که هم‌اکنون در تصرف بخشداری می‌باشد. حال با توجه به اینکه تصرفات ادارات فوق بدون مجوز قانونی می‌باشد لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را کرده است و جهت اثبات ادعای خویش روگرفت مصدق سند ثبتی به شماره ثبت ۱۲۰۲۰ و گواهی حصر وراثت مرحوم... را ضمیمه دادخواست کرده است و به تحقیقات و معاینه محلی و استعلام ثبتی نیز استناد جسته است.

دوم: دفاعیات خواندگان

متعاقب جلسه اول دادرسی، نماینده حقوقی جهاد کشاورزی مبادرت به ارسال لایحه نموده و ضمن آن، اظهار داشته که: ۱. خواهان‌ها پیش‌تر به طرفیت همین اداره طرح دعوی نموده و همین خواسته را مطالبه نموده‌اند که در آن خصوص قرار عدم استماع دعوی صادر شده است و تقاضای صدور قرار رد دعوی خواهان‌ها را به استناد اعتبار امر مختومه نموده است؛ ۲. همچنین در ادامه بیان داشته است که سند رسمی مورد استناد خواهان‌ها به دلیل اعمال مقررات مربوط به لایحه قانونی راجع به رفع مشکلات مربوط به تصفیه شرکت‌های سهامی زراعی و تعاونی تولید، با توجه به سبق سابقه و وجود اقرار مورث خواهان‌ها دارای تزلزل بوده و با این وصف، دعوی یادشده قابلیت استماع را ندارد؛ ۳. وی همچنین برای اثبات ادعای خویش تقاضای استعلام از دفترخانه شماره ۱۲ کرمانشاه و مطالعه پرونده ثبتی موجود در دفترخانه را نموده است؛ ۴. همچنین وی نسبت به صلاحیت دادگاه ایراد نموده و موضوع مطروحه را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانسته است.

سوم: شرح جریان دادرسی

در ادامه روند دادرسی، دادگاه جهت احراز واقعیت، وضعیت ثبتی پلاک موضوع دعوی را از دفترخانه شماره ۱۲ کرمانشاه استعلام نموده است که دفترخانه مذکور در پاسخ اظهار نموده است که مالکیت ۸۰ سهم از اراضی مزروعی آبی واقع در قریه... مطابق سند ۴۱/۸/۱۷-۱۲۰۲۰ همچنان متعلق به آقای... بوده و سند موصوف، به اعتبار خود باقی می‌باشد. ضمناً هیچ‌گونه سابقه‌ای از نامه ۳۷۷-۱۳۶۲/۰۱/۳۰ (مورد استناد جهاد کشاورزی) به دست نیامده است. و همچنین همین استعلام از اداره امور کشاورزی شیروان و چرداول به عمل آمده که پاسخ آن، حکایت از وجود سابقه مالکیت مقدار هشتاد من زمین زراعی آبی به آقای... مطابق سند زراعی ۱۲۰۲۰، در قریه... دارد. در ادامه روند رسیدگی، دادگاه جهت کشف حقیقت امر و احراز میزان تصرفات خواندگان و محدوده اسناد اصحاب دعوی، قرار

ارجاع امر به کارشناسی، صادر و آن را اجرا کرده است که کارشناس واحد به موجب نظریه وارده به شماره ۶۶/۲۲۲ - ۸۹/۰۹/۱۶ اعلام داشته که مقدار ۶۳۸ متر مربع از زمین مورد منازعه در تصرف بخشداری هلیلان قرار دارد، ولی برابر اظهارات نماینده جهاد کشاورزی و بررسی‌های به عمل آمده ۱۵ نفر از کشاورزان محل از جمله مورث خواهان‌ها، ملک خود را به نام اداره کشاورزی انتقال داده‌اند.



«فَلَا تَتَّبِعُوا آلَهُوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا»

دادگستری جمهوری اسلامی ایران

شعبه اول دادگاه عمومی بخش هلیلان

خواهان	خوانده	تاریخ	پرونده

و مبلغ ۲/۲۲۸/۸۰۰ ریال بابت مراحل انتقال سند مساحت ۱۵۹۲۰۰ متر مربع به نام اداره مذکور طی چک شماره ۹۰۶۵۱ به حساب جاری ۷۷۱ دفترخانه ۱۲ کرمانشاه در سال ۶۴ تودیع شده است. این نظریه به اصحاب دعوی ابلاغ شده که در فرجه مقرر، احدی از خواهان‌ها به آن اعتراض نموده که دادگاه جهت کشف حقیقت امر و جلوگیری از تضییع حقوق ایشان و رعایت اصول دادرسی منصفانه و ترافعی بودن دادرسی قرار ارجاع امر به هیأت سه نفره کارشناسی را صادر نموده است. کارشناسان منتخب ضمن نظریه شماره ۹۰/۰۰۰۱۶ - ۱۳۹۰/۰۲/۲۵ اظهار نموده‌اند که کل زمین تحت تصرف خواندگان ۷۸۰،۱۹ متر مربع می‌باشد که با اسناد و مدارک ارائه شده توسط خواهان‌ها مطابقت داشته که در سال ۶۱ یا ۶۲ به تصرف بخشداری درآمده و هم‌اکنون بخشداری هلیلان در آن، اقدام به بنا به عنوان ساختمان بخشداری نموده است و نماینده حقوقی جهاد کشاورزی و بخشداری،

مدرکی دال بر مالکیت زمین موصوف ارائه نداده‌اند. این نظریه به اصحاب دعوی ابلاغ گردیده که این بار از سوی خوانده ردیف دوم (استانداری) مورد اعتراض قرار گرفته است که دادگاه، جهت بررسی صحت و سقم اعتراض معترض، قرار ارجاع امر به کارشناس ۵ نفره را صادر و اعلام نموده است که هیأت کارشناسی منتخب اظهار داشته‌اند که: ۱- محدوده تحت تصرف خواندگان ۶۹۵،۴۰ متر مربع می‌باشد که در حال حاضر تحت تصرف بخشداری می‌باشد؛ ۲- این ملک از سال ۶۱ یا ۶۲ به تصرف بخشداری درآمده و در آن احداث بنا نموده که بعدها در سال ۸۹ مبادرت به تجدید بنای ساختمان بخشداری نموده است؛ ۳- علی‌رغم مشاعی بودن سند ثبتی ملک متنازع‌فیه، با توجه به اظهارات مطلعین و مجاورین، مالکیت و تصرفات مفروضی و اولیه مرحوم عباسعلی محمدی در محدوده مورد اختلاف، محرز به‌نظر می‌رسد؛ ۴- به‌نظر می‌رسد اسناد ارائه‌شده توسط خواندگان درخصوص دریافت بهای اراضی و مبالغ درج‌شده در مستندات، جهت تنظیم اسناد رسمی انتقال در دفتر اسناد رسمی ۱۲ کرمانشاه و وصول مالیات متعلقه بوده و قیمت‌های ذکرشده براساس ارزش معاملاتی منطقه‌ای و نه قیمت عرفی یا کارشناسی املاک می‌باشد. این نظریه پس از ابلاغ، مورد اعتراض خواندگان واقع شده و دادگاه قرار ارجاع امر به هیأت ۷ نفره کارشناسی را صادر و اعلام نموده که علی‌رغم ابلاغ این قرار به خواندگان، اقدامی درخصوص تأدیه حق‌الزحمه کارشناس در فرجه مقرر انجام نداده‌اند و از این حیث، قطعیت یافته است.

چهارم: اسباب موجهه و منطوق رأی

۱. استدلال نماینده حقوقی خوانده ردیف دوم درخصوص ایراد به صلاحیت دادگاه عمومی و اعتقاد بر صلاحیت دیوان عدالت اداری وارد نمی‌باشد. زیرا کلیه دعاوی ناظر بر مسئولیت دولت، قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. از آنجا که اصل بر صلاحیت محاکم عمومی است لذا مواردی که دیوان عدالت اداری صالح بر رسیدگی به دعاوی افراد، علیه دولت مبنی بر جبران خسارت است را باید با توجه به صلاحیت دیوان در رسیدگی، به نوع دعاوی علیه دولت تفسیر نمود. دعاوی علیه دولت ناظر بر تصمیمات و اقدامات اداری یک‌جانبه آن است. بنابراین اگر در

مواردی دولت با اعمال یک‌جانبه خود خسارتی به افراد وارد می‌کند که در قوانین مسئول بودن دستگاه دولتی و لزوم جبران خسارت وارده پیش‌بینی شده است این موضوعات در صلاحیت دیوان عدالت نیست، چون اساس استحقاق اشخاص را قانون‌گذار مشخص کرده است اما در مواردی که درمورد قانونی بودن و یا نبودن تصمیم یا اقدام دستگاه دولتی دیوان عدالت باید نظر دهد دعاوی مربوط به مسئولیت مدنی ناظر بر آنها نیز تا مرحله تصدیق ورود خسارت در صلاحیت دیوان عدالت اداری است ولی تعیین میزان خسارت بر عهده دادگاه عمومی است. بنابراین در مواردی مانند تصرف عدوانی اراضی اشخاص توسط دستگاه‌های دولتی بدون هیچ مجوز قانونی، مرجع صالح طبق اصول و قواعد کلی، مراجع دادگستری است و آرائی شبیه رأی شعبه هفدهم دادگاه تجدیدنظر استان فارس مؤید این نظر است.

۲. حق مالکیت، از حقوق بنیادین بشر بوده و با مفهوم حقوقی شخصیت ارتباط تنگاتنگی دارد. قاعده «تسلیط» تحت عموم الناس مسلطون علی اموالهم به این مهم اشاره داشته و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۴۴ خود مالکیت خصوصی افراد را محترم شمرده و اصل ۲۲ همان قانون، اموال افراد را در کنار حیثیت، جان، حقوق، مسکن و شغل از تعرض مصون دانسته است. همچنین ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر (مصوب ۱۹۴۸) مجمع عمومی سازمان ملل متحد و کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوبه ۲۶ دسامبر ۱۹۶۶ / قطعنامه A 2200 قدرت اجرایی بنا بر ماده ۴۹، ۲۳ مارس ۱۹۷۶ اذعان داشته‌اند: اولاً، هر انسانی به‌تنهایی یا با شراکت با دیگران، حق مالکیت دارد؛ ثانیاً هیچ‌کس را نمی‌بایست خودسرانه از حق مالکیت خویش محروم کرد. بر این اساس، مواد زیادی از قانونی مدنی درخصوص صیانت از حقوق مالکانه افراد وضع گردیده و هر نوع تصرف عدوانی و من غیر حق بر ملک غیر را توسط هر شخصی حتی دولت مردود شمرده است.

۳. تصرف اراضی خصوصی توسط اشخاص حقوق عمومی جهت اجرای طرح‌های عمرانی و عمومی گرچه از جهت تقدم مصلحت عمومی بر حقوق شخصی اشخاص و امتیازات ناشی از حق حاکمیت، این صلاحیت را برای دولت پدید آورده

که در جریان تصمیمی یک‌طرفه، مالکیت افراد را سلب نموده و اموال را صرف ایجاد طرح‌های عمومی و عمرانی نمایند اما حاکمیت قانون بر اداره، مقتضی این معناست که: اولاً، اداره چنین صلاحیتی را از قانون اخذ نموده باشد و ثانیاً، مقامات اداری موظفند هنگام تصمیم‌گیری و انجام تکالیف و اعمال خود از حیث تشریفات، قوانین و مقررات را رعایت نمایند. این بدان معناست که هرگونه استفاده خودسرانه از قدرت، ممنوع است و قانون باید در تمام جوانب و برای همه به یک‌نحو یک میزان اجرا شود. علاوه بر آن، اصل بر برتری قانون است و از همین روی، اعمال و اقدامات مقامات اداری باید با قوانین انطباق داشته باشد. اقتضای حاکمیت قانون، آن است که رفتار و تصمیمات دستگاه‌های اداری و مأمورین آنها در قالب و چهارچوب‌های از پیش تعیین‌شده‌ای به‌عنوان قانون صورت گیرد و اداره امور جامعه و دستگاه‌های دولتی، تابع امیال و خواست شخصی مقامات اداری نباشد. ناگفته پیداست که ادارات دولتی در ایران جز در موارد مصرح در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و اموال برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ و سایر قوانین مرتبط صلاحیت تصرف اموال اشخاص را جهت اختصاص به طرح‌های خود ندارند. و طبق مقررات قانون اخیرالذکر دولت و شهرداری‌ها برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی خود باید مطابق قانون نسبت به اخذ رضایت مالکانی که اراضی آنها در طرح قرار می‌گیرد و پرداخت بهای آنها اقدام نمایند و تصرف اموال اشخاص بدون رعایت مقررات قانونی و برخلاف اصل تسلیط، مشروع نبوده، مطابق ماده ۳۰۸ قانون مدنی، غصب محسوب خواهد شد. لذا درمورد پرونده جاری به لحاظ آن‌که چنین تشریفات و مجوزی وجود نداشته است لذا استیلاي ادارات خوانده بر اراضی خواهان‌ها و جاهت و مبنای قانونی نداشته و عدوانی تلقی می‌گردد و به‌موجب ماده ۳۱۱ همان قانون، غاصب باید عین مال را مسترد نماید.

۴. اولاً مستندات ابرازی خواهان‌ها مصون از تعرض و انکار و تردید باقیمانده‌اند و خوانده ایراد و دفاعی که مؤثر در مقام باشد ارائه نکرده‌اند و ثانیاً، دعوایی که به گفته نماینده حقوقی جهاد کشاورزی پیش‌تر میان طرفین مطرح

گردیده است با صدور قرار عدم استماع دعوی، مختومه گردیده و از این حیث، فاقد اعتبار امر مختومه می‌باشد و ثالثاً، به موجب نظرات هیأت سه نفره و همچنین پنج نفره کارشناسی، تصرفات خواندگان در محدود اسناد خواهان‌ها تأیید شده است و عنایت به اینکه نظریه هیأت پنج نفره کارشناسی مصون از تعرض، باقیمانده و با واقعیت خارجی، انطباق دارد و رابعاً، هیچ سابقه‌ای از اسناد مورد ادعای خواندگان مبنی بر پرداخت بهای املاک موضوع دعوی به مالکین و تملک آنها توسط ادارات مارالذکر به دست نیامده است و اسناد موجود در دفترخانه ۱۲ کرمانشاه همچنان حکایت از مالکیت مرحوم... بر ملک موصوف دارد.

بنا به مراتب مرقوم، دادگاه دعاوی خواهان‌ها را وارد و مقرون به صحت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۰۸، ۳۱۱، ۳۱۳، ۳۳۸، ۳۶۲، ۱۲۵۷ و ۱۳۲۴ از قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر خلع ید از عرصه و قلع و قمع بناهای احداثی خواندگان از مایملک خواهان‌ها مطابق نظریه و کروکی تنظیمی کارشناس و همچنین محکومیت خواندگان به پرداخت خسارات دادرسی به جهت ضمان ناشی از تسبیب در طرح دعوی (توسط اجرای احکام محاسبه خواهند شد) در حق خواهان‌ها صادر و اعلام می‌دارد. رأی دادگاه، حضوری بوده و ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان ایلام می‌باشد.

تحلیل اثر قید عندالاستطاعه در آراء محاکم از دو منظر ماهیت مهریه و حق حبس زوجه

الف) منظر اول: تحلیل ارتباط قید عندالاستطاعه با ماهیت مهریه

سید احسان رفیعی علوی*

سعید محبوب**

دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به مسئله دادخواست مطالبه مهریه در مواردی که در قباله نکاحیه در ضمن شروط ضمن عقد، قید عندالاستطاعه و یا قید عندالاستطاعه و القدره ثبت گردیده باشد، در خصوص استفاده از حق حبس زن موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی^۱ رویه متعارضی را مبتنی بر استدلالات قضایی خود در پیش گرفته‌اند، که برای نمونه دو دادنامه از دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران شعبه ۲۴ و شعبه ۲ تجدیدنظر استان تهران بررسی شده است.

مشخصات رأی ۱

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۷۰۲۲۲۴۰۱۳۶۰

تاریخ: ۱۳۹۲/۸/۱۹

مرجع رسیدگی‌کننده: شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

متن رأی

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

* استاد سطح عالی حوزه علمیه، استادیار گروه فقه مضاف دانشگاه باقرالعلوم (ع)
rafiealavy272@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان و پژوهشگر قوه قضاییه
۱. زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.



که مهریه حال باشد و شامل مهریه عندالاستطاعه نمی‌گردد و اینکه مهریه عندالاستطاعه معلق و مشروط بوده، در زمان مطالبه شامل حق حبس نمی‌گردد.»

مشخصات رأی ۲

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۶۹۸

تاریخ: ۱۳۹۳/۴/۲۳

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

متن رأی

«موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه از زوج بوده که مورد توجه دادگاه محترم بدوی قرار نگرفته ... و ... صرف قید عندالاستطاعه بودن پرداخت مهریه نمی‌تواند مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد» بنابراین از نظر شعبه ۲ قید عندالاستطاعه بودن مهریه مانع از اعمال حق حبس زوجه نمی‌باشد.»

شرح ماوقع

از رأی شعبه بیست و چهار دادگاه تجدیدنظر با ادله ذیل چنین برمی‌آید که قید عندالاستطاعه مانع امکان توسل به حق حبس تلقی شده است:

۱. حق حبس موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی امر استثنایی است و در موارد مشکوک فیه قابل اعمال نمی‌باشد.

۲. تمکین زوجه به موجب عقد نکاح با ایجاد مقتضی که همان عقدنکاح است، محقق می‌گردد و ترک آن بدون عذرموجه، سبب نشوز و در مانحن فیه چنین عذری موجود نیست^۱.

۳. قید عندالاستطاعه در مقابل قید عندالمطالبه ذکر شده است و موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مشروط و مقرون آن است که مهر حال باشد و در حقیقت استطاعت را قید اجل و سبب رفع امکان توسل به حق حبس فرض نموده است.

۴. در کنار موارد فوق می‌توان به این موضوع نیز استناد نمود که هدف دستگاه قضایی در خصوص کاهش آمار زندانیان مالی ناشی از آثار مالی دعاوی نکاح که موضوع دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک است که تقریباً آغاز به ورود قید مذکور در متون نکاحیه نیز همزمان با این دستورالعمل

۱. ماده ۱۱۰۸- هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.

بوده است، نشان از آن دارد که سیاست تفهیم اجل و عدم امکان توسل به حق حبس بوده است.

در مقابل استدالات قضایی شعبه ۲۴، استدالات شعبه ۲ قرار دارد که معتقد است: قید عندالاستطاعه ایرادی به حق حبس وارد نمی‌کند و به استناد آن امکان توسل به ماده ۲ نحوه محکومیت‌های مالی^۱ وجود داشته و حبس زوج ممکن است. استدالات این گروه را می‌توان به صورت ذیل منقح نمود:

۱. از حقوق ناشی از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حق امتناع زوجه از تمکین (یا همان حق حبس معروف) است که قید عند الاستطاعه نمی‌تواند این حق مشروع را زائل نماید. البته در رأی فوق‌اشاره به چگونگی عدم امکان نشده است. اما قطعاً دادگاه افادهٔ اجل از قید فوق را منتفی دانسته و یا حتی می‌توان گفت دادگاه اعتقاد به باطل بودن شرط فوق بر مبنای غرری بودن شرط فوق^۲ یا بی‌فایده بودن آن^۳ را داشته است.

۲. مهریه زمانی حال نیست و امکان توسل به حبس را زایل می‌نماید که مؤجل باشد و در مانحن فیه قید اجل نشده است بنابراین مهریه معجل و حال است و اعمال این حق قانونی امکان‌پذیر می‌باشد.

۳. عندالاستطاعه در مقابل عندالمطالبه قرار دارد و حال آنکه هر دو این شروط هیچ منعی به حال بودن نمی‌رساند. هر دینی قابلیت مطالبه از مدیون دارد و مهریه عندالمطالبه نیز امکان مطالبه دارد و استطاعت، شرط پرداخت دین است و چنان‌چه شخص مستطیع نباشد، امکان تأدیه وجود ندارد و در حقیقت هر دو قید از جنس تأکید است.

۱. در قانون سابق نحوه محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ ماده ۲ که هم‌اکنون ماده ۳ قانون نحوه محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ اجرا می‌شود:

ماده ۳- اگر استیفای محکوم به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد محکوم علیه به تقاضای محکوم له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم له حبس می‌شود.

۲. ماده ۲۲۳ قانون مدنی: شروط مفصله ذیل باطل: و موجب بطلان عقد است: ۱. شرط خلاف مقتضای عقد ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

۳. ماده ۲۳۲ قانون مدنی: شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست: ۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد. ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳. شرطی که نامشروع باشد.

۴. چنانچه قید عندالاستطاعه را به ملائتِ زوج تفسیر نماییم، در این صورت شرط غرری خواهد بود و لذا سبب جهل به عوضین می‌گردد؛ بنابراین قید فوق بیهوده می‌باشد. پس از بررسی دو رویه قضایی که تعارض آن کاملاً مشهود است؛ رویه قضایی با سوالات زیر روبه‌رو است:

- آیا قید عندالاستطاعه مهریه را مؤجل می‌نماید؟
 - آیا چنانچه ثابت شود زوج معسر است و مهریه به هر نحو تقسیط شود، آیا زوجه تا اتمام پرداخت مهریه می‌تواند از تمکین زوج خودداری نماید؟ تمکین در مواردی که مهر عین معین است به چه ترتیب می‌باشد؟
 - آیا در مورد شخصی که مستطیع است نیز ادعای مرد نسبت به حال نبودن مهریه و درخواست تمکین پذیرفته است؟
 - آیا قید عندالاستطاعه به واسطه عدم تعیین أجل، موجب غرر و بطلان عقد می‌شود؟
 - در صورتی که شرط به علت غرر باطل گردد، آیا تنها شرط باطل است یا علاوه بر شرط، مهریه را هم باطل می‌کند؟
 - آیا رویه قضایی باید از یک رویهٔ عمومی نسبت به این دعاوی صرف‌نظر نموده و بر اساس اصل آزادی اراده و قاعدهٔ عمومی «الاعمال بالنیات» در هر مورد، از ظاهر الفاظ و جمود لفظی خارج و به کشف اراده طرفین بپردازد؟
 - چنانچه شرط را لغو ندانیم؛ در مقام ثبوت، آیا این زوجه است که باید اثبات نماید از چنین شرطی در پی ایجاد أجل برای مرد نبوده است یا مرد باید اثبات کند که در پی أجل بوده است؟ اصل چیست؟
- لازم است تا در جهت تبیین یک راهبرد قضایی منسجم در مسئله مطروحه، به سوالات فوق پاسخ داد. پیش از آنکه به سوالات فوق پاسخ دهیم، شایسته است تا در نگاهی تاریخی سیر تحولات قید عندالاستطاعه را جهت رفع ابهامات بررسی نماییم.

۱. بررسی تاریخی قید عندالاستطاعه:

نگارنده ابتدا قید فوق را در فقه بررسی نموده، سپس تحولات نظام حقوقی را در این خصوص مشاهده و بررسی خواهد کرد.

۱.۱. در تاریخ فقه:

نگارنده به دقت متون فقهی را در خصوص قید عندالاستطاعة بررسی نموده است و ادوار تاریخ فقه گواه این است که از این قید در سابقه فقهی عقد نکاح و عقد صداق، هیچ سبقه‌ای وجود ندارد، بنابراین فقیهان نه در متون حدیثی و نه در متون فقهی خود متعرض این قید نشده‌اند.

اما در چند باب از تبویبات فقهی قید استطاعت را می‌توان مشاهده نمود. بیشتر فقها براساس کریمه قرآن از شرط استطاعت در باب حج و وجوب حج بحث نموده و استطاعت بدنی، مالی و طریقی را در شخص مکلف شرط دانسته‌اند و به همین جهت استطاعت در این باب به معنی امکان و توانایی مکلف در اقامه حج می‌باشد.^۱

در نفقه اقارب نیز از این قید بحث شده است که شرط وجوب استقرار نفقه اقارب به شخص، وجود استطاعت به معنی ملائت بیش از مخارج شخص است.^۲

لذا علی‌رغم ادعای اینکه قید فوق صیغه فقهی دارد این موضوع در فقه مشاهده نشده است. به علاوه، به لحاظ تحلیلی نیز امکان چنین خطایی در فقه، در نظر نگارنده محتمل نیست (در ادامه اشاره خواهیم کرد که دین هم‌زمان عندالمطالبه و عندالاستطاعة است و این دو مقسم بر دین نمی‌باشند و دین از جهت سررسید تنها به حال و مؤجل تقسیم می‌گردد).^۳

۲.۱. در تاریخ نظام حقوقی:

قید فوق در متون قانونی و نظام قضایی تا قبل از تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ در دستورالعمل شماره ۵۳۹۵۸/۳۴/۱ مسبوق به سابقه نمی‌باشد.

۱. خلخالی، رضا، **معتمد العروة الوثقی** (قم: محاضرات آیة‌الله خوئی، منشورات مدرسة دارالعلم، ۱۴۱۶هـ.ق) و احمدبن محمد مهدی نراقی، **مستند الشیعة فی احکام الشریعة** (قم: مؤسسة آل البيت (ع) ۱۴۱۵هـ.ق)، ج ۱۱، قم ۱۴۱۷. و ابوالقاسم بن محمد حسن میرزای قمی، **جامع‌الشتات** (تهران: چاپ مرتضی رضوی، ۱۳۷۱ش) و ابن بابویه، **مَنْ لَا یَحْضُرُهُ الْفَقِیْةُ** (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳هـ.ق) و کتب فقهی دیگر.

۲. یوسف البحرانی، **الحدائق الناضرة** (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵هـ.ق)، ج ۱۴ ص ۱۲۳. و رضا خلخالی، **معتمد العروة الوثقی** (قم: محاضرات آیة‌الله خوئی، منشورات مدرسة دارالعلم، ۱۴۱۶هـ.ق)، ج ۳، ص ۷۳.

۳. سید ابوالقاسم خوئی، **مصباح الفقاهة** (بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۳هـ.ق)، ج ۷ ص ۴۹۳. و علی اصغر مروارید، **موسوعة الینابیع الفقہیة** (بیروت: مؤسسة فقه الشیعة، ۱۴۱۰هـ.ق)، ج ۷ ص ۲۳.

البته در آراء برخی از حقوقدانان به این مسئله اشاراتی شده است^۱ که به نظر می‌رسد به روشنی مسئله، کمکی نخواهد کرد. لذا برای جلوگیری از طولانی شدن بحث به آن نمی‌پردازیم.

لازم است در اینجا ابتدا ماهیت مهریه مشخص گردد تا قید عندالاستطاعه و عندالمطالبه در مورد آن بررسی شود. سپس از شروط و اثر شرط بر موضوع صحبت به میان آید.

۲. بررسی ماهیت مهریه

در خصوص ماهیت مهریه نظرات مختلفی بیان شده است که در ذیل به صورت خلاصه، بیان شده و نظر برگزیده ارائه می‌گردد:

۱.۲. مهر به مثابه معاوضه: طرفداران این نظر معتقدند که مهر در مقابل بضع قرار دارد^۲؛ که به واسطه این نگاه به زن در مقابل عدم دریافت صداق اجازه حق حبس یا امتناع از تمکین^۳ داده می‌شود. قانون مدنی در ماده ۱۰۸۵ نیز این نگاه را به نوعی ترویج و تأیید می‌کند. در این نظر چنانچه زوج متمکن از پرداخت مهر نباشد سبب خواهد شد که مهر پرداخت نشود، اما سبب اسقاط تمکین زوج خواهد بود.

۲.۲. مهر به مثابه هبه: قائلین به این نظر بر اساس آیه کریمه (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ)^۴ که می‌فرماید: و مهریه زنان را به عنوان هدیه‌ای الهی با میل و رغبت (و بدون چشم‌داشت و منت‌گذاری) به خودشان بدهید. این آیه ماهیت مهر را هبه و سنتی الهی می‌داند که زوج برای بیان صداقت خود به زوج اعطا می‌کند^۵.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده (تهران: شرکت سهامی انتشار ۱۳۷۷) ج ۲، ص ۱۸۹، ش ۴۰۱ و.

مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷) ش ۶۶.

۲. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.) ج ۳۱ ص ۴۱.

۳. زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام (قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۰۴ ه.ق.) ج ۱ ص ۴۲۱.

۴. قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۴.

۵. ناصر قربان‌نیا و همکاران، بازپژوهی حقوق زن (تهران: مرکز امور مشارکت زنان (ریاست جمهوری)، روز نو، ۱۳۸۴) ج ۲ ص ۳۶.

واکاوی‌های لغوی ریشه کلمه صداق و مهریه نیز این نظر را تأیید می‌کند. علاوه بر اینکه جان شریف آدمی را به هیچ عنوان نمی‌توان در مقابل هیچ مبلغی قرار داد. امارات فقهی نیز مؤید نظر فوق می‌باشد. عدم ذکر مهر در عقد نکاح به صحت عقد لطمه‌ای نخواهد زد^۱. امکان توافق بر مهر بعد از نکاح و امکان تفویض تعیین مهر به زوج که توسط مشهور فقها پذیرفته شده است^۲، به‌خوبی به تکمیل این موضوع کمک می‌کند. چنانچه ادعا شود هبه قابل رجوع است، در پاسخ بایستی گفت که هبه تقریبی یا هبه به نیت ثواب الهی امکان رجوع ندارد^۳ و این خود مؤید آن است که صداق نوعی از هبه است. از سویی ممکن است به مسئله قبض و اقباض استناد شود و اینکه در مهر قبض و اقباضی وجود ندارد. در مقابل این استدلال ذکر می‌کنیم که: درجایی که مهر عین معین باشد بلافاصله بعد از عقد زن مالک است و حق تصرف به او داده شده و زوج مکلف است مال را در اختیار وی دهد^۴. چراکه قبض و اقباض در هبه در عین معین شرط صحت است^۵. در مواردی نیز که مهر دین بر دمه زوج باشد، قبول، در حکم قبض تلقی شده است^۶ و هبه نیز همین حکم را دارد^۷.

۳.۲. مهر به‌مثابه استباحه عضو^۸: این نظر که رأی برخی از اهل سنت است از طرف مالکیه و حنفیه بیان شده است. این نگاه که از نگاه معاوضه بودن در

۱. ابو جعفر طوسی، **الخلاص** (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه.ق)، ج ۴ ص ۳۶۳.

۲. ابوجعفر طوسی، محمدبن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه** (قم: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ۱۳۸۷ ه.ق)، ج ۶ ص ۲۳.

۳. السيد روح الله موسوی الخمينی، **تحریر الوسيلة** (قم: مؤسسة مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹)، ج ۲ ص ۶۰.

۴. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، **الکافی فی الفقه** (قم: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق)، ص ۲۹۳.

۵. محمدحسن نجفی، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام** (بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق)، ج ۲۸ ص ۱۹۸.

۶. محمد بن حسن فاضل هندی اصفهانی، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام** (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه.ق)، ج ۷ ص ۹۶.

۷. موسوی الخمينی، السيد روح الله، همان، ج ۲ ص ۵۶.

۸. محمد عبد الله قدامة المقدسي، **المغنی** (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۰ ه.ق)، ج ۷ ص ۱۵۶.

فقه شیعه نیز بالاتر رفته است؛ مهر را باعث حلیت و استباحه عضو از طرف زوج می‌داند!^۱ نگارنده اساس نگاه فوق را ناشی از عدم توجه به حریت انسانی در عقد نکاح می‌داند، به جهت همین نگاه، این نظر قابل پذیرش نمی‌باشد.

۴.۲. مهر به مثابه قرارداد مالی تبعی: این نگاه که توسط برخی از حقوقدانان ابراز شده است با استناد به اینکه عقد بدون مهر صحیح است و اینکه چنانچه زوج بعد از نکاح و قبل نزدیکی فوت کند زن مستحق مهری نیست، مهر را یک قرارداد مالی تبعی دانسته است.^۲ به نظر می‌رسد که اگر نگاه فوق پذیرفته شود، توالی فاسدی بروز خواهد نمود. مانند اینکه چنانچه قدرت بر تسلیم مبیع نباشد، آن‌گاه عقد باطل است. یا اینکه قطعاً نمی‌توان خصوصیات یک قرارداد مالی را از جهت معلوم و مشخص بودن در مهر مشاهده نمود.

۳. تجزیه و تحلیل:

در این مرحله با توجه به موارد فوق مسئله را تجزیه و به سوالات فوق پاسخ می‌دهیم:

۱.۳. ماهیت صداق: اولین تحلیل این نوشتار اختصاص به ماهیت مهریه دارد. به نظر می‌رسد، تشبیه مهر به معاوضه یا شبه معاوضه در نکاح امری ناصواب است. عمده دلیل معتقدین به این رأی، وجود حق امتناع و حبس برای زوجه است که چنانچه بنا بود بر این اساس معاوضه تلقی شود، بایستی این حق امتناع یا حق حبس برای دو طرف جاری باشد، حال آن‌که به صورت یک‌طرفه به نفع زن مقرر گردیده است. به علاوه آنکه اصل حریت انسان سبب حرمت خرید و فروش تلقی شده و مبنای اصلی معاوضه که مالیت است از نگاه شارع منع شده است و با در نظر گرفتن این منع، حتی نمی‌توان نکاح را عقدی شبه معاوضه دانست. از سویی نکاح را باید در عبادات دانست^۳ و دلایل روایی این مهم نیز کم نیست که خود دلیلی اولی بر موارد فوق خواهد بود.^۴

۱. أبو محمد علی بن حزم الأندلسی، الإحكام في أصول الأحكام (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۳ هـ)، ج ۸، ص ۴۳.

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)، ج ۱، ص ۱۶۸.

۳. علی بن حسین عاملی کرکی، محقق ثانی، جامع المقاصد (قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ هـ)، ج ۵، ص ۲۶۵.

۴. ابوجعفر محمد بن علی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۵۲.

به نظر می‌رسد ماهیت صداق و مهریه، هبه است که برخی احکام استثنایی بر آن جعل شده است. دلایلی همچون آیه کریمه‌ای که در فوق اشاره شد و حجیت الفاظ و ظهوری که در الفاظ مهر است نیز مؤید آن می‌باشد.^۱ سیره شریف و مبارک معصومین نیز مؤید این است که مهریه نزد ایشان هبه‌ای الهی بوده است.^۲ علاوه اینکه عمومات حقوق انسانی نیز مؤید این نظر است.

از این تحلیل چند نتیجه برداشت می‌گردد:

۱. ماهیت مهر هبه می‌باشد که برخی استثنائات در آن تشریع گردیده است. لذا هرگاه در تفسیر مهریه به احکام عمومی نیاز شود و موضوع مشتبه باشد، بایستی به استثنایی بودن حکم و عدم گسترش رأی داد و به قواعد عمومی هبه تقریبی رجوع نمود.

۲. حکم امکان امتناع زن از تمکین تا دریافت موهوب^۳ یک حکم استثنایی از احکام خاص مهر است که تفسیر موسع از آن خلاف احکام عمومی تلقی می‌شود و لذا تفسیر موسع دادگاه قید عندالاستطاعه را در آن مؤثر نمی‌داند، خلاف عمومات عقد صداق تلقی می‌شود.

۳. چنانچه موضوع مهر عین معین باشد، بلافاصله بعد از عقد زن مالک است و این حکم مبتنی بر حکم هبه تقریبی و جعل خاص مهر نیز می‌باشد.

۲.۳. ماهیت قید عندالاستطاعه: تحلیل دوم ما در خصوص اثر قید و شرط فوق در صداق تلقی می‌شود:

برخی قید عندالاستطاعه را از آن جهت که سبب جهل به عوضین می‌شود و امکان تأدیه مهر را به زمانی غیرمعین احاله می‌دهد خلاف مقتضای ذات عقد (معاوضه) و شرط را باطل و مبطل دانسته^۴ و حکم به رجوع به مهرالمثل داده‌اند. به نظر می‌رسد

۱. میرزا علی‌مشکینی، *مصطلحات الفقه* (قم: نشر دارالحديث، ۱۳۹۲ ش)، ص ۵۲۶.

۲. محمد بن حسن حرعاملی، *تَفْصِيلُ وَسَائِلِ الشَّيْعَةِ إِلَى تَحْصِيلِ مَسَائِلِ الشَّرِيعَةِ* (قم: مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق)، ج ۱۵، ص ۱۱.

۳. محمد سارودنی نسب، *تحلیل حقوقی مهریه عندالاستطاعه یا عندالمطالبه*، مطالعات راهبردی زنان شماره ۴۳ (بی‌تا)، ص ۱۸۵.

این نگاه با تحلیلی که از مهر به عنوان هبه تقریبی به احکام استثنائی شده است؛ هم‌خوانی ندارد و باید قید را به عنوان یه قید در عقود رایگان و تسامحی تفسیر نمود. برخی نیز قید فوق را قید لغو دانسته‌اند و تفسیر نموده‌اند که قید عندالاستطاعه و عندالمطالبه در هر دینی جاریست، به این نحو که اصل در هر قیدی حال بودن و عندالمطالبه بودن است و از سویی همین دین منوط به استطاعت نیز می‌باشد، به این معناکه مطالبه از معسر معنی ندارد.^۱ بنابراین قید فوق هیچ اثری در مهر نداشته و صرفاً باید آن را تأکیدی بر عدم امکان مطالبه از معسر تلقی کرد و اینکه در زوال حق امتناع زن بی‌تأثیر است.^۲ در پاسخ بایستی گفت رجوع به اراده طرفین و قرائن حالیه نوعی، کشف نوعی را دایر می‌نماید که تفسیر چینی از قید فوق منطبق به اراده طرفین و احکام عمومی نمی‌باشد و نوعی استمهال عرفی در آن قرار دارد و منایست دستورالعمل ثبت نیز همین موضوع بوده است.

برخی قید عندالاستطاعه را صرفاً مبطل دانسته‌اند و گفته‌اند که شرط فوق مشروع نیست، لذا شرط فوق باطل و مبطل است. این نگاه نیز به نظر مورد جرح است، زیرا اولاً که نامشروع و غیرجایز بودن شرط امری استثنائی است که نیاز به دلیل خاص دارد که از طرف معتقدین ارائه نشده است و این حق استثنائی و تخییری است و امکان توافق خلاف آن در شرع موجود است. فلذا قید نامشروع نیست، مضاف بر اینکه اساس قواعد عمومی دین که در فوق بدان اشاره شد، عندالاستطاعه بودن در مدیون، جزء شروط مورد نظر شارع نیز می‌باشد.

نگارنده براساس استدلالات فوق معتقد است که قید عندالاستطاعه استمهال عرفی و نوعی بخشش مشروع و استحبابی براساس نظر شارع قلمداد می‌شود. چراکه **اولاً**، قید فوق منطبق با (العقود تابعة للقصد) در انعقاد تعهدات است و قطعاً به خواست طرفین درج می‌شود و براساس کشف نوعیه^۳ دلالت بر این دارد که متعاقدين نکاح در پی اعطای مهلت عرفی به زوج هستند. **ثانیاً**، در هبه و عقود

۱. محمد ساردوئی نسب، همان، ص ۱۸۵.

۲. سید ابوالقاسم خونی، **مصباح الفقاهه** (بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۳ ه.ق)، ج ۷، ۴۹۳ به بعد.

۳. محمدکاظم بن حسین آخوندخراسانی، **کفایة الاصول** (قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث،

۱۴۲۳ ه.ق)، ص ۲۸۵.

رایگان اصل تسامح است و پذیرش این استمهال خلاف شرع محسوب نمی‌شود^۱ و مصادیقی از این دست را در هبه در خصوص عطیه نسبی که شخص می‌گوید مالی را بخشیدم و معین نمی‌کند^۲ و عمل مشروع است یا در جعاله (که از عقد مسامحی است) می‌گوید چیزی می‌دهم و میزان را مشخص نمی‌کند که مورد نظر شارع است^۳. لذا استمهال عرفی فوق نمی‌تواند خلاف نظر شارع باشد. ثالثاً، اینکه بخشش مهر در عقد نکاح به مرد، به صورت کلی و جزئی از مستحبات مؤکده شارع است که در نصوص معتبره وارد شده است^۴؛ لذا بایستی قید فوق را بخششی جزئی از زوجه تلقی نمود و بر اساس قاعده اقدام در تعهدات و نوعی تکریم به زوج تلقی نمود.

بنابراین به نظر می‌رسد از لوازم قید عندالاستطاعة در مهر، استمهال عرفی است و با ذکر قید عندالاستطاعة، مهر از حال بودن خارج می‌گردد و به دلالت التزامی از این قید، زن حق امتناع خود را به زوج بخشیده است.

قید فوق غرر باطل یا مبطل نیست بلکه مبتنی بر حقیقت شرعیه نکاح و صداق است و لذا در موردی که مهر عین معین نباشد (که در این صورت چنانچه ذکر شد زن بلافاصله مالک است) و بر ذمه شخص واهب قرار گیرد، زوج باید از استمهال عرفی بهره‌مند گردد و این مهم بر تفسیر نوعی اراده قراردادن این قید نیز مبتنی است.

قطعاً در مورد شخص ملی و مستطیع در ادای مهریه، ادای این امانت واجب شرعی است.

نتیجه

به نظر می‌رسد که محاکم حقوقی مستنداً به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد متناهی از قانون امور حسبی و قانون مدنی که در امور نکاح در موارد سکوت در

۱. سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، *العروة الوثقی مع التعليقات* (قم: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات

۱۴۰۹ ه.ق)، ج ۲ ص ۴۹۱.

۲. سید علی بن محمد طباطبایی حائری، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل* (قم: مؤسسه آل

البیوت (ع)، ۱۴۱۹ ه.ق)، ج ۱۰ ص ۲۰۷ به بعد.

۳. حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء* (قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ ه.ق)، ج ۲، ص ۲۸۷.

۴. محمدبن حسن حرعاملی، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة* (قم: مؤسسه آل البیت (ع)،

۱۴۰۹ ه.ق)، باب استحباب تصدق الزوجه علی زوجها بمهرها و غیره قبل الدخول و بعده، والاول أفضل.

احوال شخصیه مذهب را به رسمیت شناخته‌اند، شایسته است رویه عمومی ذیل را در پیش گیرند.

۱. رأی به مشروعیت و پذیرش قید عندالاستطاعه در عقد صداق.

۲. مؤثر دانستن شرط فوق به این‌معناکه قید عندالاستطاعه، سبب زوال حق موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی است و حکم به استمهال عرفی در جهت تأدیه مهر می‌باشد.

۳. عدم تمسک به قواعد عمومی قراردادهای معاوضی و احیای ارزش‌های اخلاقی در عقد نکاح و صداق با مجرا قراردادن عقد هبه تقریبی.

براین اساس قید عندالاستطاعه بودن مهریه در حالت اعسار زوج مانع از اعمال حق حبس زوجه می‌باشد. به همین جهت رأی شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مبنی بر حال بودن مهریه در فرض مذکور و وجود حق حبس برای زوجه، قابل پذیرش نمی‌باشد.

فهرست منابع

قرآن كريم

١. ابن بابويه، **مَنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيه** (قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٣ه.ق).
٢. اصفهاني، فاضل هندی، محمد بن حسن، **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام** (قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٩ه.ق).
٣. الأندلسي أبو محمد علي بن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام** (بيروت: دارالكتب العلمية، ١٤٢٣ ه.ق).
٤. آخوند خراساني، محمد كاظم بن حسين، **كفاية الاصول** (قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ١٤٢٣ه.ق).
٥. البحراني شيخ يوسف، **الحدائق الناضرة** (قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٠٥ ه.ق).
٦. حائري، سيد علي بن محمد طباطبايي، **رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل** (قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٩ ه.ق).
٧. حرعالملي، محمد بن حسن، **تَفْصِيلُ وَسَائِلِ الشَّيْعَةِ إِلَى تَحْصِيلِ مَسَائِلِ الشَّرِيعَةِ** (قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٩ ه.ق).
٨. حلبى، ابو الصلاح، تقى الدين بن نجم الدين، **الكافي في الفقه** (قم: كتابخانه عمومى امام امير المؤمنين (ع) ١٤٠٩ه.ق).
٩. حلى، حسن بن يوسف، **تذكرة الفقهاء** (قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٤ ه.ق).
١٠. خلخالى، رضاف معتمد العروة الوثقى (قم: محاضرات آية الله خويى، منشورات مدرسه دارالعلم، ١٤١٦ه.ق).
١١. خويى، سيد ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة** (بيروت: دارالهادى، ١٤١٣ ه.ق).
١٢. شهيدى، مهدي ، **تشكيل قراردادها و تعهدات**، (تهران: نشر حقوقدان، ١٣٧٧ش).

۱۳. صدر، محمدباقر، **بحوث فی علم لاصول** (قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۷ ه.ق).
۱۴. صفایی سیدحسین و امامی اسدالله، **مختصر حقوق خانواده** (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰).
۱۵. طباطبایی محمدحسین، **المیزان فی تفسیر القرآن** (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲).
۱۶. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن، **الخلاف** (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه.ق).
۱۷. طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیة** (قم: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية ۱۳۸۷ ه.ق).
۱۸. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد، **مسالك الافهام فی شرح شرايع الاسلام** (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۰۴ ه.ق).
۱۹. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، **جامع المقاصد** (مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ه.ق).
۲۰. قدامه المقدسی، محمد عبد الله، **المغنی** (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۰ ه.ق).
۲۱. قربان نیا، ناصر وهمکاران، **بازپژوهی حقوق زن** (تهران: مرکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری، روز نو، ۱۳۸۴).
۲۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده** (تهران: شرکت سهامی انتشار ۱۳۷۷ ش).
۲۳. مروارید، علی اصغر، **موسوعة الینایع الفقھیة** (بیروت: موسسه فقه الشیعة، ۱۴۱۰ ه.ق).
۲۴. مشکینی، میرزا علی، **مصطلحات الفقه** (قم: نشر دارالحديث، ۱۳۹۲ ش).
۲۵. موسوی خمینی، السیدروح الله، **تحریر الوسيلة** (قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹).
۲۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، **جامع الشتات** (تهران: چاپ مرتضی رضوی، ۱۳۷۱ ش).

٢٧. نجفی، محمدحسن، **جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام** (بيروت: دارإحياء التراث العربی، ١٤٠٤ هـ.ق).

٢٨. نراقي، احمدبن محمد مهدي، **مستند الشيعة في احكام الشريعة** (قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤١٥ هـ.ق).

٢٩. يزدي، سيد محمد كاظم طباطبائي، **العروة الوثقى مع التعليقات** (قم: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات ١٤٠٩ هـ.ق).

ب) منظر دوم: تحلیل ارتباط قید عندالاستطاعه با مفهوم حق حبس زوجه

سعید محبوب*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۶۹۸

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۳/۰۴/۲۳

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه ۲۳۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

وقایع پرونده

در پرونده ذیل، زوجه با استناد به عندالاستطاعه بودن مهریه، از تمکین در مقابل زوج خودداری نموده و خواستار دریافت مهریه خود گردیده است. پس از اقامه دعوی، دادگاه بدوی با خواسته زوج مبنی بر الزام زوجه به تمکین به دلیل عندالاستطاعه بودن مهریه موافقت نموده و با استدلال بر حال نبودن مهریه، حکم به وارد بودن دعوی زوج داده است. به همین جهت با استناد به مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ قانون مدنی حکم بر الزام زوجه به تمکین صادر نموده است. با این حال شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران با استدلال بر اینکه ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه را ذکر نموده و به همین دلیل صرف قید عندالاستطاعه بودن پرداخت مهریه نمی تواند مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد، لذا با وارد دانستن اعتراض معترض، اعمال حق حبس زوجه را صحیح دانسته است.

رأی بدوی

«در خصوص دعوی الف. ت. به طرفیت ز. ه. با وکالت ز. م. به خواسته الزام به تمکین به موجب مستندات ابرازی علقه زوجیت بین طرفین محرز می باشد با توجه به محتویات پرونده

* پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان



و اظهارات خواهان و دفاعیات بلاوجه وکیل خوانده مبنی بر استفاده از حق حبس، درحالی که مهریه زوجه عندالاستطاعه بوده و وفق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حق حبس مشروط بر این است که مهریه حال باشد. لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته و به استناد مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ قانون مدنی حکم بر الزام خوانده به تمکین از خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

شعبه ۲۳۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی تجدید نظر

«تجدیدنظرخواهی خانم زه. با وکالت خانم ز.م. از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۰۱۰۰۰۲۰ مورخ ۹۳/۱/۱۷ شعبه محترم ۲۳۱ دادگاه خانواده تهران که به موجب آن دعوی مطروحه از ناحیه تجدیدنظر خوانده آقای الف.ت. به طرفیت تجدیدنظرخواه به خواسته الزام به تمکین از زوجیت در پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۰۱۰۰۸۳۸ حکم به الزام به تمکین تصدیق گردیده است وارد است، چراکه استدلال دادگاه محترم در نادیده گرفتن حق حبس زوجه به استناد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حال نبودن مهریه بوده و از این جهت که مهریه سند نکاحیه عندالاستطاعه قیدشده دفاعیات زوجه را در مرحله رسیدگی بدوی بلاوجه تلقی نموده‌اند، در صورتی که موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه از زوج بوده که مورد توجه دادگاه محترم بدوی قرار نگرفته، صرفنظر از اینکه در مانحن فیه راجع مهریه زوجه دادنامه نیز وجود دارد، لذا صرف قید عندالاستطاعه بودن پرداخت مهریه نمی‌تواند مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد، لذا با وارد دانستن اعتراض معترض به استناد صدر ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۹/۱/۲۱ در امور مدنی ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه و با توجه به مشروع بودن مائع و مستنداً به ماده ۱۲۵۷ از قانون مدنی حکم به ردّ دعوی تجدیدنظر خوانده صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره مطابق ماده ۳۶۵ از همان قانون قطعی است.»

شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تحلیل و بررسی

رأی مزبور از دو نقطه نظر شکلی و ماهوی مورد توجه تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت. از نقطه نظر شکلی فراز انتهایی رأی هرچند به لحاظ ادبی به صورت صحیح انشا گردیده است، ولی صحیح‌تر این بود که در متن رأی به صراحت معادل تجدیدنظرخوانده اعلام می‌گردید و چنین اصدار می‌یافت: حکم به بی‌حقی خواهان بدوی (تجدیدنظرخوانده) صادر و اعلام می‌شود.

از نقطه نظر ماهوی، از جمع دو ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م می‌توان به این نکته دست یافت که جهت امتناع از تمکین، ۴ شرط اساسی باید وجود داشته باشد: الف- مهریه حال باشد. ب- مهریه تسلیم نشده باشد. ج- امتناع زوج د- زوجه قبلاً خود را در تمتع زوج قرار نداده باشد. رأی شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر، با استدلال بر اینکه موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه از زوج می‌باشد، قید عندالاستطاعه بودن پرداخت مهریه را مانع از اعمال اختیار مصرح در ماده ۱۰۸۵ ق.م ندانسته است. استدلال بر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی با توجه به متن رأی مبهم بوده و تاب دو برداشت متفاوت از رأی وجود دارد.

اول. استدلال بر اینکه ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه را ذکر نموده است، به این معناست که موانعی دیگر در خصوص مشروع بودن عدم تمکین زوجه از زوج وجود دارد و دادگاه بدوی، بدون ورود به مصداق مذکور، اقدام به پذیرش دعوی خواهان نموده است. با این حال، اگر رأی دادگاه براساس دلیل دیگری غیر از قید عندالاستطاعه بودن اصدار یافته، لازم بود دادگاه تجدیدنظر در رأی خود به آن اشاره و مبنای استدلال خود را بر آن استوار می‌نمود.

دوم. استدلال بر اینکه موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی یکی از موانع مشروع در عدم تمکین زوجه را ذکر نموده است، به این معناست که قید عندالاستطاعه بودن یکی از مصادیق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی باشد. دلالت این کلام با توجه به اینکه ماده ۱۰۸۵ ق.م مقرر داشته است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود» بر این است که از نظر دادگاه محترم، عندالاستطاعه بودن مهریه، موجب مؤجل بودن مهریه نشده و در نتیجه حق حبس زوجه در جای خود باقی است. با توجه به ابتدای رأی مذکور بر مشروعیت حق حبس در نکاح در موارد عندالاستطاعه بودن مهریه، ابتدا لازم است به مفاهیم حق حبس در نکاح و عندالاستطاعه بودن بپردازیم.

۱. تحلیل مفهوم حق حبس در عقد نکاح

در عقود معوض هر یک از طرفین بعد از قرارداد، حق دارد مالی را که به طرف مقابل منتقل کرده به او تسلیم نکند تا او هم متقابلاً حاضر به تسلیم مال یا عوض شود، به طوری که در یک زمان تسلیم و تسلّم به عمل آید. در ادبیات فقهی، فقیهان حق حبس را اقتضای معاوضه می‌دانند و گفته‌اند: هر یک از بایع و مشتری می‌توانند مبیع و ثمن را به جهت امتناع دیگری از اداء، حبس نمایند^۱ بر طبق سنت فقهی حق حبس در مهم‌ترین فرد معامله، یعنی بیع، مورد بررسی قرار می‌گیرد. با این حال در نکاح نیز، مشهور با اختصاص حق حبس به زوج و زوجه، گفته است: «هریک از زوجین می‌تواند امتناع از تسلیم نماید تا این که عوض را بگیرد»^۲. با این حال برخی دیگر از فقها با رد حق حبس زوج و زوجه معتقدند: «همانا تسلیم زوجه و تمکین او حقی بر اوست و تسلیم مهر نیز حقی بر زوج است. پس واجب است بر هر کدام که حق را به صاحبش برساند و اگر یکی از آن دو در عمل به تکلیف وجوبی امتناع نماید، معصیت کرده است، ولی با عصیان او، حق دیگر ساقط نخواهد شد»^۳. با این حال ماده ۱۰۸۵ ق.م در این زمینه اعلام نموده است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود». سوالی که اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا قید عدم ایفای وظایف که در ماده ۱۰۸۵ ق.م ذکر گردیده است، به معنای حق حبس متداول در عقود معاوضی است؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان قاعده‌ای را که اساساً در قراردادهای معاوضی جاری می‌شود، دربارهٔ قرارداد نکاح که اصولاً قراردادی غیرمالی است، جاری دانست؟! بدون شک قواعد عمومی معاملات تا جایی در نکاح، به اجرا درمی‌آیند که با طبیعت اولیهٔ نکاح سازگار باشند. در

۱. مهدی کاشف الغطاء نجفی، مورد الأُتّام فی شرح شرائع الإسلام (نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا)، ج ۴، ص: ۲۰۰

۲. محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة النکاح (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام، ۱۴۲۱ق)، ص: ۴۳۲ و ۴۳۳

۳. محمد عاملی، نهاية المرام (قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق)، ج ۱، ص ۴۱۳.

نکاح جنبه‌های شخصی و معنوی قابل انکار نمی‌باشد و عوضین به معنای اصطلاحی آن وجود ندارد. به عبارت دیگر، در نکاح آن‌گونه که در عقود معاوضی، عوضین در قبال یکدیگر قرار می‌گیرند و در صورت عدم موازنه مالی، حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد می‌گردد، وجود ندارد. موقعیت مهر نیز از دیگر موارد مؤید شبهه معاوضی بودن نکاح می‌باشد. براین اساس هرچند برخی اساتید حقوقی به تبع نظر مشهور فقهی معتقدند، موقعیت مهر از جنبه مالی نکاح در مقابل تمکین در حکم عوض است. بنابراین همان‌گونه که زن می‌تواند از انجام وظایف زناشویی امتناع کند تا مهر خود را دریافت دارد، شوهر نیز می‌تواند از تأدیه مهر امتناع نماید تا زن از او تمکین کند.^۱ با این حال، این نظر در قانون مدنی مورد پذیرش واقع نشده و قانون مدنی حق امتناع از تمکین را فقط برای زوجه به رسمیت شناخته و مقرر داشته است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند» و برای شوهر هیچ حقی جهت عدم پرداخت مهریه ذکر نکرده است. بنابراین موضع قانون مدنی در این بحث با هیچ‌کدام از نظریات فقهی هماهنگ نیست و علی‌رغم نظر برخی نویسندگان که معتقدند معلوم نیست، قانونگذار در این خصوص از چه مبنایی تبعیت کرده است.^۲ باید گفت که قانون مدنی از نظر اقلیت فقها پیروی نموده و حق حبس را برای هیچ‌یک از زوجین به رسمیت نشناخته، زیرا اگر حق حبس به معنای دقیق خود، در عقد نکاح باشد، زوج نیز می‌تواند اعطای مهریه را تا زمانی که زوجه تمکین نکند، نپردازد و به همین جهت در ماده ۱۰۸۵ ق.م.ضمن عدم قائل شدن این حق برای زوج، از عدم ایفاء وظایف زناشویی و نه حق حبس برای زوجه سخن به میان آورده است. بنابراین از منظر قانون مدنی صرفاً عدم ایفاء وظایف زناشویی آن هم فقط توسط زوجه مشروع شمرده شده است. از این‌رو بعضی از اساتید، با طرح این سؤال که آیا مفاد ماده ۱۰۸۵ ق.م.همان حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ ق.م.است یا خیر؟ استدلال کرده‌اند که حق حبس مطرح شده در ماده ۳۷۷ ق.م.از دو طرف است،

۱. حسن امامی، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات اسلامیة بی‌تا)، ج ۴، ص: ۳۹۷

۲. فرج‌الله هدایت‌نیا، حق حبس زوجه برای استیفاء مهر، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۴ (۱۳۸۶)، ص ۴۶

یعنی بایع و مشتری هر دو حق حبس نسبت به ثمن یا مبیع دارند؛ در حالی که حق مذکور در ماده ۱۰۸۵ فقط به زوجه داده شده است و همچنین استدلال کرده‌اند که حق حبس در عقود معاوضی قابل تصور است؛ در حالی که در معوض بودن عقد نکاح، اختلاف نظر است و آنگاه با استناد به کتاب جامع/لشوات مرحوم محقق قمی، عنوان کرده‌اند که حکم ماده ۱۰۸۵ یک حکم خاص است که منشاء آن اجماع است؛ نه معوض بودن عقد نکاح؛ چراکه اساساً گاهی در عقد نکاح، مهر ذکر نمی‌شود؛ ولی در عین حال، عقد نکاح صحیح است. لذا با چنین استدلالی، به سؤال فوق پاسخ منفی داده‌اند و حکم ماده ۱۰۸۵ ق.م. را یک حکم خاص و استثنائی می‌دانند.^۱ بنابراین باید گفت حکم ماده ۱۰۸۵ ق.م استثنائی و صرفاً ناظر به حق خودداری زوجه از ایفای وظایف زناشویی می‌باشد.

۲. تحلیل مفهوم شروط عندالمطالبه و عندالاستطاعه

در خصوص شروط ضمن عقد بدیهی است که این شروط ناشی از اراده انشایی طرفین است و اراده طرفین بر آن حکومت می‌کند با این حال همان‌طور که برخی فقها گفته‌اند: طبق اصل، انشاکننده لازم نیست به عنوان «انشاء»، از حیث انشاء متوجه باشند، بلکه توجه ارتکازی اجمالی فطری به ایجاد معنی کفایت می‌کند.^۲ بنابراین نمی‌توان با این استدلال که معمولاً زوجین توجه کافی به مفاد و مضمون شرط ندارند، آن را باطل و مخالف قاعده تبعیت عقد از قصد تلقی نمود. براین اساس و با استدلال بر صحت اراده مذکور، درخصوص شرط عندالاستطاعه بودن باید قائل به تفکیک شد و این‌گونه گفت که وضعیت مالی زوج هنگام عقد نکاح از دو حال خارج نمی‌باشد. در مواردی که زوج هنگام عقد، موسر می‌باشد و توانایی پرداخت مهریه توافقی را دارد، شرط عندالاستطاعه براساس بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م که شرط بی‌فایده را باطل می‌داند، باطل است، ولی مبطل عقد نمی‌باشد. بی‌فایده بودن شرط مذکور از این جهت است که تحصیل حاصل بوده و ذکر آن، مانند عدم ذکر است. به عبارت دیگر، درحالتی که زوج توانایی پرداخت بالفعل

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۵۲)، ص ۱۳۳ و ۱۳۴.

۲. عبد الأعلى سبزواری، مهذب الأحكام (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق)، ج ۱۶، ص: ۲۳۰.

مهریه را دارد و در عین حال آن را منوط به استطاعت خود می‌نماید، عملی لغو و بی‌فایده انجام داده است و ضمانت اجرای چنین شرطی براساس بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.بطلان شرط می‌باشد. اما در مواردی که در هنگام قرارداد، زوج معسر باشد، در این فرض باید بین حالتی که زوجه در زمان عقد نسبت به عدم تمکن و ناتوانی زوج در پرداخت مهر تعیین شده، علم دارد و یا اینکه جاهل است، فرق گذاشت. در فرض علم زوجه به عدم تمکن زوج، زوجه نمی‌تواند از حق حبس خود استفاده نماید. دلیل این منع قواعد حقوقی اقدام و عدل و انصاف می‌باشد. براساس قاعده اقدام چنانچه برخی فقها در خصوص مهر با توجه به تأثیر مالی آن، از جاری و ساری بودن این قاعده سخن به میان آورده‌اند.^۱ زوجه با علم به عدم تمکن زوج، اقدام به انعقاد نکاح نموده است که اقدام علیه خویش می‌باشد و براین اساس حق امتناع از تمکین برای وی وجود ندارد. از سوی دیگر نیز براساس قاعده عدل و انصاف که ناشی از وجدان انسانی است، نمی‌توان به زوجه‌ای که عالماً عامداً به عقد مردی درآمده که فاقد قدرت و استطاعت مالی است این اجازه را داد که از ایفای وظایف خویش امتناع نماید. دقیقاً با این استدلال است که برخی از فقهای معاصر گفته‌اند: بعید نیست که هرگاه زوجه علم به فقر و عدم تمکن زوج داشته باشد و با این حال اقدام به ازدواج نماید به منزله اسقاط حق مطالبه است و در این صورت حق امتناع ندارد.^۲ اما در فرضی که زوجه علم به تمکن یا عدم تمکن زوج ندارد، براین اساس که در حقوق ما، تعهدی که اجرای آن به تأخیر می‌افتد یا منوط به سررسید یا وقوع رویدادی مسلم در آینده می‌شود، «مؤجل» است،^۳ چنین تعهدی مؤجل بوده و در این صورت دو اثر اصلی بر عقد بار می‌گردد. اولاً، بار اثبات استطاعت زوج بر دوش زوجه است. ثانیاً، زوجه عالماً عامداً دریافت مهریه را منوط به احراز شرط استطاعت زوج نموده است. به همین جهت و برخلاف موارد

۱. محمد بجنوردی، قواعد فقهیه (تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ ه.ق)، ج ۱، ص: ۱۰۵

۲. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، مجموعه آرای فقهی قضایی در امور حقوقی نکاح (قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۱)، اراکی، کد سؤال ۱۹۷۷۵.

۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵) ش ۸۸، ص ۱۲۶ و ص ۱۲۷.

عندالمطالبه بودن، زوجه مکلف به دو امر می‌باشد. ابتدا باید دین را مطالبه و سپس استطاعت زوج را اثبات نماید. در این فرض زوج به صراحت اعلام می‌نماید که در حین عقد و به صورت بالفعل، استطاعت پرداخت مهریه را ندارد و با ایجاد شرط استطاعت و مطالبه زوجه، اقدام به پرداخت می‌نماید. به همین جهت برخی حقوق دانان گفته‌اند: عرف زناشویی مهر را وسیله فشار بر شوهر و برهم خوردن اقتصاد خانواده نمی‌داند و موعدی را در آن معهود می‌بیند و قید (عندالقدره والاستطاعه) برای بیان همین منظور است.^۱ بنابراین به نظر می‌رسد قبول شرط عندالاستطاعه از طرف زوجه، ضمناً به معنای عدول وی از حق حبس می‌باشد. بدیهی است که در صورت حال بودن دین، گذاشتن شرط استطاعت توسط زوج، امری عبث و بیهوده می‌باشد. به عبارت دیگر، فهم متعاقدين و عرف از جعل قید عندالاستطاعه منوط کردن دریافت مهریه به زمان تحقق شرط استطاعت است. از سوی دیگر، نمی‌توان به دلیل عدم قید مدت در عقد، چنین شرطی را باطل دانست، چراکه عرف، دین را محقق و ضوابطی جهت استطاعت از جمله دارا بودن مسکن و اتومبیل و سایر اموال را مؤثر در موضوع می‌داند. در این فرض، دین موجد بوده و حق حبس برای زوجه وجود ندارد. به همین جهت، برخی اساتید حقوق نوشته‌اند: «اگر شرط شود مهر، دین مرد باشد که عندالاستطاعة بپردازد، یعنی اینکه مهر مؤجل است و اجل آن هم نامعلوم (تا زمان استطاعت مرد) و لذا باید گفت: که به تصریح ماده ۱۰۸۵ ق.م که شرط اعمال حق حبس را حال بودن مهر می‌داند، حق حبس زن ساقط گردیده است و دیگر حق استفاده از چنین حقی را ندارد».^۲

۳. تحلیل ماهیت مهریه

علاوه بر تحلیل مفهوم حق حبس و شرط عندالاستطاعه، چگونگی نگاه به مهریه و تحلیل آن نیز می‌تواند به عنوان مؤیدی دیگر، در عدم وجود حق حبس در موارد عندالاستطاعه بودن مهریه تلقی گردد. بیان مورد این است که در خصوص

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ش ۸۹، ص ۱۲۹.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۵۲)، ص ۱۳۴.

معوّض بودن مهریه به اختلاف نظر وجود دارد. در میان نظرات ارائه شده به نظر می‌رسد، مهریه ماهیتاً یک اعطای مجانی بوده و عوضی نداشته باشد. آیه ۴ سوره مبارکه نساء می‌تواند مؤید این احتمال باشد. در این آیه می‌خوانیم: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً». از نظر واژه‌شناسی، «نحله» از کلمه «نحل» مشتق شده است. اشتقاق این کلمه از «نحل» بدین جهت است که نحله بخشی است به نفع زنان که بر مردان واجب است.^۱ بنابراین، معلوم نیست که مهر ماهیتاً یک حق معوض باشد. همان‌گونه که گفته شد تعبیر بسیاری از فقها از نکاح به «شبه‌معاوضه»، تردید آنان را در معاوضی بودن آن نشان می‌دهد. برخی از اساتید حقوق مدنی نیز معتقدند: در عقد نکاح، مهر در مقابل استمتاع نبوده، بلکه هدیه ایست که از طرف مرد به زن اعطاء می‌شود و لذا از طرف شارع از سخت‌گیری در این خصوص منع شده است و حتی به تعلیم سوره قرآن هم اکتفا گردیده‌است.^۲ بنابراین مبنا مرد با قبول مهریه، متعهد می‌گردد که هدیه‌ای (که همان مهریه می‌باشد) به زوجه تملیک نماید. در این صورت اگر مرد، قید عندالاستطاعه را به عنوان شرط دادن هدیه، در ضمن عقد درج نماید، معقول نیست که زن بتواند جهت گرفتن هدیه‌ای که مرد اعطاء آن را مشروط به استطاعت خود کرده است، حق حبس داشته و تا زمان گرفتن هدیه، امتناع نماید. این در حالی است که در عندالمطالبه، زوج عالماً عامداً دادن هدیه را صرفاً منوط به مطالبه زوجه کرده‌است. بنابراین در این صورت زوجه حق حبس خواهدداشت.

نتیجه

آنچه از مجموع مطالب فوق به نظر می‌رسد این است که عقد نکاح به دلیل ماهیت شبه‌معاوضی خود، برخی از احکام عقود معاوضی را دارد. قانون مدنی با تبعیت از نظر آن دسته از فقها که حق حبس را برای هیچ‌یک از زوجین صحیح نمی‌دانند، صرفاً در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، به زوجه حق امتناع از اداء وظایف

۱. ابن‌منظور، لسان العرب، (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دارصادر، ۱۴۱۴ ه‍.ق)، ج ۱۱، ص ۶۵۰.

۲. محمد عبده بروجردی، کلیات حقوق اسلامی (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳)، ش ۷۲۸، ص ۲۹۰.

زناشویی داده‌است و براین اساس حکمی استثنایی در این زمینه بیان نموده‌است. درخصوص قید عندالاستطاعه نیز نمی‌توان حکمی کلی صادر نمود و تفکیک موضوع ضروری به نظر می‌رسد. در مواردی که زوج هنگام عقد موسر می‌باشد، براساس بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط عندالاستطاعه بودن باطل بوده، ولی به عقد سرایت نمی‌نماید. در مواردی که زوج معسر می‌باشد نیز دو فرض می‌توان تصور می‌نمود. ابتدا اینکه زوجه عالم به اعسار و عدم تمکن زوج است، که در این فرض ذکر قید عندالاستطاعه، ناظر به اعطای مهلت و زمان به زوج جهت استطاعت می‌باشد و در فرضی که زوجه جاهل به اعسار و عدم تمکن زوج باشد، زوجه عالمی عاصداً دریافت مهریه را منوط به احراز شرط استطاعت زوج نموده است و زوج نیز به‌طور ضمنی متعهد گردیده‌است که در حین عقد و زمان حال، استطاعت پرداخت مهریه را ندارد و با ایجاد شرط استطاعت و مطالبه زوجه، اقدام به پرداخت می‌نماید. در مواردی نیز که حالت سابقه‌ای نباشد و هیچ‌گونه علمی وجود ندارد، اصل بر عدم استطاعت زوج بوده و حق حبسی برای زوجه متصور نیست.

از سوی دیگر، بنابر هدیه‌دانستن مهریه چنانکه بسیاری از صاحب‌نظران معتقدند، مرد با قبول مهریه، متعهد می‌گردد که هدیه‌ای (که همان مهریه می‌باشد) به زوجه تملیک نماید. در این صورت اگر مرد، قید عندالاستطاعه را به عنوان شرط دادن هدیه، در ضمن عقد درج نماید، معقول نیست که زن بتواند جهت گرفتن هدیه‌ای که مرد اعطای آن را مشروط به استطاعت خود کرده است، حق حبس داشته و تا زمان گرفتن هدیه، امتناع نماید. براین اساس قید عندالاستطاعه بودن مهریه در حالت اعسار زوج مانع از اعمال حق حبس زوجه می‌باشد. به همین جهت رأی شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مبنی بر حال بودن مهریه در فرض مذکور و وجود حق حبس برای زوجه، قابل پذیرش نمی‌باشد.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، ابوالفضل، **لسان العرب**، (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دارصادر، ۱۴۱۴ ه.ق).
۲. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، (تهران: انتشارات اسلامیة، بی تا).
۳. بجنوردی، محمد، **قواعد فقهیه** (تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ ه.ق).
۴. بروجرودی عبده، محمد، **کلیات حقوق اسلامی** (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳).
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق خانواده** (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۵۲).
۶. سبزواری، عبدالاعلی، **مهدّب الأحکام** (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳.ق).
۷. عاملی، محمد، **نهایة المرام** (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰.ق).
۸. فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة النکاح** (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱.ق).
۹. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات** (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵).
۱۰. کاشف الغطاء نجفی، مهدی، **مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام** (نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا).
۱۱. مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه، **مجموعه آرای فقهی قضایی در امور حقوقی نکاح** (قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۱).
۱۲. هدایت نیا، فرج الله، «حق حبس زوجه برای استیفاء مهر»، **فقه و حقوق**، سال چهارم، شماره ۱۴ (۱۳۸۶).

مرجع صالح رسیدگی به جرم نگهداری دیسکت‌های مبتذل

تهمورث بشیریه*

بزرگمهر بشیریه**

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۴۰۰۸۷۹

مراجع بدوی رسیدگی کننده: ۱. دادگاه عمومی ۲. دادگاه انقلاب

مرجع حل اختلاف رسیدگی کننده: دیوان عالی کشور

۱. خلاصه جریان پرونده و رأی

در پی بازرسی پلیس امنیت اخلاقی از یک واحد صنفی، تعدادی حلقه نوار (CD) و یک دستگاه کیس رایانه‌ای جهت بررسی به مراجع ذیصلاح منتقل می‌شود. با بررسی‌های به‌عمل‌آمده، از میان حلقه نوارها تعدادی غیرمجاز و تعدادی مبتذل تشخیص داده و نیز از مجموعه محتویات کیس، تعدادی تراک غیرمجاز شناخته می‌شود. پس از ارجاع پرونده به شعبه دادرسی، اتهام نگهداری دو حلقه نوار (CD) مبتذل به متهم تفهیم می‌گردد که در نهایت، با سپری شدن تشریفات مربوط به مرحله دادرسی، نسبت به اتهام تفهیمی قرار مجرمیت و نسبت به اتهام دیگری مبنی بر تهیه و توزیع فیلم‌های مبتذل و مستهجن قرار منع تعقیب صادر می‌شود. با تأیید قرارهای مذکور توسط مقام اظهارنظر و پس از صدور کیفرخواست، پرونده به شعبه‌ای از دادگاه عمومی جزایی می‌رود. شعبه مذکور طی رأیی (فاقد شماره) قرار عدم صلاحیت خود را به صلاحیت دادگاه انقلاب صادر می‌کند. بعد از ارجاع پرونده به دادگاه انقلاب، دادرسی دادگاه مذکور نیز با صالح ندانستن خود به رسیدگی قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگاه عمومی جزایی صادر می‌کند. سرانجام پرونده جهت حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد. متعاقباً،



شعبه دیوان‌عالی کشور در مقام حل اختلاف مبادرت به صدور رأی می‌نماید که حاصل آن عبارت‌است از: تأیید نظر دادگاه عمومی جزایی مبنی بر صلاحیت دادگاه انقلاب.

۲. مقدمه

در بررسی استدلال دیوان‌عالی کشور در این پرونده ابتدا باید اشاره‌ای به اصول حاکم بر صلاحیت و نیز رویکرد قانون به مسأله حدوث اختلاف و حل آن داشت. صلاحیت به معنی شایستگی و تکلیف مرجع قضایی در رسیدگی به امری است. مطابق اصول حاکم بر صلاحیت، در تحلیل صلاحیت دادگاه‌های عمومی و اختصاصی اصل بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی است، مگر اینکه به موجب نصی، صراحتاً این صلاحیت از دادگاه عمومی سلب شده باشد و لذا نیازی به برشمردن صلاحیت‌های این دادگاه نیست. در مقابل هیچ مسأله‌ای در صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی نیست، مگر اینکه به تصریح قانون، صلاحیت رسیدگی به آن امر به دادگاه اختصاصی اعطاء شده باشد. با این وصف، در صورت حدوث تردید در صلاحیت، باید به اصل مراجعه نمود و صلاحیت مرجع عمومی را قابل اعمال دانست. از سوی دیگر، با توجه به برداشت‌های متفاوت از مقررات، ممکن است در تخصیص عملی صلاحیت، اختلافاتی بروز کند که طبیعتاً این اختلاف باید توسط مرجعی حل گردد که نسبت به دو مرجع اختلاف‌کننده، جایگاه بالاتری داشته باشد. در پرونده مورد بحث، اختلاف بین دادگاه عمومی و انقلاب حادث شده، که بر اساس آنچه گفته شد، حل اختلاف توسط مرجع عالی‌تر یعنی دیوان‌عالی کشور وفق ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صورت گرفته و به موجب آن، نظر دادگاه عمومی در واجد صلاحیت دانستن دادگاه انقلاب، صحیح تشخیص داده شده است. اکنون سوال اینجاست که آیا تصمیم دیوان در این حل اختلاف به درستی اتخاذ شده است یا مرجع عمومی، می‌بایست صالح تشخیص داده می‌شد. برای این منظور، نگاهی به نظرات مراجع عمومی و اختصاصی در اختلاف حادث شده ضروری است: دادگاه عمومی در استدلال برای صالح ندانستن خود به صلاحیت اختصاصی ایجاد شده به موجب تبصره ۳ بند ب

ماده ۲ و نیز ماده ۱۱ قانون مجازات کسانی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند، استناد نموده و بدین طریق خود را دارای صلاحیت ندانسته است. از سوی دیگر، دادگاه انقلاب هم در استدلال برای صالح ندانستن خود به صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی اشاره نموده و معتقد است به دلیل اینکه ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای این عمل را جرم شمرده است، لذا عمل ارتكابی مورد بحث خارج از موضوع تبصره ۲ بند ب ماده ۳ قانون «نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند» می‌باشد و لذا باید به صلاحیت عام دادگاه عمومی مراجعه کرد و ظاهراً این استدلال را به جهت عدم تصریح به صلاحیت دادگاهی در قانون جرایم رایانه‌ای بر خلاف تصریح قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند مبتنی کرده است.

۳. تحلیل رأی دیوان عالی کشور در تشخیص صلاحیت

مطابق با آنچه گفته شد، موضوع تشخیص مرجع صالح رسیدگی به جرم نگهداری دیسکت مبتذل با عنایت به قصد مرتکب و توجه به بحث نظام صنفی، ذیل دو فرض قابل بررسی است:

۱.۳. نگهداری دیسکت مبتذل به قصد تجارت

در مقام بررسی این دو استدلال با توجه به فرض وجود قصد تجارت به قرینه عبارت «واحد صنفی» مذکور در رأی، نظر دادگاه انقلاب علی‌رغم نظر دیوان عالی کشور و دادگاه عمومی صحیح به نظر می‌رسد. زیرا یا تبصره ۲ بند ب ماده ۳ قانون مجازات کسانی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند، به موجب قانون جرایم رایانه‌ای نسخ کامل شده که در آن صورت ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای قانون حاکم است و در این قانون هم به بحث صلاحیت اشاره نشده و لذا باید به عموماً، یعنی صلاحیت دادگاه عمومی رجوع نمود یا اینکه با تخصیص به موجب قانون مؤخر مواجه‌ایم و همان‌طور که اشاره شد، این قانون به بحث صلاحیت دادگاه انقلاب اشاره‌ای نداشته است و عموماً اعمال می‌گردد. تنها ممکن است این شبهه مطرح گردد که رسیدگی به چنین اعمالی با توجه به ماده

۱۱ قانون مجازات کسانی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند در صلاحیت دادگاه انقلاب است و قانون جرایم رایانه‌ای حداقل در این مورد تنها اصلاح یا نسخ یا تخصیصی نسبت به قانون قبلی در مسائل ماهوی داشته و مسایل مربوط به صلاحیت تحت شمول قانون قبلی است. در این صورت هم تنها قسمت اول مطلب صحیح است و با توجه به اینکه قانون جدیدی با عنوان و محتوای جدید تصویب شده و صلاحیت مرجع اختصاصی نیز نیازمند تصریح است و لذا قابلیت تعمیم ندارد، باید حکم به صلاحیت دادگاه عمومی داد. به‌علاوه آنچه اتفاق افتاده، حداقل از باب صلاحیت، موجب تردید است و تردید نیز به نفع اصل، حل شدنی است. البته در یک‌صورت می‌توان بر صلاحیت دادگاه انقلاب نظر داد و آن هم در صورتی است که هیچ ارتباطی بین مواد مستند دادگاه عمومی و دادگاه انقلاب نباشد. با توجه به قوانین مذکور و عمل ارتكابی، چنین برداشتی صحیح به نظر نمی‌رسد. افزون بر همه این‌ها علاوه بر مؤخر بودن قانون جرایم رایانه‌ای، باید به خاص بودن این قانون نسبت به قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند نیز اشاره کرد. زیرا قانون اخیرالذکر که مقدم‌التصویب نیز می‌باشد ناظر به همه رسانه‌های سمعی و بصری است و قانون مؤخرالتصویب تنها ناظر به رایانه و مسایل آن؛ که از لحاظ ماهوی اعمال موضوع پرونده بیشتر با قانون جرایم رایانه‌ای سنخیت دارد. البته نباید عمومیت قانون اول، موجب شبهه سرایت صلاحیت استثنائی آن هم باشد. زیرا توسل به صلاحیت استثنایی، نیازمند دلیل یعنی نص است که در مانحن‌فیه دیده نمی‌شود.

۲.۳. نگهداری دیسکت مبتذل بدون قصد تجارت

حالت دوم به گونه‌ای است که حلقه نوار (CD) های موضوع اتهام بدون قصد تجارت، صرفاً نگهداری شده باشد. در این حالت، موافق با نظر دادگاه عمومی و دیوان عالی کشور، رفتار ارتكابی از شمول ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای خروج موضوعی خواهد داشت. در نتیجه رفتار مرتکب، طبق تبصره ۲ بند ب ماده ۳ قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند وصف

مجرمانه می‌یابد که با لحاظ ماده ۱۱ همین قانون، صلاحیت رسیدگی به این امور با دادگاه انقلاب خواهد بود.

نتیجه

تحقق هر کدام از فروض الف و ب بستگی به نوع برداشت خواننده از مفهوم خلاصه جریان پرونده (ذکر شده توسط شعبه دیوان عالی کشور) دارد؛ لذا اظهار نظر قطعی در مورد مرجع صالح رسیدگی نسبت به موضوع را می‌بایست به بررسی دقیق کل محتویات پرونده به ویژه کیفرخواست موکول نمود. اما مبتنی بر اطلاعات در دسترس در صورت وجود قصد تجارت، رسیدگی در صلاحیت دادگاه عمومی و در غیر این صورت، در صلاحیت دادگاه انقلاب خواهد بود. اشاره به این موضوع نیز خالی از فایده نیست که با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، مورد اتفاق افتاده حسب مورد در صلاحیت دادگاه کیفری دو یا دادگاه انقلاب اسلامی خواهد بود.

یادداشتی بر رأی صادره در خصوص اعتراض شخص ثالث نسبت به امر کیفری

امید شهبازی*

پویا شیرانی بیدآبادی**

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۰۱۷۹

تاریخ: ۱۳۹۳/۲/۱۶

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

اتهام: تصرف عدوانی، تجاوز به حریم راه و قطع اشجار

وقایع پرونده

در پی شکایت ب.خ علیه ح.م دایر بر تصرف عدوانی و قطع اشجار دادگاه بدوی با توجه به ادله موجود در پرونده اتهام نخست را محرز دانسته، مستنداً به ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و با رعایت ماده ۶۷ و بند پ ماده ۸۳ و بند پ ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، متهم را ضمن رفع تصرف و تجاوز و اعاده به وضع سابق، به پرداخت هجده میلیون ریال جزای نقدی جایگزین یک سال حبس محکوم می‌نماید. دادگاه در خصوص اتهام دوم، با توجه به اینکه دلیلی بر مالکیت شاکی بر درختان وجود ندارد، قرار منع تعقیب صادر می‌نماید.

در مرحله تجدیدنظر نیز دادنامه بدوی عیناً تأیید می‌گردد. منتها برخی از افراد به‌عنوان معترض ثالث دادخواستی به دادگاه بدوی ارائه می‌دهند. دادگاه بدوی با این استدلال که صادرکننده رأی قطعی دادگاه تجدیدنظر است پرونده را به آنجا

* کارشناس ارشد حقوق کیفری دانشگاه علامه طباطبائی، پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه
omid.sh1993@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق کیفری دانشگاه علامه طباطبائی



ارسال می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به دادخواست اعتراض ثالث بیان می‌دارد: نظر به مواد ۴۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اعتراض ثالث در امر حقوقی و در دعوای حقوقی که رأی صادرشده قابل طرح می‌باشد و پرونده حاضر کیفری بوده و قانون آیین دادرسی کیفری برای اعتراض به رأی قطعی کیفری طرق فوق‌العاده دیگری را پیش‌بینی کرده است و ذی‌نفع می‌تواند با انطباق موضوع با آن طرق و رسیدگی در مراجع مربوط اعتراض خود را مطرح نماید. در نتیجه دعوی اعتراض ثالث در پرونده کیفری، قابلیت استماع ندارد.

متن رأی بدوی

«در خصوص شکایت آقای ب.خ. فرزند ج. علیه آقای ح.م. فرزند ش. دایر بر تصرف عدوانی و قطع اشجار نظر به شکایت، مبادعه‌نامه طرفین که به متهم ۴۵۰ مترمربع فروخته شده است و نظر کارشناس که شاکی علاوه بر تصرف ۴۵۰ مترمربع خریداری شده حدود ۹۵ مترمربع زائد تصرف و اقدام به دیوارکشی نموده است. صرف‌نظر از اینکه شاکی ادعا دارد ملک وی است و متهم اظهار می‌نماید حریم راه است و در حریم راه با توجه به نظر اداره راه و شورای محل می‌تواند تصرف نماید با توجه به اینکه حریم راه نیز باشد، حریم مذکور به متهم فروخته نشده است. پس از کسر حریم ۴۵۰ مترمربع به ازاء هر متری ۱۸۰ هزار تومان فروخته شده است و تصرف حریم مذکور موجب کم‌عرض شدن راه و در نتیجه کم‌عرض شدن راه عبوری شاکی خواهد شد، لذا اتهام انتسابی در خصوص تصرف عدوانی و تجاوز به حریم راه محرز است. دادگاه مستنداً به ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی با رعایت ماده ۶۷ و بند پ ماده ۸۳ و بند پ ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ متهم را ضمن رفع تصرف و تجاوز وفق نظر کارشناسی و اعاده به وضع سابق به پرداخت هجده میلیون ریال جزای نقدی جایگزین یک سال حبس محکوم می‌نماید. در خصوص اتهام قطع درخت نظر به اینکه دلیل بر مالکیت شاکی بر درختان با توجه به فروش زمین و واگذاری مابقی به حریم راه وجود ندارد و شکایت تخریب فقط از مالک موردپذیرش است، لذا دادگاه مستنداً به ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری قرار منع تعقیب صادر و اعلام می‌نماید. قرار صادرشده ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان است.»

رئیس شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی بخش لواسانات

رأی دادگاه تجدیدنظر

«در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای الف.ش. به وکالت از ح.م. نسبت به دادنامه شماره ۶۹۷/۹۲ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی لواسانات در محکومیت وی به رفع تصرف و پرداخت

جزای نقدی بدل از حبس به اتهام تصرف عدوانی نسبت به دو متر در طول نهر آب موجود و حریم اطراف آن با عنایت به مجموع محتویات پرونده و توضیحات و مدافعات طرفین در طول جریان دادرسی و لایحه تجدیدنظرخواهی تجدیدنظرخواه و اینکه عین ملک مورد ابتیاع وی همان ۴۵۰ متر بوده و در زمان بیع ۳/۵ متر زمین کنار نهر به عنوان راه عبور و حریم از سوی مالکین قبلی در اختیار عموم و مسیر تردد در عامه قرار گرفته و این موضوع ایجاد حق برای تصرف خریدار اخیر «تجدیدنظرخواه» نمی‌نماید، فلذا دادنامه بدوی صحیحاً و به همین اساس استوار و اصدار گردیده و اینکه از سوی تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراض مؤثری که موجبات نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید، به عمل نیامده و دادنامه معترض‌عنه صحیحاً و مطابق مقررات اصدار یافته و مستنداً به بند الف ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ضمن تأیید حکم به رد اعتراض تجدیدنظرخواه صادر می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

رئیس شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

رأی دادگاه تجدیدنظر

«در خصوص دعوی آقای ع.ص. فرزند غ. و تعدادی دیگر به طرفیت آقای ب.خ. و ح.م. به خواسته اعتراض ثالث نسبت به دادنامه شماره ۰۰۹۲۰۶۹۷ صادره از شعبه ۱۰۱ محاکم لواسانات و صدور قرار تأخیر عملیات اجرایی به شرح دادخواست تقدیمی که اسامی شش نفر: ۱. الف. ج. ۲. ح. ۳. ع. ۴. ف. ۵. ط. ۶. م. ۷. الف. ش. در برگ دوم دادخواست قید شده ولی معلوم نیست خواهان می‌باشند یا خوانده. با این وصف دادگاه محترم شعبه ۱۰۱ بخش لواسانات افراد اخیر را خوانده تلقی و با این استدلال با عنایت به اینکه طبق دادنامه شماره ۹۲۱۲۰۸ شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی تأیید شده و صادرکننده رأی قطعی شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران است پرونده را با صدور قرار عدم صلاحیت به این دادگاه ارسال نموده است. با ملاحظه پرونده بدوی و تجدیدنظر موضوع دادخواست اعتراض ثالث امر کیفری بوده که با شکایت آقای ب.خ. علیه آقای ح.م. دایر به تصرف عدوانی دادگاه با احراز تصرف عدوانی و تجاوز به حریم راه ضمن صدور رفع تصرف و اعاده وضع به حال سابق به شرح دادنامه ۹۲۰۶۹۷ مورخ ۹۲/۷/۲ حکم بر محکومیت آقای ح.م. به پرداخت مبلغ هجده میلیون ریال در حق دولت صادر کرده است و رأی صادره در این دادگاه به شرح دادنامه ذکر شده تأیید شده است. نظر به مواد ۴۱۷ به بعد، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اعتراض ثالث در امر حقوقی و در دعوای حقوقی که رأی صادر شده قابل طرح می‌باشد و پرونده مطروحه حاضر کیفری بوده و رأی صادره قطعی است و قانون آیین دادرسی کیفری برای اعتراض به رأی قطعی کیفری طرق فوق‌العاده دیگری را پیش‌بینی کرده و ذی‌نفع می‌تواند با انطباق موضوع با طرق فوق‌العاده رسیدگی در مراجع مربوطه اعتراض خود را مطرح نماید. لهذا دعوی اعتراض ثالث در پرونده کیفری قابلیت استماع نداشته و قرار رد دعوی خواهان اعتراض

ثالث به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

مستشاران شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

نقد و بررسی

۱. شکایت از آراء در دادرسی‌های مدنی و کیفری به دو صورت عادی و فوق‌العاده پیش‌بینی شده است. طرق عادی شکایت از آراء شامل واخواهی و تجدیدنظرخواهی است. طرق فوق‌العاده شکایت از آراء در دادرسی‌های مدنی شامل فرجام‌خواهی، اعاده دادرسی و اعتراض شخص ثالث و در دادرسی‌های کیفری تنها شامل اعاده دادرسی است.

۲. آرای دادگاه‌ها علی‌رغم اثر نسبی می‌تواند با حقوق اشخاصی غیر از طرف‌های حکم در تعارض باشد و در این صورت منطقی خواهد بود که به اشخاص ثالث اجازه داده شود با شکایت نسبت به چنین آرای حقوق خود را احقاق و یا حفظ کنند. برخلاف مقررات حقوقی، در امور کیفری جز در موارد اندک در مورد اعتراض ثالث، مقرراتی پیش‌بینی نشده است؛ در برخی موارد به‌صورت ضمنی و در برخی موارد اندک مانند قانون مبارزه با قاچاق مواد مخدر، به صراحت به اعتراض ثالث اشاره شده است. سکوت قانون‌گذار در این زمینه باعث شده که بسیاری از دادگاه‌ها از استماع شکایت شخص ثالث نسبت به حکم کیفری خودداری کنند. این رویه در مواردی نتایجی ناعادلانه به بار می‌آورد.

۳. علی‌رغم سکوت قانون و وجود اصولی مانند اصل شخصی بودن جرائم و مجازات‌ها به نظر می‌رسد با توجه به دلایل زیر می‌توان اظهار داشت: دعوی اعتراض ثالث نسبت به امر کیفری در مواردی که حکم کیفری به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد می‌کند، قابلیت استماع دارد و دادگاه کیفری موظف به رسیدگی به دعوی اعتراض ثالث به امر کیفری است.

۱.۳. پذیرش ضمنی نهاد اعتراض ثالث در مقررات کیفری

قانون‌گذار در تبصره یک ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به‌طور ضمنی نهاد اعتراض ثالث در دادرسی‌های کیفری را پذیرفته است. این تبصره مقرر

می‌دارد: «متضرر از قرار بازپرس یا دادستان یا قرار یا حکم دادگاه می‌تواند از تصمیم آنان راجع به اشیاء و اموال مذکور در این ماده شکایت کند و طبق مقررات در دادگاه‌های جزایی شکایت خود را تعقیب و درخواست تجدیدنظر نماید، هرچند قرار یا حکم دادگاه نسبت به امر جزائی قابل شکایت نباشد.» به این دلیل که لفظ «متضرر» به صورت عام و مطلق آمده و چنانچه آن را محدود به شاکی و متهم متضرر بدانیم، اجتهاد در برابر نص است.

قریب به همین عبارت در تبصره دو ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز تکرار شده است. در این تبصره نیز لفظ «متضرر» به صورت عام و مطلق آمده است.

۲.۳. پذیرش اعتراض ثالث در رویه دادگاه‌ها

شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مقام تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامه شماره ۱۲۹۱ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۷ شعبه ۱۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی تهران، به صراحت بیان می‌دارد: «رأی دادگاه عمومی جزایی، در موردی که به حقوق شخص ثالث لطمه‌ای وارد کند (مثل محکومیت کیفری انتقال مال غیر) قابل اعتراض توسط شخص ثالث و طرح دعوی اعتراض ثالث است.»

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که هرچند در رویه قضایی موجود، درخصوص مرجع رسیدگی به اعتراض شخص ثالث در امور کیفری، اختلاف نظر و تهافت آراء وجود دارد ولی مذاقه در آراء این محاکم به طور ضمنی حکایت از این امر دارد که در مواردی که حکم کیفری به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد می‌کند، دعوای اعتراض ثالث باید مورد پذیرش قرار گیرد. به عنوان مثال شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۰۹۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۹ مقرر می‌دارد: «رسیدگی به دعوی اعتراض ثالث در امر کیفری حتی در مواردی که حکم قطعی توسط دادگاه تجدیدنظر صادر شده باشد، در صلاحیت دادگاه بدوی بوده و رأی صادره از این مرجع قابل تجدیدنظرخواهی است.» در همین خصوص شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۱۰۰۲۶۵ مورخ ۱۳۹۵/۳/۱۷

بیان می‌دارد: «دادگاه بدوی صلاحیت رسیدگی به اعتراض ثالث کیفری نسبت به احکام صادره را ندارد و مکلف است بدون اظهار نظر ماهوی پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال نماید.»

بنابراین، به نظر می‌رسد در مواردی که حکم کیفری به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد می‌کند، دادگاه‌ها اصل قابل استماع بودن اعتراض شخص ثالث در امور کیفری را پذیرفته‌اند.

۳.۳. اذن در شیء اذن در لوازم آن هم هست

زمانی که قانون‌گذار وظیفه رسیدگی به دعوای خصوصی را بر عهده دادگاه کیفری قرار می‌دهد، طبیعتاً وظیفه رسیدگی به مسائل مرتبط با آن در جهت نیل به نتیجه را هم بر عهده همین مرجع قرار داده است. درست شبیه اصلی که در امور مدنی وجود دارد که دعوای طاری را در صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای اصلی می‌داند؛ بنابراین و بر اساس این اصل، باید دادگاه کیفری را صالح به رسیدگی به دعوای اعتراض شخص ثالث بدانیم.

۴.۳. جلوگیری از اطاله دادرسی

زمانی که دادگاه کیفری به همه ابعاد مسئله رسیدگی می‌کند و نسبت به تمام جنبه‌های آن آگاه است جلوگیری از رسیدگی و صرف هزینه مجدد و جلوگیری از اطاله دادرسی اقتضا می‌کند که همین دادگاه به اعتراض شخص ثالث رسیدگی و از تضییع حقوق وی جلوگیری کند.

علاوه بر دلایل فوق، اطلاق ماده ۴۱۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹، اصل ۴۰ قانون اساسی و قاعده «لاضرر» نیز به تقویت این نظر کمک می‌کند.

نتیجه

برخلاف مقررات حقوقی، در امور کیفری جز در موارد اندک در مورد اعتراض ثالث، مقرراتی پیش‌بینی نشده است؛ در برخی موارد به‌صورت ضمنی و در برخی موارد اندک مانند قانون مبارزه با قاچاق مواد مخدر، به صراحت به اعتراض ثالث

اشاره شده است. با تمام این اوصاف، نظر به اینکه برابر ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر گردیده است: «شخص ثالث حق دارد به هرگونه رأی صادره از دادگاه‌های عمومی و انقلاب و تجدیدنظر اعتراض نماید...» و دادگاه‌های عمومی شامل دادگاه‌های عمومی جزایی و عمومی حقوقی می‌شود؛ بنابراین، مقررات راجع به اعتراض شخص ثالث قابل تسری به احکام دادگاه‌های عمومی جزایی می‌باشد. افزون بر آن با توجه به اصل چهلم قانون اساسی، قاعده «لاضرر» و همچنین مستنبط از مقررات ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شخص ثالثی که در جریان دادرسی جزایی مداخله نداشته و حکم کیفری به حقوق وی لطمه زده، می‌تواند به حکم دادگاه اعتراض کند. از این رو در مقررات قانونی، هم در زمینه جزایی و هم در امور حقوقی، اعتراض شخص ثالث که در فرآیند دادرسی اعم از جزایی یا حقوقی مداخله نداشته و حکم صادرشده مخّل به حقوق وی است، پیش‌بینی شده است.

تأملی بر مفهوم آلت قمار

سیدمهدی کاظمی*

مشخصات رأی بدوی

شماره رأی: ۹۶۰۹۹۷۲۶۴۹۰۰۸۲۱

تاریخ صدور: ۱۳۹۶/۰۹/۱۱

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی بخش طالقان

۱. وقایع پرونده

متهمین پرونده حسب گزارش مرجع انتظامی در معرض اتهام حمل و نگهداری آلت قمار (پاسور) موضوع ماده ۷۰۶ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) قرار گرفته‌اند و در مقام دفاع اظهار داشته‌اند که آلات مکشوفه متعلق به آنها نیست. دادگاه عمومی بخش طالقان صرف نظر از دفاعیات متهمین، با تکیه بر تحلیلی که از مفهوم آلت قمار داشته است، برخلاف رویه قضایی استوار یافته در این موضوع، رأی بر برائت متهمین صادر و اعلام نموده است.

متن رأی

«در خصوص اتهام آقایان ص. و ع. دایر بر حمل و نگهداری آلت قمار (پاسور) موضوع گزارش مرجع انتظامی، صرف نظر از دفاعیات متهمان که اظهار داشته‌اند: آلات مکشوفه متعلق به ما نیست؛ با توجه به این نکته طلایی که ماده ۷۰۶ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم - تعزیرات) در مقام جرم‌انگاری آلات و وسایل «مخصوص» به قماربازی بوده است و مصادیق این مفهوم با توجه به عرفی بودن موضوع - در مقابل موضوعات شرعی - تنها با مراجعه به عرف قابل اصطیاد است، چه آنکه مراد از موضوعات عرفی همان معنای متبادر عرفی آنهاست؛ لذا با مقید دیدن مفهوم آلات قمار به شرایط زمانی و مکانی؛ دادگاه پاسور را امروز از آلات قمار به شمار نمی‌آورد. چراکه وجه استفاده آن در غیر قمار بر وجه استفاده آن در قمار غلبه دارد، البته ذکر این نکته نیز ضروری می‌نماید که بر اساس ادله شرعی نیز در مقام اجرای حکم، تطبیق موضوعات بر مصادیق خارجی بر عهده مکلف است و حتی اطاعت از نظر فقیه و مرجع تقلید بر



مقلد واجب نیست و همین امر به سادگی می‌تواند موجبات خدشه در رکن معنوی جرم به شمار آید و از مصادیق شبهه موضوعیه در ارتکاب جرم ارزیابی شود؛ حالیه با عنایت به ادله پیش گفته که تفصیل آن در این مقال ممکن نیست، دادگاه به استناد اصل سی و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حکم به براءة نامبردگان صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری بوده و ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های محترم تجدیدنظر استان البرز است.»

۲. نقد و بررسی

۱.۲. تردیدی نیست که قماربازی با هر وسیله‌ای که انجام گیرد شرعاً حرام و از نظر قانون ممنوع و موجب مسؤولیت کیفری است.^۱ در فقه بر این حکم ادعای اجماع شده^۲ و آیاتی از قرآن کریم: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»^۳ (مائده: ۹۰) «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْغَفْوُ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ»^۴ (بقره: ۲۱۹) از دلایل حرمت قمار است که در تفسیر روایی آن «میسر» همان «قمار» دانسته شده است (المیسر هو القمار)^۵. مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر المیزان در خصوص معنای کلمه میسر می‌فرماید: «کلمه میسر در لغت به معنای قمار است، و مقامر (قمارباز) را یاسر می‌گویند، و اصل در معنایش سهولت و آسانی است، و اگر قمارباز را آسان خواندند به این

۱. ماده ۷۰۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مقرر می‌دارد: «قمار بازی با هر وسیله‌ای ممنوع و مرتکبین آن به یک تا شش ماه حبس و یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شوند و در صورت تظاهر به قماربازی به هر دو مجازات محکوم می‌گردند.»

۲. سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهة (قم: دآوری، ۱۳۷۷) ج ۱، ص ۲۵۰.

۳. «ای کسانی که ایمان آورده‌اید شراب و قمار و بت‌ها و تیره‌های قرعه پلیدند [و] از عمل شیطانند پس از آنها دوری گزینید، باشد که رستگار شوید.»

۴. «از تو حکم شراب و قمار را می‌پرسند، بگو در آن دو گناهی است بزرگ و منافع است برای مردم. اما اثر سوء آن دو در دل‌ها بیش از منافع صوری آنهاست و نیز از تو می‌پرسند چه تعداد انفاق کنند؟ بگو حد متوسط را. خدا این چنین آیات را برایتان بیان می‌کند تا شاید تفکر کنید.»

۵. محمدباقر مجلسی، بحار الأنوار (قم: دارالاحیاء التراث، بی تا) ج ۷۶، ص ۲۲۴.

مناسبت است که قمارباز بدون رنج و تعب و به آسانی مال دیگران را به چنگ می‌آورد، بدون اینکه کسبی کند، یا بیلی بزند، و عرقی بریزد البته میسر در عرب بیشتر در یک نوع خاصی از قمار استعمال می‌شود، و آن عبارت است از انداختن چوبه تیر که از لام و اقلامش هم می‌گویند.^۱ همچنین در خصوص مفاسد قمار فرموده است: «اما میسر که همان قمار است آن نیز در ضرر و مفسده دست کمی از شراب ندارد. زیرا قمار سعی و کوششی را که شخص در مدت‌های طولیل در راه جمع مال و به‌دست آوردن وجهه و آبرو به‌کار برده در کمترین مدت از بین برده و علاوه بر این که مال آدمی را تباه می‌سازد. چه بسا عرض و آبرو و بلکه جان آدمی را هم در مخاطره قرار می‌دهد. حال اگر در راه قمار پیروز شد و از این راه مالی به‌دست آورد تازه همین مال او را به یک انحراف‌های دیگر دچار می‌سازد، و آن اینست که چون این مال را به زحمت کسب نکرده در راه صحیح هم خرج نمی‌کند، و سیر معتدلی را که تاکنون در زندگی صحیح و عاقلانه خود اتخاذ کرده بود تباه ساخته و او را مردی ولخرج و تنبل و اهل لهو و فجور می‌سازد، چنین کسی هیچ‌وقت حوصله اینکه مایحتاج زندگی خود را از راه مشروع به‌دست آورد نداشته و همواره در پی راه‌های نامشروع است، و همچنین اگر مغلوب شود و هستی خود را ببازد که همین بی‌پولی و زیانکاریش او را به کینه‌توزی نسبت به حریف قمار خود واداشته و در نتیجه یک عمر را به حسرت یا خشم و عصبانیت می‌گذارند.»^۲

۲.۲. بین دو مفهوم «قمار» و «آلت قمار» فرق است و آنچه متعلق حکم ممنوعیت در مانحن‌فیه است، حمل یا نگهداری «آلات و وسایل مخصوص به قماربازی» است. عبارت اخری قضیه اینجاست که فارغ از جرم‌انگاری قماربازی، حمل یا نگهداری آلت قمار نیز جرم دانسته شده است. بنابراین صرف ارتکاب اعمال مقرر در مادّتين

۱. محمدحسین طباطبائی، ترجمه تفسیر المیزان، مترجم: سیدمحمدباقر موسوی همدانی (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۶) ج ۲، ص ۲۸۸.

۲. همان، ج ۶، ص ۱۸۲.

۷۰۶ و ۷۰۷^۲ قانون مجازات اسلامی از منظر مقنن قبیح بوده و برای آن کیفر در نظر گرفته شده است، ولو اینکه منجر به قماربازی نگردد.

۳.۲. کلام نویسندگان حقوقی و رویه قضایی در تبیین مفهوم «آلت قمار» روشن نیست و آنها که به این نکته التفات داشته‌اند، از قید «مخصوص به قماربازی» در مواد فوق استنباط کرده‌اند که هر آلت و وسیله‌ای را نمی‌توان آلت قمار دانست، بلکه شیء مزبور باید به قماربازی «اختصاص» یافته باشد. امری که قاضی محترم صادرکننده رأی آن را «نکته طلایی» در ماده ۷۰۶ قانون مجازات اسلامی دانسته است. مراد از اختصاص نیز «تعلق نوعی» است نه شخصی؛ ممکن است در جمع دوستانی معین، بازی با چوب، مهره یا سنگ خاصی وسیله قمار محسوب شود؛ به نحوی که قمار با ادوات مزبور عادت آنها شده باشد و حتی در صورتی که اسم وسیله مزبور در جمع آنها برده شود، ذهن‌ها منصرف به قماربازی گردد. اما قانون‌گذار این معنی از آلت قمار را مورد حکم قرار نمی‌دهد. اختصاص یافتن آلت یا وسیله خاصی به قماربازی کردن باید نوعی و فراگیر باشد؛ به نحوی که ذهن عموم مردم یک شهر یا جامعه با آوردن نام آلت مزبور متبادر به مفهوم قمار گردد.

۴.۲. این تحلیل از مادتين ۷۰۶ و ۷۰۷ با معنایی که فقهای امامیه از «آلة القمار» ارائه کرده‌اند منطبق است. قیود «مغالبه»^۳ و «مما یعد آلة قمار بالحمل الشایع»^۴ حاکی از آن است که صدق آلت قمار بر شیء، «عرفی» است و در صورتی که عرفاً به وسیله‌ای آلت قمار اطلاق نشود، بیع آن جایز خواهد بود. به عبارت آخری حقیقت آلت قمار حقیقت شرعیه نیست و دلیل خاصی در کتاب و سنت بر تعریف

۱. ماده ۷۰۶: «هر کس آلات و وسایل مخصوص به قماربازی را بخرد یا حمل یا نگهداری کند به یک تا سه ماه حبس یا تا پانصد هزار تا یک میلیون و پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم می‌شود.»

۲. ماده ۷۰۷: «هر کس آلات و وسایل مخصوص به قماربازی را بسازد یا بفروشد یا در معرض فروش قرار دهد یا از خارج وارد کند یا در اختیار دیگری قرار دهد به سه ماه تا یک سال حبس و یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شود.»

۳. مرتضی انصاری، کتاب المکاسب (قم: تراث الشیخ الأعظم، ۱۴۱۹ هـ) ج ۱، ص ۳۸۲.

۴. خوئی، همان، ص ۲۵۰.

مفهوم آلت قمار وجود ندارد. بر این اساس، از آنجا که اصل بر آن است که شارع به لسان محاوره احکام خود را بیان داشته و معانی را باید منطبق با حقایق عرفیه آن دانست، حقیقت آلت قمار چهره‌ای عرفی به خود می‌یابد. دادگاه صادرکننده رأی با قید این عبارت که: «مصادیق این مفهوم با توجه به عرفی بودن موضوع - در مقابل موضوعات شرعی - تنها با مراجعه به عرف قابل اصطیاد است...» تسلط خود بر این نکته را به خوبی نمایان می‌سازد. شاید رساترین بیان در خصوص مفهوم آلت قمار را بتوان این چند خط از *صراط النجاة* میرزاچواد تبریزی دانست: «ان الحكم المجعول في الشريعة له مقامان: مقام الجعل، و الثاني مقام الفعلية، و على ذلك فيمكن أن ينطبق عنوان الموضوع في شيء في زمان، فيكون فعليا، و لا ينطبق على ذلك الشيء في زمان آخر، فلا يكون ذلك الحكم فعليا، و هذا من ارتفاع فعلية الحكم لا من تغير المجعول في الشريعة، كما إذا كان شيء آلة قمار في زمان، و سقطت عن آلية القمار في زمان آخر بعد ذلك الزمان فاللعب به بلا رهان، بإعتبار عدم انطباق عنوان آلة القمار عليه في زمان اللعب لا يكون محرما، و هذا ليس من تغير حكم حرمة آلة القمار، كما هو واضح، و كوجوب الجهاد الابتدائي، فإنه بناء على اشتراط الجهاد الابتدائي بحضور الامام (ع) فلا يكون في زمان الغيبة وجوب الجهاد فعليا، لعدم حضوره (ع) لا لان مع عدم حضوره تغير حكم الجهاد في الشريعة، و امثال ذلك كثيرة.»^۱: «حکمی که در شریعت قرار داده شده است، می‌تواند دارای دو مقام باشد: یکی مقام وضع حکم و دیگری مقام فعلیت آن. ممکن است عنوان موضوع در شیئی و در زمان خاصی منطبق باشد؛ بدین ترتیب حکم به مقام فعلیت می‌رسد. همچنین ممکن است عنوان موضوع بر همان شیء در زمان دیگری منطبق نباشد که در این صورت حکم قضیه فعلیت نمی‌یابد. این امر ناشی از رفع شدن فعلیت حکم است و به این معنی نیست که حکم مجعول در شریعت تغییر یابد. برای مثال ممکن است شیئی در یک زمان آلت قمار بوده و در زمانی دیگر از آلت قمار بودن خارج شود؛ پس بازی با آن به اعتبار عدم انطباق عنوان آلت قمار در زمان بازی، حرام

نخواهد بود. اما این امر ناشی از تغییر حکم حرمت آلت قمار نیست. مثال دیگر، حکم وجوب جهاد ابتدایی است که وجوب آن مشروط به حضور امام (ع) است؛ لذا در عصر غیبت وجوب جهاد ابتدایی به سبب عدم حضور امام (ع) فعلیت ندارد؛ نه اینکه با عدم حضور امام (ع) حکم جهاد ابتدایی در شرع تغییر یابد.»

۵.۲. از آنچه گفته شد می‌توان دریافت که آلت قمار بودن، ذاتی شیء نیست. وصفی است که ممکن است بر شیء عارض شود و مجدداً از آن سلب گردد. عرفی بودن مفهوم آلت قمار مقتضی شناور بودن معنای آن از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر است. قضاوت مطلق درباره آلت قمار بودن یک شیء ممکن نیست و در هر مورد باید به «زمان» و «مکان» مربوط التفات داشت. چه بسا در یک زمان وسیله‌ای خاص جز در قمار کردن کارایی نداشته باشد و در زمان دیگر تبدیل به آلت ورزش ذهن شود که مصداق بارز آن شطرنج است. امروز هیچ متفکری را نمی‌توان یافت که قائل به حرمت مطلق و قبح ذاتی شطرنج باشد.

۶.۲. با این مقدمه، تردید موجود در صدق عنوان آلت مخصوص به قمار بر «پاسور»، «ورق» یا آنچه در سنت ایرانی بدان «گنجفه» گفته می‌شود را پاسخ می‌گوییم. از تاریخچه دقیق پاسور و علت ساخت آن اطلاعات کافی نیافتیم ولی همین بس که بر فرض پاسور به عنوان گونه‌ای از ورق بازی ذاتاً برای قمار و نه سرگرمی جعل شده باشد، اما از آنجا که آلت قمار بودن ذاتی شیء نیست، احتمال زوال عنوان از ورق پاسور بعید نیست و بلکه اقوی در عرف امروز اکثر مناطق ایران همین است که ورقی که دیرزمان ذاتاً برای قمار ساخته شده است، امروز برای سرگرمی و تفریح و حتی بعضاً در جمع‌های خانوادگی کارایی دارد. این عبارت از قاضی محترم صادرکننده رأی: «چراکه وجه استفاده آن در غیر قمار بر وجه استفاده آن در قمار غلبه دارد...» دقیقاً به همین نکته اشاره دارد. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریات مشورتی شماره ۷/۱۶۷ مورخ ۱۳۶۹/۰۳/۱۹، ۷/۲۹۱۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۶، ۷/۱۰۰۹۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۵ و ۷/۶۴۹۹ مورخ ۱۳۸۳/۰۸/۲۷ ورق پاسور را مصداق آلت قمار

دانسته است. با این همه این نظرات مربوط به زمانی است که اکنون حدود ۱۴ سال از آن می‌گذرد. شاید ۱۰ سال پیش کماکان پاسور را می‌توانستیم آلت قمار محسوب نماییم، اما اکنون صدق آلت قمار بر آن عرفاً ممکن نیست.

۷.۲. از نظر اصولی نیز شبهه وارده در مانحن‌فیه از موارد شبهه مصداقیه است که به نظر مصداق اجلی ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی^۱ است. لذا ثبوت مجرمیت محرز نیست و با تمسک به اصل متعالی برائت باید حکم قضیه را پیدا کرد.

۸.۲. نتیجه اینکه رأی صادره کاملاً منطبق با معنایی است که با تکیه بر تحلیل فقهی و حقوقی از مفهوم آلت قمار ارائه شد و امید است رویه قضایی با تکیه بر این تحلیل موضوعاتی چون ورق پاسور را مصداق آلت قمار تلقی نکند.

۱. «هرگاه وقوع جرم یا برخی از شرایط آن و یا هریک از شرایط مسؤولیت کیفری مورد شبهه یا تردید قرار گیرد و دلیلی بر نفی آن یافت نشود، حسب مورد جرم یا شرط مذکور ثابت نمی‌شود.»

نقد رأی بلانکو

سعید خانی‌والی‌زاده*

مشخصات رأی

تاریخ صدور رأی: ۸ فوریه سال ۱۸۷۳

خواسته: مطالبه خسارت از دولت

مرجع صدور: دیوان حل تعارضات فرانسه

اول. مقدمه

در ابتدای بحث، ذکر این مسئله ضروریست که استقلال حقوق اداری فرانسه در قرن نوزدهم مورد تأیید قرار گرفته است، سپس به دنبال تفکیک صورت گرفته میان قضات عمومی و اداری، یک دوگانگی حقوقی در نظام حقوقی فرانسه شکل گرفت. همچنین یک رژیم اداری بسیار ویژه از این تفکیک نشأت گرفت که از این دوره به بعد، به طور مرتب منجر به طرح سؤالات یکسانی در یک چهارچوب نظری بدون تغییر گردیده است. اینکه حقوق اداری دارای قواعدی می‌باشد که بر روابط متقابل اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان حکومت می‌کند، مسئله‌ای پذیرفته شده است. با توجه به اینکه قواعد حقوق اداری از قوانینی خاص ناشی می‌گردد، لذا اساساً از قواعد عام حقوقی که میان اشخاص حقوق خصوصی برقرار است، تفکیک می‌شوند؛ و این همان مسئله‌ای است که به شکلی ویژه در رأی مشهور «بلانکو» (سال ۱۸۷۳) مورد عنایت قرار گرفته است.^۱

دوم. وقایع پرونده

در پرونده مربوط به رأی بلانکو، قضیه از این قرار است که کودکی توسط یک واگن کوچک مخصوص حمل بار که متعلق به یک کارخانه دخانیات بود مجروح

*دانش‌آموخته‌ی دکتری حقوق عمومی از دانشگاه پانتئون - سوربن پاریس (پاریس یک)، مدرس دانشگاه

saeid.valizade@yahoo.fr

1. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Chrétien, **Droit administratif**, (Paris: Sirey, 2011), p.13.



می‌گردد. به دنبال این سانحه، پدر کودک به دادگاه‌های عمومی، مراجعه و علیه دولت تقاضای جبران خسارت می‌نماید؛ با این عنوان که دولت از نظر مدنی در مورد تقصیر کارگران کارخانه‌های خود، مسئول شناخته می‌شود اما اداره مذکور در این خصوص چنین ارزیابی می‌کرد که دادگاه عمومی در موضوع مزبور دارای صلاحیت نمی‌باشد لذا در نتیجه شکل‌گیری تعارض، «دیوان حل تعارضات»^۱ ناچار شد، نظر خود را در این خصوص و به منظور حل مسئله اعلام نماید.

دیوان حل تعارضات بیان داشت: «با در نظر گرفتن این مسأله که اقدام قانونی انجام گرفته توسط آقای بلانکو علیه نماینده دولت یعنی فرماندار دپارتمان ژیروند،^۲ با این هدف صورت گرفته تا با به کارگیری مواد ۱۳۸۲، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ قانون مدنی، دولت را از نظر مدنی مسئول زیان ناشی از جراحت وارده بر دختر وی و ناشی از عمل کارگران به کار گرفته شده در اداره دخانیات بداند؛

با توجه به این نکته که مسئولیت نسبت داده شده به دولت در مورد خسارات وارده به اشخاص و ناشی از اعمال کارکنان بخش خدمات عمومی، تحت اصول مقرر در قانون مدنی و در مورد روابط میان یک شخص با شخص دیگر قابل اعمال نمی‌باشد؛ و عنایت به اینکه چنین مسئولیتی نه عام است و نه مطلق، در نتیجه دارای قواعد خاصی است که با توجه به نیازهای خدمت عمومی و ضرورت ایجاد سازش میان حقوق دولت و حقوق خصوصی، متغیر می‌باشند. بنابراین از این پس، مرجع اداری تنها مرجع صالح برای شناسایی این مسئولیت است».

دیوان حل تعارضات، با این رأی، ضمن مرتبط دانستن مسأله صلاحیت با مبنای حقوقی، شورای دولتی را نیز به عنوان یک شبه قانونگذار قلمداد نموده که قادر است حقوقی نوین و اصیل و متمایز از «حقوق خصوصی مرتبط با مسئولیت»^۳ را ایجاد نماید. بدین ترتیب، رأی بلانکو در وهله نخست، استقلال حقوق اداری در حوزه مربوط به مسئولیت را تأیید کرده و در مرحله بعد، بر استقلال حقوق اداری صحه می‌گذارد. فلذا

1. Tribunal des conflits

2. Gironde

3. Droit privé de la responsabilité

این مسئله مطابق با ایده‌ای است که کمیسر دولت^۱ «داوید» هم به آن اشاره می‌نماید: «به دلیلی درست و در برابر عدالتی شایسته، این مسئله ناممکن به نظر می‌رسد که دولت با یک فرد ساده، کاملاً از یک مقوله و همانند هم در نظر گرفته شوند».

باید اذعان داشت در صورت منفک و مجزا دانستن مسئله مسئولیت، این اصل دارای دامنه‌ای عام و کلی می‌گردد و این امر مانع از آن نیست که اداره در بعضی مواقع توسط دادگاه عمومی نیز مورد قضاوت قرار گیرد، که دادگاه مزبور در چنین مواقعی به طور معمول به اعمال قواعد حقوق خصوصی می‌پردازد. همان طور که کمیسر دولت هم تصریح می‌دارد دولت می‌تواند به دو شکل متفاوت وارد عمل شود: الف) به عنوان «قدرت عمومی»؛^۲ ب) در مقام مالک و همانند یک شخص خصوصی که می‌تواند بر طبق عبارات قواعد عمومی حقوق ملزم به انجام قراردادها گردد.^۳

سوم. ارتباط صلاحیت و مبنای حقوقی

دیوان حل تعارضات مجدداً عبارات عنوان شده در نتیجه‌گیری کمیسر دولت را به نوعی در رأی خود به کار گرفته است. بنا به گفته کمیسر دولت «داوید»، باید دانست که از میان دو مرجع اداری و مرجع قضایی عمومی، کدام یک صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی جبران خسارت علیه دولت را دارند. لازم به ذکر است رأی بلانکو در آن دوره موقعیتی استثنائی را کسب نمود و مدت زمان طولانی همچون یک اصل و سنگ بنای تمامی حقوق اداری فرانسه قلمداد گشته است. فارغ از مباحثی پیرامون این رأی و بدون ورود به آنها، ضروری است تا به جستجو و بررسی سهم و آورده و همچنین محدوده این رأی پرداخته شود.

۱. کمیسر دولت از تاریخ اول فوریه سال ۲۰۰۹ به «گزارشگر عمومی» (Rapporteur public) تغییر نام یافته است.

2. Puissance publique

3. Patrice Chrétien, Nicolas Chiffot, Maxime Tourbe, **Droit administratif**, (Paris: Sirey, 2016), Pp. 17-18.

۱. نقش رأی بلانکو

سهم این رأی به همان میزان که با صلاحیت دادگاه اداری مرتبط است، به محتوای حقوق اداری نیز مربوط می‌گردد. درواقع، رأی مزبور، میان دو مسئله یادشده، پل ارتباطی ایجاد می‌نماید.

۱.۱. در ارتباط با صلاحیت، رأی بلانکو در وهله نخست منجر به کنار گذاشتن قطعی معیار محدود ساختن صلاحیت‌های بناشده بر طبق متن‌هایی می‌شود که مطابق با این متن‌ها تنها دادگاه‌های اداری می‌توانند دولت را بدهکار اعلام نمایند. البته لازم به ذکر است درخصوص این مسئله، رأی شورای دولتی (۶ دسامبر ۱۸۵۵) در قضیه «روتشیلد»^۱ نیز قابل توجه می‌باشد. در این تصمیم که پیش از رأی بلانکو و توسط شورای دولتی صادر شده، در کنار معیار سنتی «دولت بدهکار»^۲ همان اصول و عبارات رأی بلانکو به کار برده شده است.^۳ معیار دولت بدهکار بر این ایده استوار است که منشأ یک بدهی هرچه که باشد، دادگاه‌های عمومی به هیچ‌وجه حق محکوم نمودن دولت به پرداخت مبلغی پول را، ندارند.^۴ تنها موردی که باقی می‌ماند ارجاع به قوانین ۱۶ و ۲۴ اوت سال ۱۷۹۰ و ۱۶ فروکتیدور سال سوم جمهوری (۲ سپتامبر ۱۷۹۵) می‌باشد که دادگاه‌های عمومی را از ایجاد مانع درمورد اقدامات اداری و شناسایی هرگونه‌ای از اعمال اداری، به هر شکلی ممنوع می‌سازد.

این متن‌ها توسط کمیسر دولت «داوید» در مفهوم دادگاه‌های عمومی تفسیر گردیده‌اند که «هرچند این دادخواست‌ها به دنبال ابطال، تغییر شکل و یا تفسیر اعمال اداره توسط قاضی عمومی نبوده و تنها به شکلی ساده در پی اعلام محکومیت‌های نقدی و مبنی بر جبران خسارات وارده ناشی از اقدامات اداره علیه اداره می‌باشند، با این وجود این دادگاه‌ها به‌طور کامل برای ارزیابی تمامی

1. *Rothschild*

2. *État débiteur*

3. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (Paris: Dalloz, 2017), p. 2.

4. G. Lebreton, *Droit administratif général*, (Paris: Dalloz, 2017), p.8.

دادخواست‌های شکل گرفته علیه اداره و بدون توجه به هدف این دادخواست‌ها و به دلیل انجام خدمات عمومی توسط اداره، غیر صالح می‌باشند.

بدین ترتیب «خدمات عمومی» از این پس به عنوان معیار صلاحیت اداری ظهور می‌یابد. به ویژه در رأی و نتیجه‌گیری‌های ناشی از دعاوی مربوط به مسئولیت، صلاحیت اداری به عنوان مسئله‌ای در نظر گرفته می‌شود که هرگونه توجه به «مدیریت خصوصی»^۱ را ناسازگار دانسته و از بحث خارج می‌سازد. باید توجه داشت که در رأی بلانکو موضوع به یک کارخانه دخانیات مربوط می‌گردد که در حقیقت، شباهت زیادی با یک صنعت خصوصی دارد. همچنین این مسئله، منسوب و متعلق به اعمال ناشی از بی‌مبالاتی و قابل سرزنش کارگران ساده‌ای است که در خارج از «سلسله مراتب اداری»^۲ قرار دارند. با این وجود، کمیسر دولت به صراحت صلاحیت دادگاه عمومی و به کارگیری حقوق مدنی را کنار می‌گذارد.^۳

در نظر برخی حقوقدانان فرانسوی و برخلاف نظرات بیان شده، در اینجا باید به معیار «مدیریت عمومی»^۴ توجه نمود که کمی به معیار «عمل حاکمیت»^۵ شباهت دارد که با توجه به آنکه هر دوی این معیارها به مفهوم مرکزی قدرت عمومی بازمی‌گردند این مانستگی و ماندگی، طبیعی است. فی الواقع در رأی بلانکو عمل راندن واگن، همچون عملی تلقی گشته که در بحث مدیریت عمومی خدمت مربوط به دخانیات وارد می‌گردد.^۶

همچنین دیوان حل تعارضات در رأی خود (۲۰ ژانویه ۱۹۴۵) در قضیه «دو ورن»^۷ بیان داشته هر چند مأموری که در ضمن انجام خدمت باعث ورود خسارت گردیده، دارای ویژگی یک کارمند دولتی نبوده است. اما وی در حقیقت، یک کارگر کمکی یا یک متصدی اداره می‌باشد که با انعقاد یک قرارداد و تحت شرایط و قواعد عمومی حقوق، توسط اداره به خدمت گرفته شده است.

1. Gestion privée
2. Hiérarchie administrative
3. M. Long et al. **Op. cit.**, p.3.
4. Gestion publique
5. Acte d'autorité
6. G. Lebreton, **loc. cit.**
7. Du Verne

۲.۱. در خصوص مبنای حقوقی، رأی بلانکو فراتر از مسئله مسئولیت دولت می‌رود و دلایل آن در تمام مجموعه حقوق اداری از این جهت ارزشمند است که از یک طرف، اصول مقرر توسط قانون مدنی را به کنار می‌نهند و از طرف دیگر، ویژگی خاص قواعد قابل اعمال بر خدمات عمومی را تصدیق می‌نمایند. در اینجا شجاعت قاضی در رد کردن قانون ایجادشده توسط قانونگذار و ایجاد قاعده جدید قابل توجه می‌باشد که این قاعده نوین قادر است تا بر تمامی یک سنت تاریخی غلبه نماید. در هر صورت، می‌توان اذعان نمود که تصدیق وجود مسئولیت، قاطع و مبتنی بر رویه قضایی می‌باشد. ضمن آنکه ویژگی خاص قواعد قابل اعمال بر خدمات عمومی خود شامل دو جنبه می‌گردد: یک بُعد به استقلال حقوق اداری مربوط می‌شود که علاوه بر تمایل به نقض حقوق مدنی، به‌وسیله منطق و راه‌حل‌های خود در پی تشکیل یک نظام متناسب نیز می‌باشد. جنبه دیگر، راه‌حل‌هایی هستند که توسط نیازهای یک خدمت عمومی توجیه شده‌اند. بدین ترتیب، «خدمت عمومی» که معیار صلاحیت اداری است، در عین حال مبنای حقوق اداری نیز می‌باشد.

لازم به ذکر است هنگامی که رأی بلانکو تأکید می‌نماید «قواعد معتبر موجود در روابط میان اشخاص، در خصوص دولت قابل اعمال نیست»، درواقع در جستجوی یادآوری حقوق دولت است. مع‌الوصف، رأی بلانکو ایده‌های مرتبط با قدرت عمومی را حذف نمی‌کند، اما مسئله خدمت عمومی و نیازهای آن همچنان غالب می‌باشند. همین مسئله دادگاه را به در نظر گرفتن این نکته رهنمون می‌سازد که مسئولیت دولت، «نه عام است و نه مطلق».

بنابراین مشخص می‌گردد که اصل ارتباط میان صلاحیت و مبنای حقوقی تأیید گردیده است، لذا نتیجه‌گیری‌های انجام‌گرفته درمورد این رأی به همان میزان، ارتباط مستقیم و متقابلی را میان به‌کارگیری قواعد مستقل و مفرط حقوق خصوصی و صلاحیت دادگاه اداری ایجاد می‌نمایند. نتیجتاً اگرچه این رأی، تنها کاری که انجام داده نظام‌مند کردن راه‌حل‌های پیشین بوده است و با وجود اینکه برخی از تصدیقات انجام‌شده در این رابطه، خود متعاقباً به‌طور جزئی به چالش

کشیده شده‌اند. اما با این حال، رأی بلانکو به‌طور کامل چرخشی را در رویه قضایی و نیز در حوزه حقوق اداری مشخص می‌سازد.

۲. محدوده‌های رأی بلانکو

محدوده‌های این رأی درواقع تالی تصمیمات قانونگذار و یا مبتنی بر رویه قضایی ظهور یافته‌اند که بر هریک از آورده‌های این رأی - که پیش‌تر مورد شناسایی قرار گرفته‌اند - تأثیر می‌گذارند. اما آن محدوده‌ها به شرح ذیل بیان می‌شود:

۱.۲. میزان اطلاق معیار خدمت و قدرت عمومی در امر صلاحیت: در ابتدا

باید گفت در مسئله صلاحیت، معیار خدمت عمومی در رویه قضایی و همچنین در قانونگذاری به یک میزان مطلق نیست؛ چنان‌که:

۱.۱.۲. رویه قضایی، معیارهای دیگر را به‌منظور توجیه صلاحیت قاضی اداری

کنار نمی‌گذارد؛ به‌خصوص مسئله اجرای قدرت عمومی، توسط کمیسر دولت «داوید» و در نتیجه‌گیری‌های وی درمورد رأی بلانکو ذکر گردیده است. برای اینکه چنین امری سبب ایجاد صلاحیت قاضی اداری گردد کافی است این نکته در رأی دیوان حل تعارضات (۱۰ ژوئیه ۱۹۵۶) و در قضیه شرکت «بورگونی بوا»^۱ در نظر گرفته شود. مسئله مزبور، موضوع مسئولیت را هم شامل می‌گردد و در نتیجه‌گیری رأی شورای دولتی (۲۳ دسامبر ۱۹۷۰) و در قضیه اداره برق فرانسه علیه «فارسا»^۲ مورد توجه قرار گرفته است.

اما برعکس این مورد، باید اذعان نمود که خدمت عمومی همواره به‌تنهایی برای ایجاد صلاحیت اداری کافی نیست؛ چراکه ممکن است خدمت عمومی به‌مناسبت یک دعوی و بی‌آنکه به‌سبب این مسئله در صلاحیت قاضی اداری قرار گیرد، به چالش کشیده شود. درخصوص مدیریت خصوصی یک خدمت عمومی نیز به همین ترتیب می‌باشد. فرض این مورد در نتیجه‌گیری‌های انجام‌گرفته درباره

1. Bourgogne-Bois

2. EDF c. Farsat

رأی بلانکو عنوان گردیده بود: «دولت مالک» و همانند یک شخص خصوصی، که قادر است تا بر طبق عبارات قواعد عمومی حقوق به قراردادها ملزم گردد.^۱ این فرضیه می‌رفت تا در نتیجه‌گیری‌های کمیسر دولت «رومیو»^۱ نیز در مورد قضیه «تریه»^۲ در دو رأی شورای دولتی (۶ فوریه ۱۹۰۳) و (۳۱ ژوئیه ۱۹۱۲)^۳ در خصوص دعاوی قراردادی، گسترش یافته و اختصاص داده شود. برعکس آنچه مورد نظر کمیسر دولت «داوید» (۱۸۷۳)، و درباره رأی بلانکو بود این فرضیه در دعاوی مربوط به «مسئولیت خارج از قرارداد»^۴ و به خصوص در مورد «خدمات عمومی صنعتی و تجاری»^۵ که دعاوی آنها در اصل در حوزه صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار می‌گیرد، به‌کار گرفته شده است. دیوان حل تعارضات، هم در رأی خود (۲۲ ژانویه ۱۹۲۱) و هم در قضیه شرکت تجاری آفریقای غربی، بر این نظر تأکید کرده است.

1. Romieu

2. Terrier

۳. در این قضیه دپارتمان «سائون» و «لوار» قصد داشتند تا مناطق خود را از شر مارهای مختلف و حیوانات مودی که روزبه‌روز در حال زیاده‌تر شدن بودند رها سازند و متعهد بودند که مبالغی را به‌عنوان جایزه و پاداش برای از بین بردن آنها پرداخت نمایند، اما آقای تریه با امتناع دپارتمان روبه‌رو گشت. و دپارتمان مدعی بود اعتبارات آنها به پایان رسیده است. در این مورد، صلاحیت اداری توسط شورای دولتی و مطابق این عبارات حفظ می‌گردد: «میان طرفین، یک دعوی به‌وجود آمده که رسیدگی به آن به شورای دولتی تعلق دارد». مطمئناً در اینجا مفهوم «خدمت عمومی» به‌طور مستقیم به‌کار گرفته نشده است، ولیکن در این عبارات و با توجه به هدف که اختصاص جوایزی برای معدوم نمودن جانوران مودی است و با توجه به رژیم مدیریت عمومی، به‌طور ضمنی به‌کار رفته است: «با توجه به عباراتی که در آنها مذاکرات هیأت عمومی به‌کار رفته (...) و اعتبار ثبت‌شده برای این منظور، در بودجه دپارتمان در سال ۱۹۰۰ مورد رأی‌گیری قرار گرفته است». کمیسر دولت «ژان رومیو» در نتیجه‌گیری‌های خود به‌صراحت این تئوری را ارائه می‌دهد: «تمام مواردی که به سازماندهی خدمات عمومی یا محلی مربوط می‌شوند، عملیاتی اداری را تشکیل می‌دهند که توسط ماهیت خود در حوزه صلاحیت قاضی اداری قرار دارد». در این مورد خاص، صلاحیت اداری به مناسبت یک رابطه قراردادی به دپارتمان‌ها هم گسترش یافته است.

Jurispedia, <[http://fr.jurispedia.org/index.php/%C3%89volution_du_crit%C3%A8re_de_comp%C3%A9tence_du_juge_administratif_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/%C3%89volution_du_crit%C3%A8re_de_comp%C3%A9tence_du_juge_administratif_(fr))> (last visited on 16/3/ 2018).

4. Responsabilité extra-contractuelle

5. Services publics industriels et commerciaux

در همین خصوص، همان‌گونه که در آراء شورای دولتی (۱۲ نوامبر ۱۹۳۷) در قضیه «خانم گارنرو»^۱ و همچنین (۲۷ می ۱۹۴۹) در مورد قضیه «بلانشار» و «داشاری»^۲ ملاحظه می‌گردد باید توجه داشت اگرچه خدمات مرتبط با دخانیات و کبریت از ابتدا و در اصل یک خدمت عمومی را تشکیل می‌داده است، اما باید نیک نگرینست که با انتقال این خدمت به شرکت عمومی و تحت عنوان «مؤسسه عمومی صنعتی و تجاری»^۳ که در سال ۱۹۵۹ روی داده و یا با نام و عنوان «شرکت»^۴ در سال ۱۹۸۰ و سپس با انتقال این خدمات عمومی به بخش خصوصی در سال ۱۹۹۵، دیگر نمی‌توان در مورد این مسئله راه‌حل رأی بلانکو را اعمال نمود.

مدیریت خصوصی خدمات عمومی می‌تواند علاوه بر وابستگی به هدف این خدمات، به نقش و دامنه عمل خدمات عمومی نسبت به اشخاص خصوصی نیز وابسته باشد. باید توجه داشت که برای تعیین صلاحیت اداری برای پذیرش رسیدگی به دعاوی قراردادی و یا خارج از قرارداد مربوط به خدمات عمومی، وجود یک خدمت عمومی کافی نیست. قاضی اداری تنها زمانی برای صدور حکم در مورد جبران خسارات وارده توسط این اشخاص دارای صلاحیت می‌باشد که این خسارات به یک‌باره، هم از انجام خدمت عمومی و هم از اعمال امتیاز ویژه قدرت عمومی ناشی گردند. شورای دولتی^۵ و دیوان حل تعارضات^۶ نیز در آراء متعددی بر این امر تأکید کرده‌اند.

۲.۱.۲. گسترش دامنه رأی: لازم به ذکر است که خود قانونگذار نیز قواعد

صلاحیت صادره توسط دیوان حل تعارضات در رأی بلانکو را نقض

نموده است. به‌ویژه قانون ۳۱ دسامبر سال ۱۹۵۷ که با نقض ماده ۱۳

قانون ۱۶ و ۲۴ اوت سال ۱۷۹۰، در ماده ۱ اذعان می‌دارد که دعاوی

1. Dame Garnero

2. Blanchard et Dachary

3. Établissement public industriel et commercial

4. Société

5. CE, Sect, 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône* ; CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas*.

6. TC, 6 novembre 1978, *Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie*.

«خسارات وارد شده با هر ماهیتی و توسط هر وسیله نقلیه‌ای» به جز خسارات وارده به حوزه عمومی، به دادگاه‌های عمومی واگذار گردیده است.

برای اعمال این قانون، رویه قضایی از مفهوم «وسیله نقلیه» تفسیر بسیار وسیعی انجام داده و با توجه به رأی دیوان حل تعارضات (۱۴ نوامبر ۱۹۶۰) در قضیه «شرکت قایق‌های بخار شمال»^۱ ماشین لایروبی رودخانه را نیز شامل این مورد گردانیده است. در آراء دیگری ملاحظه می‌گردد که دیوان مزبور، به ماشین برفروب (۲۰ نوامبر ۱۹۶۱) در قضیه «خانم کویوم‌جیان»^۲ به قایق کلک (۱۵ اکتبر ۱۹۷۳) در قضیه «باربو»^۳ و به ماشین‌آلات ساخت‌وساز مثل بولدوزر، جرثقیل و بیل مکانیکی (۱۲ دسامبر ۲۰۰۵) در قضیه «فرانس تله‌کام»^۴ نیز اشاره کرده است. و حتی در دو رأی خود (۱۰ ژانویه ۱۹۶۲) تلویحاً به بیان قضیه «وزیر نیروی هوایی در هواپیما» و (۲۵ ژوئن ۱۹۸۶) به قضیه «خانم کورتول»^۵ در درشکه دستی پرداخته است.

با توجه به این تصمیمات، بی‌تردید دعوای مربوط به خسارات وارده بر دختر آقای بلانکو توسط یک واگن حمل و نقل وسایل، امروزه ممکن است به صلاحیت دادگاه عمومی و تحت قانون ۳۱ دسامبر سال ۱۹۵۷ مربوط گردد.

باید عنوان داشت که این صلاحیت صرفاً به مسئولیت خارج از قرارداد و ناشی از مداخله یک وسیله نقلیه مربوط می‌شود و درحقیقت، در هیچ‌یک از موارد زیر اعمال نمی‌گردد:

- دعاوایی که طرفین یک قرارداد اداری^۶ را در مقابل قرارداد قرار می‌دهد.
- درمورد مسئولیت یک نهاد عمومی که بر مبنای یک اشتباه در سازماندهی به‌وجود آمده است.

1. Compagnie des bateaux à vapeur du Nord

2. Dame Kouyoumdjian

3. Barbou

4. France Télécom

5. Mme Curtol

6. CE. Sect, 11 janvier 1978, *Compagnie Union et le Phénix Espagnol*.

- نظارت یک کارگاه ساختمانی که در حادثه یک وسیله نقلیه مشارکت داشته.^۱
 - در رجوع اداره به مأمور خود که سبب تصادف وسیله نقلیه شده است.^۲
 - درخصوص مسائلی که با موضوع مسئولیت بی‌ارتباط می‌باشند.
 انعکاس این نتیجه‌گیری‌های کمیسر دولت در تصمیمات «شورای قانون اساسی»^۳ هم یافت می‌شود که در تاریخ ۲۳ ژانویه سال ۱۹۸۷ و همچنین شماره DC ۸۹-۲۶۱ در تاریخ ۲۸ ژوئیه سال ۱۹۸۹ صادر گردیده‌اند. در این تصمیمات به‌صراحت مقرر شده است که ابطال و یا اصلاح تصمیمات به‌عنوان راه‌حل نهایی، در حوزه صلاحیت دادگاه و مقامات اداری قرار دارند.

۲.۲. میزان و محدوده استقلال حقوق اداری: درمورد مبنای حقوقی لازم به ذکر است که استقلال حقوق اداری در قیاس با حقوق مدنی چنانکه باید و شاید شاخص نیست. در وهله نخست، برای دادگاه‌های اداری پیش می‌آید که صراحتاً علاوه بر اعمال آن دسته از مواد قانون مدنی که با وضعیت اشخاص، وضعیت اموال، ماترک متوفی و بخشش‌ها و حتی در صورت لزوم با اشخاص عمومی^۴ متناسب هستند، سایر موادی را که ویژه روابط خصوصی نیستند نیز به‌کار گیرند. گاهی در این مورد اعمال مستقیم مواد قانون مدنی انجام گرفته است، همچون پیش از این و مواد قدیمی ۱۱۵۳ و ۱۱۵۴ قانون مدنی درمورد منافع حاصل از تأخیر تأدیه و عدم اجرای قرارداد،^۵ ماده ۱۶۴۱ قانون مدنی درمورد ضمانت نقص‌های پنهان^۶ و ماده ۲۲۷۷ قانون مدنی درمورد بازپرداخت پنج‌ساله.^۷
 اما گاهی تنها اصولی استعمال شده‌اند که این مواد قانونی از آنها الهام گرفته می‌شوند،^۸ زیرا در تمامی موارد، قاضی اداری است که تصمیم می‌گیرد: آیا

1. TC, 2 décembre 1991, *Préfet de la Haute-Loire c. Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay*.

2. CE, 6 août 2008, *Mazière*.

3. Conseil constitutionnel

۴. برای نمونه، ماده ۲۰۶۰ درمورد داوری

5. CE, 4 mai 2007, *Société Sapibat Guyane*.

6. CE, 24 novembre 2008, *Centre hospitalier de la région d'Annecy*.

7. CE, 29 octobre 2012, *Société France Télécom*.

8. CE, Ass, 2 février 1973, *Trannay* ; CE, 29 décembre 2008, *Office public d'HLM de Puteaux* ; CE, 15 avril 2015, *Commune de Saint-Michel-sur-Orge*.

به کارگیری قانون مدنی یا اصول این قانون موضوعیت دارد یا خیر؟ همچنین قاضی اداری مقررات حقوق کیفری، حقوق رقابت و حقوق مصرف‌کننده را نیز به‌عنوان تعیین‌کننده قانونیتی که اداره تابع آن است و با درنظر گرفتن ویژگی اقدام اداره، اعمال می‌نماید. شورای دولتی هم در دو رأی خود (۶ دسامبر ۱۹۹۶) در قضیه «شرکت لامبدا»^۱ و (۳ نوامبر ۱۹۹۷) در قضیه «شرکت میلیون و ماره»^۲ به این مسئله اشاره نموده است.

در وهله دوم (همان‌گونه که در چند رأی شورای دولتی نیز مشاهده می‌گردد)،^۳ آراء مراجع قضایی اداری و عمومی درمورد برخی جنبه‌های حقوق مسئولیت، به یکدیگر نزدیک گشته‌اند. مع‌ذلک، از این مسئله، یک برابری و یکسانی میان مسئولیت اداری و مسئولیت مدنی استنتاج نمی‌گردد و استقلال مسئولیت اداری همچنان ادامه می‌یابد اما این مسئولیت اداری مفهوم جدیدی پیدا کرده است که اگر چنین مسئولیتی، در برخی موارد و مطابق با مفهوم ابتدایی قاعده رأی بلانکو، همواره می‌تواند نسبت به قواعدی که محتملاً ناشی از به کارگیری قانون مدنی باشند (مانند ضرورت پیشین وجود یک تقصیر سنگین در برخی موارد)، و نیز قواعد دارای مطلوبیت کمتری نسبت به اشخاص را دربرگیرد، سبب شناسایی مسئولیت اداره در وضعیت‌هایی می‌گردد که در آنها حقوق مدنی ممکن است اجازه ایجاد رضایت در قربانی را نداده باشد. علاوه بر رأی شورای دولتی (۱۳ دسامبر ۱۹۵۷) در قضیه «تروتیه»،^۴ شعبه مدنی دیوان تمیز نیز (۲۳ نوامبر ۱۹۵۶) در قضیه «خزانه عمومی علیه ژیری»^۵ بر این امر نظر داشته است.

درنهایت، این مسئله ویژگی افراطی قاعده موجود در عبارتی را ظاهر می‌سازد که مطابق آن، مسئولیت دولت «نه عام است و نه مطلق». مطمئناً اداره بدون وجود یک‌سری شرایط، خساراتی را که سبب ورود آنها می‌شود، نمی‌پذیرد اما این شرایط

1. Société Lambda

2. Société Million et Marais

3. CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*; CE, 24 novembre 1961, *Letisserand*; CE, 10 avril 1992, *Époux V*.

4. Trottier

5. Trésor public c. Giry

به‌نحوی سازمان‌دهی شده‌اند که شهروندان درخصوص مسئولیت اداره حمایتی مؤثر در برابر اداره و مأمورین آن را ملاحظه می‌کنند، به‌ویژه همان‌طور که مسئولیت اداره برای تقصیرات شخصی مأمورین وی پذیرفته شده است. شورای دولتی هم در رأی خود (۲۶ ژوئیه ۱۹۱۸) در قضیه «لومونیه»^۱، بر این مسئله تأکید کرده است. همچنین نباید از رأی شورای دولتی (۲۱ ژوئن ۱۸۹۵) در قضیه «کام»^۲ غفلت نمود که در آن به گسترش مسئولیت بدون تقصیر اشاره گردیده است. شورای مزبور در دهه‌های بعدی و در موارد متعدد دیگری نیز بر این مسئله تأکید ورزیده است.^۳

۳.۲. عدم اطلاق ارتباط صلاحیت و مبنای حقوقی: مطمئناً گاهی کافی است

که قانونگذار، قواعد صلاحیت را اصلاح نماید تا بدین وسیله حقوق قابل اعمال درمورد دعاوی مورد نظر را تعیین کند. آیین‌نامه قانونی دولت (۱۷ ژوئن ۱۹۳۸) که امروزه در ماده ۱-۲۳۳۱ قانون عمومی مالکیت اشخاص عمومی به‌کارگرفته شده‌است، به دادگاه‌های اداری صلاحیت صدور حکم درمورد دعاوی قراردادهای شامل اشغال منطقه عمومی را اختصاص می‌دهد. قانون ۳۱ دسامبر سال ۱۹۵۷ هم صلاحیت صدور حکم درخصوص حوادث ناشی از وسایل نقلیه را به دادگاه‌های عمومی اعطاء می‌کند.

مطابق با رأی دیوان حل تعارضات (۲۱ ژانویه ۱۹۸۵) در قضیه «مهمان‌سرای شهر شاتونوف دو پاپ»^۴، برای به‌رسمیت شناختن دادگاه اداری به‌عنوان تنها محکمه صالح درمورد صدور حکم درخصوص یک دعوی، توجه به الزام به‌کارگیری اصول حقوق عمومی، کافی است.

اما باید توجه داشت که تفکیک میان صلاحیت و مبنای حقوقی نیز می‌تواند محقق گردد. بدین ترتیب و با عنایت به رأی شعبه مدنی دیوان تمیز (۲۳ نوامبر ۱۹۵۶) در قضیه «خزانه عمومی علیه ژیری»، تصریح شده که دادگاه‌های عمومی

1. Lemonnier

2. Cames

3. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* ; CE, 14 janvier 1938, *La Fleurette* ; CE, 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine* ; CE, 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*.

4. Hospice de Chateaufort-du-Pape

در مواردی که برای رسیدگی به اقدامات مرتبط با خدمات عمومی صالح هستند، حقوق اداری را اعمال می‌نمایند. درارتباط با ویژگی حقوق قابل اعمال بر خدمت عمومی، حداقل می‌توان از تأیید رأی بلانکو به عنوان راه حل بهره برد. درنهایت، باوجود تفاوت‌ها و استثنائاتی که بعداً به اصول ایجادشده توسط رأی بلانکو مربوط گشتند، این اصول به شکلی اساسی به چالش کشیده نمی‌شوند. درنتیجه همان‌گونه که دیوان حل تعارضات در رأی خود (۲۷ نوامبر ۱۹۳۳) در قضیه «وربانک»^۱ بیان داشته، مواردی که اصول مزبور را درنظرمی‌گیرند در صورت لزوم می‌توانند همواره به کار گرفته شوند.^۲

1. Verbanck

2. M. Long et al. **Op. cit.**, Pp. 4-7.

فهرست منابع

کتاب فرانسوی:

1. Chrétien, Patrice, Chiffot, Nicolas, Tourbe, Maxime, **Droit administratif**, (Paris: Sirey, 2016).
2. Dupuis, G., Guédon, M.-J., Chrétien, P., **Droit administratif**, (Paris: Sirey, 2011).
3. Lebreton, G., **Droit administratif général**, (Paris : Dalloz, 2017).
4. Long, M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, P., Genevois, B., **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, (Paris: Dalloz, 2017).

منبع الکترونیکی:

5. **Jurispedia**, <[http://fr.jurispedia.org/index.php/%C3%89volut ion_du_crit%C3%A8re_de_comp%C3%A9tence_du_juge_administratif_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/%C3%89volut ion_du_crit%C3%A8re_de_comp%C3%A9tence_du_juge_administratif_(fr))> (last visited on 16/3/ 2018).

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

پژوهشگاه قوه قضائیه*

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 قضائیه، 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 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.

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



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، آورده شده و در قسمت سوم تهاافت در آراء شعب آورده شده است.

۲. تهاافت در آراء شعب

۱.۱. تعلق عنوان «پست» سازمانی به شغل مربی پیش‌دبستانی (تبدیل وضعیت)

در موضوع تعلق عنوان «پست» سازمانی مذکور در ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری به شغل مربی پیش‌دبستانی و تبدیل وضعیت از شرکتی به قرارداد کار معین از مطالعه چهار دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۵/۱۲^۱ دادنامه مورخ ۹۳/۴/۱۱^۲، دادنامه مورخ ۹۳/۲/۱۵^۳) و ۶ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۵/۴^۴) دیوان عدالت اداری، تهاافت دریافت می‌شود. در دادنامه صادره از شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، در ضمن استدلال برای نقض دادنامه شعبه ۹ بدوی، شعبه تجدیدنظر، شغل مربی پیش‌دبستانی را «پست» سازمانی و در نتیجه، مشمول حکم ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری ندانسته است و بر این اساس تبدیل وضعیت از شرکتی به قرارداد کار معین موضوع حکم ماده ۳۲ را منتفی دانسته است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر، استناد

۱. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۵۳۷، مورخ ۹۳/۵/۱۲، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SmVXXWE9vRU5Rmc9>

۲. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۱۶، مورخ ۹۳/۴/۱۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=clVadTh3Njk4MUE9>

۳. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۱۲۳، مورخ ۹۳/۲/۱۵، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=YzJkd2RPOHdzSGc9>

۴. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۱۰۷، مورخ ۹۳/۵/۴، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=aXl1UDczeS85REE9>

به حکم ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، مبین تلقی نمودن شغل مربی پیش‌دبستانی به‌عنوان مصداق «پست» سازمانی می‌باشد.

به‌علاوه در دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ و ۹۳/۴/۱۱، به تلقی از پست مربی پیش‌دبستانی، به پست غیرحجمی و غیرخدماتی، که امکان قانونی بکارگیری فرد به‌نحو شرکتی را منتفی می‌سازد، نیز تصریح شده است.

۲.۲. تغییر محل جغرافیایی خدمت

در موضوع تغییر محل جغرافیایی خدمت بدون رضایت مستخدم، در پنج دادنامه از شعب ۶ تجدیدنظر،^۱ ۴، ۹، ۱۹^۲ و ۲۱^۳ دیوان عدالت اداری، تهافت مشاهده می‌شود. به این نحو که در سه دادنامه صادره از شعبه ۴ (به‌طور غیرمستقیم) و شعب ۶ تجدیدنظر، ۱۹ و ۲۱ (به‌طورمستقیم) تلقی از تغییر محل خدمت بدون رضایت مستخدم به‌عنوان نوعی مجازات و ممنوعیت اِعمال آن بدون ارتکاب تخلف از جانب کارمند تأکید شده است؛ درحالی‌که در دادنامه صادره از شعبه ۹ تغییر محل خدمت کارمند بدون رضایت مستخدم، به استناد تعهدی که کارمند مبنی بر خدمت در محل مورد نظر اداره در بدو استخدام می‌دهد، در فرض عدم ارتکاب تخلف نیز در صلاحیت قانونی اداره دانسته شده است. بر این اساس در این دادنامه «تغییر محل خدمت» از «تعیین محل خدمت»، موضوع ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری تفکیک نشده است. در رویه شعب ۴، ۱۹ و ۲۱، «تغییر

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۱۲۱، مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۱، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgment.aspx?id=eDRYSXVmRWVOS0E9>

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۲۲۱۴، مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۲، شعبه ۴ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۲۴۷.

۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۹۰۲۹۲۷، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۹، شعبه ۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۷ - ۳۳۸.

۴. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۴۸۵۰، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۴، شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۸.

۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۱۰۲۵۰۵، مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۵، شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۲۳۶.

محل جغرافیایی خدمت» در مقابل «انتقال» به عنوان مجازات تلقی شده و در فرض عدم تصریح نیز متضمن معنای عدم رضایت می باشد. قابل ذکر آنکه دادنامه صادره از شعبه ۶ تجدیدنظر در مقام رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه صادره از شعبه ۴۲ صادر شده است و رأی شعبه مبنی بر مجازات تلقی نمودن تغییر محل خدمت بدون رضایت کارمند را تأیید کرده است.

۳.۲. احتساب حقوق سنوات ارفاقی در مستمری بازنشستگی

در موضوع احتساب سنوات ارفاقی به عنوان «آخرین دو سال پرداخت حق بیمه» موضوع ماده ۷۷ قانون تأمین اجتماعی و احتساب میانگین آن در مستمری، از مطالعه شانزده دادنامه از شعب ۱ تشخیص^۱، ۲ تشخیص^۲، ۳ (بدوی)^۳، ۴ تجدیدنظر^۴، ۵ دادنامه مورخ ۹۳/۱/۲۷، دادنامه مورخ ۹۳/۳/۲۰^۶، دادنامه مورخ ۹۳/۴/۲۹^۷، دادنامه مورخ ۹۳/۵/۲۹^۸،

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۰۷۲، مورخ ۱۳۹۱/۲/۳۰، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=MHJK eU8rMk9YcFU9>

۲. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۲۰۰۰۲۰۶، مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۵، شعبه ۲ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، صص ۳۹۵ - ۳۹۶.

۳. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۴۴۹، مورخ ۹۲/۲/۲۲، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۳۶.

۴. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۰۹۵، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۸، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۱۹.

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۴۶، مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=YWVxZWlBUFPcBUk9>

۶. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۳۷۵، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TE13czZ5NmFneFE9>

۷. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۶۸۸، مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۹، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=YllHL3N3ekFqeTA9>

۸. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۹۰۸، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eGg2NktTMFpvnUE9>

۱۱، ۱۲ (دادنامه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۳ و دادنامه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳)، ۱۶، ۱۷ (دادنامه مورخ ۹۰/۱۱/۳۰ و دادنامه مورخ ۹۱/۱۰/۲)، ۲۵، ۲۹^۶، دیوان عدالت اداری، تهاقت مشاهده می‌شود. به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعب ۲ تشخیص، ۴^۹ تجدیدنظر، ۱۲ و ۱۷ دیوان مزبور، سنوات ارفاقی به‌عنوان آخرین دو سال بیمه‌پردازی تلقی شده است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تشخیص، ۳ تجدیدنظر، ۳ (بدوی)، ۱۱، ۱۶، ۲۵ و ۲۹ احتساب سنوات ارفاقی به‌عنوان دو سال آخر بیمه‌پردازی غیرقانونی دانسته شده است.

در دادنامه صادره از شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، با استناد به تفسیر مجلس از ماده ۷۷ قانون تأمین اجتماعی، سنوات ارفاقی به‌عنوان آخرین دو سال بیمه‌پردازی تلقی شده و میانگین حقوق دو سال آخر سنوات ارفاقی، مبنای محاسبه مستمری بازنشستگی تلقی شده است؛ درحالی‌که در دادنامه صادره از شعبه ۱ تشخیص، با این استدلال که در سنوات ارفاقی حقوق اشتغال پرداخت

۱. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۱۰۰۱۸۱، مورخ ۹۲/۲/۱۴، شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۳۶.
۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۲۰۲۴۹۵، مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۳، شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۸۱.
۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۲۰۲۶۷۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳، شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۱.
۴. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۶۰۰۰۵۳، مورخ ۹۲/۱/۱۹، شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۴.
۵. شماره دادنامه: ۳۳۷۵، مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۹۵.
۶. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۲۸۱۶، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۳۱.
۷. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۳۶۳۴، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۸، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۴۳۷ - ۴۳۸.
۸. شماره دادنامه: -----، مورخ ---/---/---، شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۱۹.
۹. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۲۰۰۰۲۰۶، مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۵، شعبه ۲ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۹۵ - ۳۹۶.

نمی‌شود، احتساب سنوات ارفاقی را به‌عنوان دو سال آخر بیمه‌پردازی موضوع ماده ۷۷ قانون تأمین اجتماعی نپذیرفته است.

۴.۲. پرداخت هزینه انتقال صندوق بازنشستگی

در موضوع پرداخت هزینه انتقال صندوق بازنشستگی، توسط مستخدم یا وزارتخانه (وزارت ارتباطات)، در فرض واگذاری شرکت دولتی (شرکت مخابرات) به بخش خصوصی، موضوع ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، در چهار دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر (رأی مورخ ۹۳/۱/۳۰^۱ و رأی مورخ ۹۳/۳/۲۱^۲) و ۱ تشخیص (دادنامه مورخ ۹۱/۱۱/۱۴^۳ و دادنامه مورخ ۹۱/۱۲/۲۷^۴) دیوان عدالت اداری تهافت مشاهده می‌شود. به‌نظر می‌رسد این تهافت ناشی از تفاوت در تفسیر بند (د) ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری ناظر بر این موضوع باشد. به این نحو که در دادنامه صادره از شعبه ۴ تجدیدنظر مورخ ۹۳/۱/۳۰، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۳۳) ناظر بر تلقی از وضعیت کارمندان و بازنشستگان شرکت مخابرات به‌عنوان مصداق بند (د) ماده ۲۱، تأیید شده و حکم به پرداخت هزینه جابجایی صندوق از طرف وزارت ارتباطات صادر شده است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تشخیص و ۴ تجدیدنظر (مورخ ۹۳/۳/۲۱)، ضمن تفکیک میان واگذاری «وظایف دستگاه» و «انتقال یا واگذاری سهام» وضعیت شرکت مخابرات انتقال سهام شناخته شده و بر این اساس وضعیت از مصادیق بند (د) ماده ۲۱ خارج دانسته شده و حکم به پرداخت هزینه جابجایی صندوق از جانب کارمند (یا بازنشسته)

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۷۲، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SUxoa2xwa2s2SjA9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۴۰۰، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۱، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=U05DcG5GZXB2K0k9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۷۵۹، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۴، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=OElib1dxc3VhVDA9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۹۰۵، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۷، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=U0ITWU5WG5SHUms9>

صادر شده است. قابل ذکر آنکه صدور آراء متهاافت پیش گفته از شعبه ۴ تجدیدنظر به فاصله دو ماه انجام شده است. به علاوه، تفکیک پیش گفته در دادنامه‌هایی صادره از شعبه ۲۵ (دادنامه مورخ آبان ۹۱^۱ و ۹۲/۱/۲۶^۲)، نیز قابل مشاهده است که در این دادنامه‌ها نیز انتقال سهام از مصادیق حکم ماده ۲۱ دانسته نشده است.

۵.۲. تأثیر عدم تأمین اعتبار بر حقوق مکتسبه

در موضوع تأثیر عدم تأمین اعتبار در حقوق مکتسبه و امکان الزام به پرداخت، از مطالعه دو دادنامه از شعب ۵^۳ تجدیدنظر و ۲^۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه صادره از شعبه ۵ تجدیدنظر، در دعوایی ناظر بر پرداخت حق بیمه جانبازان، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۱۷) مبنی بر مؤثر نبودن عدم تأمین اعتبار در اسقاط حقوق مکتسبه، تأیید شده است؛ در حالی که در دادنامه صادره از شعبه ۲ تجدیدنظر، استدلال شعبه بدوی (شعبه ۲۳) مبنی بر مؤثر نبودن عدم تأمین اعتبار در اسقاط حقوق مکتسبه و در نتیجه الزام خواننده به پرداخت حقوق مکتسبه را نپذیرفته است. به علاوه، استدلال شعبه ۵ تجدیدنظر در دادنامه‌های متعددی از دیوان عدالت اداری (شعب ۳،^۵ ۵،^۶ ۱۰،^۷

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۲۶۵۲، مورخ -----، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۳۰.

۲. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۰۰۲، مورخ ۹۲/۱/۲۶، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۵.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۴۰۲، مورخ ۱۳۹۳/۴/۴، شعبه ۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=NHZN eFk3OGxQTEEE9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۲۰۰۱۸۶، مورخ ۹۳/۶/۸، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QzdSS mJtTzNtRDg9>

۵. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۱۰۵۹، مورخ ۹۲/۴/۳۱، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۸۹.

۶. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۰۰۵۰۰۶۰۱، مورخ ۹۲/۳/۱۱، شعبه ۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۸۲.

۷. کلاس پرونده: ۹۰۳۲۸۷/۹۰/۱۰، شعبه ۱۰ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، اداره انتشار رویه قضایی کشور (مهر ۹۱)، صص ۱۳ - ۱۴.

۱۶ و ۲۶) قابل مشاهده است.

قابل ذکر آنکه نقض دادنامه بدوی شعبه ۲۳ در شعبه ۲ تجدیدنظر، علی‌رغم استناد هر دو دادنامه به رأی وحدت‌رویه شماره ۳۴ (مورخ ۱/۲۸/۹۱)، حاکی از مبهم بودن نحوه انشای رأی وحدت‌رویه و برداشت از عبارت «در حد اعتبارات مصوب» است. به‌نظر می‌رسد دادنامه صادره از شعبه ۲ تجدیدنظر در برداشت از رأی وحدت‌رویه پیش‌گفته، عدم تأمین اعتبار در موضوع فوق‌العاده خاص کارکنان سازمان انتقال خون و پزشکی قانونی را متمایز از حکم کلی و موجبی در انتفای الزام به پرداخت دانسته است. این استدلال در دو دادنامه دیگر از شعبه ۲ تجدیدنظر، صادره در شش ماه دوم سال ۹۳ (دادنامه مورخ ۹۳/۱۲/۲۴ و دادنامه مورخ ۹۳/۹/۲۹)^۵ نیز قابل مشاهده می‌باشد.

۶.۲. تأثیر تمدید قرارداد کار در دائمی تلقی شدن قرارداد موقت

در موضوع تأثیر تمدید قرارداد موقت بر دائمی تلقی شدن قرارداد از مطالعه دو دادنامه از شعب ۴ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۲/۷ و دادنامه مورخ ۹۳/۲/۲۷)^۶ دیوان عدالت اداری مسامحتاً تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در

۱. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۶۰۰۷۸۸، مورخ ۹۲/۴/۳۱، شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، صص ۲۴۹ - ۲۵۰.

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۲۶۳۷، شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، اداره انتشار رویه قضایی کشور (آبان ۹۱)، ص ۷۹.

3. <https://divan-edalat.ir/show.php?page=ahoshow&id=8984>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۹۶۷، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۴، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WjFLV EZUeDg5RFE9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۵۷۹، مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۹، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Mm9TRWNzbUc5Nk09>

۶. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۱۱۶، مورخ ۱۳۹۳/۲/۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TIRtbDh3ZVZQbGs9>

۷. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۱۶۰، مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۷، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری. <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=c01qWklrMXM5MWc9>

دادنامه مورخ ۹۳/۲/۲۷، تمدید طی سالیان متمادی (۲۰ سال) و بدون تغییر، اماره‌ای در دائمی تلقی شدن قرارداد دانسته شده است درحالی‌که در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۲/۷، با استناد به رأی وحدت‌رویه شماره ۴۱ (مورخ ۸۲/۱۰/۱۴) تمدید قرارداد موجبی در دائمی تلقی شدن آن دانسته نشده است. از نحوه انشای دادنامه مورخ ۹۳/۲/۷، روشن است که تمدید قرارداد ناظر بر سالیان متمادی نبوده است و مورد از جهت تفاوت در سالیان تمدید قرارداد، تهافت در رویه ناظر بر موضوع واحد را ایجاد نمی‌کند اما به جهت اهمیت مورد در اینجا ذکر شده است.

۷.۲. انتقال صندوق کارکنان شرکت مخابرات

در موضوع تکلیف پرداخت هزینه انتقال صندوق کارمندان شرکت مخابرات از مطالعه دو دادنامه از شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری (دادنامه مورخ ۹۳/۱/۳۰ و دادنامه مورخ ۹۳/۳/۲۱)^۱ تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۱/۳۰، پرداخت هزینه جابجایی صندوق بر عهده دولت دانسته شده است؛ درحالی‌که در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۳/۲۱، پرداخت هزینه جابجایی به عهده کارمند دانسته شده است. از مطالعه دادنامه‌ها روشن می‌گردد که تهافت پیش‌گفته عمدتاً ناظر بر برداشت‌های متفاوت از واگذاری شرکت مخابرات و نظام حقوقی حاکم بر این واگذاری می‌باشد. در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۱/۳۰، واگذاری شرکت مخابرات مصداق بند (د) ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری و اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته شده است. بر این اساس دولت متعهد به پرداخت هزینه جابجایی شده است؛ درحالی‌که در دادنامه صادره مورخ ۹۳/۳/۲۱، واگذاری شرکت مخابرات مصداق تبصره یک ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۷۲، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SUxoa2xwa2s2SjA9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۴۰۰، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۱، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=U05DcG5GZXB2K0k9>

دانسته شده و بر این اساس پرداخت هزینه جابجایی صندوق از ناحیه دولت منتفی دانسته شده است.

قابل ذکر آنکه رویه‌ای مرتبط با این مورد در دو دادنامه صادره از شعبه ۲۵ دیوان ناظر بر تفکیک «واگذاری تمام یا بخشی از وظایف» از «خصوصی‌سازی ناشی از اصل ۴۴» در استخراج رویه شش ماه اول ۹۲ نیز قابل مشاهده است.^۲

۸.۲. صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی ناظر بر پرداخت بهای روز اراضی

در موضوع صلاحیت دیوان نسبت به رسیدگی به دعاوی به خواسته پرداخت بهای روز اراضی از مطالعه دو دادنامه از شعب ۳ تشخیص و ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه صادره از شعبه ۳ تشخیص با استناد به تبصره ذیل ماده ۱۳ قانون سابق دیوان عدالت اداری (مصوب ۸۵)، موضوع را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانسته و دادنامه بدوی صادره از شعبه ۷ دیوان، مبنی بر عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به این خواسته را نقض نموده است؛ درحالی‌که در دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر، خواسته پرداخت بهاء را از مصادیق «تعیین خسارت» تلقی کرده و با استناد به تبصره یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۹۲) موضوع را خارج از صلاحیت دیوان دانسته است.

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۲۶۵۲، مورخ: ———، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی

شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۳۰؛ شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۰۰۲، مورخ ۹۲/۱/۲۶.

شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۵.

۲. نک: مارال بردبار، رویه در شعب دیوان عدالت اداری (شش ماه نخست سال ۱۳۹۲)، ص ۵۱، مورد ۱- ۷۸- انتقال صندوق بازنشستگی.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۲۶۱، مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۸، شعبه ۳ تشخیص دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ZFloOEUYK115TkE9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۳۰۰۳۲۷، مورخ ۱۳۹۳/۴/۷، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cEEzV3R6bG1OU0U9>

۹.۲. تبدیل بازنشستگی عادی به بازنشستگی مشاغل سخت و

زیان‌آور

در موضوع تبدیل بازنشستگی عادی به بازنشستگی مشاغل سخت و زیان‌آور و برخورداری از امتیازات آن، از مطالعه ده دادنامه صادره از شعب ۱، ۳، ۴ تجدیدنظر^۳، ۱۱^۴، ۱۶^۵، ۱۷ (دادنامه مورخ--/۸/۹۱^۵، دادنامه مورخ --/۹۱/۷^۶، دادنامه مورخ ۵/۱۰/۹۱^۷، دادنامه مورخ ۲۶/۱۲/۹۱^۸)، ۲۰^۹ و ۲۵^{۱۰} دیوان عدالت اداری تهاافت دریافت می‌شود. به این ترتیب که دادنامه‌های صادره از شعب ۳، ۱۱، ۱۷ و ۲۵ با استدلالی مشابه بازنشستگی در قالب بازنشستگی مشاغل سخت و زیان‌آور حق مکتسبه تلقی شده و با تصریح به زایل نشدن آن در اثر بازنشستگی عادی، خواهان در خواسته تبدیل بازنشستگی عادی به بازنشستگی سخت و زیان‌آور ذی حق دانسته شده است؛ همچنین این رویه در دادنامه‌های صادره در

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲۶۵۱، مورخ --/۸/۱۳۹۱، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۱۵.
۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۱۷۲، مورخ ۲۷/۲/۱۳۹۳، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Y0dMWVWxcFVPLzQ9>
۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۱۰۲۸۷۵، مورخ ۵/۱۲/۱۳۹۱، شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۰۸.
۴. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۶۰۲۸۶۳، مورخ ۶/۱۰/۱۳۹۱، شعبه ۱۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۴۳.
۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۲۲۳۱، مورخ --/۸/۱۳۹۱، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۱۵.
۶. کلاس پرونده: ۹۱۰۳۲/۱۷/۹۱، مورخ --/۷/۹۱، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۱۱.
۷. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۲۸۵۷، مورخ ۵/۱۰/۱۳۹۱، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۴۳.
۸. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۲۷۰۶، مورخ ۲۶/۱۲/۱۳۹۱، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۰۶.
۹. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۰۰۳۲۸۹، مورخ ۲۴/۱۱/۱۳۹۱، شعبه ۲۰ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۸۳.
۱۰. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۲۷۰۰، مورخ --/۸/۱۳۹۱، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۸۵.

شش ماه نخست ۹۲ از شعب ۱۹^۱ (به‌نحو مستقیم) و ۱۷^۲ (به‌نحو غیرمستقیم و به‌عنوان شناسایی بازنشستگی سخت و زیان‌آور به‌عنوان حقوق مکتسبه) نیز مشاهده می‌شود؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱۶ و ۲۰ بازنشستگی عادی (قبلی) خواهان موجب انتفای حق خواهان در تبدیل بازنشستگی دانسته شده و خواهان در خواسته تبدیل بازنشستگی عادی به بازنشستگی سخت و زیان‌آور ذی‌حق دانسته نشده است. بر این اساس در برخی دادنامه‌ها بازنشستگی عادی مانع تبدیل بازنشستگی به بازنشستگی سخت و زیان‌آور نبوده و در برخی دیگر بازنشستگی عادی موجب از بین رفتن حق خواهان در بازنشستگی مشاغل سخت و زیان‌آور اعلام شده است.

در دادنامه‌های صادره از شعب ۴ تجدیدنظر (مورخ ۹۳/۴/۱۰)^۳ و ۲۵ در فرضی که شغل بعداً به‌عنوان سخت و زیان‌آور شناخته شود (یعنی در زمان بازنشستگی در عداد این‌دست مشاغل نبوده است) نیز به‌عنوان مبنایی برای تبدیل بازنشستگی و صدور حکم جدید در نظر گرفته شده است. در دادنامه دیگری صادره از شعبه ۱۷ مورخ ۹۱/۱۲/۲۶، ضمن تصریح به رأی شماره ۴- ۸۸/۱/۱۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با این استدلال که «... بازنشسته شدن فرد ولو با تقاضای خود، به‌صورت عادی، نمی‌تواند حق مکتسبه وی را در زمان اشتغال تضییع کند...» رأی به ورود شکایت، اصلاح حکم و تبدیل بازنشستگی صادر شده است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱۶ و ۲۰، بازنشستگی از مشاغل سخت و زیان‌آور مخصوص افراد شاغل دانسته شده و بازنشستگی عادی (قبلی) خواهان و در نتیجه، عدم اشتغال وی مبنای بی‌حقی خواهان در تبدیل بازنشستگی دانسته شده است. به‌موجب آنچه آمد باید گفت در

۱. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۰۳۸۴، مورخ ۹۲/۲/۱۱، شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، صص ۶۳ - ۶۴.

۲. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۰۳۵۱، مورخ ۹۲/۲/۷، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۶۵.

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۵۵۴، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

تلقی از بازنشستگی سخت و زبان‌آور به‌عنوان حق مکتسبه و عدم تأثیر مرور زمان یا بازنشستگی عادی در بقای آن، میان دادنامه‌های صادره از شعب دیوان عدالت اداری تهافت مشاهده می‌شود.^۱

۱۰۲. ملاک احراز صلاحیت دیوان از جهت دولتی بودن خواننده

در موضوع ملاک احراز صلاحیت دیوان از جهت دولتی بودن خواننده، در سه دادنامه از شعب^۲ تجدیدنظر و^۳ تشخیص دیوان عدالت اداری و شعبه^۴ ۱۸ دیوان عالی کشور، تهافت مشاهده می‌شود. به این نحو که در دادنامه صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان، ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه صادره از شعبه ۲۱، استدلال شعبه بدوی مبنی بر اینکه ملاک در احراز صلاحیت دیوان، دولتی یا غیردولتی بودن خواننده در زمان وقوع موضوع مورد اختلاف (اخراج) می‌باشد و نه تقدیم دادخواست را نپذیرفته ضمن نقض دادنامه بدوی، ملاک را تاریخ تقدیم دادخواست اعلام نموده است. به همین ترتیب در دادنامه صادره از شعبه ۱ تشخیص نیز ملاک، زمان تقدیم دادخواست اعلام شده است؛ درحالی که در دادنامه صادره از شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور، ملاک صلاحیت دیوان عدالت اداری، تاریخ وقوع موضوع مورد اختلاف (بازنشستگی)، دانسته شده است و نه تاریخ تقدیم دادخواست. شعبه ۱۸ دیوان عالی با این استدلال که: «... در زمان بازنشستگی شرکت خواننده دولتی بوده است. ..» موضوع را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانسته است.

۱. در موضوع تأثیر مرور زمان بر تبدیل بازنشستگی نک: مارال بردبار، پیشین، ص ۱۳.

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۷۸۶، مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cjBtT0ExaWd1Ync9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۱۲۱، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۸، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=R1I1RUUwQ0lkV3M9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۰۰۹، مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۰، شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=S1BNQ2x4OHZnQWc9>

۱۱.۲. مبنای محاسبه حق بیمه سال‌های گذشته

در مطالعه سه دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^۱ ۱۷ و ۲۵ دیوان عدالت اداری، در موضوع مبنای محاسبه حق بیمه مربوط به سنوات گذشته، برای پرداخت فعلی آن‌ها، تهاقت مشاهده می‌شود. به این نحو که در دادنامه شعبه ۱۷ ملاک محاسبه حق بیمه را نرخ زمان اشتغال دانسته است. به همین نحو دادنامه صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر در تأیید دادنامه بدوی صادره از شعبه ۱۵ دیوان، محاسبه حق بیمه بر مبنای نرخ زمان اشتغال را تأیید نموده است؛ درحالی که در دادنامه شعبه ۲۵،^۲ با استناد به دادنامه شماره ۱۹ مورخ ۹۱/۱/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصریح نموده که: «... سازمان تأمین اجتماعی تکلیفی بر محاسبه و وصول حق بیمه براساس حقوق و دستمزد زمان اشتغال بیمه‌شده ندارد...»

۱۲.۲. استناد به عدم ممانعت شهرداری از احداث بنای غیرمجاز

در موضوع استناد به عدم ممانعت شهرداری از احداث بنای غیرمجاز، از مطالعه چهار دادنامه از شعب ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۳/۲۴ و دادنامه مورخ ۹۳/۶/۳۰)،^۳ ۱ تشخیص^۴ و ۴ تجدیدنظر^۵ دیوان عدالت اداری مسامحتاً و

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۸۱۸، مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=bXZIOGdsY0tHUWs9>

۲. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۱۷۰۰۵۸۴، مورخ ۹۲/۲/۲۸، شعبه ۱۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۱.

۳. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۲۵۰۰۹۱۱، مورخ ۹۲/۴/۱۸، شعبه ۲۵ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۲۴۵.

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۲۸۱، مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۴، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=cFBtOFBDWjIOS3M9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۶۶۲، مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ekVHd3hsNUZOdWs9>

۶. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۸۸۴، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ص ۴۱۱ - ۴۱۲.

۷. شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۹۲۲، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۹، شعبه ۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۴۱.

به‌نحو ضمنی تهافت مشاهده می‌شود. به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تشخیص، ۴ تجدیدنظر و ۳ تجدیدنظر دیوان مزبور (مورخ ۹۳/۶/۳۰) عدم ممانعت شهرداری از احداث بنای فاقد یا مغایر مفاد پروانه، موجبی در ایجاد حق در خواسته ابطال رأی تخریب بنا، صادره از کمیسیون ماده، ۱۰۰ دانسته نشده است. به همین ترتیب در دادنامه صادره از شعبه ۴ تجدیدنظر در ضمن استدلال برای رد خواسته، کوتاهی شهرداری در جلوگیری از تخلف، موجبی در ایجاد حق دانسته نشده است؛ درحالی‌که دادنامه دیگر صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر (مورخ ۹۳/۳/۲۴) ناظر بر رسیدگی به اعتراض به دادنامه بدوی شعبه ۳۳ دیوان، استناد شعبه بدوی به عدم ممانعت شهرداری از احداث بنا در نقض حکم تخریب بنا، را مسامحتاً و به‌نحو ضمنی، قابل قبول دانسته است.

۱۳.۲. خواننده در دعاوی علیه کمیسیون ماده ۱۶ قانون تسهیلات

استخدامی و اجتماعی جانبازان (شخصیت حقوقی کمیسیون)

در موضوع خواننده واقع شدن بنیاد شهید در دعاوی علیه کمیسیون ماده ۱۶، از مطالعه دو دادنامه از شعب ۱۲ تجدیدنظر، ۲۶ دیوان عدالت اداری تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که علی‌رغم تصریح هر دو دادنامه به شخصیت حقوقی مستقل کمیسیون، در دادنامه صادره از شعبه ۲ تجدیدنظر ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی صادره از شعبه ۲۵، با این استدلال که کمیسیون جزء ساختار اجرایی بنیاد می‌باشد، طرح دعوا علیه آراء کمیسیون به طرفیت بنیاد شهید بدون ذکر نام کمیسیون قابل قبول دانسته شده است؛ درحالی‌که دادنامه صادره از شعبه ۲۶ با این استدلال که کمیسیون ماده ۱۶ دارای شخصیت حقوقی مستقل است طرح دعوا به طرفیت بنیاد شهید را موجبی در عدم توجه دعوا و صدور قرار «رد شکایت» دانسته است.

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۰۰۵۲، مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۸، شعبه ۲ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WnNIZFB2UHH3dnM9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۳۰۶۶، مورخ ۱۳۹۱/۹/۸، شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=OXYzR25OVzhtV0U9>

۱۴.۲. صلاحیت دیوان در رسیدگی به اعتراض از تصمیمات شورای

تأمین شهرستان در موضوع تابعیت

در موضوع صلاحیت دیوان نسبت به رسیدگی به اعتراض از تصمیمات شورای تأمین شهرستان در موضوع تابعیت، از مطالعه دادنامه‌های صادره از شعب ۱^۱ تجدیدنظر، ۱^۲ تشخیص و ۲۶ (دادنامه مورخ ۹۱/۱۰/۲^۳ و دادنامه مورخ ۹۱/۱۲/۵^۴) دیوان عدالت اداری و شعب ۱۰ (دادنامه مورخ ۹۲/۷/۶^۵ و دادنامه مورخ ۹۲/۱/۲۸^۶)، ۱۲^۷ و ۲۵ (دادنامه مورخ ۹۲/۸/۴^۸، دادنامه مورخ ۹۲/۲/۳^۹) دیوان عالی کشور تهاافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعبه ۲۶ رسیدگی به اعتراض به تصمیمات شورای تأمین شهرستان در صلاحیت دادگاه عمومی دانسته شده است درحالی‌که دادنامه‌های صادره از شعبه ۱ تجدیدنظر و شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری، موضوع را در صلاحیت دیوان عدالت اداری

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۰۲۴، مورخ ۱۳۹۳/۱/۱۹، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eUIEM E1NakpRZkk9>
۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۰۸۱۰، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۴۰۹.
۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۳۳۳۲، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲، شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۰۹.
۴. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۴۱۲۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۵، شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۵۵۶.
۵. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۰۴۳۵، مورخ ۱۳۹۲/۷/۶، شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UUw4 MGFpcUhhMG89>
۶. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۰۰۵۲، مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۸، شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WTBE V1UzR3FScIU9>
۷. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۰۵۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰، شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=QnR2S 2VDWXR3VzQ9>
۸. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۰۳۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۸/۴، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=T3pVR S9xS05wRkE9>
۹. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۰۵۲، مورخ ۱۳۹۲/۲/۳، شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=bHkrT TZDWldvdXc9>

دانسته‌اند. به‌علاوه، در دادنامه‌های صادره از شعب ۱۰، ۱۲ و ۲۵ دیوان عالی کشور رسیدگی به اعتراض به آراء شورای تأمین شهرستان، در موضوع تابعیت، در صلاحیت هیأت حل اختلاف ماده ۳ قانون ثبت احوال بیان شده است. به‌نظر می‌رسد تهافت پیش گفته تا حدی ناشی از برداشتهای متفاوت و عدم وضوح رأی وحدت‌رویه شماره ۶۵۸ می‌باشد.

۱۵.۲. حداکثر سن قانونی در استخدام پیمانی

در موضوع حداکثر سن قانونی در استخدام پیمانی، از مطالعه سه دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^۱ ۲۳ و ۲۷ دیوان عدالت اداری تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تجدیدنظر و ۳ دیوان عدالت اداری، سابقه خدمت (قراردادی یا سربازی) از مازاد بر ۶۵ سال (حداکثر سن بعد از ۳۰ سال خدمت) کسر می‌شود درحالی‌که در دادنامه صادره از شعبه ۲۷ این رویه فاقد توجیه قانونی دانسته شده است. در دادنامه صادره از شعبه ۲۷، احتساب سابقه خدمت صرفاً در پایه و بازنشستگی مؤثر دانسته شده و کسر آن از مازاد سن، قانونی دانسته نشده است.

۱۶.۲. دستور موقت تخلیه خانه سازمانی

در موضوع صدور دستور موقت ناظر بر توقف تخلیه خانه سازمانی، از مطالعه ۵ دادنامه از شعب ۱ تجدیدنظر،^۴ ۱^۵ (بدوی)،

۱. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۴۱۰، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TktDm54THMzN2c9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۸۱۶، مورخ ۱۳۹۲/۴/۱، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=VTF2dTlrd1NIUW89>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۷۰۲۵۰۸، مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳، شعبه ۲۷ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=R0pXNG43M01FdU09>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۰۵۵، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۱، شعبه ۱ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ZEpYcIJJoU3VmMIU9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۱۱۴، مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۴، شعبه ۱ دیوان عدالت اداری.

۵، ۶^۱ و ۸ دیوان عدالت اداری تهافت دریافت می‌شود. به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تجدیدنظر، ۱ و ۵، عملیات تخلیه خانه سازمانی، حائز شرایط دستور موقت دانسته نشده است و بر این اساس در هر سه دادنامه، با این استدلال که مورد (عملیات تخلیه) موجب ضرری که در آینده قابل جبران نباشد نیست و توقف آن ضرورت و فوریت ندارد، قرار «رد درخواست» دستور موقت صادر شده است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادر از شعب ۶ و ۸ دیوان عدالت اداری، توقف عملیات تخلیه خانه سازمانی حائز شرایط دستور موقت از جهت تعسر در جبران و فوریت و ضرورت دانسته شده است.

۱۷.۲. توقف ابطال تصمیم کمیسیون ماده ۷۷ بر ابطال قبلی مصوبه شورای شهر در آن موضوع

در موضوع ابطال تصمیم کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، در مطالعه شش دادنامه از شعب ۱ تشخیص، ۳^۴ تجدیدنظر، ۵^۵ (دادنامه مورخ ۹۱/۱۱/۲۹)^۶ و دادنامه

→ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=eGRxYzVWNk1IRDg9>

۱. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۰۲۰۲۵، مورخ ۱۳۹۱/۸/۱۶، شعبه ۵ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=STdNZ0hURVvk5WEE9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۰۲۸۴۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۶، شعبه ۶ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SWpySERFUWVBbjQ9>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۰۲۱۱۴، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸، شعبه ۸ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=SHZKSzdBWk5PcFk9>

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۱۷۶، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=ZEpyZUklTcTlMaWM9>

۵. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۳۸۵، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۵، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری،

مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۶۳.

۶. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۴۷۵۷، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۹، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه

آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۹۶.

مورخ ۹۱/۱۲/۵^۱، ۲۹ (دادنامه مورخ ۹۱/۱۱/۲۸ و دادنامه مورخ ۹۱/۱۲/۵) تهافت دریافت می‌شود.

به این نحو که در دادنامه‌های صادره از شعب ۳ تجدیدنظر و ۲۸ (هر دو دادنامه)، ابطال تصمیم کمیسیون بدون نیاز به ابطال مصوبه شورا ممکن دانسته شده است. در این دادنامه‌ها با استناد به اول، رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این موضوع و دوم، ابطال سایر مصوبات شوراهای اسلامی مختلف در این موضوع، بدون نیاز به نقض پیش‌بینی مصوبه شورای شهر موضوع پرونده، که مورد استناد کمیسیون واقع شده است، رأی به وارد بودن خواسته و ابطال رأی کمیسیون صادر نموده است؛ در حالی که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تشخیص و ۲۹، ابطال تصمیم کمیسیون، متوقف بر ابطال پیش‌بینی مصوبه آن شورای شهر خاص دانسته شده است؛ به این معنا که در برخی دادنامه‌ها صرف وجود سوابق ابطال این دست مصوبات شوراها و وجود رأی هیأت عمومی مبنی بر غیرقانونی بودن اخذ آن نوع عوارض، در ابطال تصمیم کمیسیون که مبتنی بر مصوبه شورای شهر در اخذ این عوارض است، کافی دانسته شده اما در دادنامه دیگر، ابطال قبلی مصوبه شورای شهر برای ابطال تصمیم کمیسیون، الزامی دانسته شده است.

۱۸.۲. دستور موقت توقف کسر حقوق و فوق‌العاده شغل

در رسیدگی به خواسته صدور دستور موقت نسبت به اجرای کسر حقوق و فوق‌العاده شغل، از مطالعه سه دادنامه از شعب ۴۶ تجدیدنظر، ۵۲۱

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۴۸۷۱، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۵، شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، صص ۵۳۲ - ۵۳۳.

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۴۶۵۳، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸، شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، ص ۳۹۷.

۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۴۷۷۷، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۵، شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، صص ۵۳۳ - ۵۳۴.

۴. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۶۰۰۲۱۳، مورخ ۱۳۹۳/۶/۹، شعبه ۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=aXc5ZTcwRGRuMVk9>

۵. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۱۰۰۳۲۸، مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۷، شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری.

و ۲۲ دیوان عدالت اداری تهاافت دریافت می‌شود. به‌نحوی که در دادنامه‌های صادره از شعب ۶ تجدیدنظر و ۲۱ دیوان، کسر حقوق و فوق‌العاده شغل، حائز شرایط دستور موقت دانسته شده است؛ درحالی که در دادنامه صادره از شعبه ۲۲، کسر حقوق و فوق‌العاده شغل واجد شرایط دستور موقت دانسته نشده است.

۱۹.۲. صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری در تصدیق خسارت

در موضوع صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی به خواسته تصدیق خسارت، از هفت دادنامه از شعب ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۱۳/۲^۱، دادنامه مورخ ۹۳/۴/۷^۲، دادنامه مورخ ۹۲/۱۰/۱۴^۳، دادنامه مورخ ۹۲/۹/۳۰^۴)، ۱ تشخیص^۵ و ۸ (دادنامه مورخ ۹۰/۱۲/۲۰^۶ و دادنامه مورخ ۹۲/۲/۳۱^۷) دیوان عدالت اداری تهاافت مشاهده می‌شود. به این نحو که در دو دادنامه صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۳/۱۳/۳۰^۸، دادنامه مورخ ۹۳/۴/۷^۹) ناظر بر رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از

→ <http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=T0xHZC9pZDgrQVE9>

۱. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۰۰۶۴، مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱، شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WEZmYVZTZy8wUjA9>

۲. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۰۷۱، مورخ ۱۳۹۳/۱/۳۰، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Mk9rRXhYMTRBRU09>

۳. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۰۳۲۰، مورخ ۱۳۹۳/۴/۷، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

<http://judgements.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=TkxSaERDSWdBQ289>

۴. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۱۰۶، مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۴، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری،

مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۱۳.

۵. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۰۷۷، مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰، شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری،

مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۴۰۴ - ۴۰۵.

۶. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۰۶۴۳، مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲، شعبه ۱ تشخیص دیوان عدالت اداری،

مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۷۲.

۷. شماره دادنامه: ۱۶۲۴، مورخ ۹۰/۱۲/۲۰، شعبه ۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب

دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۳۷۲.

۸. شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۰۳۸۵، مورخ ۱۳۹۲/۲/۳۱، شعبه ۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء

قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، ص ۱۰۳.

دادنامه‌های صادره از شعبه ۷ دیوان، استدلال دادنامه‌های بدوی بر اینکه: «... تصدیق خسارت، مستلزم احراز رابطه سببیت ... می‌باشد که ازجمله امور ترافعی تلقی ... می‌باشد ...» به‌نحو ضمنی تأیید شده است. به‌علاوه، در دادنامه‌های دیگر صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر (دادنامه مورخ ۹۲/۱۰/۱۴، دادنامه مورخ ۹۲/۹/۳۰) با این استدلال که: «... صرف‌نظر از اینکه در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۹۲، تصدیق ورود خسارت در دیوان در ماده ۱۰ پیش‌بینی نشده و قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۸۵ نیز به‌موجب ماده ۱۲۴ قانون مذکور لغو شده ...»، بر عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به خواسته تصدیق خسارت تصریح نموده است؛ به این معنا که صلاحیت پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۰ را منصرف از صلاحیت تصدیق خسارت دانسته است؛ درحالی‌که در دادنامه‌های صادره از شعب ۱ تشخیص و ۸ (هر دو دادنامه)، از ورود شعب به رسیدگی به خواسته تصدیق خسارت، شناسایی ضمنی صلاحیت دریافت می‌شود. با این حال به‌نظر می‌رسد تفاوت در عملکرد دادنامه‌ها به‌جهت تفاوت در قانون حاکم در زمان صدور بوده باشد و مورد تنها جهت اطلاع در این بخش تهافت آورده شده است.

به‌علاوه در دو دادنامه صادره از شعب ۷^۱ و ۸^۲ که دادنامه‌های صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر (پیش‌گفته) در رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از این دادنامه‌ها اصدار یافته‌اند، شعبه با صالح دانستن خود در رسیدگی به خواسته تصدیق خسارت، وارد در رسیدگی شده است. از آنجا که موجبات نقض این دو دادنامه در دادنامه‌های صادره از شعبه ۳ تجدیدنظر علی‌رغم تصریح به عدم پیش‌بینی صلاحیت تصدیق خسارت در قانون جدید، «عدم صلاحیت» نبوده است، به‌نظر می‌رسد هر دو دادنامه در زمان صدور قانون قدیم دیوان صادر شده باشند (تاریخ صدور در دسترس نیست). به‌علاوه به‌جهت نقض هر دو دادنامه در شعبه ۳ تجدیدنظر، این موارد در تهافت ملاک نبوده است.

۱. شماره دادنامه: -----، مورخ ---/---/---، شعبه ۷ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی شعب

دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، صص ۴۱۲ - ۴۱۳.

۲. شماره دادنامه: -----، مورخ ---/---/---، شعبه ۸ دیوان عدالت اداری، مجموعه آراء قضایی

شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۲)، صص ۴۰۴ - ۴۰۵.

گزارش نشست نقد رأی: اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی (نقد رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

پژوهشگاه قوه قضاییه*

به موجب مواد ۱۷۸ تا ۱۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، طرفین دعوی می‌توانند در هر مرحله از دادرسی مدنی، دعوای خود را به سازش خاتمه دهند و مطابق ماده ۱۸۴ همان قانون، دادگاه پس از حصول سازش بین طرفین، به صدور گزارش اصلاحی مبادرت می‌نماید و طبق قانون مفاد سازش‌نامه‌ای که از دادگاه و یا شورای حل اختلاف صادر می‌شود «گزارش اصلاحی» نامیده می‌شود (ماده ۲۵ قانون شوراهای حل اختلاف) و گزارش اصلاحی صادره مانند احکام دادگاه‌ها نسبت به طرفین و وراث و قائم مقام قانونی آنها نافذ و معتبر بوده و به موقع اجرا درمی‌آید.

ممکن است در پاره‌ای از موارد، مفاد گزارش اصلاحی به حقوق شخص ثالث خلل وارد نماید. در چنین مواقعی ثالث چگونه می‌تواند از تضییع حق خود جلوگیری به عمل آورد؟ عده‌ای را عقیده بر این است که چون اعتراض ثالث مطابق ماده ۴۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به آراء پیش‌بینی شده است و گزارش اصلاحی مشمول عنوان رأی نیست، پس اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی قابل تحقق نمی‌باشد و تنها می‌توان از طریق دادخواست نسبت به ابطال آن اقدام نمود. در مقابل، گروهی دیگر معتقدند به ادعای شخص ثالث باید توجه کرد و نمی‌توان به این بهانه که گزارش اصلاحی، رأی نیست ادعای ثالث را نادیده انگاشت زیرا شخص ثالث مدعی است گزارش اصلاحی به حقوق وی خلل وارد نموده و مطابق ماده ۱۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی گزارش اصلاحی مانند احکام دادگاه محسوب شده و اعتراض ثالث نیز نسبت به احکام قطعی دادگاه است و از آنجا که گزارش اصلاحی نیز بسان احکام دادگاه‌ها قطعی است، شخص ثالث

* تهیه شده توسط آقایان مهدی کارچانی و مصطفی عبدالهی، پژوهشگر پژوهشکده حقوق خصوصی پژوهشگاه قوه قضاییه



می‌تواند براساس ملاک ماده ۴۱۷ به آن اعتراض کند؛ وانگهی هیچ دادگاه دیگری نمی‌تواند گزارش اصلاحی و یا حکم دادگاه دیگری را ابطال نماید.

جهت پاسخ به این پرسش‌ها و تحلیل رویه قضایی پیرامون این موضوع، شصت و سومین جلسه نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در روز سه‌شنبه مورخ ۱۳۹۶/۷/۴ در مجتمع امام خمینی با موضوع «اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی» با محوریت نقد آراء دو شعبه ۵۹ و ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران برگزار گردید.

۱. آراء مورد نقد

۱.۱. شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران به شرح شماره دادنامه ۱۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۳۰ در رابطه با دعوای خواهان آقای م.ح. به وکالت از آقای ف.ض. به طرفیت آقایان: الف.د، ع.د، و ح.د، به خواسته اعتراض ثالث و صدور حکم مبنی بر محکومیت خواندگان با ملاحظه محتویات پرونده، موضوع گزارش اصلاحی صادره بین خواندگان ردیف نخست و سوم می‌باشد و گزارش اصلاحی، رأی محسوب نمی‌شود تا موضوع اعتراض ثالث قرار گیرد. بنابراین، دعوای مطرح‌شده قابلیت استماع نداشته و به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر می‌گردد.

با تجدیدنظرخواهی خواهان آقای م.ح. به وکالت از آقای ف.ض.، شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شرح شماره دادنامه ۰۰۵۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۷ با این استدلال که خواهان برخلاف استدلال دادگاه محترم بدوی اولاً، گزارش اصلاحی از مصادیق آراء مرجع قضایی بوده و آثار و نتایج قانونی مترتب بر رأی دادگاه ازجمله مختومه شدن دعوی و خروج پرونده از آمار و تعیین تکلیف دعوای اقامه‌شده را در بردارد؛ ثانیاً، قانون‌گذار به شخص ثالث فاقد سمت در دعوای اصلی و متضرر از نتیجه آن به‌طور اطلاق برابر ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی حق طرح اعتراض به رأی مزبور را اعطاء نموده و فرض ورود ضرر به شخص ثالث در پرتو توافق دو طرف دعوای اصلی و گزارش اصلاحی حاکم بر آنها محتمل می‌باشد.

بنابراین، دادگاه به استناد مواد ۳۵۳ و ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی و بند هـ ماده ۳۴۸ ضمن نقض قرار تجدیدنظرخواسته، پرونده را جهت رسیدگی ماهوی به مرجع بدوی اعاده می‌نماید. (پرونده شماره یک)

۲.۱. شعبه ۸۸ دادگاه عمومی تهران به شرح شماره دادنامه ۷۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۸ راجع به دادخواست خانم‌ها: گ.ش. و الف.ت. با وکالت آقای م.ق. به طرفیت خواندگان: س.د. و م.د. به خواسته اعتراض ثالث به گزارش اصلاحی صادره بین نامبردگان اخیر با توجه به ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض که ثالث، تنها درخصوص آراء محاکم قابلیت طرح و رسیدگی دارد و گزارش اصلاحی ازجمله آراء دادگاه‌ها محسوب نمی‌شود و تنها در مرحله اجرا به مثابه احکام به موقع اجرا گذاشته می‌شود. لذا اعتراض مطروحه، غیروارد، تشخیص و مستند به مواد ۲ و ۴۱۷ قانون مرقوم، قرار رد دعوای مذکور را صادر نموده است.

دادنامه مذکور به شرح شماره دادنامه ۱۳۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۱۵ شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با همان استدلال دادگاه بدوی و اینکه اعتراض ثالث ناظر به احکام قطعی دادگاه است و گزارش اصلاحی متضمن توافق و سازش اصحاب دعوی است که نزد مقام قضایی تنظیم گردیده و چنانچه مخل حقوق اشخاص ثالث باشد، ذی‌نفع می‌تواند تقاضای ابطال آن را نماید، تجدیدنظرخواهی را غیروارد، تشخیص و با توجه به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دادگاه نخستین را تأیید نموده است. (پرونده شماره دو)

پرونده شماره یک

مشخصات رأی بدوی

پرونده کلاسه: ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۷۸۰۰۳۳۶

دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۷۸۰۰۱۴۶

مرجع صدور: شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران

رأی دادگاه بدوی

«درخصوص دادخواست آقای م.ح. به وکالت از آقای ف.ض. به طرفیت: ۱- الف.د؛ ۲-

ع.د؛ ۳- ح.د. به خواسته اعتراض ثالث نسبت به شماره دادنامه ۱۳۸۸/۸/۲۳-۰۸۰۹ شعبه ۱۸

دادگاه حقوقی تهران و متعاقباً صدور حکم مبنی بر محکومیت خواندگان به خلع ید از شش- دانگ سه باب زیرزمین موضوع سند اجاره ... دفتر اسناد رسمی شماره ... تهران با احتساب کلیه خسارات قانونی از جمله هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل دادگاه با ملاحظه محتویات پرونده نظر به اینکه موضوع شماره دادنامه ۰۸۰۹-۱۳۸۸/۸/۲۳ گزارش اصلاحی بین خواندگان ردیف‌های نخست و سوم می‌باشد و گزارش اصلاحی رأی محسوب نمی‌شود تا موضوع اعتراض ثالث قرار گیرد با این وصف، دعای مطرح شده قابلیت استماع نداشته و به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوا صادر اعلام می‌دارد. قرار صادر شده ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض و رسیدگی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان می‌باشد.»

رئیس شعبه ۱۸ دادگاه عمومی و حقوقی تهران

مشخصات رأی تجدیدنظر

پرونده کلاسه: ۹۰۰۹۹۸۰۲۲۷۸۰۰۳۳۶

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۵۸۴

مرجع صدور: شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی دادگاه تجدیدنظر

«درخصوص تجدیدنظرخواهی ف.ض. با وکالت م.ح. به طرفیت: ۱- الف.د؛ ۲- ع.د؛ ۳- ح.د. نسبت به شماره دادنامه ۱۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۲/۳۰ صادره از شعبه محترم ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که براساس آن، قرار رد دعوی تجدیدنظرخواه به طرفیت تجدیدنظرخواندگان، به خواسته اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی شماره ۸۰۹ مورخ ۱۳۸۸/۸/۲۳ بین تجدیدنظرخواندگان ردیف دوم صادر شد با دقت در محتویات پرونده برخلاف استدلال دادگاه محترم بدوی: اولاً، گزارش اصلاحی از مصادیق آراء مرجع قضایی بوده و آثار و نتایج قانونی مترتب بر رأی دادگاه از جمله مختومه شدن دعوی و خروج پرونده از آمار و تعیین تکلیف دعوی اقامه شده را دربردارد؛ ثانیاً، قانون‌گذار به شخص ثالث فاقد سمت در دعوی اصلی و متضرر از نتیجه آن به‌طور اطلاق برابر ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، حق طرح اعتراض به رأی مزبور را اعطاء نموده و فرض ورود ضرر به شخص ثالث در پرتو توافق دو طرف دعوی اصلی و گزارش اصلاحی حاکم بر آنها محتمل می‌باشد، ازاین‌رو حق اقامه اعتراض به ثالث در فرض حقانیت وی ضمن احقاق حق وی، توالی فاسدی دربردارد که قانون‌گذار چنین نتیجه‌ای را برنمی‌تابد. بنابراین، دادگاه به استناد مواد ۳۵۳ و ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی و بند هـ ماده ۳۴۸ آن ضمن نقض قرار تجدیدنظرخواسته، پرونده را جهت رسیدگی ماهوی به مرجع محترم بدوی اعاده می‌نماید. رأی صادره، قطعی است.»

رئیس شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران- مستشار دادگاه

پرونده شماره دو

مشخصات رأی بدوی

پرونده کلاسه: ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۸۸۰۰۵۱۱

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۲۱۶۸۸۰۰۷۲۱

مرجع صدور: شعبه ۸۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی دادگاه بدوی

«درخصوص دادخواست خانم‌ها: گ.ش. و الف.ت. با وکالت آقای م.قربانی به طرفیت آقایان: س. و حمید د، به خواسته اعتراض ثالث نسبت به شماره دادنامه ۹۰/۱۲/۲۲-۹۰۱۳۳ موضوع صدور گزارش اصلاحی بین نامبردگان اخیر دادگاه با نگرش به محتویات پرونده؛ نظر به اینکه به موجب ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث، تنها درخصوص آراء محاکم قابلیت طرح و رسیدگی را دارد و موضوع گزارش اصلاحی ازجمله آراء دادگاه تلقی نگردیده و تنها در اجرا به مثابه احکام محاکم به موقع اجرا گذاشته خواهد شد. لهذا اعتراض مطروحه، غیروارد، تشخیص و مستند به ماده ۴۱۷ و ۲ قانون موقوف، به رد آن، اظهار عقیده می گردد. رأی صادرشده، حضوری، محسوب و ظرف مهلت قانونی پس از ابلاغ تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان است.»

دادرس شعبه ۸۸ دادگاه عمومی جزایی تهران

مشخصات رأی تجدیدنظر

پرونده کلاسه: ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۸۸۰۰۵۱۱

دادنامه شماره: ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۱۳۷

مرجع صدور: شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

رأی دادگاه تجدیدنظر

«درمورد تجدیدنظرخواهی: ۱- خانم گ.ش؛ ۲- خانم الف.ت. با وکالت آقای م.ق. به طرفیت آقایان: ۱- س.د؛ ۲- م.د. نسبت به شماره دادنامه ۷۲۱ مورخ ۹۲/۱۰/۸ شعبه ۸۸ دادگاه عمومی تهران که براساس دادنامه موصوف دعوی تجدیدنظرخواهان‌ها به خواسته اعتراض ثالث نسبت به شماره دادنامه ۱۳۳ مورخ ۹۰/۱۲/۲۲ موضوع صدور گزارش اصلاحی بین نامبردگان اخیر با این استدلال که برابر ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث، تنها درخصوص آراء محاکم قابلیت طرح و رسیدگی دارد و گزارش اصلاحی رأی دادگاه تلقی نمی گردد آن را غیرقابل استماع، تشخیص و به رد آن، اظهار عقیده گردیده است. دادگاه با

بررسی محتویات و مستندات پرونده و مطالعه لوائح ابرازی از ناحیه طرفین نظر به اینکه همان گونه که دادگاه محترم نخستین استدلال کرده اعتراض ثالث ناظر به احکام قطعی دادگاه است و گزارش اصلاحی متضمن توافق و سازش اصحاب دعوی است که نزد مقام قضایی تنظیم گردیده است و چنانچه محلّ حقوق اشخاص ثالث باشد، ذی نفع می تواند تقاضای ابطال آن نماید. از این رو تجدیدنظرخواهی، غیروارد تشخیص داده می شود و به تجویز ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار معترض عنه تأیید می گردد. این رأی، قطعی است.»

رئیس شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

۲. متن نشست

آقای اهورکی (رئیس شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

اگر شخص ثالثی نسبت به گزارش اصلاحی ادعای حقی داشته و مدعی باشد که از صدور گزارش اصلاحی به حقوق او خللی وارد آمده، آیا می تواند تحت عنوان «معترض ثالث» نسبت به گزارش اصلاحی طرح دعوی کند یا احیاناً باید طریق دیگری را برای احقاق حق او جستجو کرد؟ در آراء مورد نظر با دو نگاه متفاوت نسبت به این موضوع مواجه هستیم. قضات دو شعبه ۵۹ و ۶۱ برای احقاق حق مدعی ثالث دو طریق متفاوت را در نظر گرفته اند. یک شعبه معتقد است قوانین به گونه ای نیست که معترض ثالث را از اعتراض منع کند و می تواند تحت عنوان اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی طرح دعوی نماید؛ دیدگاه دیگر اینکه گزارش اصلاحی، رأی نیست و اعتراض ثالث نسبت به آراء و احکام دادگاه پیش بینی شده لذا مدعی ثالث از اینکه این طریق را برای احقاق حق در پیش بگیرد ممنوع گشته و اگر ادعایی داشته باشد ناگزیر باید دعوای دیگری را طرح کند.

آقای موسوی (رئیس شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در ارتباط با گزارش اصلاحی، اعتراض ثالث و چگونگی واکنش نسبت به گزارش اصلاحی با توجه به آثار و ویژگی های خاص این عنوان، مباحث آتی قابل طرح هستند. در خصوص امور حقوقی، رأی دادگاه در پنج قالب «حکم»، «قرار»، «گزارش»، «گواهی» و «دستور» متجلی می شود. همان طور که در ماده ۲۹۹ قانون

آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار ویژگی‌های دو دسته متمایز رأی (حکم و قرار) را توصیف کرده، تصمیم دادگاه در قالب رأی یا متضمن اظهارنظر در ماهیت دعوا و افزون بر آن، قاطع دعواست که در این صورت «حکم» است و یا واجد یکی از این دو ویژگی است که «قرار» به‌شمار می‌آید. اگر تصمیم دادگاه، در ماهیت دعوی ولی منهای قاطع دعوی باشد، قرار تلقی می‌شود؛ منتها فاقد وصف رأی است مثل قرار کارشناسی، قرار استعلام ثبتی و قرار معاینه محل که این تصمیمات رأی نیست، چون قاطع دعوی نیست. ولیکن اگر قاطع دعوی باشد، علی‌الأصول در ماهیت نیست جز یک مورد خاص که آن هم قرار سقوط دعوی که موضوع بند (ج) ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی است. که به اعتقاد تقریباً قاطبه حقوق‌دانان، با اینکه عنوان قرار را در بر دارد، از اعتبار امر مختومه برخوردار است. تفکری نزع گرفته مبنی بر اینکه گزارش اصلاحی رأی نیست. ابتدا باید به این پرسش پاسخ داده شود که: چرا گزارش اصلاحی رأی قلمداد نمی‌شود و فاقد کدام ویژگی رأی است که آن را «رأی» تلقی نمی‌کنیم؟ اصلی‌ترین ویژگی رأی این است که باعث خروج پرونده از ردیف آمار شده، پرونده مختومه می‌شود و قاعده فراغ دادرس حادث می‌گردد. بعد از اتخاذ رأی، دیگر قاضی نمی‌تواند دخل و تصرفی در رأی بنماید بلکه فقط می‌تواند آن را اصلاح کند. گزارش اصلاحی باعث مختومه شدن پرونده شده و آن را از ردیف موجودی خارج می‌کند. از سویی قاطع دعوی هم هست یعنی تصمیمی قاطع اتخاذ می‌شود که برحسب اتفاق جزء ماهیت دعوی است. قانون‌گذار امکان اعتراض را در قالب اعتراضات عادی و فوق‌العاده درنظر گرفته، علی‌الأصول اگر رأیی به طریق عادی که واخواهی و تجدیدنظرخواهی را دربرمی‌گیرد، قابل اعتراض باشد مطلوب است. در غیر این صورت، جزء آراء قطعی است. در وضعیت فعلی می‌توان گفت اصلاً رأی قطعی وجود ندارد، زیرا مطابق ماده ۳۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان می‌دارد «آراء دادگاه‌ها قطعی است»، با توجه به وضعیت کنونی نظام حقوقی ایران، ماده‌ای عبث است. می‌دانیم که رسیدگی به دعاوی با خواسته تا بیست میلیون تومان در صلاحیت شوراهای

حل اختلاف است و اساساً در دادگاه‌ها دعوایی فارغ از سقف دویست میلیون ریال نداریم. از سویی، آراء مربوط به دعاوی غیرمالی کلاً قابل اعتراض است. با عنایت به دامنه استثناء، قانون‌گذار، اصلی را در نظر گرفته مبنی بر اینکه آراء قطعی هستند و سپس با بیان استثنائات، دامنه استثناء اصل را می‌بلعد؛ یعنی اصلی باقی نمی‌ماند. می‌توان به این نتیجه رسید که قانون‌گذار خواسته یا ناخواسته امکان اعتراض به آراء را فراهم کرده است. در بسیاری از موارد دیده می‌شود، دو نفر با تباری دعوایی را مطرح می‌کنند و با توجه به آثاری که قانون‌گذار در مواد ۱۷۸، ۱۸۰، ۱۸۲ و ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی برای گزارش اصلاحی در نظر گرفته این تصمیم برای طرفین و جانشینان قانونی و وراث آنها لازم‌الاتباع است و هیچ گریز و طریقی در واکنش نسبت به این تصمیم وجود ندارد. اگر شخص ثالثی به‌موجب دلایل و مدارک متقن و قابل قبول و محکمه‌پسند مدعی باشد این توافق بر اثر موضعه بوده، ساختگی و صوری است و مخلّ حقوق وی است، نباید با این استدلال که گزارش اصلاحی، رأی نیست بلکه یک سند توافق است، او را از حق اعتراض محروم نمود. حال پرسش اینجاست که: آیا این نتیجه، غایت دادرسی و عدالت و انصاف را تحصیل می‌کند؟ آیا اصول و مبانی دادرسی را تحت حمایت خود دارد؟ ظاهراً پاسخ منفی است. درخصوص صحت و درستی عبارت «گزارش اصلاحی، سند است» همین بس که محتوای گزارش اصلاحی، سند توافق است. ولی در رأی بودن گزارش اصلاحی تأثیری نداشته و به آن خدش‌های وارد نمی‌کند. آنچه در متن گزارش اصلاحی آمده سند گواهی دادگاه دائر بر توافق دو طرف دعوی است. طرفین شراطی را تحمل می‌کنند و دادگاه این شرایط را ارزیابی کرده، در صورت مجلس انعکاس می‌دهد و سرانجام با گزارش اصلاحی به‌موجب رأی، آثار آن را بر طرفین تحمیل می‌کند. از حیث آثار و نتایجی که در این تفکیک مدنظر حضار این نشست است، اثر و نتیجه خاصی ملاحظه نمی‌شود که قائل باشیم فرد به جای اعتراض ثالث باید دادخواست ابطال این سند را تقدیم نماید. تنها یک اثر متفاوت و متمایز بر جای می‌گذارد و آن اینکه: اگر دادخواست ابطال این سند

تقدیم شود، لزوماً به همان شعبه رسیدگی کننده ارجاع نمی‌گردد و آن دعوای مستقلی است که شاید به شعبه دیگری ارجاع شود. اما آیا شعبه دیگر می‌تواند رأی را که یک سند قضایی و نظر شعبه دیگری است، نقض نماید؟ به‌ویژه اگر اختلاف درجه بین شعب رسیدگی کننده وجود داشته باشد؛ یعنی مرجعی که گزارش اصلاحی را صادر کرده از حیث درجه بالاتر باشد؟ فرض کنید دادگاه تجدیدنظر گزارش اصلاحی صادر کرده است، آیا یک شعبه دادگاه بدوی می‌تواند رأی و گزارش اصلاحی دادگاه تجدیدنظر را باطل کند؟ تنها تفاوت اینجاست که دادخواست ابطال سند در شعبه دیگری مطرح می‌شود. اما اگر قائل به اعتراض ثالث باشیم، این دعوای شخص ثالث دائر بر اینکه آن گزارش اصلاحی یا به تعبیر مخالفان، سند توافق محل حقوق اوست، در همان شعبه‌ای که گزارش اصلاحی را صادر کرده، مطرح می‌گردد و فایده و مزیت آن این است که آن شعبه با توجه به رسیدگی پیشین می‌تواند حسن دادرسی را بهتر تأمین نماید. زیرا بر مآل و محتویات پرونده و عناصر و حقایق محتوای آن پرونده اشراف دارد. نهایتاً اینکه با توجه به دو ماده ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی که قانون‌گذار تصریح کرده شخص ثالث می‌تواند به رأیی که محل حقوق اوست اعتراض کند و در ماده ۴۱۸ عبارت «هرگونه رأی» آمده، به‌نظر می‌رسد اعتراض ثالث به گزارش اصلاحی بلامانع است. در زمان اتخاذ رأی بر نظر دکتر جعفری‌لنگرودی اشراف وجود داشت (بنا به اعتقاد وی گزارش اصلاحی یک سند توافق است) اما بر این باور بودیم که امکان اعتراض ثالث فراهم است. اگر اعتقاد بر این است که حتماً باید دادخواست ابطال تقدیم شود این پرسش در تقدیر است که: بعضی مواقع خواسته‌ها متفاوت و متعدّدند. چنانچه دادگاه نسبت به خواسته‌ای، گزارش اصلاحی صادر نماید ولی نسبت به خواسته‌های دیگر از صدور آن سر باز زند و با قرار یا حکم تعیین تکلیف کند، اگر شخص ثالث از این رأی متضرر شود، چه اقدامی باید صورت گیرد؟ به دیگر سخن، آیا باید هم دادخواست ابطال گزارش اصلاحی را نسبت به آن خواسته یا بخشی از رأی که منجر به گزارش اصلاحی شده، بدهد و هم نسبت به بخش‌های

دیگر، رأی اعتراض ثالث صادر کند؟ به‌طور کلی آیا باید دو دعوی را در دو مرجع مختلف مطرح نماید؟

دکتر نورزاد (رئیس شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

نقطه اشتراک دو رأی مذکور در این است که هر دو در پی یک سازوکار برای احقاق حق از شخص ثالثی که به حقوقش خلل وارد شده، هستند: یکی در قالب اعتراض ثالث و دیگری تحت عنوان درخواست ابطال سند سازش. چنانکه ذکرش رفت گزارش اصلاحی، رأی به حساب می‌آید و رأی در قانون دارای تعریف است و از این حیث که چه موقع صادر می‌شود و ویژگی‌های آن (رأی)، در قانون بیان شده است. در فرآیند دادرسی که اصحاب دعوی ادله خود را ارائه می‌دهند دادگاه آن ادله را مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌دهد و نهایتاً پس از ختم دادرسی حکم می‌کند که خواهان، ذی حق است یا خیر؟ و یا این دعوی اساساً صحیح طرح گردیده یا خیر؟ و به هر حال قرار صادر می‌نماید. پس رأی متصف بدین ویژگی می‌باشد که مبتنی بر ارزیابی ادله است؛ دادگاه وارد دادرسی شده، قرار کارشناسی را صادر می‌نماید، اسناد را می‌کاود یا طرف، اقرار یا سوگند یاد می‌کند و ختم رسیدگی اعلام می‌شود. اگر قائل باشیم گزارش اصلاحی، رأی است این گزارش باید قابل تجدیدنظرخواهی هم باشد چون آراء قابل اعتراض دادگاه‌ها در مادتين ۳۲۰ و ۳۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده‌اند. چنانچه معتقد به رأی بودن گزارش اصلاحی باشیم، قطعاً باید بپذیریم که قابل تجدیدنظرخواهی نیز خواهد بود. حال سؤالاتی که به ذهن متبادر می‌گردد اینکه: اگر گزارش صلاحی به‌عنوان رأی، قابل تجدیدنظرخواهی باشد چگونه می‌توان تجدیدنظرخواهی طرفین را نسبت به آن پذیرفت؟ و در این خصوص باید چه اقدامی صورت گیرد؟ آیا به محض پذیرفتن باید وارد رسیدگی شد؟ در مواقع عدم وجود حکم چه باید کرد؟ آیا می‌توان گزارش اصلاحی را کأن لم یکن انگاشت؟ آیا این دعوی همواره به قوت خود باقی خواهد ماند؟ آنچه از پرسش‌های فوق استنباط و مستفاد می‌گردد اینکه اگر گزارش اصلاحی را رأی قلمداد می‌کنیم باید توابع و عواقبش را نیز بپذیریم و آن را قابل تجدیدنظرخواهی هم بدانیم. مطابق فصل نهم قانون آیین دادرسی مدنی تحت

عنوان «سازش و درخواست آن»، همین که اصحاب دعوی قصد سازش داشته باشند، دادگاه محق و مکلف است، دعوی را به سازش خاتمه دهد، بی آنکه به عملی دست یازد. وفق ماده ۱۸۰، امر سازش میان طرفین یا در دفتر اسناد رسمی می شود یا در دادگاه. مطابق با ماده ۱۸۱، هرگاه سازش در دفتر اسناد رسمی حادث گردد، دادگاه ختم موضوع را به موجب سازش نامه در پرونده مربوط قید می نماید و اجرای آن، تابع مقررات راجع به مفاد اسناد لازم الاجرا خواهد بود؛ یعنی دادگاه هیچ کاری انجام نمی دهد. به علاوه، اجرای سازش نامه هم تابع اسناد رسمی است. تنها خصوصیت گزارش اصلاحی این است که به مثابه احکام دادگاه ها به اجرا گذاشته می شود. بسیاری از تصمیمات دیگر و رأی داور نیز در دادگاه و محاکم دادگستری و دایره اجرا به مرحله اجرا درمی آیند و این تنها ویژگی مشترک رأی و گزارش اصلاحی باعث نمی شود که گزارش اصلاحی را رأی تلقی کنیم. بنابراین، گزارش اصلاحی به هیچ وجه رأی به شمار نمی آید. دادگاه درمورد سازش از انجام هرگونه عملی کاملاً فارغ است؛ یعنی نه استدلال و استنباط و به طور کلی رسیدگی می نماید و نه به مواد قانونی اشاره ای می کند، بلکه صرفاً مفاد توافق و آن تراضی طرفین را در صورت مجلس، قید و پرونده را مختومه کرده و ختم رسیدگی و نه ختم دادرسی را اعلام می کند. ناگفته نماند که احتمال دارد سازش طرفین، خارج از موضوع دعوی باشد و امور دیگری هم در گزارش اصلاحی بیان شود که هیچ ارتباطی به دعوی ندارد، چون قانون گذار در قسمت اخیر ماده ۱۸۳ بیان کرده: چه اینکه مورد سازش مخصوص به دعاوی مطروحه بوده یا شامل دعاوی یا امور دیگری باشد شاید طرفین راجع به صد مورد دیگر در گزارش اصلاحی تراضی و توافق کنند. گزارش اصلاحی هم از ناحیه اشخاص ثالث و هم از ناحیه خود اصحاب دعوی، قابل ابطال است چون به عنوان یک سند تلقی می گردد.

در پرونده ای، فردی محجور، گزارش اصلاحی تنظیم کرده بود. قیم او بناگزیر دادخواستی مبنی بر ابطال سند سازش به دلیل فقدان شرایط اساسی صحت معامله تقدیم نمود، چون تجدیدنظرخواهی وی را به دلیل رأی نبودن رد کرده بودند. به هرحال اغلب حقوق دانان از جمله مرحوم کاتوزیان و امامی گزارش اصلاحی را در

قابل عقد صلح بیان کردند، بی‌آنکه از رأی بودن گزارش اصلاحی سخنی به میان آورده باشند.

گاهی دعوی مختوم به سازش است و ای‌بسا این‌گونه نیست؛ اگر قسمتی از دعوی با سازش خاتمه یابد درمورد آن قسمت، گزارش اصلاحی صادر می‌شود و اگر راجع به قسمتی دیگر از دعوی، دادگاه وارد رسیدگی قضایی شده باشد، ناگزیر است در آن قسمت، حکم یا قرار صادر کند که آن قرار یا حکم طبق اصول کلی آیین دادرسی، هم قابل تجدیدنظرخواهی است و هم از ناحیه اشخاص ثالث قابلیت اعتراض ثالث را دارد. در دو ماده ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی که قانون‌گذار در مقام بیان است، آمده: «هر نوع رأیی که از دادگاه صادر شود». در اینجا به رأی داور اشاره شده است. اگر گزارش اصلاحی هم مدنظر قانون‌گذار بود آن را هم بیان می‌نمود. کدام استنباط قضایی، صرف خروج پرونده از آمار را باعث رأی تلقی شدن تصمیم می‌داند؟ از آنجا که گزارش اصلاحی، حاصل یک فرآیند رسیدگی قضایی نیست، لذا نمی‌تواند موسوم به رأی باشد.

ایراد وارده این است که دادگاه نخستین حق ندارد گزارش اصلاحی صادره توسط دادگاه تجدیدنظر را باطل کند. چراکه در اینجا سخن از مفاد توافق‌نامه طرفین است و نه مسأله درجه دادگاه. اگر عین یک سند یا سازش‌نامه‌ای که در دادگاه تجدیدنظر تنظیم شده در دادگاه بدوی ابطال شود، چه اشکالی دارد؟ مسأله درجه و نادیده گرفتن آن مطرح نمی‌شود، البته دادگاه بدوی نمی‌تواند رأی دادگاه عالی را نقض نماید. ولیکن اینجا در مقام تجدیدنظرخواهی نیست، بلکه در مقام ابطال سازش‌نامه‌ای است که در دادگاه تجدیدنظر تنظیم گردیده است. با توجه به تفاسیر و تعاریف مذکور، اعتقاد بر این است که گزارش اصلاحی را نمی‌توان رأی تلقی نمود و طریق اعتراض به آن، «درخواست ابطال گزارش اصلاحی» می‌باشد.

آقای توکلی (رئیس شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در وهله نخست باید ماهیت گزارش اصلاحی بررسی شود؛ بعضی از حقوق‌دانان گزارش را در حد قرارداد مدنی و عقد صلحی می‌دانند که طرفین دعوای خود را با آن خاتمه می‌دهند و طبیعی است اگر این قرارداد مخالف نظم

عمومی یا متضمن تدلیس، اشتباه یا اکراه باشد، حسب موارد از ناحیه طرفین یا ثالث قابل ابطال یا قابل درخواست فسخ است. گروهی دیگر، آن را یک قرارداد قضایی دانسته و بیان داشته‌اند درست است که طرفین توافق کردند، ولی این عقد صلیحی است که در مقام دعوی تنظیم گردیده و چون دادگاه در تثبیت قرارداد طرفین دخالت دارد، لذا این یک قرارداد قضایی است که قاطع بین طرفین است. دکتر عبدالله شمس علاوه بر این قضیه فرضی را هم مطرح و بیان می‌کند که در حقوق فرانسه این گزارش اصلاحی معادل «رأی حيله‌ای» است به این معنا که طرفین تظاهر به اختلاف و سپس طرح دعوی کرده و سرانجام دعوایشان را با سازش خاتمه می‌دهند. گزارش اصلاحی به‌نوعی متضمن حالت رأی است که اسباب مواجهه و منطوق دارد. در حقوق ما مبنا و آنچه که مورد اتفاق نظر می‌باشد این است که گزارش اصلاحی به‌عنوان یک قرارداد قضایی تلقی می‌شود که مبتنی بر صلح دعوی است. ولیکن از آنجا که قانون‌گذار این قرارداد قضایی را قاطع بین طرفین دانسته، بدین سبب اعتبار ویژه‌ای به آن اعطاء کرده است. در نظرات متعدد اداره حقوقی این قضیه مشهود است. در نظریه‌ای به تاریخ ۹۱/۷/۱۰ بیان شده:

«با توجه به اینکه مطابق صریح ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی گزارش اصلاحی به‌منزله احکام قطعی به موقع اجرا گذاشته می‌شود لذا شخص ثالث می‌تواند به استناد ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به آن اعتراض ثالث طرح نماید».

در نظریه مورخ ۸۴/۲/۱۰ آمده:

«با عنایت به ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی گزارش اصلاحی یا سازش‌نامه‌ای که از دادگاه‌های صلاحیتدار صادر می‌شود همانند احکام قطعی دادگاه‌ها لازم‌الاجرا بوده، غیرقابل اعتراض و تجدیدنظر است و نظر به اینکه اعتراض شخص ثالث ناظر به احکام قطعی است و سازش‌نامه تنظیم‌شده در دادگاه‌ها نیز همانند احکام قطعی مزبور است چنانچه به‌موجب این قبیل سازش‌نامه‌ها به حقوق شخص ثالثی که در تنظیم آن دخالت نداشته است خللی وارد شود، در دادگاهی که آن را تنظیم کرده است توسط شخص ثالث قابل اعتراض است».

بنابراین با توجه به ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی که از عبارت «همانند احکام قطعی دادگاه‌ها» استفاده می‌کند، قانون‌گذار اعتبار گزارش اصلاحی را در حد احکام قطعیت یافته تلقی کرده که بلافاصله قابلیت درخواست اجرایی دارد. در رأی شماره ۳۱۸ مورخ ۸۲/۸/۱۰ صادره از شعبه اول دادگاه انتظامی قضات چون درخواست ابطال گزارش اصلاحی به شعبه هم‌عرض تقدیم شده بود و قاضی هم‌عرض، حکم بر ابطال این گزارش اصلاحی صادر کرده بود، منجر به کیفرخواست شده بود. دادگاه عالی اعتقاد داشته گزارش اصلاحی به‌منزله حکم است و شعبه هم‌عرض نمی‌تواند آن را نقض کند و صدور حکم به ابطال آن و جاهت قانونی ندارد. در اینکه گزارش اصلاحی از ناحیه شخص ثالثی که به حقوقش خللی وارد شده قابل ابطال است، تردید وجود دارد. فرض کنید وراثت حین گرفتن گواهی انحصار وراثت، یکی از ورثه را از لیست حذف می‌کنند، سپس بین خودشان دادخواست تقسیم ترکه می‌دهند، توافق کرده و دعوی به سازش مختومه می‌شود و بعد به مرحله اجرا می‌رسد. حال این پرسش به ذهن متبادر می‌گردد که: آن وارث دیگر به محض اطلاع از این موضوع، چگونه می‌تواند احقاق حق نماید؟ بیان شده چنین شخصی می‌تواند در مرحله اجرا ورود یافته، اعتراض ثالث اجرایی کند. البته صحت این مطلب زمانی است که از روند اجرا وقوف یابد اما در صورت بی‌اطلاعی از فرآیند اجرا و عدم اعتراض به موقع، تکلیف حق وی چه می‌شود؟ به‌نظر می‌رسد بهترین حالت این است که چنین شخصی با طرح دعوای اعتراض ثالث، احقاق حق نماید.

آقای امانی شلمزاری (رئیس شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

یکی از طرق خاتمه دادن به پرونده‌های قضایی علاوه بر رأی که مشتمل بر حکم و قرار است گزارش اصلاحی می‌باشد. مقنن در ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی صراحتاً اعلام می‌دارد: طرفین در هر مرحله از دادرسی مدنی می‌توانند دعوای خود را به سازش خاتمه دهند. بنابراین علاوه بر رأی که مشتمل بر حکم و قرار است، سازش نیز که در قالب گزارش اصلاحی انشاء می‌شود، یکی از طرق خاتمه دادن به پرونده‌های قضایی است. فلذا صرف خروج پرونده از آمار و کسر از

موجودی، دلالت بر اطلاق عنوان رأی به آن موضوع ندارد. در گزارش اصلاحی قاضی حق هیچ گونه دخل و تصرف و ارزیابی ندارد. گزارش سازش ممکن است در خارج از دادگاه محقق شود یا در دفترخانه اسناد رسمی یا در دادگاه، و قاضی دادگاه صرفاً در مقام نگارش سازش نامه است. این سازش نامه تا زمانی که توسط قاضی نگارش نشده باشد، از ناحیه طرفین قابلیت ابطال دارد. مقنن در بند چهارم ماده ۲۹۶ موارد و شرایط صدور رأی را اعلام کرده است؛ بند چهارم صراحتاً بیان می کند که «جهات و دلایل و مستندات و اصول و مواد قانونی که رأی به آن استناد شده است». قاضی به منظور صدور رأی و در مقام ارزیابی دلایل، دعوی را بررسی می کند. به محض پذیرفتن دعوی و ورود در ماهیت، به صدور «حکم» می پردازد ولی در صورت رد آن یا مواجه شدن با ایراد شکلی، «قرار» صادر می نماید. پس خاتمه دادن به پرونده و کسر از آمار در قالب گزارش اصلاحی دلالت بر اینکه گزارش اصلاحی رأی است، ندارد. گزارش اصلاحی برای متعاقدين سازش و قائم مقامشان لازم الإلتباع است و قرارداد قضایی محسوب نمی شود. اعتراض ثالث مقرر در ماده ۴۱ ناظر به رأی است و قانون گذار از واژه «رأی» اعم از حکم و قرار استفاده کرده و در برابر نصّ نمی توان اجتهاد نمود. مقنن در ماده ۲۹۹ در مقام تعریف حکم و قرار آورده است: «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوی و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد، حکم و در غیر این صورت، قرار نامیده می شود». تعریف مزبور، گزارش اصلاحی را دربر نمی گیرد. گزارش اصلاحی یک تأسیس در ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی و یکی از طرق خاتمه دادن به پرونده است که آن را در قالب مفاد سازش می آورند. طرفین سازش نامه را بیرون از دادگاه تنظیم کرده و برای نگارش به دادگاه می آورند. حال پرسش قابل طرح آنکه: اگر فردی، از این سازش نامه متضرر گشت و نسبت به آن اعتراض ثالث نمود، به دادگاه چه ارتباطی دارد که اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی را بپذیرد؟ مگر تنظیم مفاد سازش نامه توسط دادگاه انجام پذیرفته است؟

رأی دادگاه عالی انتظامی قضات اساساً موجد رویه نیست، بلکه صرفاً یک رأی و یک نظر قضایی است. درخصوص مثال مذکور درمورد وراثت باید اذعان کرد که

ماده ۹ قانون تصدیق انحصار وراثت در این باره تعیین تکلیف می‌کند و چنین بیان می‌دارد: هر کس که اسم وی را در انحصار ورثه نیاورده باشند، می‌تواند تحت عنوان کلاهبرداری شکایت کند و حتی در باب تقسیم هم اگر مالی تقسیم شد و حصه ایشان را برای دیگری مورد حقوق قرار داد، می‌تواند ابطال آن سند را درخواست کند و نمی‌تواند از باب اعتراض ثالث وارد شود. اساساً اعتراض ثالث ناظر به رأی است که آن رأی در ماده ۲۹۹ تعریف شده است. گزارش اصلاحی یک طریق خاتمه پرونده است و خروج موضوعی از رأی دارد و مشمول اعتراض ثالث قرار نمی‌گیرد، لذا رأی شعبه ۶۱ که بر همین اساس نگارش شده منطبق با موازین قانونی است.

آقای سروی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی قانون‌گذار تصریح کرده که معترض ثالث می‌تواند به هر رأی حتی به حکم داور نیز اعتراض کند. باید دید منظور قانون‌گذار چیست؟ توجه صرف به ظاهر قانون، مطابق با بینش حقوقی و قضایی نیست و هر فردی که خواندن و نوشتن بداند، می‌تواند چنین استنباطی داشته باشد، ولیکن باید دید مراد و هدف اصلی قانون‌گذار از وضع این ماده چه بوده است؟ بالاتر دید مقصود از عبارت «هر رأی» در این ماده اعم از «قرار» یا «حکم» است.

در بحث حکم داور نیز بدین نحو می‌باشد. فی‌المثل، در مواد ۶، ۹ و ۱۵ قانون دآوری تجاری بین‌المللی که قانون‌گذار اختیار صدور قرار تأمین خواسته و دستور موقت را اعطاء کرده، اگر داور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت صادر کند، آیا از شمول ماده ۴۱۸ خارج است و آیا قانون‌گذار به تصریح «حکم» پرداخته است؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی باشد. در مورد قرار تأمین خواسته‌ای که توسط دادگاه صادر گشته و به حقوق شخص ثالث تعرضی وارد می‌کند، شخص ثالث می‌تواند در دادگاه اعتراض نماید؛ وقتی دادگاه در خصوص صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت، به ارزیابی ادله نمی‌پردازد، چگونه قانون‌گذار اعلام نموده که معترض ثالث می‌تواند در آن دادگاه اعتراض نماید؟ آیا می‌توان معتقد بود چون دادگاه در گزارش

اصلاحی به ارزیابی ادله نمی‌پردازد پس حق اعتراض را از معترض ثالث سلب کنیم. ولی در مورد قرار تأمین خواسته، او را محق چنین حقی بدانیم؟

باید ظرفیت ماده ۴۱۸ را بسیار وسیع دانست؛ مراد قانون‌گذار این بوده که اشخاص نتوانند به هر نحوی حقوق اشخاص ثالث را از بین ببرند. زمانی که طرفین مصالحه‌نامه‌ای تنظیم کرده‌اند و براساس آن، تنظیم سند را از دادگاه تقاضا می‌کنند، دادگاه رأی به تنظیم سند و تحویل مبیع را صادر می‌کند. در این مورد اگر بعداً شخص ثالثی مدعی لطمه به حقوق خود شود، اعتراض ثالث از وی پذیرفتنی است. مبنای این رأی برپایه توافق طرفین بوده که حقوق اشخاص ثالث را تضییع می‌نماید. اگر در این مورد اعتراض ثالث را بپذیریم، چرا در موارد دیگر قائل به پذیرش آن نباشیم؟

نکته مهم و قابل ذکر دیگر اینکه: شخصی که به حقوقش خلل وارد شده به چه نحوی می‌تواند احقاق حق نماید؟ بلاتردید وی مجاز به طرح تقاضای ابطال خواهد بود، اما نمی‌توان طرق احقاق حق را برای وی محدود نمود. همان‌طور که اشخاص برای احقاق حق خود در انتخاب بین مراجع کیفری و حقوقی و یا در دعاوی حقوقی در انتخاب نوع دعوی آزاد هستند، در این مورد نیز نباید با محدودیتی مواجه باشند. برای مثال، زمانی که موضوع دادخواست شخص، درخواست تنظیم سند است، طرف مقابل می‌تواند مطابق ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب دعوی فسخ علی‌حده، طرح یا در راستای ماده ۱۴۳ این قانون دادخواست تقابل را تقدیم کند.

اینکه عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی گزارش اصلاحی، منافاتی با قابلیت اعتراض ثالث به این گزارش ندارد نکته حائز اهمیتی است؛ چراکه عدم پذیرش اعتراض ثالث به گزارش اصلاحی به دلیل عدم قابلیت تجدیدنظرخواهی، خلاف عدالت، انصاف، رسیدگی عادلانه و نیز مخالف با اصل ۱۵۹ قانون اساسی است.

و نکته قابل تأمل دیگر اینکه اگر اعتراض ثالث را به هر دلیلی نپذیریم، به قیاس اولویت، نباید دعوی ابطال را بپذیریم. در مورد ابطال، دادگاه دیگری باید بر تصمیم قاطع و نهایی شعبه هم‌عرض خط بطلان کشد. در گزارش اصلاحی دادگاه

صرفاً اراده طرفین را صورت جلسه نمی‌کند. برای مثال، اگر موضوع، تنظیم سند یا تحویل مبیع باشد و طرفین در مورد آن، مصالحه کرده باشند دادگاه موظف به استعلام است و در فرضی که مالک، شخص ثالثی باشد دادگاه به توافق طرفین اعتباری نمی‌بخشد و قرار عدم استماع صادر می‌نماید.

و نکته پایانی اینکه - چنانکه ذکر آن رفت - رأی دادگاه عالی انتظامی قضات، مؤید مطالب فوق می‌باشد.

دکتر مرادی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

اگر طرفین دعوی راهی برای رسیدگی و ختم دعوی برگزینند، انتخاب آنها بر رسیدگی قضایی ارجحیت دارد. این مطلب در قانون آیین دادرسی مدنی در موارد مختلف بیان شده است؛ مانند انتخاب کارشناس یا کارشناسان متعدد یا انتخاب داوران توسط اصحاب دعوی. ممکن است موضوع تراضی در دادگاه هم مطرح نباشد و خواهان صرفاً خوانده را برای حصول سازش و تراضی به دادگاه جلب کند. با توجه به اینکه اراده طرفین نسبت به رسیدگی قضایی مقدم است، اگر این شیوه حل و فصل دعوی (سازش طرفین چه در جلسه دادگاه و چه در خارج از آن) انتخاب شود، دادگاه در اینجا فارغ و عاری از اختیار و ابتکار عمل است و این طرفین هستند که براساس مصالح و منافع خود در مورد قضیه، توافق کردند. دادگاه به مثابه سردفتر اسناد رسمی صرفاً این سازش را کتابت می‌کند و بر مبنای آن، توافق طرفین را اعلام می‌نماید؛ بدان معنا که انشاءکننده توافق و تعهدات، خود طرفین هستند و دادگاه فارغ از هرگونه انشای تصمیمی است و حتی ادله طرفین را مورد سنجش و ارزیابی قرار نمی‌دهد. چه بسا اگر رسیدگی دادگاه در این مورد ادامه یابد، یعنی افزون بر مصالحه نمودن طرفین و عدم وقوع عقد صلح، دادگاه مفاد توافق طرفین را احراز نکند. بنابراین، مطلبی که اعلام می‌شود از قول طرفین است، بی آنکه دادگاه مسؤولیتی در قبال آن داشته باشد. در حقیقت، احراز یا کشف واقع، از ناحیه دادگاه صورت نگرفته و رأیی صادر ننموده است و با توجه به تصریح ماده ۴۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی، اعتراض ثالث نسبت به آن ممکن نیست.

در تبصره ۱ ماده ۲۷ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ هم صدور گزارش اصلاحی پیش‌بینی شده است. در اینجا گزارش اصلاحی نه از سوی شورا، بلکه از سوی مرجع حقوقی یا کیفری که موضوع را برای سازش به شورای حل اختلاف ارجاع داده صادر می‌شود. به این صورت که دادگاه، موضوع را برای مصالحه به شورای مزبور ارجاع می‌دهد. این شورا ضمن تلاش در سازش طرفین، صلح آنها را صورتجلسه می‌کند و سرانجام به صدور گزارش اصلاحی از سوی دادگاه منجر می‌گردد، مبنی بر اینکه تصمیم (گزارش اصلاحی) قطعی است.

گزارش اصلاحی، نوعی عقد صلح و با ماهیتی قراردادی است. مطابق ماده ۲۱۹ قانون مدنی درمورد اصل لزوم، وقتی قراردادی منعقد شود، آثار آن نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاجتماع می‌باشد. همین مطلب در ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز تکرار شده؛ یعنی طبق نظر قانون‌گذار، گزارش اصلاحی یک نوع قرارداد یا عقدی است که بین طرفین واقع شده است. حال اگر شرایط اساسی صحت معاملات وجود نداشته باشد، امکان ابطال معامله فراهم است. همچنین در صورت عدم انجام مفاد سازش توسط یکی از طرفین، امکان فسخ این معامله نیز وجود دارد.

تضییع حقوق اشخاص ثالث به‌عنوان یک دغدغه مطرح است. اما با توجه به جمیع نکات مطروحه ابطال گزارش اصلاحی برای حفظ حقوق اشخاص ثالث در نظر گرفته شده است. و چون گزارش اصلاحی، رأی نیست لذا ابطال گزارش اصلاحی صادره از مرجع تجدیدنظر توسط مرجع بدوی، بلاشکال و بدون ایراد است.

آقای آژیده (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

مسأله‌ای که در اینجا مغفول مانده بحث «نقش دادگاه» است؛ بنا به عقیده برخی حقوق‌دانان، «دادگاه حق ارزیابی و بررسی ادله را در گزارش اصلاحی ندارد». از این عبارت چنین مستفاد می‌گردد که نقش دادگاه صرفاً کتابت طرفین است و فقط گزارش اصلاحی را صادر می‌کند. بالفرض، شخصی دعوایی را مبنی بر الزام به انجام تعهدات ناشی از یک عقد ممنوعه مثل معامله کالای قاچاق را طرح نموده و

طرفین دعوی تقاضای گزارش اصلاحی می‌نمایند. آیا در اینجا دادگاه بدون ممیزی و در نظر گرفتن معامله ممنوعه، تعهدات ناشی از چنین معامله‌ای را موضوع گزارش اصلاحی قرار می‌دهد؟ مسلماً پاسخ منفی است؛ چراکه نقش دادگاه، پررنگ‌تر است و قطعاً حق ارزیابی دارد و نظارتی که از سوی وی اعمال می‌شود، به گزارش اصلاحی خصوصیت قضایی می‌بخشد.

گزارش اصلاحی صرفاً تثبیت توافق طرفین نیست و چون یک قرارداد قضایی و عقد صلح است، لذا قائل به امکان بطلان این گزارش هستیم؛ بطلان برای طرفین سازش و ناشی از عیوب اراده است. اما قانون‌گذار در ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی برای حفظ حقوق ثالث ضرورتی را احساس کرده است. نمی‌توان صرفاً به الفاظ توجه کرد و ماده فوق‌الذکر را تنها ناظر به آراء دانست. مطابق ماده ۴۴ قانون امور حسبی، هرکس از «تصمیم» دادگاه در امور حسبی متضرر گشته باشد، می‌تواند نسبت به آن اعتراض نماید. در این ماده نیز بحث اعتراض ثالث مطرح است، اما از لفظ «رأی» استفاده نشده است.

در مورد این عقیده که گزارش اصلاحی را صرفاً از جهت اجرا در حکم احکام لازم‌الاجرا می‌داند، ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی بیان می‌کند که متصرف محکوم‌به اگر ادعای حقی داشته باشد و دلیلی اقامه نماید دادورز به او مهلتی جهت اقامه دعوی می‌دهد و در این مدت اجرا متوقف می‌شود. حقوق‌دانان بر این باورند که ماده مزبور (۴۴) به نوعی شبیه ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی است و در آنجا اعتراض ثالث پذیرفته شده است. در نهایت، بهترین راه برای احقاق حق معترض ثالث، راه نزدیک به قانون یعنی اعتراض ثالث است و ابطال مسیری بعید و صعب‌العبور در جهت احقاق حق چنین شخصی است.

آقای شریعتی (رئیس شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

عده‌ای از گزارش اصلاحی با عنوان «دادنامه» یاد کرده‌اند. حال آنکه این تطبیق، نادرست و ناصحیح است. زیرا با تعریف دادنامه سنخیتی ندارد. به علاوه، مشابهت‌سازی گزارش اصلاحی با حکم هیچ وجهی نداشته و آثار حکم کاملاً متفاوت از گزارش اصلاحی است. حکم می‌تواند منجر به بازداشت و توقیف اموال گردد.

گزارش اصلاحی صرفاً یک قرارداد است. به طور مثال، اگر قرارداد وکالتی در دفترخانه تنظیم شود و مضر به حق دیگری باشد راه حل مناسب، بطلان آن است. اعتراض ثالث، تنها راه احقاق حق برای شخص ثالث نیست و به نوعی در احقاق حق بر روی چنین شخصی مسدود نگشته است؛ چراکه این اعتراض، در گزارش اصلاحی، محمل قانونی ندارد.

ورای تمامی دلایل، رأی با توجه به آثار آن، توان پذیرش اعتراض ثالث را داراست، اما چون گزارش اصلاحی فاقد آثار برشمرده و مذکور است، لذا نمی تواند متحمل پذیرش اعتراض ثالث شود.

آقای زجاجی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

از فلسفه وجودی اعتراض ثالث و لزوم احقاق حق ثالث چنین برمی آید که دادگاه در صورت اعتراض ثالث، موظف است به چنین تقاضایی رسیدگی کرده و به رأی صادره ورود پیدا کند. در صدور گزارش اصلاحی، دادگاه یک مجسمه نیست که صرفاً توافق طرفین را منعکس کند. توافق طرفین باید مطابق با قواعد عمومی قانون مدنی بوده و مخالفتی با نظم عمومی و موازین نداشته باشد. پس دادگاه در صدور این گزارش باید اصولی را مورد توجه قرار دهد.

نکته قابل تأمل و توجه دیگر آن است که ریشه اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی مربوط به حقوق فرانسه است. کشور مزبور منشأ و مبدأ این تأسیس حقوقی است و در قانون آیین دادرسی مدنی ایران منعکس گشته است. در حقوق فرانسه از قرارداد قضایی و رأی حيله‌ای یاد می شود که دادگاه برای طرفین توافق، سندی را صادر می کند که همه آثار و تبعات حکم را داراست. در اینجا باید توجه داشت که حقوق فرانسه این قرارداد قضایی را قابل اعتراض می داند. در این مورد قانون فرانسه این اعتراض را در مراجع اختصاصی در امور مدنی، تجاری، اجتماعی، کشاورزی، کارگری و حتی در امور کیفری به کار بسته است. پس اگر اصل موضوعی از نظام حقوقی مشخصی اقتباس می شود، باید تماماً در توابع و تمامی گستره کاربست آن اجرا شود، چراکه اقتباس موردی بی معناست.

از نظر فقه و حقوق اسلامی نیز قاعده «الغائب علی حجه»، در این مورد کاربرد دارد. بسیاری از حقوق دانان قاعده مزبور را محدود به اعتراض به آراء غیابی می‌دانند. اشکال مهم آن است که دلیلی برای این انحصار وجود ندارد. «الغائب» یعنی تمامی غائبانی که در صحنه دادرسی حضور نداشته‌اند. درواقع این افراد، هم شامل طرفین دعوی می‌گردد و هم شخص ثالث. حال که رأیی به ضرر او صادر شده، می‌تواند نسبت به آن اعتراض کند.

مشکل اساسی، ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی و انحصار اعتراض ثالث به آراء است. البته برای شناخت این مشکل ابتدائاً باید به تعریف رأی پردازیم. رأی طبق ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی شامل حکم و قرار می‌شود. در تعریف حکم از دو عنصر «قاطعیت» و «ماهیت» یاد شده اما قانون‌گذار از تعریف «قرار» امتناع نموده است. فلذا قرار را چنین تعریف کرد: آنچه که در طواری دادرسی حادث می‌شود. در سازش نیز وضع بدین منوال است. بعد از تشکیل جلسه و طواری رسیدگی، توافق صورت می‌گیرد. قرارها به دو دسته «اعدادی» و «قاطع» تقسیم می‌شوند. بهتر است گزارش‌های اصلاحی به‌عنوان آخرین تصمیم دادگاه را - گرچه این سخن ممکن است منتقدان زیادی دربرداشته باشد - از نوع «قرارهای قاطع» بدانیم و از آن با عنوان «قرار گزارش اصلاحی» یاد کنیم.

آقای کیاستی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

دیوان عالی کشور در حکم تمیزی شماره ۳۱۱ مورخ ۱۳۲۶/۱/۱۶ درخصوص موضوع حاضر چنین استدلال می‌کند که «گزارش اصلاحی، حکم و قرار نیست زیرا دعوایی باقی نمانده تا رأیی صادر شود». به همین مناسبت دیوان کشور درخواست تصحیح گزارش اصلاحی را منع کرده و آن را مخصوص حکم و قرار دانسته است. بنابراین، موضوع مزبور از سال ۱۳۲۶ مورد اختلاف بوده و آراء دیوان عالی کشور آن زمان هم قابل اتکاء است. حکم دارای ارکان و آثاری است که از ارکان حکم، امر ترافعی توسط قاضی دادگاه در ماهیت و قاطع دعوی و از آثار حکم نیز فراغ دادرسی، اعتبار امر قضاوت‌شده است.

درمورد قابلیت شکایت باید گفت با فرض حکم دانستن گزارش اصلاحی، اصل بر عدم قابلیت ابطال است چون ماده ۸ قانون مدنی تصریح نموده که احکام، قابلیت ابطال ندارند مگر توسط مراجع بالاتر یا همان دادگاه. پس در مواردی که قانون معین کرده است امکان شکایت و قصه برداشتن وجود دارد. پس اگر گزارش اصلاحی قابلیت اعتراض شخص ثالث را داشته باشد، این گزاره که احکام قابلیت ابطال ندارند، مورد خدشه واقع می‌شود.

بحث و نکته مهم دیگر، احراز گزارش اصلاحی به‌عنوان رأی (حکم و قرار) است. در اینکه گزارش اصلاحی، قرار نیست هیچ محل اختلافی وجود ندارد. به‌علاوه، به‌نظر می‌رسد گزارش اصلاحی، حکم هم نیست. اعتراض ثالث استثنائی از اصل نسبی بودن است. منشأ این حق که شخص ثالث می‌تواند وارد دعوی شود، آن است که این قرار یا رأی به حقوق شخص ثالث خلل وارد می‌کند و شخص ثالث برخلاف اصل نسبی بودن، می‌تواند وارد موضوع گردد. اما اینکه طریق ورود این شخص از باب ابطال گزارش اصلاحی است یا از باب اعتراض ثالث، قابل بحث و بررسی است. حقوق دانان قابلیت شکایت را منقسم به دو قسم می‌دانند:

۱. طریق عادی: این روش، واخواهی و تجدیدنظر را دربرمی‌گیرد.

۲. طریق فوق‌العاده: که شامل اعاده دادرسی، اعتراض شخص ثالث و فرجام می‌باشد. اصل بر قابلیت شکایت عادی است؛ یعنی هر حکمی باید قابلیت واخواهی و تجدیدنظرخواهی داشته باشد و طرق فوق‌العاده، استثنائی هستند. هرچند قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی برخلاف این حرکت کرده است، ولیکن در قانون آیین دادرسی کیفری مجدداً به این اصل بازگشته و همچنان اصل بر عدم قابلیت شکایات فوق‌العاده است. فرجام‌خواهی، نیازمند تصریح قانونی، و اعاده دادرسی نیازمند تطبیق آن مورد با موارد مصرح قانون‌گذاری است.

درخصوص ماده ۴۱۸ و امکان اعتراض ثالث نسبت به حکم داور باید گفت برای حل و فصل دعاوی سه طریق وجود دارد: الف) قضاوت؛ ب) سازش؛ ج) داوری. قانون در مقام بیان آراء قابل اعتراض شخص ثالث، قضاوت و داوری را ذکر نموده، اما درمورد امکان آن در سازش سکوت اختیار کرده است. حقوق دانان تصمیمات

دادگاه‌ها را به حکم و قرار و دستورهای اداری و تصمیمات حسبی و گزارش اصلاحی و سایر اقدامات تقسیم می‌کنند. ماده ۴۴ قانون امور حسبی هم در تصمیمات امور حسبی، امکان اعتراض ثالث را تصریح کرده است. این تصریح قانون‌گذار بدان معناست که وی در نظر داشته در صورت عدم تصریح، اعتراض شخص ثالث غیرممکن است. در غیر این صورت، اگر این امکان پیش‌تر وجود می‌داشت نیازی به تصریح نمی‌دید. پس اینکه مقنن امکان آن را بیان کرده است، یعنی قابلیت ندارد و آن را به‌عنوان نهاد جدید در امور حسبی تصریح می‌نماید.

طبق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه پس از حصول سازش، گزارش اصلاحی را تهیه می‌کند. دادگاه، ملزم به نوشتن سازش‌نامه نیست؛ چراکه طبق ماده ۱۸۳، سازش در خارج از دادگاه و بدون حضور قاضی نیز امکان‌پذیر است. دادگاه پس از ختم دادرسی صرفاً گزارش اصلاحی را که شامل مفاد سازش‌نامه است، تهیه می‌کند. وفق ماده ۱۸۴ قانون یادشده، گزارش اصلاحی مانند احکام دادگاه‌ها به‌موقع اجرا گذاشته می‌شود. وجه شبهه این گزارش با احکام فقط از باب قابلیت اجراست نه از سایر خصوصیات و آثار و ارکان حکم، چون ماده مذکور تصریح می‌کند که «مانند احکام به‌موقع اجرا گذاشته می‌شود». تفاوت مهم دیگر حکم و گزارش اصلاحی آن است که طبق ذیل ماده اخیرالذکر (۱۸۴) «مانند احکام دادگاه‌ها به‌موقع اجرا گذاشته می‌شود، چه اینکه مورد سازش مخصوص به دعوای مطروحه بوده یا شامل دعوای یا امور دیگری باشد». توضیح آنکه دادگاه خارج، از خواسته حق صدور حکم ندارد، درحالی‌که گزارش اصلاحی سازش می‌تواند مخصوص دعوای مطروحه یا شامل دعوای یا امور دیگر (هر امر دیگری بین طرفین و خارج از خواسته) باشد. بنابراین، گزارش اصلاحی یک تصمیم ویژه است که قانون‌گذار به‌نحو خاص انشاء کرده و فاقد خصوصیات رأی است و بر مبنای مواردی که ذکر آن رفت، قابلیت اعتراض شخص ثالث به‌عنوان یک طریق فوق‌العاده شکایت را نیز دارا نیست.

آقای اسدی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

ما بر این باوریم که گزارش اصلاحی یک سند لازم‌الاجرا است و نه رأی و حکم لازم‌الاجرا. این دو مورد از جهت شکل و آثار با هم تفاوت‌هایی دارند. با توجه

به مواد مربوط به گزارش اصلاحی که در ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی و مابعد آن آمده، مشخص می‌شود که دادگاه در مقام تهیه گزارش است؛ یعنی مانند یک مأمور در حدود صلاحیت خود متنی را تهیه می‌کند و صرفاً گزارش می‌نویسد. ممکن است گزارش راجع به دعوی موضوع همان پرونده یا راجع به سایر اختلافات باشد که با خواسته و موضوع دعوی، بی‌ارتباط است. اگر آن گزارش در دفتر اسناد رسمی تهیه شده باشد، دادگاه حتی در حد نوشتن آن هم اقدام نمی‌نماید و صرفاً گزارش را در پرونده وارد می‌سازد. گزارش اصلاحی از جهت اجرایی را می‌توان تنها صورت جلسه و فاقد عنوان حکم دانست. اگر توافق اعمال و یا تهیه شده طرفین، چه در دادگاه و چه خارج از دادگاه، در دادگاه نوشته شده باشد، مثل احکام دادگاه قابلیت اجرا دارد؛ یعنی سند لازم‌الاجرائی است که مانند احکام دادگاه‌ها اجرا می‌شود. بالعکس، اگر در دفترخانه اسناد رسمی تنظیم شده باشد، همچون مفاد لازم‌الاجرای اسناد رسمی در دوائر اجرای ثبت، به اجرا درمی‌آید. به علاوه، همه دادگاه‌ها از جهت صدور رأی فقط در زمانی که فراغ دادرسی صورت نگرفته می‌توانند به صدور رأی مبادرت ورزند اما در تبصره ماده ۱۸۲ امکان حصول سازش در حین اجرای قرار هم وجود دارد، در صورتی که حکم و اجراییه صادر شده است. فلذا اینها از جهت شکل هم تفاوت دارند. افزون بر آن، اگر گزارش اصلاحی رأی باشد قابل واخواهی و فرجام‌خواهی و اعاده دادرسی است. مضاف بر آنکه در ماده ۴۱۸ قانون گذار به رأی و نیز رأی داور تصریح کرده و مشخصاً نظر وی نسبت به رأء بوده است. با همه این تفاوت‌ها گزارش اصلاحی یک سند لازم‌الاجراست که نزد مأمور رسمی دولت صادر می‌شود.

آقای جمشیدی (مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

در اینکه آیا گزارش اصلاحی نوعی از رأی می‌باشد یا خیر، لازم به ذکر است که رأی باید مستند و مستدل باشد. این ویژگی رأی منوط به اقتدار قاضی بر پرونده است؛ یعنی قانون‌گذار قاضی را حاکم بر طرفین قرار داده و تبلور این حاکمیت، در قالب رأی است. وانگهی رأی برخلاف اراده طرفین است، لذا این رأی باید متصف به خصیصه مستند و مستدل بودن باشد. زمانی که طرفین در گزارش اصلاحی توافق

می‌کنند، سلب حاکمیت از قاضی صورت می‌گیرد. بدین ترتیب، دیگر قاضی نمی‌تواند نظری ارائه دهد. بنابراین، حاکمیت فقط در «رأی» متبلور می‌گردد.

درمورد قرارداد قضایی بودن گزارش اصلاحی نیز به نظر می‌رسد که این قرارداد، مربوط به جایی است که طرفین با قاضی یا دادگاه قراردادی را منعقد کنند، مثل قرار وجه‌الکفاله یا قرار وجه‌الضمان، اما گزارش اصلاحی به هیچ وجه قرارداد قضایی نیست. گزارش اصلاحی، با سند توافق‌نامه تنظیمی در دفتر اسناد تفاوت خاصی ندارد. تنها تفاوت در آن است که اولی را «قاضی» و دومی را «سردفتر» تنظیم می‌کند. علاوه بر آن، گزارش اصلاحی معمولاً مسبوق به طرح دعوایی در دادگاه است.

مادتين ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیز تأکید فراوانی بر «رأی» دارند و نیز ماده ۴۲۰ قانون مذکور به تبیین ماده ۴۱۸ پرداخته با این بیان که: «اعتراض اصلی باید به موجب دادخواست و به طرفیت محکوم‌له و محکوم‌عليه رأی مورد اعتراض باشد». در این ماده از دو عنوان «محکوم‌له و محکوم‌عليه» استفاده شده است در صورتی که در گزارش اصلاحی، طرفین دعوی با این عنوان خطاب نمی‌شوند.

در نهایت، تمام دغدغه‌ها به این امر، معطوف است که حق شخص ثالث ادا شود. این استیفای حق از طرق دیگر و طرح دعوای ابطال سند قابل بررسی و طرح است و نیازی به تزلزل ارکان شرایط اعتراض ثالث نخواهیم داشت.

آقای موسوی

پرسش اینجاست که: اگر خواسته‌های متعددی در قالب یک دادخواست مطرح شده و دادگاه راجع به خواسته‌ای گزارش اصلاحی صادر نموده و نسبت به خواسته‌های دیگر وارد ماهیت دعوی شد و حکم صادر کرد، وقتی شخص ثالث به کلیت خواسته اعتراض دارد، چگونه باید اعتراض خود را مطرح کند؟ با توجه به نظر مخالفان ثالث، باید در دادگاه یک دادخواست ابطال سند توافق و یک دادخواست اعتراض ثالث مطرح نماید. در این صورت، طبق ماده ۱۰۳ که «اگر دعوای دیگری که ارتباط کامل با دعوای طرح شده دارند، در همان دادگاه مطرح

باشد، دادگاه به تمامی آنها یکجا رسیدگی می‌نماید و چنانچه در چند شعبه مطرح شده باشد، در یکی از شعب با تعیین رئیس شعبه اول یکجا رسیدگی خواهد شد، غیرقابل اجرا خواهد بود. بنا به مطالب پیش‌گفته، اصلی‌ترین ویژگی رأی این است که باعث خروج پرونده از ردیف آمار شده، پرونده، مختومه، و قاعده فراغ دادرس حادث می‌شود. بعد از اتخاذ رأی، دیگر قاضی نمی‌تواند دخل و تصرفی در رأی بنماید و فقط می‌تواند به اصلاح رأی بپردازد. گزارش اصلاحی باعث مختومه شدن پرونده گشته و پرونده را از ردیف موجودی خارج می‌کند.

درمورد لزوم دادرسی در رأی نیز باید اذعان نمود که همیشه این‌گونه نیست که رأی دادگاه متعاقب دادرسی باشد. در دادرسی فوری ممکن است به‌هیچ‌روی، دادرسی اعمال نگردد و دستور موقت صادر شود. از آن‌گذشته، «ارزیابی» و «شناسایی» دو عنصر لازم در هر پرونده است و طرفین دعوی ابتدائاً با عنوان «خواهان» و «خوانده» وارد دعوی شده‌اند و قاضی نیز رسیدگی ابتدایی به دلایل آنها را انجام داده و درنهایت، گزارش اصلاحی صادر کرده است.

نتیجه جلسه

پس از رأی‌گیری، ۲۳ نفر از قضات با رأی شعبه ۵۹ (پذیرش اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی) و ۲۴ نفر با رأی شعبه ۶۱ (مخالفت با پذیرش اعتراض ثالث نسبت به گزارش اصلاحی) اعلام موافقت نمودند.