

الرحمن الرحيم



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضاییه

مدیرمسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی

سر دبیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان

جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: سعید نجات‌زادگان

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

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

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

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضاییه نیست.

نشانی اینترنتی: www.jpri.ir

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: majaleh_ray@jpri.ir

شمارگان: ۴۵۰۰

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

مقدمه

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

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

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و ارائه ی مطالب پژوهشی و آموزشی در حوزه ی مزبور بوده و تمامی مقالات با محوریت این موضوع ارائه می گردد. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.

۲. مقالات ارسالی می بایست در قالب برنامه ی Word 2007 یا جدیدتر نگارش شده باشد.

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

• کتب

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

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

• مقالات مندرج در نشریات

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

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

• منبع الکترونیک

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

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

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

• کتب

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

• مقالات مندرج در نشریات

نام خانوادگی نویسنده، نام، "عنوان مقاله"، **نام نشریه بصورت توپر**، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ).
مثال: شهیدی، مهدی، "قرارداد تشکیل بیع"، **مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی**، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱).

• منبع الکترونیک

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

Sample: Lang, Jon, "The Protection of Commercial Trade Secrets," Jon Lang Mediation, available at:

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

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

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

ب) ترتیب نگارش بخش های مجله

این مجله آمادگی دارد تا مقالات و نوشته های ارسالی صاحب نظران را در چارچوب های زیر دریافت و پس از طی فرآیند داوری منتشر نماید:

یک – بایسته های نگارش و نقد رأی

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

دو – نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه ی آراء مختلف است؛ لذا لااقل استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.
 ۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
 ۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، چکیده، کلیدواژه، بدنه مقاله، نتیجه گیری و منابع و مآخذ می باشد.
 ۴. در این دسته از نوشته ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده (گان) ذکر می گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده (گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.
 ۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه رأی کافیت؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.
- نکته:** در خصوص آراء حقوقی و کیفری، تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده حذف گردد. در خصوص آراء صادره از دیوان

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

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

سه – نقد رأی محور

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

اول) مشخصات مقاله:

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

دوم) شرح ما وقع / سابقه‌ی موضوع / مقدمه / جریان رسیدگی / وقایع پرونده:

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

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

سوم) تحلیل و بررسی:

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

چهار – یادداشت رأی

۱. در این دسته از نوشته ها به بررسی اجمالی نکات بارز مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه‌ی صادره و استنادات و استدلال‌های قضات پرداخته می‌شود.
۲. حجم یادداشت‌های نقد رأی حداکثر ۸۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه نمی شود.
۳. درج چکیده و کلید واژه در این مقالات لازم نیست.
۴. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر می باشد:

اول) مشخصات:

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

دوم) شرح ما وقع / سابقه‌ی موضوع / مقدمه / جریان رسیدگی / وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاس پرونده یا شماره پرونده یا شماره

دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می‌گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

نکته: 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 حقوقی خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) تحلیل و بررسی:

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

پنج – گزارش رویه قضایی

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

۵. در استناد به آراء، در صورتیکه دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کفایت؛ در غیر اینصورت اصل متن دادنامه بعنوان پیوست مقاله ارسال گردد.

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

شش – ترجمه

۱. این مجله آمادگی دارد ترجمه‌ی آراء برگزیده‌ی مراجع قضایی بین المللی و نیز داخلی سایر کشورها، ترجمه‌ی نقد آراء و رویه‌ی قضایی کشورهای خارجی و نیز ترجمه‌ی مقالات حول محور شیوه‌ی نگارش آراء را به چاپ برساند.
۲. حجم مقالات ترجمه شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می باشد.
۳. در این دسته از نوشته ها ابتدائاً ترجمه‌ی عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) و همچنین نام مترجم(ان) ذکر می‌گردد. افزون بر آن، در پاورقی همان صفحه عنوان و مشخصات لاتین مقاله و سمت و درجه علمی نویسنده(گان) و مترجم(ان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه مترجم مسئول نوشته خواهد شد.
۴. خواهشمندست متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.
۵. درج پاورقی‌های متن اصلی و عندالاقضاء ترجمه آن الزامیست.

نشانی دفتر مجله جهت ارسال مقالات، تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله «رأی» و نشانی پست الکترونیکی نشریه، majaleh_ray@jpri.ir می باشد.

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 بدست 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 تاکید می‌شود و رویه قضایی هم در این عرصه، از جمله مهم‌ترین این منابع است.

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

به علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه در مورد انتشار آرا به عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش د ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه‌حل را با

دشواری مواجه ساخته است و قضات و وکلا جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی‌بردن به تکرارپذیری یک راه‌حل و غلبه آماری بر راه‌حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است.

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

مرجع صالح رسیدگی به سوءاستفاده از اختیارات مقام اداری (بررسی موردی تخلف اخفا و معدوم نمودن اسناد و مدارک دولتی توسط مقام اداری).....	۱۷
فاطمه افشاری	
نحوه محاسبهٔ تمبر مالیاتی وکلا در دعوی غیرمنقول.....	۳۳
حسن محسنی	
نقد و بررسی زوال داوری به دلیل فوت یکی از طرفین دعوا.....	۴۱
ستار زرکلام	
نقد و بررسی حکم به محرومیت از مرخصی از زندان.....	۴۹
ابوالفضل یوسفی	
قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن.....	۵۷
مجید متین راسخ	
شکایت علیه شهرداری به دلیل تصرف زمین: عدم صلاحیت دیوان به لحاظ ترافعی بودن دعوی یا ماهیت امر؟.....	۶۷
کوروش استوار سنگری	
مقید نبودن صلاحیت مرجع عمومی به استاپل.....	۷۳
مرتضی نجابت خواه	
یادداشت‌هایی بر گزیده آراء قضایی دیوان عدالت اداری.....	۸۱
سید مجتبی واعظی	
رویه و تهافت آراء قضایی در امور مدنی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران.....	۹۱
مهدی فتاحی	
رویه و تهافت آراء قضایی در امور کیفری شعب دیوان عالی کشور.....	۱۰۷
شادی عظیم زاده	

تهافت آراء قضایی در امور اداری شعب دیوان عدالت اداری.....	۱۱۱
ثریا فاطمی	
گزارش نشست نقد رأی: اثر خط زدن حواله کرد بر روی چک.....	۱۱۵
تنظیم : حمیدرضا نجفی	

دیوان عدالت اداری مصوب ۴ بهمن ۱۳۶۰ می‌باشد قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار دیوان عدالت اداری صادر و پرونده به دیوان ارجاع شده است.

دیوان عدالت اداری در رأی خود با عدم قبول صلاحیت دیوان معتقد است:

نظر به این‌که عناوین سرقت، تخریب، معدوم کردن اسناد و مدارک دولتی طبق فصول قانون مجازات اسلامی از عناوین مجرمانه است و در قانون مجازات اسلامی برای آن مجازات در نظر گرفته شده است و اگر کسی مرتکب یکی از این عناوین (برحسب شرایط مقرر قانونی) شده باشد باید طبق قانون، مجازات گردد و وظیفه دادسرا و دادگاه کیفری نیز در همین راستا ارزیابی می‌شود، لذا دادگاه کیفری باید در مورد جرم بودن عمل انتسابی یا عدم آن، اظهارنظر نماید و نمی‌تواند پا را فراتر از آن گذارد و خود را صالح به رسیدگی نداند. همان‌طوری که در جرایمی مثل کلاهبرداری یا خیانت در امانت اگر فردی را مجرم ندانست نمی‌تواند پرونده را به دادگاه حقوقی بفرستد. در ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ بحث تشخیص درست مسئولین دولتی و شهرداری‌ها در انجام وظایف حاکمیتی یا عدم آن است و طرح شکایت در دیوان دارای شرایط خاصی است که متفاوت از دادسرا و دادگاه است. بنابراین عناوین مندرج در رأی دادگاه کیفری قابل رسیدگی در دیوان نبوده و تنها در دادسرای دادگاه کیفری قابل رسیدگی است، لذا ارسال پرونده به دیوان عدالت اداری صحیح نبوده و شعب دیوان صالح به رسیدگی نیست و قرار عدم صلاحیت صادر می‌نماید^۱.

اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که سوءاستفاده و تجاوز از حدود اختیارات چیست و آیا سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری در حقوق ایران قابل بازنگری قضایی است؟ چه مصادیقی را می‌توان جزء سوءاستفاده از اختیارات مقام دولتی شمرده و مقام دولتی را به موجب آن، در محاکم اداری مورد بازخواست قرار داد؟ به طور مثال آیا مواردی مانند اخفا و معدوم نمودن اسناد و مدارک دولتی توسط

مرجع صالح رسیدگی به سوءاستفاده از اختیارات مقام اداری (بررسی موردی تخلف اخفا و معدوم نمودن اسناد و مدارک دولتی توسط مقام اداری)

فاطمه افشاری *

مشخصات رأی

شماره دادنامه مرجع اداری: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۰۸۴۱

مرجع رسیدگی‌کننده اداری: شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری

شماره دادنامه مرجع جزایی: ۹۲۰۹۹۷۲۱۹۰۵۰۰۰۹۳

مرجع رسیدگی‌کننده جزایی: شعبه ۱۰۳۰ دادگاه عمومی (جزایی) مجتمع قضایی

شهید قدوسی تهران

وقایع پرونده

در تاریخ ۱۳۹۲/۴/۱ پرونده‌ای در شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری به طرفیت شهرداری منطقه ۱۳ تهران با قرار عدم صلاحیت دادگاه جزایی، مورد بررسی قرار گرفته است. این پرونده تحت عناوین سرقت یا تخریب یا معدوم کردن اسناد و مدارک دولتی به دادسرای عمومی و انقلاب تهران تقدیم و پس از رسیدگی در دادسرا و احراز مجرمیت مقامات شهرداری منطقه ۱۳ تهران، پرونده به دادگاه جزایی ارسال شده است. دادگاه پس از ملاحظه پرونده به دلیل این‌که اخفا و معدوم نمودن اسناد و مجوزهای ساختمانی توسط مقامات، از موارد تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات قوانین و خودداری از انجام وظیفه مقرر در فراز اخیر بند پ ماده ۱۱ قانون

۱. ر.ک پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۴۴۵۰۱۱۴۱ شعبه ۱۰۳۰ دادگاه عمومی (جزایی) مجتمع قضایی

شهید قدوسی تهران، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۹۰۵۰۰۰۹۳؛ پرونده کلاسه ۹۲۰۴۵۷/۲۸ شعبه ۲۸

دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۰۸۴۱.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی.

مقامات، از موارد تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات و مشمول رسیدگی دیوان عدالت اداری است یا به عنوان جرم باید در دادگاه جزایی مورد رسیدگی قرار گیرد؟ برای پاسخ به سؤالات مذکور لازم است مفهوم سوءاستفاده از اختیار و مصادیق آن روشن شود تا بتوانیم به این موضوع بپردازیم که کدام عمل تحت عنوان سوءاستفاده قرار گرفته و در صلاحیت کدام دادگاه است تا به آن رسیدگی نماید.

الف - مفهوم سوءاستفاده از اختیارات

در حقوق ایران تاکنون تعریف دقیقی به نحو مفهومی و مصداقی از سوءاستفاده از اختیارات ارائه نشده است، به همین دلیل ناچار به مراجعه به حقوق سایر کشورها هستیم تا با بهره گیری از تجربیات ایشان بتوانیم به شناسایی مفهوم پرداخته و پس از آن، نهاد صالح برای رسیدگی به این امر را بیابیم. برای مطالعه تطبیقی به جستجوی این مفهوم در حقوق کامن لا می پردازیم. در حقوق کامن لا نیز تعریف دقیقی از سوءاستفاده ارائه نشده است اما در نوشته های حقوقی، با بیان مصادیق، به تعریف آن پرداخته اند. برخی نویسندگان حقوقی بنا به نظر خود، فهرست طویلی از مصادیق آن ارائه می دهند؛ درحالی که برخی دیگر، به دو یا سه مورد به عنوان مصادیق سوءاستفاده از اختیارات بسنده می کنند.^۱

بر طبق نظریات ایشان، رویه مجریان قانون همیشه حاکی از نقض شکلی آن و یا تجاوز از حدود اختیارات تفویضی قانون گذار نیست؛^۲ حتی اگر تصمیم گیرنده دقیقاً مطابق با نص قانون عمل کند، هدف او ممکن است نامطلوب باشد یا به عوامل مرتبط

بی توجهی کند یا تحت تأثیر عوامل غیر مرتبط قرار گیرد.^۱ بدین ترتیب اغلب، سوءاستفاده را انگیزه و موجبی به شمار می آورند که مقام عمومی را به دخالت دادن عوامل غیرمرتبط در تصمیم یا تعقیب اهدافی غیر از هدف قانون گذار وامی دارد و یا آن که موجب "غیرعقلانی" قلمداد کردن تصمیم می شود.^۲

بر طبق تعاریف مختلف به نظر می رسد ارکان اساسی در سوءاستفاده از صلاحیت، چند مورد است: نخست، وجود صلاحیت برای مقام اداری بر طبق قانون برای عمل خاص؛ دوم، انجام عمل در محدوده صلاحیت برخلاف هدف قانون گذار و یا بدون در نظر گرفتن عوامل و ملاحظات مدنظر قانون گذار و سوم، عنصر سوءنیت عام^۳ به معنای وجود علم و عمد به مسأله؛ بدین معنا که مقام صلاحیت دار علم دارد که هدف قانون گذار چه بوده و با عمد، عملی خلاف آن را مرتکب می شود و به خلاف بودن عمل خود نیز علم دارد. به نظر می رسد وجود رکن روانی است که سوءاستفاده از اختیارات را از اعمال مشابه مانند اشتباه متمایز می سازد^۴ زیرا در اشتباه، علم و عمد وجود ندارد، اما برخلاف نظر برخی که معتقدند در سوءاستفاده، عمل، تحت تأثیر انگیزه های درونی مثبت یا منفی یا با استنباط نادرست از قانون مانند تصمیم گیری از روی حب و بغض، به منظور انتقام جویی، کینه توزی، اخاذی، جلب سود برای خود یا دیگران صورت می گیرد^۵، باید گفت انگیزه مثبت یا منفی در این

1. David Stott & Alexandra Felix, **Principles of Administrative Law**, (London, Sydney: Cavendish Publishing Ltd, ed. 1, 1997), p 82; E.C.S Wade & A.W. Bradley, **Constitutional and Administrative Law**, (London, New York: Longman, 11th ed, 1993), p 678; A.W Bradely & K.P Ewing, **Constitutional and Administrative Law**, (London, New York: Longman, ed. 12), p 773.

۲. مرتضی نجابت خواه، پیشین، ص ۹۳.

۳. برخی سوءنیت را از عوامل سوءاستفاده دانسته اند و دعوای آنیسمینیک (سال ۱۹۶۹) را یکی از موارد درخواست کنترل قضایی بر این اساس به شمار آورده اند (مرتضی نجابت خواه، پیشین، ص ۹۳).

4. See. Hilaire Barentt, **Constitutional and Administrative Law**, (London, Routledge- Cavendish, ed. 6, 2007), 766.

۵. مرتضی نجابت خواه، پیشین، ص ۹۲؛ مریم کریم جوزانی، «مفهوم صلاحیت تشخیصی و چگونگی کنترل آن در حقوق اداری»، (پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکز)، زمستان ۱۳۹۰)، ص ۱۳۲.

۱. امید شیرزاد، «تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، پایان نامه برای مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص ۸۷؛ مرتضی نجابت خواه، «مفهوم سوءاستفاده از اختیارات در نظام حقوقی کامن لا»، **حقوق و مصلحت**، سال دوم، ۵ (زمستان ۱۳۸۸): ص ۹۱.

۲. امید شیرزاد، پیشین، ص ۸۷.

زمینه دارای اهمیت چندانی نیست و مقام اداری می‌تواند با هر انگیزه اعم از انگیزه خیرخواهانه مانند کمک به دیگران، درنظر گرفتن نفع عمومی جامعه یا انگیزه منفی، مرتکب سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری شود.

در بیان مصادیق سوءاستفاده از اختیارات در انگلستان، اغلب دو عامل اهداف مغایر یا متفاوت از هدف قانون‌گذار، توجه به عوامل غیر مرتبط و توجه نکردن به عوامل مرتبط در تصمیم‌گیری را از مصادیق سوءاستفاده می‌دانند برخی دیگر به کارگیری صلاحیت معین به جای صلاحیتی دیگر را از مصادیق سوءاستفاده می‌دانند و عده‌ای دیگر نیز غیر عقلانی بودن را در مصادیق سوءاستفاده آورده‌اند. یکی از مصادیق سوءاستفاده، استفاده از صلاحیت واگذار شده برای دستیابی به اهدافی غیر از اهدافی است که قانون واگذارکننده صلاحیت در نظر داشته است. این امر زمانی واقع می‌شود که مأمور یا مقام اداری تصمیماتی می‌گیرد یا عملی انجام می‌دهد که به ظاهر قانونی اما در باطن، هدفی خلاف آنچه قانون‌گذار تعیین کرده است تعقیب می‌کند. درواقع در انجام عمل، خطا یا شبه خطایی واقع نشده، بلکه اقدام درست با هدف خلاف هدف قانون‌گذار واقع شده است گرچه ممکن است اشکال خاصی بر آن هدف نیز وارد نباشد. همچنین در بعضی موارد ممکن بود تصمیم اتخاذ شده علی‌رغم این‌که ظاهراً در چارچوب اختیارات قانونی بوده اما با غایت اصلی قانون‌گذار متعارض بوده و به بیان دیگر به جهت منافع درون سازمانی، به نوعی سوءاستفاده از اختیار تلقی گردد^۱. درواقع زمانی سوءاستفاده واقع شده که اعمال اختیار در راستای هدف اصلی آن صورت نپذیرد^۲. در این‌جا حتی اگر عمل با بهترین انگیزه نیز انجام شود، این‌گونه اعمال، مصادیقی از سوءاستفاده از اختیارات واگذار شده قانونی بوده و محل ایراد هستند^۳.

1. See: Hilaire Barentt, **op.cit**, 765; Peter Leyland & Gordon Anthony, **Textbook on Administrative Law**, (New York: Oxford University Press, ed.5, 2005), p 269.
2. Hilaire Barentt, **op.cit**, p 765.

۳. مرتضی نجابت خواه، پیشین، ۹۴.

یکی دیگر از فاکتورهای شکل دهنده سوءاستفاده از اختیارات این است که مراجع عمومی باید عوامل و ملاحظات را، که غیرمرتبط یا فرعی می‌باشند، در تصمیم‌گیری خود دخالت ندهند؛ هم‌چنین مراجع عمومی باید ملاحظات را، که مرتبط و مؤثر در تصمیم‌گیری می‌باشند، حتماً در تصمیم‌گیری‌های خود به‌طور مقتضی و صحیحی دخالت دهند و آن‌ها را نادیده نگیرند. قصور در توجه به ملاحظات مرتبط می‌تواند به معنای آن باشد که مقام تصمیم‌گیرنده بدون ادله لازم جهت توجیه تصمیم خود عمل نموده است.^۱ البته باید تأکید نمود که عدم توجه به عوامل مرتبط و مؤثر در اتخاذ تصمیم و توجه به عوامل غیرمرتبط، در صورتی زمینه مداخله دادگاه‌ها جهت کنترل قضایی را فراهم می‌آورند که اولاً تصمیم به انجام یک کارویژه صرفاً اداری مربوط نشود که تأثیری بر حقوق اشخاص ندارد؛ ثانیاً تصمیم از نظر مادی به واسطه آن عامل مرتبط یا غیرمرتبط، تحت‌الشعاع قرار گرفته باشد^۲.

از سوی دیگر، برخی غیرمعقول بودن را از مصادیق سوءاستفاده از اختیارات به شمار آورده‌اند^۳ چرا که غیرمنطقی بودن، اغلب توأم با دو مفهوم خروج از اختیارات و سوءاستفاده از آن‌ها به کار می‌رود^۴ و برخی نیز غیرمعقول بودن را با توجه به ملاحظات مربوط و عدم توجه به ملاحظات نامربوط یکی دانسته‌اند^۵.

ب- سوءاستفاده از اختیارات در حقوق ایران

همان‌طور که بیان شد در حقوق ایران مفهوم سوءاستفاده از اختیارات به صراحت مورد تعریف و بررسی قرار نگرفته و مصادیق و اجزای آن شناسایی

1. Hilaire Barentt, **op.cit**, 767; Peter Leyland & Gordon Anthony, **op.cit**, p. 276.

مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری) همراه با مطالعه

تطبیقی فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان، انگلیس و آمریکا، (تهران، معاونت حقوقی و توسعه

قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات توسعه قضایی، چاپ دوم، ۱۳۹۱)، ۱۹۴؛ امید شیرزاد، پیشین، ص ۹۱.

۲. مرتضی نجابت خواه، پیشین، ص ۱۰۴.

3. A.W Bradely & K.P Ewing, **op.cit**, p 773.

4. Peter Leyland & Gordon Anthony, **op.cit**, p 269.

5. **Ibid**, p 276.

نشده است اما در برخی قوانین، مانند قانون مجازات اسلامی این عمل جرم انگاری شده و در برخی دیگر از قوانین مانند قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و قانون رسیدگی به تخلفات اداری، از مصادیق تخلف مقام اداری شمرده شده است. به دلیل ابهام در مفهوم و مصادیق، بررسی مصادیق و شناخت مرجع صالح برای رسیدگی به آن نیز با مشکل همراه است. با توجه به شناخت مفهوم در حقوق کامن لا و عناصر آن، حال به بررسی این نکته پرداخته می‌شود که کدام نهاد، صلاحیت رسیدگی به آن را دارا می‌باشد.

۱. سوءاستفاده از اختیارات مقام اداری در حقوق کیفری

در قوانین جزایی ایران، دو ماده درخصوص سوءاستفاده از اختیارات سخن گفته‌اند. در ماده ۵۷۶ قانون تعزیرات و اقدامات تأمینی، سوءاستفاده تحت شرایطی می‌تواند جرم تلقی شده و مشمول مجازات قرارگیرد. براساس ماده ۵۷۶: «چنانچه هریک از صاحب منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی و شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشد از مقام خود سوءاستفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی و یا اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد، جلوگیری نماید به انفصال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد».

با توجه به عنصر قانونی مذکور و بیان مفهوم سوءاستفاده از اختیارات به نظر می‌رسد منظور از سوءاستفاده در ارتکاب جرم به قصد و انگیزه مرتکب بر می‌گردد و باید حداقل عنصر روانی سوءنیت عام را در این زمینه برای مرتکب لازم دانست تا جرم وی محقق شود و بر مبنای نظریات خطر و تقصیر، دارای مسئولیت جزایی شمرده شده است. همچنین باید وجود هدف مغایر با هدف قانون یا ملاحظات نامربوط یا عدم لحاظ ملاحظات مرتبط مورد بررسی قرارگیرد که با توجه به عنصر قانونی این جرم، باید در نظر داشت سوءاستفاده از مقام به منظور جلوگیری از اجرای قوانین و اوامر دولتی و احکام محاکم قضایی در این باره لحاظ می‌شود. از سوی دیگر تحقق عنصر مادی نیز در این زمینه اهمیت دارد، یعنی تحقق جرم منوط به اجرا نشدن قانون یا حکم مقام قضایی است والا اگر فعل یا ترک فعل

مأمور و مستخدم دولتی در جلوگیری از اجرای قانون یا حکم مقام قضایی تأثیری نداشته باشد، جرم ماده ۵۷۶ تحقق نخواهد یافت.

علاوه بر این ماده که به صراحت جرم سوءاستفاده از اختیار مقام دولتی را بیان نموده، مواد دیگری را نیز در قانون مجازات می‌توان یافت که با توجه به تعریف سوءاستفاده و مصادیق آن، می‌توانند مصداق سوءاستفاده از اختیار مقام دولتی باشند اما قانون‌گذار به طور خاص، به جرم‌انگاری آن پرداخته است. از جمله مواردی که با اخفا و معدوم کردن اسناد و مدارک دولتی نیز بی‌شباهت نیست، ماده ۶۰۴ قانون تعزیرات است. ماده ۶۰۴ ق.م.ا. مأمورین دولتی‌ای را که اقدام به معدوم یا مخفی کردن اوراق سپرده شده به آنان می‌کنند را مستحق مجازات دانسته است تا اسناد و اوراق و مدارک دولتی را مورد حمایت ویژه قرار دهد. ماده مزبور بیان می‌دارد: «هر یک از مستخدمین دولتی اعم از قضایی و اداری نوشته‌ها و اوراق و اسنادی را که حسب وظیفه به آنان سپرده شده یا برای انجام وظایفشان به آن‌ها داده شده است را معدوم یا مخفی نماید یا به کسی بدهد که به لحاظ قانون از دادن به آن کس ممنوع می‌باشد، علاوه بر جبران خسارت وارده به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم خواهد شد.»

در ماده مذکور نیز وجود عنصر مادی لازم است و چنانچه مأمور عمداً اقدام به مخفی یا معدوم کردن نمایند مستحق مجازات می‌باشد. بدیهی است در صورتی که عمد احراز نشود مرتکب صرفاً مستحق جبران خسارت خواهد بود. جرم انگاری این عمل نیز به نظر می‌رسد به عنوان یکی از مصادیق سوءاستفاده از اختیار مقام دولتی به دلیل انجام عمل مغایر هدف قانون‌گذار همراه علم و عمد است.

با توجه به صراحت دو ماده مذکور در بیان جرم سوءاستفاده از اختیارات و جرم اخفا و معدوم کردن اسناد و مدارک دولتی به عنوان مصداق سوءاستفاده با جرم‌انگاری خاص، به نظر می‌رسد با احراز سوءنیت و عنصر معنوی و ارکان سوءنیت در مصداق خاص، می‌توان جرم مذکور در پرونده را بر طبق مواد مذکور، در صلاحیت دادگاه کیفری دانست.

۲. سوءاستفاده از اختیارات مقام اداری در حقوق اداری

در حقوق اداری ایران بنابر ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، یکی از جهات کنترل قضایی در نظام حقوقی ایران، سوءاستفاده از اختیارات است. همچنین در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، سوءاستفاده از مقام اداری در بند ۳۰ ماده ۸ به عنوان تخلف اداری^۱ به شمار آمده که در صورت احراز، موجب مجازات اداری می‌شود. به همین دلیل می‌توان آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ادارات را نیز در این زمینه مورد بررسی قرار داد تا مشخص شود که مفهوم سوءاستفاده که بر مبنای آن به اعمال مجازات یک مقام اداری پرداخته‌اند، چیست و مصداق آن از دید هیأت چه بوده است.

در این نوشتار با توجه به اختلاف صلاحیت دادگاه کیفری با دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع عام اداری در کشور، صلاحیت این مرجع را بر طبق قانون و رویه مورد بررسی قرار می‌دهیم. ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، طبق بند اول، یکی از مصادیق صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان عدالت اداری را رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت سوءاستفاده از اختیارات مرجع مربوطه موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود، می‌داند. بر طبق ماده مذکور، در صورت سوءاستفاده مقام اداری از اختیارات خود در صدور مقرره دولتی و اثبات سوءاستفاده وی و این که این سوءاستفاده موجب تضییع حقوق اشخاص شده است اعم از شاکی یا غیر شاکی، هیأت عمومی دیوان می‌تواند نسبت به ابطال مصوبه مذکور اقدام نماید اما در رویه قضایی هیأت عمومی دیوان تاکنون به استناد سوءاستفاده، مصوبه‌ای ابطال نشده است.

۱. ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری: «تخلفات اداری به قرار زیر است:

۱- ...

۳- سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری»

حال سؤال دیگر آن است که آیا افراد می‌توانند از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأمورینی که به دلیل سوءاستفاده از اختیارات یا مصادیق آن صادر شده بر طبق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰، نزد شعب دیوان اقامه دعوا نمایند و خواستار رسیدگی به سوءاستفاده از اختیار مقام اداری شوند؟ در پاسخ باید گفت، در ماده ۱۰ به طور اعم رسیدگی به شکایات و تظلمات بیان شده و سبب شکایت تصریح نشده است. به همین دلیل به نظر می‌رسد سبب شکایت می‌تواند هر امری باشد که شامل سوءاستفاده از اختیار مقام اداری و مصادیق آن شامل اهداف نامناسب، توجه به عوامل نامرتبط، عدم توجه به عوامل مربوط و ... می‌شود. از سوی دیگر در صدر ماده ۱۱ این قانون آمده، «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضییع حقوق اشخاص شده باشد...». تضییع حقوق اشخاص مشترکاً در ماده ۱۲ نیز استفاده شده و یکی از مصادیق آن را نیز سوءاستفاده از اختیارات دانسته است که هیأت عمومی دیوان، صالح رسیدگی به آن است، به همین دلیل می‌توان گفت در ماده ۱۰ و ۱۱ نیز مصداق اقدام و تصمیم موجب تضییع حقوق اشخاص می‌تواند سوءاستفاده از اختیارات باشد و شعب دیوان، صلاحیت رسیدگی به این امر را دارند.

در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، به طور مستقیم با استناد به سوءاستفاده از اختیارات، رسیدگی و صدور حکم انجام نشده است اما در میان آراء، استناد به مصادیق سوءاستفاده مانند اهداف نامناسب و مغایر هدف قانون‌گذار، توجه به عوامل نامرتبط، عدم توجه به عوامل مرتبط به چشم می‌خورد که به استناد مستقیم یا غیرمستقیم آن، حکم شعبه صادر شده است. به طور مثال، رأی شعبه ۱۸ دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۴۷۴۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱، در ابطال رأی هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما را می‌توان مصداقی از عدم توجه به عوامل و ملاحظات مربوطه دانست. در رأی مذکور آمده، «شاکی اظهار داشته مشتی‌عنه به سوابق کاری و مقررات کار در قطع رابطه کارگری و کارفرمایی توجه ننموده و برخلاف قانون و اصول دادرسی، حکم به محکومیت وی را صادر کرده است... دیوان ... ادعای مطروحه را مقرون به صحت

تشخیص می‌دهد زیرا به استناد مواد ۲، ۳ و ۷ قانون کار، نوع شغل از مصادیق مستمر است و کارفرما به بهانه عدم نیاز نمی‌تواند با نقض ماده ۲۷ قانون کار، کارگر را اخراج نماید...^۱.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی انجام شده مشخص شد که در سوءاستفاده از اختیارات، وجود چند رکن اساسی است: نخست، وجود صلاحیت برای مقام اداری بر طبق قانون برای عمل خاص است؛ دوم انجام عمل در محدوده صلاحیت برخلاف هدف قانون‌گذار و یا بدون درنظر گرفتن عوامل و ملاحظات مدنظر قانون‌گذار است و سوم، عنصر سوءنیت به معنای وجود علم و عمد است.

در حقوق کیفری ایران به طور خاص، به جرم انگاری سوءاستفاده از اختیارات و برخی از مصادیق آن پرداخته شده که با احراز سه عنصر قانونی، مادی و روانی می‌توان عمل را از مصادیق مجرمانه و مشمول مجازات دانست. در حقوق اداری ایران نیز در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، طبق ماده ۱۲، سوءاستفاده از اختیارات به صراحت به عنوان یکی از جهات کنترل قضایی است که هیأت عمومی دیوان می‌تواند بر مبنای آن، اقدام به ابطال مصوبات نماید اما در ماده ۱۰ در بیان صلاحیت شعب، تنها به ذکر رسیدگی به شکایات از واحدهای دولتی و مقامات اکتفا نموده و مصادیق تخلف مقامات و واحدهای دولتی ذکر نشده است که با توجه به عدم ذکر سبب در ماده ۱۰ و عمومیت ماده ۱ با بیان صلاحیت دیوان در رسیدگی به شکایات از مأموران، واحدهای دولتی و آیین‌نامه‌های دولتی خارج از حدود اختیارات، هر مصداق خروج از اختیار می‌تواند موجب شکایت از تصمیم مقام اداری نزد شعب دیوان گردد که یکی از اسباب نیز می‌تواند سوءاستفاده از اختیارات مقام اداری باشد. در رویه قضایی هیأت عمومی و شعب دیوان چندان استنادی به این امر نشده است اما برخی مصادیق آن شامل اهداف نامناسب و توجه به عوامل غیر مرتبط در برخی آراء دیوان به طور صریح یا ضمنی مورد استناد قرار گرفته است.

با توجه به موارد مذکور در تشخیص سوءاستفاده از صلاحیت باید گفت اگر عمل مقام اداری دارای ارکان سوءاستفاده از صلاحیت باشد بدین معنا که مقام اداری دارای صلاحیت قانونی باشد اما برخلاف هدف قانون‌گذار یا بدون توجه به ملاحظات مربوط یا با توجه به ملاحظات نامربوط با علم به قصد قانون‌گذار و

۱. مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای شعب دیوان عدالت اداری اسفند ۱۳۹۱، (تهران، قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۹۳)، ص ۴۰.

عمد در انجام عمل خلاف هدف وی اقدام نماید و این موارد در دادگاه احراز گردد می‌توان آن را به عنوان سوءاستفاده از صلاحیت دانست.

از سوی دیگر به نظر می‌رسد در این زمینه با توجه به وجود دو وجه برای عملی مانند اخفا و معدوم کردن اسناد و مدارک دولتی شامل وجه جزایی و اداری و پیش‌بینی این امر در هر دو دسته از قوانین، درخصوص بخش جزایی اگر مجازات مشخص برای مصداق سوءاستفاده وجود دارد مانند اخفا، که با احراز عناصر سه‌گانه جرم طبق آن عمل می‌شود و اگر مجازات خاصی ندارد می‌توان با احراز سوءاستفاده وی، مجازات کیفری آن را بر فرد بار نمود، اما در بعد تخلف اداری وی باید صلاحیت دادگاه اداری را نیز تایید کرد و فرد علاوه بر مجازات کیفری در صورت احراز سوءاستفاده، مجازات اداری مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات اداری را نیز باید تحمل نماید و رسیدگی به هرکدام، نزد مرجع صالح خود می‌باشد و هر دو دادگاه جزایی و اداری را می‌توان در این زمینه صالح فرض نمود و صلاحیت هر یک از آنها، نافی صلاحیت مقام دیگر نمی‌باشد. گرچه با تخلف اداری فرض نمودن عمل مذکور، به استناد بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و رسیدگی دیوان عدالت اداری، رسیدگی دیوان پس از رسیدگی مراجع اختصاصی اداری، به عنوان نوعی رسیدگی فرجامی خواهد بود و دیوان می‌تواند با این استدلال که لازم است دعوا ابتدا در مراجع رسیدگی به تخلفات اداری بررسی شود، به رد دعوی مذکور مبنی بر عدم صلاحیت ابتدایی خود و اعلام صلاحیت مرجع اختصاصی اداری اقدام نماید که در میان استدلال‌های دیوان، چنین امری مشاهده نمی‌شود و تنها دلیل دیوان در صدور قرار عدم صلاحیت، مبتنی بر کیفری بودن موضوع خواسته و صلاحیت دادگاه کیفری بر این امر به استناد قوانین جزایی است که عدم توجه به وجه اداری تخلف مذکور از سوی دیوان محل تأمل است.

فهرست منابع

الف – منابع فارسی

۱. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵
مجمع تشخیص مصلحت نظام
۲. قانون تعزیرات و اقدامات تأمینی
۳. قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲
۴. قانون مدنی
۵. شیرزاد، امید، «تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، (پایان‌نامه برای مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲).
۶. کریم جوزانی، مریم، «مفهوم صلاحیت تشخیصی و چگونگی کنترل آن در حقوق اداری»، (پایان‌نامه برای مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکز)، زمستان ۱۳۹۰).
۷. مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای شعب دیوان عدالت اداری/اسفند ۱۳۹۱، (تهران: قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۹۳).
۸. نجابت خواه، مرتضی، «مفهوم سوءاستفاده از اختیارات در نظام حقوقی کامن‌لا»، حقوق و مصلحت، سال دوم، شماره ۵، (زمستان ۱۳۸۸).
۹. هداوند، مهدی و مهدی، علی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری) همراه با مطالعه تطبیقی فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان، انگلیس و آمریکا، (تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات توسعه قضایی، چاپ دوم، ۱۳۹۱).
۱۰. حقوق اداری تطبیقی، جلد ۲، (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، سمت؛ مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۸۹).

ب - منابع انگلیسی

11. Alder, John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, (New York: Palgrave Macmillan, 4th.ed, 2002).
12. Barentt, Hilaire, *Constitutional and Administrative Law*, (London: Routledge- Cavendish, ed. 6, 2007).
13. Bradely, A.W & Ewing, K.P, *Constitutional and Administrative Law*, (London, New York: Longman, ed. 12).
14. Leyland, Peter & Anthony, Gordon, *Textbook on Administrative Law*, (New York: Oxford University Press, ed. 5, 2005)
15. Stott, David & Felix, Alexandra, **Principles of Administrative Law**, London, Sydney: Cavendish Publishing Ltd, ed. 1, 1997.
16. Wade, E.C.S & Bradley, A.W., **Constitutional and Administrative Law**, London, New York: Longman, 11th.ed, 1993.

نحوه محاسبه تمبر مالیاتی وکلا در دعاوی غیرمنقول

حسن محسنی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۳۹

تاریخ رسیدگی: ۱۳۹۱/۱۰/۳۰

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران

مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

پرداخت علی الحساب مالیاتی حق الوکاله ترتیبی است که از سال ۱۳۳۴ برای وکلا تکلیف شد و از این سال به بعد وکلا ملزم گردیدند این مبلغ را پرداخت و تمبر مربوط آن را بر روی وکالتنامه یا صورت مجلس مربوط به وکالت خود الصاق نمایند. قانون مالیات های مستقیم سال ۱۳۶۶ نیز به همان سیاق به این تکلیف توجه نمود و مقرر کرد «... در وکالتنامه های خود رقم حق الوکاله ها را قید نمایند و معادل پنج درصد آن بابت علی الحساب مالیاتی روی وکالتنامه تمبر الصاق و ابطال نمایند...». این قانون به دعاوی حقوقی از منظر مالی و غیرمالی توجه نمود، بدون این که میان دعاوی مالی منقول و غیرمنقول تفکیکی ایجاد کند، و در مورد دعاوی کیفری

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

hmohseny@ut.ac.ir

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، دی

۱۳۹۱، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳، ص ۳۷.

هم حکم جداگانه ای مقرر کرد: «الف) در دعاوی و اموری که خواسته آن ها مالی است پنج درصد حق الوکاله مقرر در تعرفه برای هر مرحله. ب) در مواردی که موضوع وکالت مالی نباشد یا تعیین بهای خواسته قانوناً لازم نیست و همچنین در دعاوی کیفری که تعیین حق الوکاله به نظر دادگاه است پنج درصد حداقل حق الوکاله مقرر در آیین نامه حق الوکاله برای هر مرحله. ج) در دعاوی کیفری نسبت به مورد ادعای خصوصی که مالی باشد برطبق مفاد حکم بند (الف) / این ماده». در آیین نامه تعرفه حق الوکاله^۱ میان دعاوی منقول و غیرمنقول تمیزی ایجاد نشده و به ترتیب مذکور در ماده ۱۰۳ برای دعاوی مالی، غیرمالی و کیفری میزان حق الوکاله موضوع تعرفه معین شده است. بر این اساس، در این که مقنن مستقیماً به دعاوی منقول و غیرمنقول توجه ننموده و حکم آن را با توجه به مالی بودن ذیل حکم دعاوی مالی بیان کرده، سخنی در میان نیست اما، اخیراً رأی از شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر گردیده که دعاوی غیرمنقول را از جمله دعاوی دانسته که خواسته دعا از طرف خواهان قانوناً تقویم می شود و مستنداً به ماده ۱۲ آیین نامه تعرفه حق الوکاله که مقرر می دارد: «در دعاوی که خواسته دعوی از طرف خواهان قانوناً تقویم می شود حق الوکاله به نسبت ارزش واقعی خواسته باید تعیین شود. در صورت عدم توافق طرفین در تعیین ارزش واقعی خواسته، دادگاه میزان واقعی ارزش خواسته را با ارجاع امر به کارشناس تعیین و ملاک حکم قرار می دهد»، چنین رأی داده است که خواهان باید مطابق ارزش واقعی ملک موضوع دعوا، تمبر وکالتی ابطال کند:

نظر به این که موضوع مربوط به مال غیرمنقول بوده، لازم است در

اجرای ماده ۱۲ آیین نامه تعرفه حق الوکاله وکلا و هزینه سفر آن ها مصوب

۱۳۸۵ براساس ارزش واقعی ملک تمبر وکالتی ابطال گردد. مراتب به

۱. موسوم به «آیین نامه تعرفه حق الوکاله، حق المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری و وکلای موضوع

ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۵ مصوب رئیس قوه قضاییه».

دادگاه بدوی اعاده می‌گردد تا طبق ماده ۱۲ مذکور اقدام نماید سپس پرونده را ارسال دارند!

در این نوشته به دنبال یافتن پاسخ برای این پرسش‌ها هستیم: دعوای غیرمنقول چگونه در قانون مالیات‌های مستقیم و آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله مورد توجه بوده است؟ ماده ۱۲ آیین‌نامه تعرفه مذکور از چه سخن می‌گوید؟ تقویم خواسته در چه مواردی انجام می‌شود؟ آیا دعوای راجع به مال غیرمنقول دعوایی است که خواسته‌اش را خواهان تقویم می‌کند؟ پاسخ این پرسش‌ها، مبانی نقد رأی مذکور هستند.

۲. نقد و بررسی

در قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ مستقیماً به حق الوکاله دعوای منقول و غیرمنقول اشاره‌ای نشده و مقنن با پیش‌بینی نحوه ابطال تمبر علی‌الحساب مالیاتی در دعوای مالی و غیر مالی حکم موضوع را معین نموده است. بر این اساس، دعوای غیرمنقول نیز دعوای مالی به شمار می‌آید که از این جهت تابع حکم مقنن پیرامون حق الوکاله مالی است.

همچنین، ماده ۱۲ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله به دعوای توجه دارد که خواهان در تقویم خواسته تصمیم گیرنده است چرا که مقرر می‌دارد «در دعوای که خواسته دعوی از طرف خواهان قانوناً تقویم می‌شود حق الوکاله به نسبت ارزش واقعی خواسته باید تعیین شود. در صورت عدم توافق طرفین در تعیین ارزش واقعی خواسته، دادگاه میزان واقعی ارزش خواسته را با ارجاع امر به کارشناس تعیین و ملاک حکم قرار می‌دهد». تقویم خواسته در دعوای مالی به تجویز بند ۴ ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی به منظورهایی از جمله تعیین صلاحیت دادگاه

از جهت نصاب خواسته و معیار و نصاب تجدیدنظر خواهی یا فرجام‌خواهی و پرداخت هزینه دادرسی انجام می‌شود؛ توضیح این که گاه خواهان اقدام به تقویم خواسته می‌کند تا دعوای را در صلاحیت نسبی یک مرجع قرار دهد یا از آن خارج کند مانند آن که دعوای مطالبه اجرت‌المثل را به کمتر از پنجاه میلیون ریال تقویم می‌کند تا در صلاحیت شورای حل اختلاف قرارگیرد یا به بیشتر از آن تقویم می‌کند تا از صلاحیت این شورا خارج شود یا این که مقصود خواهان از تقویم، توجه به نصاب تجدیدنظر خواهی (بیشتر از سه میلیون ریال) یا فرجام‌خواهی (بیشتر از بیست میلیون ریال) است که حسب مورد آن را کمتر یا بیشتر تقویم می‌کند و گاه هدف خواهان استفاده از این امکان است که هزینه دادرسی کمتری بپردازد مانند زوج‌های که دعوای مطالبه ۱۰۰۰ عدد سکه بهار آزادی را به ۵۱ میلیون ریال تقویم می‌کند. ماده ۱۲ آیین‌نامه در صدد بیان این امر است که در مواردی که خواهان خواسته را به هر یک از منظورهایی فوق تقویم نمود، این کار او که اغلب برای گریز از پرداخت هزینه دادرسی بیشتر انجام می‌شود، نباید در میزان حق الوکاله وکیل مؤثر افتد و وکیل مستحق است براساس ارزش واقعی خواسته حق الوکاله دریافت نماید و تبعاً باید طبق همین ارزش تمبر مالیاتی بپردازد. بر این اساس، به نظر می‌رسد مقصود مقام واضع این ماده، حمایت از حق مالی وکیل به عنوان یکی از حقوق شغل وکالت بوده است تا این که با این کار بخواهد بر تعهدات مالیاتی وکیل با توجه به ارزش واقعی ملک بیفزاید.

برای پاسخ گفتن به این پرسش که نقش خواهان در تقویم خواسته در دعوای مالی غیرمنقول چیست، باید به قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۴، که در وصول هزینه دادرسی ملاک قرار می‌گیرد و قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ که هم به بهای خواسته و هم صلاحیت دادگاه عنایت نموده مراجعه کرد. قسمت ج بند ۱۲ ماده ۳ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین و بند ۴ ماده ۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی به دو فرض در زمینه تقویم خواسته پرداخته‌اند: الف) تقویم براساس ارزش منطقه‌ای. ب) تقویم به میل و اراده خواهان؛ در مورد نخست قانون ۱۳۷۴ چنین

۱. دادنامه شماره ۳۹۰۰۲۶۹۵۰۰۹۱۰۹۹۷۰۳۰/۱۰/۱۳۹۱ شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به نقل از: پژوهشگاه قوه قضاییه، *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*، دی ۱۳۹۱، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳، ص ۳۷.

مقرر داشته است که: «در دعاوی مالی غیرمنقول و خلع‌ید از اعیان غیرمنقول از نقطه نظر صلاحیت، ارزش خواسته همان است که خواهان در دادخواست خود تعیین می‌نماید. لکن از نظر هزینه دادرسی، باید مطابق ارزش معاملاتی املاک در هر منطقه تقویم و براساس آن هزینه دادرسی پرداخت شود» و در مورد دوم قانون ۱۳۷۹ این‌گونه حکم کرده است که: «در دعاوی راجع به اموال، بهای خواسته مبلغی است که خواهان در دادخواست معین کرده و خوانده تا اولین جلسه دادرسی به آن ایراد و یا اعتراض نکرده مگر این‌که قانون ترتیب دیگری معین کرده باشد». با این حال از آن جا که این نحو تقویم خواسته می‌تواند در مراحل دادرسی و حقوق خوانده مؤثر باشد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در ماده ۶۳ خود حکم موردی را پیش‌بینی نموده است که اراده یک‌جانبه خواهان با منافع خوانده برخورد می‌کند: «چنان‌چه نسبت به بهای خواسته بین اصحاب دعوا اختلاف حاصل شود و اختلاف مؤثر در مراحل بعدی رسیدگی باشد، دادگاه قبل از شروع رسیدگی با جلب نظر کارشناس، بهای خواسته را تعیین خواهد کرد». از کنار هم نهادن این مقررات قانونی این نتیجه قابل تأیید است که حکم قانون سال ۱۳۷۹ ویژه بهای خواسته کلیه دعاوی راجع به مال و تبعاً هزینه دادرسی در این دعاوی است اما، حکم مقنن در قانون سال ۱۳۷۴ علاوه بر این‌که مخصوص مال غیرمنقول می‌باشد، میان صلاحیت و هزینه دادرسی تمییز ایجاد نموده و اولی را تابع اراده خواهان در تقویم بهای خواسته دانسته است (که به هر روی مقید به حکم ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی است) و هزینه دادرسی دعاوی مالی غیرمنقول را از اراده خواهان در تقویم خواسته خارج نموده و به ارزش معاملاتی املاک در هر منطقه ارجاع کرده است؛ ضوابطی که هر بار از سوی سازمان امور مالیاتی، معین و در هر پرونده عملاً توسط مدیران دفاتر محترم دادگاه‌ها، طی فرمول‌ها و ضرائب مذکور در این ضوابط برآورد می‌شود. بنابراین، مسلم آن است که خواهان در مورد اموال غیرمنقول نمی‌تواند به اراده خود خواسته را تقویم کند تا مشمول ماده ۱۲ آیین نامه تعرفه قرار بگیرد و این تقویم تابع ضوابط ارزش معاملاتی املاک در هر منطقه است که با دخالت سازمان امور مالیاتی و مباشرت مدیران محترم دفاتر محاکم محاسبه و دریافت می‌شود.

۳. نتیجه

بر پایه تحلیل‌های این نوشتار، رأی شعبه ۵۲ دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران از این منظر قابل انتقاد است که تقویم خواسته در دعاوی غیرمنقول را، که مطابق قسمت ج بند ۱۲ ماده ۳ قانون نحوه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین بر پایه ضوابط اعلامی سازمان امور مالیاتی درخصوص ارزش معاملاتی املاک در هر منطقه انجام می‌شود و اراده خواهان در آن بی‌تأثیر است، مصداق تقویم به اراده خواهان دانسته و حکم نحوه دریافت علی‌الحساب مالیاتی و کلا در این فرض را مشمول ماده ۱۲ آیین نامه تعرفه معرفی کرده است؛ ماده‌ای که به نظر به دنبال حمایت از حق مالی وکیل نسبت به حق الوکاله است و نه تحدید و تضییق آن از طریق افزایش تعهدات مالیاتی و کلا و تحمیل حق الوکاله بیشتر به متداعیین، چه تقویم براساس ارزش معاملاتی ملک در هر منطقه و برآورد طبق ضوابط سازمان امور مالیاتی و مدیران دفاتر محترم دادگاه‌ها انجام می‌شود و موضوعاً متفاوت است با تقویم به خواست و میل خواهان. بدیهی است که مقایسه این دو با هم و تشبیه احکام تقویم به میل خواهان و تقویم براساس ضوابط ارزش منطقه‌ای ملک، مع‌الفارق به نظر می‌رسد. همچنین این رأی از این جهت نیز قابل انتقاد است که در یک پرونده، حق الوکاله را تابع ارزش واقعی ملک نموده ولی، هزینه دادرسی را براساس ارزش منطقه‌ای دریافت می‌نماید؛ امری که متهافت بوده و به نظر یک بام و دو هوا است. از سوی دیگر این رأی را از این جهت نیز باید نقد نمود که سرنوشت دعاوی تجدیدنظرخواهی موکل را به مسئولیت مالیاتی وکیل گره زده است چنان‌که پیش از این گفته شد^۱، حقوق دادرسی از حقوق مالیات استقلال دارد و نقض تکالیف مالیاتی علی‌القاعده بر اعمال آیین دادرسی بی‌تأثیر می‌باشد. بر همین بنیان، این‌که در رأی گفته شده: «مراتب به دادگاه بدوی اعاده

۱. حسن محسنی و مهدی صاحبی، «تحلیل نظرات مشورتی پیرامون نقض تکلیف علی الحساب مالیاتی و کلا»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۲۶-۲۲۷، (زمستان ۱۳۹۳)، ص.ص ۲۳-۳۶.

منابع:

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، دی ۱۳۹۱*، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳.
۲. محسنی، حسن و مهدی صاحبی، «تحلیل نظرات مشورتی پیرامون نقض تکلیف علی الحساب مالیاتی وکلا»، *مجله کانون وکلای دادگستری مرکز*، شماره ۲۲۶-۲۲۷، (زمستان ۱۳۹۳).

می‌گردد تا طبق ماده ۱۲ مذکور اقدام نماید سپس پرونده را ارسال دارند» نیز واجد این ایراد است که در قانون آیین دادرسی مدنی مشخص نگردیده که ضمانت اجرای نقض تکلیف مالیاتی وکیل چیست و چه تاثیری بر دعوای موکل دارد. پس، اگر در این پرونده وکیل از انجام این تکلیف امتناع کند، اینکه سرنوشت دعوای تجدیدنظر طرح شده چه می‌شود و دادگاه نخستین در مورد این فرض چه باید انجام دهد محل ابهام است. برای نمونه آیا دادگاه بدوی می‌تواند در این جا به موکل او مجدداً ابلاغ کرده و این علی الحساب را مطالبه کند؟ و اگر او نیز از پرداخت این علی الحساب حقاً امتناع کرد (چرا که تکلیفی در این زمینه وفق قوانین ندارد)، آیا باید تخلف وکیل را در حق موکل مؤثر دانست و دعوای تجدیدنظرش را مردود اعلام نمود، صرف نظر از این که باز هم مشخص نیست ضمانت اجرای این نقض تکلیف رد دادخواست تجدیدنظر است یا رد دعوای تجدیدنظر یا عدم استماع آن.

بودن رأی داوری نسبت به تاریخ فوت زایل شده تلقی^۱ و نتیجتاً حکم به ابطال رأی داوری صادر کرده است.

از آنجا که هریک از دادگاه بدوی و تجدیدنظر مبانی قانونی متفاوتی را برای توجیه آرای خود مستند قرار داده‌اند، مقایسه دو رأی یاد شده امکان پذیر نیست. در نتیجه در این تحقیق مبانی قانونی و حقوقی زوال داوری به علت فوت یکی از طرفین داوری مد نظر است و فقط رأی دادگاه تجدیدنظر مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. تاریخ‌هایی که در آرای صادره ذکر شده که باید مورد توجه قرارگیرد عبارتند از: شرط داوری به تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۵، فوت یکی از اصحاب دعوا در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۶ و دیگری در تاریخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ و رأی داوری که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۸ صادر شده است.

۲. نقد و بررسی

الف) مبانی حقوقی زوال داوری به دلیل فوت یکی از اصحاب دعوا

بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی ظاهراً در حکمی که مطلق به نظر می‌رسد فوت یا حجر یکی از طرفین داوری را موجب زوال داوری تلقی کرده است.

درخصوص مبانی حقوقی زوال داوری در نتیجه فوت یا حجر یکی از طرفین داوری نظریات گوناگونی بیان شده است. برخی زوال داوری به دلیل فوت را لازم بودن قرارداد داوری دانسته‌اند^۲ و برخی دیگر بدون اشاره به ماهیت رابطه بین اصحاب دعوا و داوران، به آثار آن پرداخته و گفته‌اند: "قرارداد داوری نسبت به شخص اصحاب معامله مربوط است و از آنها به غیر سرایت نمی‌کند هرچند که

۱. البته در رأی شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر به اشتباه مؤخر بودن فوت نسبت به تاریخ رأی داوری دلیل زایل شدن آن ذکر شده که با توجه به تاریخ رأی داوری و فوت که در رأی آمده مشخص می‌شود که مبتنی بر اشتباه بوده و منظور مؤخر بودن رأی داوری نسبت به تاریخ فوت است.

۲. علی مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی، جلد سوم (انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۰)، صص ۳۰۶ و ۳۰۷.

نقد و بررسی زوال داوری به دلیل فوت یکی از طرفین دعوا

ستار زرکلام*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۸۴

خواسته: ابطال رأی داوری به دلیل مخالفت با قوانین موجد حق

مرجع رسیدگی کننده بدوی: شعبه ۱۶ دادگاه عمومی تهران

مرجع رسیدگی کننده تجدیدنظر: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

در دعوی مطروحه در شعبه ۱۶ دادگاه عمومی تهران، خواهان‌ها ابطال رأی داوری مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۸ را به دلیل مخالفت آن با قوانین و مقررات موجد حق تقاضا کرده‌اند. دادگاه بدوی حکم به بطلان دعوا به دلیل عدم اقامه دلیل در این خصوص صادر کرده است. رأی صادر شده به شرح فوق مورد تجدیدنظرخواهی محکوم علیهم دادنامه بدوی واقع و شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بدون ورود در ماهیت ادعای تجدیدنظرخواهان‌ها مبنی بر مغایرت رأی داوری با قوانین و مقررات موجد حق، رأی داوری را به این دلیل که احد از طرفین شرط داوری مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۵ در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۶ فوت کرده بوده، داوری را به دلیل مؤخر

* عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه شاهد.

sattarzarkalam@gmail.com

۱. دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، مجموعه آرای منتخب حقوقی، پژوهشگاه قوه قضاییه،

بهار ۱۳۹۴، ص ۱۶، قابل دسترسی در: دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی).

آن غیر، وراثت و قائم مقام شخص طرف قرارداد داوری باشد...^۱. در تأیید همین مفهوم گفته شده است که "...وراثت متوفا یا نماینده قانونی محجور مکلف به تبعیت از قرارداد داوری نمی‌باشد."^۲ در این نظریات منظور از قرارداد داوری، توافق اصحاب دعوا برای ارجاع اختلاف به دادگاه (شرط داوری یا قرارداد داوری) است نه قرارداد بین اصحاب دعوا و داور برای قضاوت و حل و فصل اختلافات.

در آنچه به ماهیت توافق راجع به داوری مربوط می‌شود، از منطوق و مفهوم حکم بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان نتیجه گرفت که توافق اصحاب دعوا برای ارجاع آن به داوری مبتنی بر نوعی اذن است که تا زمان حیات و یا تا زمانی که اهلیت یکی از طرفین باقی است غیر قابل برگشت تلقی می‌شود. در توضیح این دیدگاه می‌توان گفت، اختیارات داور، از اراده مشترک اصحاب دعوا نشأت می‌گیرد که براساس آن طرفین دعوا بجای احقاق حق از طریق مراجع دادگستری - که به موجب قانون اساسی و قوانین عادی مرجع عادی تظلمات محسوب می‌شود - در صدد برمی‌آیند اختلافات خود را خارج از دادگاه و توسط شخصی که داور نامیده می‌شود حل و فصل کنند. محتوای قصد اصحاب دعوی داوری، نه ایجاد وضعیت حقوقی جدید درخصوص موضوع دعوا و نه اخبار به‌حق، بلکه اذنی است که مشترکاً توسط آنان به داور برای قضاوت بین طرفین اعطا می‌شود و فقط با اراده مشترک دو طرف نیز می‌تواند از هم گسیخته شود. ولی همانند عقود اذنی دیگر این اختیار با فوت یا حجر اذن دهنده زایل می‌شود. برخی حقوقدانان برای توجیه لازم بودن توافق راجع به داوری چنین استدلال کرده‌اند: "قرارداد داوری اعم از شرط یا قرارداد، عقدی است که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردیده و مانند هر قرارداد دیگر بین طرفین لازم‌الوفا می‌باشد. با ملاحظه ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل لزوم قراردادهای و همچنین هدف از

ارجاع امر به داوری، ضرورت لزوم قرارداد داوری قابل توجیه است هرچند قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۴۸۱ در حکمی قابل انتقاد، حجر یا فوت هر یک از طرفین را موجب زوال داوری می‌داند، اما این امر با ماهیت عقود لازم در تعارض نیست؛ چراکه معیار اصلی در تمایز عقود لازم از جایز، استحقاق هر طرف بر فسخ عقد است و انحلال عقد به فوت و جنون و حتی در مواردی سغه از ویژگی‌های غالب عقود جایز است...^۳.

درخصوص آثار توافق راجع به داوری باید گفت؛ از آنجا که احقاق حق از طریق دادگستری و مراجع قضایی یک حق اساسی است و حل و فصل اختلافات خارج از دادگاه خلاف این حق مراجعه و تظلم‌خواهی شمرده می‌شود و جنبه استثنائی دارد، لذا آثار توافق را باید محدود و محصور به کسانی دانست که آن را اراده کرده‌اند.^۴ به عبارت دیگر، با توجه به استثنائی بودن حل و فصل اختلافات از طریق داوری، شروط و قراردادهای ناظر به داوری نیز باید به طور مضیق تفسیر شود و نباید به اشخاص دیگری غیر از طرفین دعوا تسری داده شود. رویه دادگاه‌ها ضرورت چنین تفسیری درخصوص موضوع داوری را مورد تأیید قرار می‌دهد.^۵

۱. محمدرضا دشتی و عباس کریمی، مطالعه تطبیقی قرارداد داوری، رضایی یا تشریفاتی، **مجله مطالعات**

حقوق تطبیقی، دوره ۴ شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص ۹۹ تا ۱۱۵ بویژه ص ۱۰۲. البته در این نقل قول، قابل انتقاد دانستن بند ۲ ماده ۴۸۱ خود قابل انتقاد است چون زوال داوری پس از فوت یا حجر یکی از طرفین داوری، همانطور که بیان شد با اصل حق مراجعه عموم به مراجع دادگستری و استثنائی بودن حل و فصل اختلاف از طریق داوری به خوبی قابل توجیه است.

۲. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۶۵ مورخ ۱۳۸۲/۶/۱۶ خود صراحتاً بر این تأکید کرده است که تعیین داور و ارجاع به داوری نسبت به اشخاص ثالث مؤثر نیست و مانع مراجعه آنان به دادگاه به عنوان مرجع عام رسیدگی نخواهد بود. نک: محمد رضا زندی، داوری، **رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی**، (انتشارات جنگل، جاودانه چاپ دوم ۱۳۸۹) صص ۲۲ و ۲۳.

۳. از آن جمله باید به دادنامه شماره ۱۳۶۱ مورخ ۱۳۸۴/۹/۹ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر اشاره کرد که بر اساس آن، "...موضوع حکمیت مندرج در ماده ۱۵ قرارداد اختلاف طرفین در تعبیر و تفسیر قرارداد می‌باشد که در این پرونده اساساً اختلافی در تعبیر و تفسیر وجود ندارد و بلکه موضوع خواسته خارج از تعبیر و تفسیر قرارداد و مربوط به اجرای قرارداد بوده و از این رو با طرح دعوا، دادگاه مکلف به

۱. سید جلال الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی: سازمان قضایی ج.ا.ا، **مراجع قضایی عمومی و**

اختصاصی و داوری، دعاوی - صلاحیت، (انتشارات پایدار، چاپ اول ۱۳۷۶)، ص ۲۵۰.

۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم (انتشارات دراک، چاپ دوم پاییز ۱۳۸۴)، ص ۵۷۰.

در آنچه به توافق طرفین دعوا و داور مربوط می‌شود باید گفت، هرچند این رابطه نسبت به طرفین، ماهیت قراردادی دارد^۱ و الزام آور است^۲ و حتی با فوت یا حجر داور یا اعلام عجز وی از انجام داوری و یا استنکاف از آن نیز زایل نمی‌شود و انحلال نمی‌پذیرد، زیرا اراده‌هایی که حل و فصل اختلافات خارج از دادگاه و توسط داور را تجویز کرده‌اند همچنان معتبر هستند. این نتیجه از قسمت اخیر ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است که براساس آن: "...در صورتی که داوران در مدت تعیین شده در مدت قرارداد داوری یا مدتی که قانون معین کرده است نتوانند رأی بدهند و طرفین به داوری اشخاص یگر تراضی نکرده باشند، دادگاه به اصل دعوا وفق مقررات قانونی رسیدگی و رأی صادر می‌کند." هرچند در این ماده مطلبی در خصوص فوت یا حجر داور گفته نشده است ولی تردیدی نیست که عدم توانایی موضوع این ماده می‌تواند نتیجه بیماری یا فوت داور باشد که بخودی خود داوری را زایل نمی‌کند و اختیار طرفین برای انتخاب داور یا داوران جدید همچنان پابرجاست. در نتیجه برخلاف آنچه برخی ادعا کرده‌اند^۳، فوت یا حجر داور موجب زوال داوری نمی‌شود بلکه اصل رجوع به داوری باقی است و فقط زمانی که طرفین نتوانند بر داوری یک شخص یا اشخاص معین دیگری تراضی کنند، دادگاه، صلاحیت برای رسیدگی پیدا می‌کند. در نتیجه آنچه در بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به زوال داوری گفته شده مربوط به قرارداد یا شرط داوری است و قرارداد بین اصحاب دعوا و داور را در بر نمی‌گیرد.

← رسیدگی در خصوص خواسته مطروحه می‌باشد. "در همین مفهوم، دادنامه شماره ۸۶ مورخ ۱۳۸۵/۱/۲۹ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل توجه است که به موجب آن، دادگاه رأی داوری را به این دلیل که داوران اختیاری بیش از تفسیر قرارداد نداشته‌اند در حالی که رأی داوران فراتر از تفسیر قرارداد است، باطل اعلام کرده است. نک: محمد رضا زندی، پیشین، بترتیب ص ص ۸۱-۸۲ و ۱۲۸-۱۲۹.

1. Thomas Clay, *L'arbitre*, (Daloz 2001), pp. 477-479.

۲. ماده ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی بر این نظر صحه گذاشته است. مطابق این ماده: "بعد از تعیین داور یا داوران، طرفین حق عزل آنان را ندارند مگر به تراضی".

۳. قدرت اسوآحدی، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، (نشر میزان ۱۳۷۹)، ص ۳۷۳.

ب) تحلیل قلمرو حکم موضوع بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی

مدنی

هرچند حکم قانون ظاهراً به طور مطلق داوری را در صورت فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا زایل دانسته ولی به نظر می‌رسد بتوان بین موردی که فوت یا حجر قبل از ختم رسیدگی داوری اتفاق افتاده و موردی که این وضعیت‌های حقوقی پس از ختم رسیدگی داوری ولی قبل از صدور رأی داوری واقع شده باشند قائل به تفکیک شد.

هنگامی که جلسه داوری در زمان حیات طرفین داوری بدون حضور و یا با حضور آنان یا وکلایشان یا با دریافت لوایح طرفین تشکیل می‌شود ولی قبل از ختم رسیدگی داور، یکی از طرفین فوت می‌کند یا محجور می‌شود داوری بدون تردید زوال می‌یابد. مثال بارز در این مورد زمانی است که براساس قرارداد یا شرط داوری تعداد جلسات داوری، مشخص شده و یکی از طرفین قبل از رسیدن جلسات به تعداد تعیین شده فوت کند یا محجور شود و یا فوت و حجر زمانی اتفاق بیفتد که داور موضوع را به کارشناسی ارجاع داده ولی هنوز نظریه کارشناس یا کارشناسان صادر نشده و طرفین فرصت اظهارنظر نسبت به آن را پیدا نکرده‌اند. رأی شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر موضوع نقد را باید از مصادیق این فرض شمرد. در حقیقت از مفاد رأی و فاصله زمانی طولانی بین تاریخ فوت طرفین دعوا و تاریخ صدور رأی داوری یعنی حدود ۱۱ سال پس از فوت یکی از اصحاب دعوا و ۵ سال پس از فوت طرف دیگر، می‌توان نتیجه گرفت که ظاهراً داوری پس از فوت اصحاب دعوا و توسط وراثت یا قائم مقام یکی از طرفین داوری سازمان داده شده است. بدیهی است که در چنین وضعیتی داوری با فوت طرفین زایل شده بوده و رأی داوری نمی‌توانسته معتبر تلقی شود.

در مقابل، هنگامی که فوت یکی از طرفین داوری پس از ختم رسیدگی داوری اتفاق افتاده باشد داوری را باید معتبر دانست و رأی داوری که پس از فوت یکی از اصحاب دعوا یا هر دوی آنها صادره شده نیز صحیح و معتبر تلقی خواهد شد. در توجیه این نظر باید گفت زمانی که داوران مطابق مقررات قانونی یا توافق

راجع به داوری انتخاب و با تشکیل جلسات داوری و استماع نکته نظرات طرفین اقدام به صدور رأی کنند، داوری را باید با پایان موضوع آن خاتمه یافته تلقی کرد.^۱ در چنین شرایطی بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی دیگر فرصت اعمال پیدا نخواهد کرد. البته احراز ختم رسیدگی^۲ داوری ممکن است با دشواری‌هایی روبرو شود، چون قانون معیار مشخصی را در این مورد پیش‌بینی نکرده است، بویژه در حقوق ایران، حتی در رسیدگی‌های قضایی دولتی نیز معیاری برای تعیین زمان ختم دادرسی پیش‌بینی نشده^۳ هرچند قانون آیین دادرسی مدنی آثار متعددی برای آن در نظر گرفته است.^۴ در عین حال، در عمل، ختم داوری در بسیاری از موارد از ورای اعلام‌ها و اقرارهای طرفین داوری و همچنین از صورتجلسات داوری و سایر قرائن و امارات قابل تشخیص است.

با این همه، صرف اینکه فوت یا حجر یکی از طرفین پس از ختم رسیدگی داوری و پیش از صدور رأی واقع شده برای معتبر دانستن رأی داوری کافی نیست، بلکه ضرورت دارد علاوه بر آن، داور یا داوران از یک سو، به تشریفات مقرر در توافق

۱. در قانون آیین دادرسی مدنی این نکته مورد اشاره مقنن قرار نگرفته است، شاید بدهی بودن این امر موجب عدم تصریح به آن بوده است. در مقابل صدر ماده ۳۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ صدور رأی نهایی را از موارد ختم رسیدگی دانسته است. البته این انتقاد بر ماده ۳۱ یاد شده وارد است که بجای عبارت "ختم داوری" از "ختم رسیدگی" استفاده شده است.

2. Ordonnance de cloture.

۳. در حقوق فرانسه ضرورت صدور ختم دادرسی و آثار آن در قانون آیین دادرسی مدنی آن کشور پیش بینی شده است. بر اساس ماده ۷۸۲ این قانون: "ختم دادرسی در موارد مقرر در مواد ۷۶۰، ۷۶۱، ۷۷۹ و ۷۸۰ باید بصورت قرار که ضرورتی به مدلل بودن آن وجود ندارد و نمی‌تواند مورد هیچگونه اعتراضی قرار گیرد، اعلام شود. تصویر این قرار در اختیار طرفین قرار می‌گیرد." ماده ۷۸۳ همان قانون نیز در توضیح آثار قرار ختم دادرسی موضوع ماده ۷۸۲ مقرر می‌دارد: "پس از صدور قرار ختم دادرسی، هیچگونه لایحه و هیچگونه مدارک و مستندات نمی‌توان ارائه کرد، در غیر این صورت ارتجاعاً قرار رد آن اعلام خواهد شد."

۴. از آن جمله می‌توان به بند (ج) ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی (ناظر به استرداد دعوا به طور کلی)، ماده ۱۳۰ (ناظر بر دعوای ورود شخص ثالث) و ماده ۱۸۴ همان قانون راجع به سازش و... اشاره کرد.

راجع به داوری (شرط یا قرارداد داوری) پایبند بوده باشند^۱ و از سوی دیگر، حتی در صورت فقدان چنین تشریفات، اصول اساسی حاکم بر رسیدگی نظیر اصل حق دفاع^۲ و اصل تناظری یا تدافعی بودن رسیدگی^۳ رعایت شده باشد. اصولی که از آنها نام برده شد لازمه هرگونه دادرسی عادلانه است که داور هم باید به آنها توجه کند. از دید حقوقدانان فرانسوی متخصص در زمینه آیین دادرسی مدنی و داوری، اصل تناظری یا تدافعی بودن رسیدگی باید همانند یک "قاعده طلایی دادرسی‌های مدنی"^۴ در رسیدگی‌های داوری نیز رعایت شود.^۵ به عبارت دیگر رعایت حق دفاع و اصل تناظری بودن یا تدافعی بودن رسیدگی و برخی اصول دیگر، در رسیدگی‌های قضایی دولتی و داوری مشترک هستند.^۶

در نتیجه، اگر رأی داوری بدون رعایت تشریفات مقرر در توافق راجع به داوری یا بدون حضور یکی از طرفین یا استماع نکته نظرات آنان یا بدون توجه به دلایل و مستندات ابرازی طرفین صادر شده باشد، هرچند که فوت یا حجر یکی از طرفین، پس از ختم رسیدگی تحقق یافته باشد معتبر نخواهد بود.

۱. ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: "داوران در رسیدگی و رأی تابع مقررات آیین دادرسی مدنی نیستند ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند. برابر نظریه شماره ۷/۹۵۵۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۲۳ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه، به موجب باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب مسائلی من جمله انتخاب داور یا داوران، موضوع اختلافی که به داور ارجاع می‌شود... ترتیب تشکیل جلسات، نحوه دعوت و رسیدگی... به طرفین واگذار شده است.

2. Droit de la defense.

3. Principe du contradictoire.

4. Règle d'or de la procédure civile.

۵. برای آگاهی از مفهوم، مصادیق و آثار اصل تناظر نک: عبدالله شمس، اصل تناظر، **مجله تحقیقات**

حقوقی، بهار تا زمستان ۱۳۸۱، شماره ۳۵ و ۳۶، صص ۵۹ تا ۸۶.

6. Thomas Clay, **op.cit.**, pp. 157-175.

نقد و بررسی حکم به محرومیت از مرخصی از زندان

ابوالفضل یوسفی *

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۳۰۸

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه ۱۱۷۴ دادگاه عمومی جزایی تهران

مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

۱. وقایع پرونده

به موجب کیفرخواست تقدیم شده به شعبه ۱۱۷۴ دادگاه عمومی جزایی تهران، فردی سابقه دار متهم به تعدد سرقت تعزیری ساده پس از محاکمه به دلیل شرکت در یک فقره سرقت اتومبیل و شرکت در پنج فقره سرقت از لوازم داخل خودروها به استناد مواد ۶۵۶، ۶۵۷، ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی به تحمل سه سال حبس، ۷۰ ضربه شلاق تعزیری، محرومیت از مرخصی در طول ایام حبس، محرومیت از اقامت در دو استان البرز و تهران، اقامت اجباری به مدت ۱۰ سال در شهر خورموج و رد مال به صورت تضامنی با شریک جرم محکوم شده است. شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر تهران در مقام رسیدگی به اعتراض و تجدیدنظرخواهی متهم، چنین حکم صادر کرده است: اولاً مستندات دادنامه بدوی هیچ یک مجوز صدور حکم به محرومیت از مرخصی در طول مدت کیفر حبس را به دادگاه محترم بدوی

* دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی و عضو گروه کیفری مطالعات و استخراج رویه قضایی کشور (وابسته به پژوهشگاه قوه قضاییه).

Yusefi_9@yahoo.com

۱. دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آراء قضایی)، مجموعه آراء منتخب کیفری، پژوهشگاه قوه قضاییه، بهار ۱۳۹۴،

ص ۱۳۶، قابل دسترسی در: دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی).

نداده‌اند بنابراین محرومیت از مرخصی در طول مدت کیفر حبس به دلیل فقد نص قانونی از دادنامه بدوی حذف می‌شود. ثانیاً صدور حکم به رد مال به صورت تضامنی نیازمند نص است و همانطور که می‌دانیم درخصوص جرم سرقت چنین ترتیبی از سوی قانون‌گذار مقرر نگردیده است. علی‌هذا شیوه تضامنی بودن رد مال از دادنامه بدوی حذف می‌شود. ثالثاً محرومیت از اقامت در استان‌های البرز و تهران به لحاظ اینکه فاقد مدت هستند به دلیل مغایرت با صراحت ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی از دادنامه بدوی حذف می‌شود. ماحصل حکم صادره از شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران درخصوص محرومیت از مرخصی از زندان را می‌توان با این عبارت خلاصه کرد:

حکم به محرومیت از مرخصی از زندان به عنوان مجازات تکمیلی باید به موجب قانون باشد.

۲. نقد و بررسی

الف) تحلیل اختلاف مبانی آراء بدوی و تجدیدنظر

یکی از معیارهای دادرسی عادلانه، اصل مستند بودن رأی به قانون است. این اصل در ادامه اصل قانونی بودن جرم و مجازات قرار می‌گیرد و در تأمین حقوق متهم نقش بسزایی دارد. اهمیت این اصل به حدی است که اصل ۱۶۶ قانون اساسی کشورمان بیان داشته است: احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. دادگاه بدوی اگرچه مستند محرومیت از مرخصی از زندان را بیان نکرده، اما محرومیت از مرخصی از زندان در اصلاحیه فصل سوم بخش سوم آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۹ ریاست محترم قوه قضاییه، پذیرفته شده است و در زمان صدور رأی و نگارش نوشتار حاضر در حال اجراست. شعبه ۶۳ دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران بدون استدلال تفصیلی صرفاً به دلیل ذکر نشدن مستند رأی، محرومیت از مرخصی از زندان را نقض و از دادنامه بدوی حذف کرده است. به روشنی معلوم نیست اگر دادگاه بدوی، مستند رأی خود را ذکر می‌کرد (ماده ۲۲۱ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی

کشور)، آیا بازهم حکم به محرومیت از مرخصی از زندان نقض می‌شد یا نه، زیرا اگر دادگاه تجدیدنظر استناد به آیین‌نامه را برای تعیین مجازات کافی نمی‌دانست باید با علم به عدم وجود مجازات محرومیت از مرخصی از زندان در قانون مجازات اسلامی و قوانین خاص، مستند به قانونی نبودن مجازات، این قسمت از حکم دادگاه بدوی را نقض می‌کرد. از طرف دیگر، در دادنامه دیگری حکم به "محرومیت از مرخصی از زندان" بدون ذکر مستند قانونی که از همین شعبه بدوی دادگاه جزایی تهران (۱۳۷۴) صادر شده، توسط شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر تهران تأیید گردیده است.^۱ مستدل نبودن و اختلاف آرای صادره ابهاماتی را موجب شده است. به طور مثال، معلوم نیست مرخصی از زندان، مجازات تکمیلی است یا سلب امتیاز اداری و آیا دادگاه کیفری در مقام تعیین مجازات می‌تواند به آیین‌نامه استناد کند یا خیر. بررسی و تحلیل ماهیت و آثار حکم به محرومیت از مرخصی از زندان هدف نوشتار حاضر است.

ب) نقد و بررسی احکام و مبانی حقوقی مطرح شده

نخستین موضوعی که به ذهن متبادر می‌شود ناظر بر "ماهیت مرخصی" است. به عبارت دیگر مرخصی حق است یا امتیاز اداری. فارغ از هرگونه بحث حقوقی نباید فراموش کرد که محکوم به حبس، وقتی در حال اجرای حکم تلقی می‌شود که آزادی رفت و آمد وی سلب شده باشد، زیرا مجازات حبس معنایی غیر از سلب آزادی رفت و آمد محکوم ندارد. از این رو مرخصی یا به دست آوردن آزادی رفت و آمد برای مدت معین حین اجرای حکم، مغایر با ماهیت مجازات حبس است. با این وجود، هدف از اجرای هر مجازاتی دفاع از جامعه و هم‌زمان اصلاح بزهکار و آماده‌سازی وی برای بازگشت به جامعه است. در همین راستا ماده یک اعلامیه اصول اساسی رفتار با زندانیان مقرر داشته است: باید نسبت به همه زندانیان با احترام ناشی از کرامت ذاتی و ارزش‌های انسانی رفتار شود. ماده پنج اعلامیه مذکور، برخورداری زندانی از تمام حقوق مندرج در منشور حقوق بشر

۱. دادنامه شماره ۹۳۸۰۹۳۸۰۲۶۹۶۰۰۹۲۰۹۹۷۰ صادره از شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

(اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق حقوق مدنی و سیاسی - حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) را مورد تأکید قرار داده است. بدیهی است برخورداری از حقوقی مانند اشتغال، داشتن خانواده، آموزش و غیره مستلزم برخورداری از آزادی است. مجازات زندان در معنای خاص می‌تواند فرد را از این حقوق نیز محروم کند در حالی که موضوع حکم دادگاه نبوده است. از این رو، آموزه‌های حقوق بشر، تحولاتی را در نظام کیفری موجب شده است. به طور مثال در سیاست کیفری، نهادهایی مانند مرخصی، زندان باز، زندان نیمه باز و غیره ایجاد شده است. با این وجود هنوز پرسش باقی است که آیا استفاده از مرخصی حین اجرای حکم حبس، حق است یا امتیاز اداری. پاسخ به این پرسش واجد فایده تئوری و عملی است. از نظر تئوری اگر مرخصی حق باشد، می‌تواند موضوع تحدید حق یا مجازات قرارگیرد و اگر امتیاز باشد، مستلزم تلاش زندانی برای استحقاق و اکتساب است و در این فرض تلاش زندانی نمی‌تواند موضوع حکم دادگاه قرارگیرد. از نظر عملی، اگر مرخصی حق باشد، به اقتضای قاعده "قبح عقاب بلا بیان" تنها با قانون از پیش اعلام و منتشر شده می‌توان این حق را محدود کرد. در این فرض به دلیل عدم وجود نص قانونی، حکم دادگاه بدوی مخدوش و مغایر با قوانین موجود است. به نظر می‌رسد شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران استفاده از مرخصی را حق تلقی کرده، زیرا مقرر داشته است: «محرومیت از مرخصی در طول مدت کیفر حبس به دلیل فقد نص قانونی از دادنامه حذف می‌شود». همچنین، صرف نظر از فقد نص قانونی به عنوان دلیل نقض دادنامه بدوی، می‌توان گفت دادگاه بدوی نیز مرخصی از زندان را حق تلقی کرده؛ چراکه سلب آن را به عنوان تکمیل مجازات مورد حکم قرار داده است. بنابراین، دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر استفاده از مرخصی را حق می‌دانند اما در امکان تحدید این حق به عنوان تکمیل مجازات اختلاف نظر دارند. برخلاف نگاه محاکم، آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور اصلاحی ۱۳۸۹، مرخصی را امتیاز اداری دانسته است. تبصره ماده ۲۱۳ آیین‌نامه مذکور چنین مقرر داشته است: «اعطای مرخصی به زندانیان به عنوان یک حق تلقی نمی‌گردد و برخورداری از آن موکول به رعایت

مقررات زندان و کسب امتیازات لازم می‌باشد». همچنین ماده ۲۲۱ همان آیین‌نامه، برای برخورداری از امتیاز مرخصی استثنائاتی قائل شده که به طور اتوماتیک شامل برخی محکومین نمی‌شود. این ماده مقرر داشته است: «مستثنیات اعطای مرخصی: محکومین زیر از شمول اعطای مرخصی مستثنی می‌باشند: الف - محکومین جرایم سرقت مسلحانه و یا مقرون به آزار، ربودن مال دیگری از طریق کیف‌زنی، جاسوسی، اقدام علیه امنیت کشور، آدم‌ربایی، جرایم بانندی و سازمان یافته، تجاوز به عنف، دائرکردن مراکز فساد و فحشاء، اسیدپاشی، اخلال در نظام اقتصادی، ورود، تولید، توزیع و فروش مشروبات الکلی، قاچاق مسلحانه و یا عمده مواد مخدر و روانگردان‌ها. ب - محکومین دارای سه سابقه محکومیت به ارتکاب همان جرم. ج - محکومینی که به شرارت مشهورند. د - محکومین به قصاص و اعدام». بنابراین، آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها مبنای کاملاً متفاوتی برای مرخصی از زندان مطرح می‌کند و صدور حکم به محرومیت از مرخصی از زندان را با چالشی جدی‌تر مواجه کرده است. زیرا از یک سو مرخصی امتیازی اداری است که به عنوان پاداش به جهت تلاش برای اصلاح و حسن رفتار به بزهکار تعلق می‌گیرد و ماهیت اصلاحی و بازپرورانه دارد، از طرف دیگر همانگونه که ماده دوم اعلامیه اصول اساسی رفتار با زندانیان برعدم تبعیض در رفتار با زندانیان تأکید کرده است، منصفانه نیست به صرف ارتکاب رفتار مجرمانه پرخطر، امکان برخورداری از مزایای حسن رفتار و ندامت را به موجب حکم دادگاه از محکوم سلب کرد. علاوه براین، اختیار وضع چنین محرومیتی از اختیارات قاضی ناظر زندان و ناشی از رفتار زندانی در مدت اجرای حکم است؛ به همین دلیل مجازات تکمیلی تلقی کردن آن، محل تردید است. همچنین نباید معایب اداری تلقی کردن مرخصی را از نظر دور داشت. زیرا ماهیت امتیازی استفاده از مرخصی اگرچه مانع از صدور حکم به محرومیت از مرخصی است اما به معنی اداری کردن آن و خروج از ضوابط دادرسی عادلانه است. دادرسی عادلانه به عنوان یکی از حقوق بنیادین، چتر حمایتی گسترده‌ای دارد و از لحظه تحت نظر قرار گرفتن تا پایان اجرای حکم را شامل می‌شود. اقتضای عدالت آن است که زندانی محروم از مرخصی، حق

اعتراض نزد مرجع بی‌طرف را داشته باشد. بنابراین اداری تلقی کردن محرومیت از مرخصی از زندان، می‌تواند به معنای خروج از ضوابط دادرسی عادلانه و غیر منصفانه باشد.

دومین مسئله، "مستند بودن رأی به قانون" است. در مواد قانونی متعدد بر لزوم مستند بودن رأی به قانون تأکید شده است: به طور مثال ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱ و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۸ مقرر داشته‌اند: رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد "قانون" و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است. قانون در معنای خاص به معنای مصوبات مجلس شورای اسلامی است که به تأیید شورای نگهبان رسیده یا مجمع تشخیص مصلحت تأیید می‌کند و در روزنامه رسمی منتشر شده است. در معنای عام، قانون علاوه بر مصوبات مجلس شورای اسلامی شامل آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی است که از طرف نهادهای صالح اجرایی یا قضایی وضع می‌شوند. به نظر می‌رسد منظور از مستند قانونی، صرفاً مصوبات قوه مقننه است و شامل آیین‌نامه و بخش‌نامه نمی‌شود؛ زیرا نظام مجازات‌ها مستقیماً با حقوق و آزادی مردم سروکار دارد و منطقی نیست مجازات‌ها از طریق آیین‌نامه یا بخش‌نامه تعیین شود. با این وجود قرینه‌ای که می‌تواند این استدلال را با تردید مواجه کند. اصل ۱۷۰ قانون اساسی در این‌باره مقرر داشته است: "قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند". ظاهر عبارت حاکی از آن است که قاضی دادگاه می‌تواند آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها را مستند رأی خود قرار دهد، مگر در مواردی که مخالف قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات مقام واضع باشد. نویسنده معتقد است این اصل مجوز استناد "دادگاه کیفری" به آیین‌نامه یا تصویب نامه برای "تعیین مجازات" نیست، زیرا اولاً در اصل ۳۶ قانون اساسی آمده است: حکم به مجازات و اجرای آن باید

تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب "قانون" باشد. ثانیاً قانون در قانون اساسی به مصوبات مجلس شورای اسلامی اطلاق شده است و شامل آیین‌نامه و تصویب نامه نمی‌شود. بنابراین آیین‌نامه یا تصویب نامه‌ای که مجازات، وضع کرده باشد خلاف قانون است و قاضی دادگاه کیفری مکلف به امتناع از اجرای آن است. بدیهی است در محاکم حقوقی یا اداری استناد به آیین‌نامه یا تصویب نامه با رعایت قید مذکور بلامانع است. بنابراین، اصل قانونی بودن مجازات مقتضی آن است که مجازات تکمیلی نیز در قانون مصوب مجلس شورای اسلامی وضع شده باشد. محرومیت از مرخصی از زندان در هیچ ماده قانونی تصریح نشده است و به تعبیر شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، نص قانونی وجود ندارد.

سومین مسئله، آثار منفی ناشی از محرومیت از مرخصی از زندان است. زندانی کردن بزهکار مشکلات عدیده‌ای را در سطح فردی و اجتماعی ایجاد می‌کند. انتقال تجربیات مجرمانه، بی‌سرپرست شدن خانواده‌ها، انتقال بیماری‌ها و از دست دادن شغل یا فرصت‌های شغلی نمونه‌هایی از مشکلات ناشی از محکومیت به حبس است. افزایش هزینه‌های عمومی نگهداری از زندانیان و زندان، گسترش جمعیت زندانیان و نیاز به ساخت زندان‌های جدید، تأمین امنیت در زندان‌ها و هزینه‌های اصلاح و بازپروری نیز به عنوان بخشی از عوامل استقبال حاکمیت‌ها از سیاست حبس زدایی در دوران معاصر است. با وجود این واقعیات، به نظر می‌رسد اصرار بر محرومیت از مرخصی و نادیده گرفتن آثار اصلاحی آن فاقد توجیه منطقی است.

می‌گوید لیکن مشارکت خود را در حد ورود چندین ضربه به بدن مقتول، شرب خمر و سرقت از منزل مقتول می‌پذیرد.

پرونده امر پس از وصول نظریه پزشکی قانونی دایر بر علت تامه مرگ، بازسازی صحنه قتل و صدور قرار مجرمیت با کیفرخواست به دادگاه کیفری استان تهران ارسال که رسیدگی آن به شعبه ۱۱۳ ارجاع می‌گردد. شعبه مرجوع‌علیه با بررسی پرونده بدواً به لحاظ صغر سن متهم ا.ح.م. پرونده وی را با صدور قرار عدم صلاحیت به دادگاه اطفال ارسال می‌نماید که از نتیجه آن بی‌اطلاع است لیکن متهم دیگر طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۷۰۰۱۶۸ به تحمل ده سال حبس تعزیری و پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیاءدم بابت قتل، یک سال حبس تعزیری و تحمل پنجاه ضربه شلاق تعزیری بابت سرقت و تحمل هشتاد تازیانه جهت حد شرب خمر محکوم شده است که این حکم در دیوان نقض و پس از رسیدگی مجدد متهم مذکور به تحمل سه سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت و پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیاءدم بابت قتل عمدی و یک سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت بابت سرقت و تحمل هشتاد ضربه شلاق حدی بابت شرب خمر محکوم نموده است. این دادنامه در شعبه یازدهم دیوان عالی کشور تأیید شده است.

مشخصات رأی بدوی

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۷۰۰۱۶۸

تاریخ صدور رأی: ۹۲/۱۰/۲۴

اتهام: مباشرت در قتل عمدی، شرب خمر و سرقت

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری استان تهران

متن رأی

درخصوص اتهام آقای ح.م. فرزند ر. دایر به مباشرت در قتل عمدی مرحوم. م. فرزند ح. با ضربات متعدد چاقو، شرب خمر و سرقت توجهاً به اظهارات و اقرار متهم که منطبق با واقع نیز می‌باشد جرایم انتسابی به ایشان محرز و مسلم تشخیص داده مستنداً به مواد ۶۵۲ از بخش تعزیرات و ۲۶۴ و ۲۶۵ قانون مجازات

قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن

مجید متین راسخ *

۱. وقایع پرونده

پس از کشف جسد مرحوم. م در باشگاه بدنسازی، کارآگاهان نسبت به ردیابی تماس‌های تلفنی وی مبادرت نموده به جهت اینکه آخرین تماس‌ها با آقایان ح.م و ا.ح.م بوده است ایشان را با دستور قضایی به عنوان مظنون به قتل دستگیر می‌نمایند که از همان ابتدا هر دو متهم نسبت به تشریح ماجرا اقدام می‌نمایند. متهم ح.م. اظهار داشته با مقتول در باشگاه بدنسازی آشنا شدم، مرحوم در باشگاه بوفه داشت و هم‌چنین برنامه رژیم غذایی و ... می‌نوشت از این طریق به من نزدیک شد و به بهانه‌های مختلف من جمله از بین بردن موهای زاید بدن مرا به منزل خود دعوت می‌نمود. در منزل خود با نشان دادن فیلم‌های مستهجن و ... چندین نوبت به من تجاوز کرد به این خاطر از او بسیار ناراحت شده بودم و تصمیم به قتل او گرفتم با ا.ح.م. موضوع را مطرح کردم متوجه شدم با او نیز همین کار را کرده است لذا با خریدن یک قبضه چاقوی تیز و تهیه یک عدد تیغ موکت‌بری به منزل او رفتیم هنگامی که او داشت فیلم می‌دید من با چاقویی که در دست داشتم چندین ضربه که به نظرم شش یا هفت ضربه بود محکم به سر او زدم و ا.ح.م. نیز با تیغ به بدن او زد، سپس با برداشتن مقداری از وسایل منزل مقتول از محل متواری شدیم ضمناً هر دو متهم اقرار به شرب خمر قبل از حضور در منزل مقتول نموده‌اند. متهم دیگر پرونده ا.ح.م. نیز ضمن تأیید اظهارات و اقرار ح.م. اظهار داشت مقتول نسبت به من لواط ننموده است و نمی‌دانم چرا حمید این را

* مستشار دادگاه کیفری یک تهران - عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرقدس.

اسلامی مصوب ۱۳۹۲ متهم موصوف را به تحمل یک سال حبس تعزیری و پنجاه ضربه شلاق تعزیری بابت سرقت و تحمل هشتاد تازیانه بابت حد الهی شرب خمر محکوم می نماید. لیکن چون متهم اظهار داشته است اعتقاد قوی به مهدورالدم بودن مقتول داشته است و با این اعتقاد مبادرت به قتل نموده است مستنداً به ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی ایشان را به تحمل ده سال حبس تعزیری و پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق اولیاءدم محکوم می نماید. درخصوص متهم دیگر پرونده بنام ا.ح.م. فرزند ر. چون ایشان به سن بلوغ نرسیده است قرار عدم صلاحیت خویش را به اعتبار و شایستگی دادگاه اطفال صادر و اعلان می نماید. رأی صادره حضوری بوده ظرف مهلت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عالی کشور است.

مشخصات رأی فرجامی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۱۰۰۱۵۳

تاریخ صدور رأی: ۹۳/۲/۳۰

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور

متن رأی

باتوجه به بررسی اوراق و محتویات پرونده اولاً اعتراض وکیل به دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۷۰۰۱۶۸ صادره از شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری استان تهران نظر به اینکه بزه انتسابی و ارتكابی توسط ح.م. از جرایم مشمول قصاص بوده فلذا تبدیل مجازات وی نیاز به بررسی رشد عقلی او به هنگام ارتكاب جرم و نهایتاً اعمال ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی داشته نه ماده ۸۹ که مورد استناد دادگاه قرار گرفته علی هذا دادنامه مذکور به استناد بند ۴ شق ب ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری نقض و جهت رفع نقض ذکر شده و صدور رأی منقضی به شعبه صادرکننده رأی ارجاع می گردد.

مشخصات رأی اصراری

شماره دادنامه ها: ۹۴۰۹۹۷۲۶۱۷۷۰۰۰۰۱

تاریخ صدور رأی: ۹۴/۱/۲۶

مرجع رسیدگی: شعبه ۸۴ دادگاه کیفری استان تهران

متن رأی

درخصوص اتهام ح.م. ۱- دایر بر مشارکت در قتل عمدی ۲- مشارکت در سرقت ۳- شرب خمر که سابقاً با نظر اکثریت اعضای دادگاه اتهام مشارکت در قتل به مباشرت در قتل تغییر عنوان داده و به تحمل حبس و شلاق و دیه در حق اولیاءدم محکوم شده است. توجهاً به اینکه دادگاه در جهت رفع نقض مدنظر دیوان محترم عالی کشور متهم را به کمیسیون پزشکی قانونی معرفی و ارجاع نموده است و پاسخ واصله به شماره ۱/۳۳/۱۷۰۶/۹۳ - ۹۳/۱۰/۲۱ که حکایت از عدم درک ماهیت جرم انجام شده توسط متهم دارد و اعلام شده متهم حرمت رفتار خود را به دلیل عدم رشد و کمال عقلی درک نمی کرده است علی هذا ... - گردش کار و شرح ماجرا بیان شده است - با عنایت به مراتب فوق و دفاعیات متهم و مجموع اوراق و محتویات و قرائن و امارات موجود در پرونده، هرچند ولی دم مصرانه تقاضای قصاص متهم را دارد لیکن برای دادگاه ثابت و مسلم است که متهم در اثر اشتباه مبنی بر مهدورالدم بودن مقتول مرتکب قتل گردیده و نظریه اخیر پزشکی قانونی مبنی بر اینکه متهم هنگام ارتكاب جرم ماهیت جرم انجام شده و حرمت آن را به دلیل عدم رشد و کمال عقلی درک نمی کرده است تأیید می نماید و باتوجه به اقرار متهم مبنی بر اینکه ضربات وارده به گردن به بالا تنه مقتول را وی وارد نموده است که همین ضربات منجر به مرگ گردیده و به فرض ثبوت وارد کردن یک ضربه با کارد به سر و ضربات پایین تنه از سوی دوست وی - که برای او به لحاظ صغر سن قرار عدم صلاحیت صادر گردیده - تأثیری در فوت نداشته است، متهم ح.م. را عامل اصلی قتل تشخیص داده و با تغییر عنوان اتهامی از مشارکت به مباشرت در قتل عمدی و ضمن صدور حکم برائت از اتهام مشارکت در قتل عمدی نامبرده را به استناد قسمت اخیر ماده ۳۰۳ و ۸۹ بند ب و پ و ۱۳۴، ۱۳۵، ۹۱، ۲۶۵ و ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ مواد ۶۵۶ و ۶۶۷ قانون تعزیرات مصوب ۷۵ نامبرده را بابت مباشرت در قتل عمدی به پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان در حق ولی دم مقتول و از جنبه عمومی قتل نه نگهداری در کانون اصلاح و تربیت به مدت سه سال و بابت مشارکت در سرقت به نگهداری در کانون به مدت یک سال و رد اموال مسروقه و بابت

شرب خمر به تحمل هشتاد تازیانه به عنوان حد شرب خمر محکوم می‌نماید.
 رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی
 در دیوان عالی کشور است.

این دادنامه طی شماره ۰۰۰۷۱۰۱۲۰۶ مورخ ۹۴/۴/۲۲ در شعبه یازدهم
 دیوان عالی کشور تأیید و جهت اجرا به واحد اجرای احکام دادسرای جنایی تهران
 ارسال شده است.

۲. نقد و بررسی

به نظر می‌رسد برای نقد دادنامه‌های مذکور باید به چهار سؤال اساسی پاسخ
 داد:

۱. سابقه تقنینی و تشریعی ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی چیست؟
۲. محدوده اعمال مقررات ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی چه میزان است؟
۳. شرایط مدنظر مقنن در اعمال مقررات ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی
 چیست؟
۴. میزان مجازات قابل تحمیل به افراد زیر ۱۸ سال چقدر است؟

پاسخ سؤال اول:

از نظر فقهی سابقه تشریع قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن به زمان نزول
 آیات ۹۲ الی ۹۴ سوره مبارکه نساء برمی‌گردد. در این آیات عیاش ابن‌ابی‌ربیع
 فردی بنام حارث بن زید که از شکنجه‌گران مکه بود، به قتل می‌رساند و سپس
 مشخص گردید، حارث بن زید قبلاً مسلمان شده و توبه کرده است، لذا با این
 دفاع - قتل با اعتقاد مهدورالدم بودن - حکم موضوع صرفاً پرداخت دیه به اولیاء
 دم و آزاد کردن یک برده مؤمن تشریع گردید. در آیه ۹۳ نیز فردی بنام
 مقیس ابن کنانی پس از دریافت دیه قتل برادرش از قبیله بنی نجار، یکی از افراد آن
 قبیله را بنام قیس بن هلال فهری که به دستور پیامبر همراه مقیس بود را به
 قتل رسانید - با ادعای قصاص - و سپس به سمت مشرکان گریخت و از اسلام
 روی گردان شد. لیکن چون این فرد پس از دریافت خون بها مبادرت به قصاص

نموده بود طبق صریح آیه شریفه محکوم به خلود دائمی در جهنم و - قصاص در
 صورت دسترسی به وی - گردید و در آیه ۹۴ نیز اسامه بن یزید هنگام عزیمت به
 سمت فدک جهت دعوت یهودیان به اسلام یا پذیرفتن شرایط ذمه مرتکب قتل
 فردی یهودی بنام مرداس می‌گردد به گمان اینکه او به دروغ اظهار اسلام نموده و
 قصد اذیت و ایذاء مسلمانان را دارد. به همین خاطر حکم ایشان نیز صرفاً پرداخت
 دیه و آزاد کردن یک بنده مؤمن بیان گردید.^۱

طرح موضوع قتل، اعتقاد به مهدورالدم بودن در رویه قضایی ایران تا قبل از
 پیروزی انقلاب اسلامی جایگاهی نداشت و مجازات قاتل به هر حال مجازات قتل
 عمدی بود، لیکن بعد از انقلاب اسلامی حکم آن در تبصره دوم ماده ۲۹۵ قانون
 مجازات اسلامی ذکر گردیده بود ضمن اینکه در قوانین سایر کشورهای اسلامی
 من جمله مصر و عراق نیز به نوعی قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن پذیرفته شده است.^۱

پاسخ سؤال دوم:

اصولاً در اعمال ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی باید اعتقاد صادقانه مرتکب
 به مهدورالدم بودن مقتول احراز شود نه اینکه اصل مهدورالدم بودن یا نبودن
 مجنی‌علیه مورد بررسی قرارگیرد. البته این نکته مهم را نباید از نظر دور داشت که
 اعتقاد مرتکب، به مهدورالدم بودن باید به گونه‌ای باشد که نوع افراد چنانچه معتقد
 به آن باشند همان گونه خواهند اندیشید که او قربانی را مهدورالدم فرض نموده
 است. فلذا چنانچه قاضی با قرائن و امارات معتبر به این نتیجه رسید که فی الواقع
 جانی با اعتقاد به مهدورالدم بودن مجنی‌علیه، مرتکب این جنایت شده است و آن
 اعتقاد نیز به گونه‌ای است که هر شخص معقول و منطقی دیگری غیر از او نیز
 چنین برداشتی می‌نمود باید حکم به اعمال مقررات مذکور نماید.

۱. علامه سید حسین طباطبایی، تفسیر نمونه، ج ۵، ص ۴۲.

۲. علامه سید حسین طباطبایی، تفسیر نمونه، ج ۴، ص ۶۰.

پاسخ سؤال سوم:

طبق شرع انور اسلام و مقررات کیفری برگرفته از فقه جعفری، اصل بر مسئولیت کیفری اشخاص بالغ و درک ماهیت عمل ارتكابی آنان است مگر آن که خلاف آن ثابت شود. در مورد اعمال مقررات ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی نیز می‌بایست چنین پاسخ داد که اصل بر درک ماهیت اعمال و رفتار توسط اشخاص زیر ۱۸ سال است مگر آن که ادعایی از سوی مرتکب، وکیل وی یا شبهه‌ای از سوی دادگاه بر چنین درکی حادث شود. به عبارت دیگر اعمال مقررات ماده ۹۱ نه به عنوان یک اصل بلکه فرع بر ادعا یا شبهه عدم درک ماهیت اعمال و رفتار نوجوان است.

پاسخ سؤال چهارم:

وفق مقررات فصل دهم از قانون مجازات اسلامی و با نظر داشت ماده ۱۳۴ قانون مآلذکر بیشترین مدت حبس قابل تحمیل به نوجوانان، پنج سال خواهد بود به عبارت دیگر اصولاً قانون‌گذار برای افراد بالغ زیر ۱۸ سال که مرتکب جرایم تعزیری می‌شوند با حذف مجازات شلاق، در مجموع بیش از پنج سال حبس را به رسمیت نشناخته است.

۳. تحلیل محتوایی دادنامه

دادنامه بدوی به شماره ۰۰۵۷۰۰۱۶۸ شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری استان تهران به نظر می‌رسد دارای اشکالاتی از این قبیل باشد:

۱. برخلاف رویه محاکم قضایی این دادنامه فاقد هرگونه گردش کار می‌باشد.
۲. استدلال و کیفیت احراز اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول توسط قاتل در رأی صادره مشخص نگردیده و اصولاً خواننده پس از مطالعه رأی نمی‌داند چرا و به چه اعتباری اعتقاد جانی به مهدورالدم بودن مجنی علیه احراز گردیده است.
۳. در دادنامه موصوف چگونگی و چرایی عدول از مشارکت و اعتقاد به مباشرت به قتل قید نگردیده است و حال آن که شایسته بود محکمه در دادنامه به صورت مستدل و مستند به این مهم می‌پرداخت.

۴. با توجه به این که در نظریه پزشکی قانونی هرگونه تعرض جنسی نزدیک به لواط نیز پس از معاینه توسط کارشناسان رد گردیده است، معلوم نیست چگونه و با چه قراینی دادگاه محترم اعتقاد مرتکب را به مهدورالدم بودن مقتول به لحاظ لواط احراز نموده است خاصه آن که متهم دیگر هرگونه عمل جنسی مقتول با او را تکذیب نموده است.

۵. هرچند سرقت و شرب‌خمر توسط مرتکبان می‌تواند توجیهات منطقی‌ای مانند منحرف کردن مأموران در کشف حقیقت داشته باشد اما دادنامه مانحن‌فیه از توجیه آن مغفول مانده و این وضعیت، خواننده را با این شبهه روبرو می‌کند که چگونه فردی که دیگری را مهدورالدم دانسته و برای انجام تکلیف شرعی به ارتکاب قتل مبادرت ورزیده است خود دو فعل حرام حدی مرتکب شده است و در عین حال ماهیت آن اعمال را درک نکرده و به همین لحاظ از مجازات رهایی یافته است.

۶. نظر اکثریت بدون بیان استدلال و نظر اقلیت به عنوان دادنامه تنظیم شده است و حال آن که باید حتی نظر اقلیت نیز به صورت مستند و مستدل در دادنامه ثبت شود.

و اما دادنامه مورخ ۹۳/۲/۳۰ شعبه یازدهم دیوان عالی کشور که با وصف تنظیم گردش کار، مفصل و دقیق به نظر می‌رسد دارای اشکالات ذیل است:

۱. اصولاً دادگاه پس از اعتقاد به اعمال مقررات ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی دیگر محلی برای بررسی وضعیت نوجوان مرتکب، از حیث درک یا عدم درک ماهیت عمل ارتكابی خویش ندیده است. چرا که وقتی فردی می‌داند، می‌فهمد و تصمیم می‌گیرد و عالماً و عامداً آن تصمیم را با اعتقاد به مهدورالدم بودن اجرایی می‌کند. نمی‌توان پذیرفت که او ماهیت عمل ارتكابی خود را درک ننموده است یا این که در رشد و بلوغ فکری او شک نمود. خصوصاً اینکه مرتکب یا وکیل مدافع او نیز چنین ادعایی ننموده است، فلذا این ایراد دیوان عالی کشور فاقد محل می‌باشد.

پس از وقوع قتل به منظور انحراف فکری مأموران در کشف انگیزه قتل، دقیقاً بیان می‌نمود.

۲. دیوان محترم عالی کشور با عدول از اصل مسئولیت کیفری افراد بالغ زیر ۱۸ سال فرض را بر عدم درک ماهیت عمل ارتكابی توسط ایشان گذاشته و با این وصف دادگاه را مکلف نموده تا در این خصوص از پزشکی قانونی استعلام نماید غافل از آن که با گذشت حدود دوسال از زمان وقوع قتل حقیقتاً اظهارنظر پزشکی قانونی نمی‌تواند صحیح و مفید باشد.

۳. نظر به استناد دیوان محترم عالی کشور به ماده ۲۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری در دادنامه مذکور، صحیح این بود که پرونده او پس از نقض به شعبه هم‌عرض ارجاع می‌گردید و نه همان شعبه صادرکننده رأی بدوی. و در نهایت در خصوص دادنامه شماره ۰۰۰۱۷۷۰۰۰۰۱ شعبه ۸۴ دادگاه کیفری استان تهران می‌بایست نکات ذیل را مطرح نمود:

۱. چگونه می‌توان پذیرفت مرتکب، هم ماهیت عمل ارتكابی خود را درک نکرده و از مقررات ماده ۹۱ بهره‌مند گردد و هم با اعتقاد به مهدورالدم بودن، مرتکب قتل عمدی شده و مشمول مقررات ماده ۳۰۳ قانون مآر الذکر گردد. اصولاً دادگاه می‌بایست یا با تبعیت از نظر دیوان، صرفاً اعمال مقررات مربوط به ماده ۹۱ را می‌نمود یا این که به نظر سابق خویش اصرار می‌ورزید و مجدداً علی‌رغم نظر دیوان و گواهی پزشکی قانونی با اعتقاد به درک ماهیت اعمال ارتكابی متهم، او را مشمول ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی می‌دانست.

۲. نکته جالب توجه دیگر در خصوص این دادنامه این که دادگاه محترم علی‌رغم پذیرش عدم درک ماهیت رفتار متهم در قتل او را به اجرای حد الهی شرب‌خمر بدون توضیح در کیفیت احراز ماهیت شرب‌خمر و تمیز آن از قتل نموده است. چگونه و چرا مرجع قضایی نسبت به دو رفتار حکم به درک ماهیت اولی و عدم درک ماهیت رفتار دوم نموده است.

۳. هرچند این دادنامه از این حیث که از سرقت مقرون به اذیت و آزار که در دادنامه سابق آمده بود عدول، و به سرقت مشمول ماده ۶۵۶ قابل تحسین است لیکن به نظر می‌رسد می‌بایست علت آن را به لحاظ ارتكاب سرقت

شاکی مدعی تصرف زمین از ناحیه شهرداری باشد می‌تواند در مراجع حقوقی دادگستری طرح شکایت نماید.

۲. نقد و بررسی

۱. قرار رد شکایت به درستی صادر شده است اما شعبه برای این قرار سه مستند و استدلال بیان کرده است و مشخص نیست مبنای اصلی صدور قرار چیست. در قسمت اول، رأی شعبه استدلال کرده است "صرف نظر از اینکه مطابق مفاد دادنامه شماره ۹۳-۸۰/۳/۲۷ و ۱۹۹-۸۷/۳/۲۶^۱ (که اشتباهاً ۸۸ تایپ شده است) هیأت عمومی دیوان عدالت اداری برای دریافت معوضی یا قیمت زمین فرع بر انجام اقدامات تملکی از ناحیه مرجع طرف شکایت است..... که از ناحیه وکیل شاکی در این مورد دلیلی ارائه نشده....." قسمت اول استدلال که با صرف نظر از اینکه شروع می‌شود زمانی موضوعیت دارد که شعبه بخواهد در راستای استدلال‌های اصلی که مبنای رأی آن قرار می‌گیرد (چه در مقام قبول یا رد شکایت) به یک نکته یا استدلالی استناد کند که به استدلال اصلی در مقام رد یا قبول شکایت کمک می‌کند در حالی که رأی وحدت رویه ۱۹۹-۸۷/۳/۲۶ ناظر بر صلاحیت داشتن دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع تشخیص استحقاق یا عدم استحقاق مالکین اراضی و املاک در دریافت خسارت در برابر دستگاه‌های دولتی و شهرداری‌ها است ولی در این رأی شعبه در مقام رد

۱. دادنامه ۱۹۹: همانطور که در دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۸۰/۳/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تصریح شده است به موجب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی خصوصاً از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مامورین آنها و یا خودداری اشخاص مذکور از انجام وظایف و تکالیف قانونی اداری و اجرایی مربوط در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارد. بنابراین 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 به دیوان عدالت اداری است.....

شکایت علیه شهرداری به دلیل تصرف زمین: عدم صلاحیت دیوان به لحاظ ترافعی بودن دعوی یا ماهیت امر؟

کوروش استوار سنگری*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۳۵۹-۱۳۹۱/۹/۲۰
مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری
خواسته: تأیید استحقاق دریافت زمین معوض یا قیمت آن
خوانده: شهرداری

۱. وقایع پرونده

حسب ظاهر در این پرونده وکیل شاکی اعلام کرده است که شهرداری طرف شکایت زمین موکل را تصرف کرده است. براین اساس تقاضای تأیید استحقاق مالک به دریافت زمین معوض و یا قیمت آن را داشته است. شعبه ۲۹ دیوان با این استدلال که به فرض احراز تصرف زمین این امر مقوله‌ای جدا از تملک زمین بوده و اساساً موضوع را ترافعی و در صلاحیت مراجع قضایی ذی‌صلاح دانسته و علاوه بر آن شاکی نیز دادخواستی در این خصوص (احتمالاً با عنوان دیگر) تقدیم نموده که منجر به رد شکایت شده، لذا تجدید شکایت را فاقد وجهت قانونی دانسته و قرار رد شکایت صادر کرده است، اما در پایان رأی متذکر شده است در صورتی که

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد شیراز.

kourosh_ostovar_s@yahoo.com

۱. دفتر فصلنامه مطالعات آرای قضایی، مجموعه آرای منتخب دیوان عدالت اداری، پژوهشگاه قوه قضاییه، بهار ۱۳۹۴، ص ۴۳، قابل دسترسی در: دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی).

شکایت شاکی، که تقاضای احراز استحقاق کرده است می‌باشد و به نوعی برخلاف رأی ۱۹۹ قائل به صلاحیت محاکم عمومی است لذا استناد به آرای وحدت رویه مذکور بلاوجه است.

۲. استدلال دوم شعبه این است که "... به فرض احراز تصرف زمین، این امر مقوله‌ای جدا از تملک زمین بوده و امری توافقی و در صلاحیت رسیدگی مراجع ذیصلاح قضایی می‌باشد..."

به بیان دیگر شعبه استدلال می‌کند که تصرف زمین، امری توافقی و در صلاحیت مراجع ذیصلاح قضایی است. چنین استدلالی از طرف شعب دیوان زیاد دیده می‌شود و حتی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز این اصطلاح را در آرای متعدد خود از جمله رأی شماره ۵۹-۷۱/۴/۳۰ و ۳۳-۷۵/۲/۲۹ جهت اعلام عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری استفاده کرده است. استفاده از این اصطلاح و استدلال ونتیجه ناظر بر آن محل اشکال است، لذا باید مفهوم توافقی و اینکه رسیدگی دیوان عدالت توافقی هست یا نیست بررسی شود.

ترافعی بودن یا نبودن رسیدگی دیوان عدالت اداری

امر توافقی چیست؟ آیا رسیدگی در دیوان عدالت غیر توافقی است؟ توافقی را در لغت به «با هم به داور شدن» یا «با هم مرافعه یا دعوی را به پیش قاضی بردن» معنی کرده‌اند^۱ و از نظر اصطلاح شناسی حقوقی (ترمینولوژی) امور توافقی را در برابر امور حسبی به کار برده‌اند؛^۲ یعنی رجوع به قاضی و طرح دعوی نزد او. به بیان دیگر در آیین دادرسی مدنی، امور توافقی در مقابل امور حسبی به کار برده می‌شود که منظور از آن، پرونده‌هایی است که دو طرف دعوی یعنی مدعی و مدعی علیه دارد در حالی که در پرونده‌های امور حسبی مانند تقاضا جهت صدور گواهی حصر وراثت، دعوا و اختلافی مطرح نیست. براین اساس ملاحظه می‌شود که دعاوی مطروحه در

۱. دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی / یک جلدی (انتشارات اشجع، ۱۳۸۸، تهران) ص ۳۴۱.

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج پنجم (کتابخانه گنج دانش،

تهران ۱۳۷۸) ص ۳۳۰۲.

شعب دیوان عدالت اداری نیز توافقی است، چون یک طرف شاکی وجود دارد و در مقابل، طرف شکایت. از یک سو شاکی خواسته و دلایل خود را مطرح می‌کند و از سویی دیگر طرف شکایت به دفاع از عملکرد خود و در مقام اهتمام جهت رد دعوی شاکی، برمی‌آید. بنابراین دعاوی مطروحه در شعب دیوان نیز جزء امور توافقی هستند و چنین استدلالی جهت رد دعاوی مطروحه در دیوان محمل حقوقی ندارد، لذا اینکه یک موضوعی توافقی است دلیلی برعدم صلاحیت دیوان نیست.

۳. سومین استدلال شعبه این است که "شاکی قبلاً شکایت فعلی را در همین شعبه اقامه نموده که منتهی به صدور رأی به رد شکایت شده..." همین استدلال به استناد بند ۲۰ آیین دادرسی دیوان عدالت مصوب ۱۳۷۹ رئیس قوه قضاییه (که در زمان صدور حکم جاری بوده است) برای صدور قرار رد شکایت کفایت می‌کرده، لذا نیازی به استدلال‌های قبلی نبوده است.

ماهیت حقوقی موضوع دعوی

همچنان که متذکر شدیم در شعب دیوان عدالت اداری حتی در هیأت عمومی دیوان با این استدلال که چون موضوع امری توافقی است آن را در صلاحیت دیوان ندانسته و به شایستگی محاکم عمومی (به طور معمول محاکم حقوقی) رأی داده‌اند. اشکال وارده بر استدلال توافقی بودن موضوعات قبلاً توضیح داده شده ولی آنچه که می‌تواند مبنای تفکیک صلاحیت دیوان عدالت درخصوص پرونده‌های شبیه پرونده مطروحه در شعبه ۲۹ با صلاحیت محاکم عمومی قرارگیرد تفسیر بند یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ است که تکرار بند یک مواد ۱۳ قانون سال ۸۵ و ماده ۱۱ قانون سال ۶۰ می‌باشد. این بند از جمله صلاحیت‌های شعب دیوان را رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی و یا حقوقی از "تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و مأمورین آنها..." اعلام کرده است. باید تفسیر قضایی از تصمیمات و اقدامات مندرج در این بند به طور دقیق مشخص

گردد تا مرز مذکور هم تعیین شود. نگارنده قبلاً در این خصوص مطالبی را نگاشته^۱ و در جهت توضیح بیشتر آن تفسیر خود را از بند یک ماده ۱۰ (۱۳) دیوان بیان می‌نماید.

امور حقوقی که در جامعه رخ می‌دهد به دو دسته کلی اعمال حقوقی و وقایع حقوقی تقسیم می‌شوند.^۲

اعمال حقوقی آن دسته از امور حقوقی است که با اراده اشخاص به منظور ایجاد آثار حقوقی خاص ایجاد می‌شود و قانون‌گذار نیز این اثر مورد نظر مشخص را پذیرفته و به آن ترتیب اثر داده است. به بیان دیگر اعمال حقوقی امور حقوقی هستند که اثر حقوقی مورد نظر قانون‌گذار با اثر مورد نظر مشخص فاعل آن یکی هستند مانند اعمال حقوقی خود به دو دسته اعمال دو یا چند جانبه (عقود یا قراردادهای) و یکجانبه (ایقاعات) تقسیم می‌شوند. ولی وقایع حقوقی آن دسته از اموری هستند که ممکن است با اراده و یا خارج از اراده اشخاص صورت گیرد ولی آثار آن نتیجه اراده اشخاص نیست بلکه قانون‌گذار آنرا مشخص کرده مانند غصب و اتلاف.

منظور از تصمیمات و اقدامات موضوع بند یک ماده ۱۰ (۱۳) قانون دیوان کدام‌یک از این اعمال حقوقی و یا وقایع حقوقی است؟ قبلاً از آنکه مشخص کنیم منظور از تصمیم و اقدام در اینجا چیست، می‌توانیم مشخص کنیم چه نیست. اساساً وقایع حقوقی مصداق تصمیم و اقدام نیست، چون تصمیم و اقدام یک امر ارادی است که اداره و یا مأمور آن برای اداره امور عمومی انجام می‌دهد و اصولاً اداره امور عمومی براساس وقایع و حوادث صورت نمی‌گیرد بلکه براساس قوانین

۱. رک: کورش استوارسنگری، «صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسایل پیرامون آن»، اندیشه‌های حقوق اداری (مجموعه مقالات تقدیمی به منوچهر طباطبایی مومنی) (انتشارات مجد تهران ۱۳۹۲) ص ۳۵۳ به بعد.

۲. آقای کاتوزیان در یکی از کتب خود به جای امور حقوقی از اصلاح وقایع حقوقی استفاده و وقایع حقوقی به مفهوم شامل اعمال، حقوقی و وقایع حقوقی به مفهوم خاص تعریف می‌کنند. رک: به ناصر کاتوزیان، حقوقی مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج اول (انتشارات بهمنش، تهران، بهمن ۱۳۴۶) ص ۱.

برنامه‌ها و تصمیمات مأمورین عمومی انجام می‌شود. اصطلاح تصمیمات مندرج در بند مذکور نشانه آن است که در اینجا عمل ارادی، که از تصمیمات صادر می‌شود، مورد نظر است، لذا وقایع حقوقی که ممکن است با اراده مأمور دولت و یا خارج از اراده آنها رخ دهد مصداق تصمیم و اقدام موضوع بند یک ماده ۱۰ نمی‌باشد. برای مثال اگر ماشین راه‌سازی وزارت راه و شهرسازی به لوله گاز یک شهروند برخورد کرد و آنرا تخریب نمود این امر مصداق تصمیم و اقدام موضوع بند مذکور نیست بلکه یک واقعه حقوقی است و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی است، لذا تصرف اراضی و یا ملک اشخاص توسط دستگاه‌های عمومی و دولتی مصداق وقایع حقوقی هستند و رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیست که این امر می‌تواند در تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و محاکم عمومی به عنوان یک ملاک باشد. در نتیجه اگر شهروندی به تصرف زمین خود توسط یک دستگاه دولتی یا عمومی معترض باشد و ادعاهایی مانند رفع تصرف و یا دریافت بهای آن دارد باید در محاکم عمومی مطرح شود. منظور از تصمیمات و اقدامات موضوع ماده ۱۰ قانون دیوان اعمال اداری دستگاه‌های عمومی و دولتی است که به صورت یک‌جانبه انجام گرفته و به تعبیر دیگر ايقاعات اداری است.^۱

۱. هیأت عمومی دیوان عدالت در آراء متعدد خود از جمله آرای شماره ۵۹-۷۱/۴/۳۰ و ۳۳-۷۵/۲/۲۹ و ۱۹۷-۷۹/۶/۲۰ اعلام کرده است که دعوای ناشی از قراردادهای (اعمال دو جانبه) قابل طرح و رسیدگی در این دیوان نیست.

مقید نبودن صلاحیت مرجع عمومی به استاپل

مرتضی نجابت خواه*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۹۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵

خواسته: اعتراض به رأی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده

رأی دیوان

درخصوص شکایت خانم (ف. س.) به طرفیت کمیسیون ماده صد قانون شهرداری مبنی بر اعتراض به رأی شماره مورخ با توجه به مفاد دادخواست تقدیمی و ملاحظه لایحه دفاعیه مرجع طرف شکایت و سایر مدارک و مستندات مضبوط در پرونده، نظر به اینکه مطابق ماده صد قانون شهرداری و با فرض مالکیت شاکی نسبت به اضافه مساحت موضوع رأی مورد اعتراض، هرگونه عملیات ساختمانی و عمرانی مستلزم اخذ مجوز رسمی از شهرداری بوده و اقدام شهردار ناحیه مبنی، بر موافقت با اجرای سقف شیروانی، برخلاف مقررات و فاقد اثر قانونی می باشد، لذا شکایت مطروحه غیرموجه تشخیص و حکم به رد آن صادر و اعلام می گردد. رأی صادره قطعی است.

*استادیار حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

m.nejabatkhah@gmail.com

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، دی ماه ۱۳۹۱ انتشارات پژوهشگاه قوه قضاییه، ص ۴۹.

در این دعوی، رأی شعبه ۳۳ دیوان، مبتنی بر این استدلال شکل گرفته است که اقدام شهردار ناحیه مبنی بر موافقت با اجرای سقف شیروانی در حالی بوده که «مطابق ماده صد قانون شهرداری و با فرض مالکیت شاکی نسبت به اضافه مساحت موضوع رأی مورد اعتراض، هرگونه عملیات ساختمانی و عمرانی مستلزم اخذ مجوز رسمی از شهرداری بوده» است و اقدام غیررسمی شهردار ناحیه نمی تواند مثبت حقانیت شاکی و نقض رأی کمیسیون ماده صد قلمداد شود. این موضوع، ممنوعیت اعمال قاعده استاپل در حقوق عمومی را به ذهن متبادر می سازد.

استاپل^۱ در حقوق خصوصی، براساس آنچه که در فرهنگ حقوقی بلک تعریف شده است، عبارت است از این که «یک طرف (دعوی)، در نتیجه افعال خود از مطالبه حقی به ضرر طرف دیگر که ذی حق در اعتماد به آن افعال بوده و مطابق آن عمل کرده است، منع می شود. استاپل هنگامی مطرح می شود، که شخصی، به موجب قانون از سخن گفتن برخلاف سند یا فعل خودش ممنوع شود؛ زیرا وضعیت یا رفتاری متعارض را که موجب زیان دیگری شود، نمی توان پذیرفت.»^۲ استاپل، آنچنانکه بوئللی^۳ - یکی از قضات مشهور انگلستان - بیان داشته، «تنها یک قاعده ادله است»، و لذا نمی توان دعوایی را بر مبنای آن مطرح کرد بلکه آن، «تنها از این جهت مهم است که گامی در راه رسیدن به خواسته است، بر مبنای این فرضیه که خواننده از انکار صحت امری که خود قبلاً بیان کرده است، ممنوع می باشد.»^۴

اما در حقوق عمومی اساساً گفته می شود که مرجع عمومی نمی تواند به اقدام و اظهارنظر قبلی غیررسمی مقامات خود مقید شود؛ به طوری که اگر شرکتی خصوصی به اتکای اظهارنظر کارشناس یک مرجع عمومی محلی، که بدون هرگونه اذن یا

1. Estoppel

۲. گودرز افتخار جهرمی و مرتضی شهبازی نیا، "بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا"، مجله

حقوقی (نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران)، شماره ۳۰، ص ۱۰؛

به نقل از:

Black H.C., Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 4th ed, 1986, pp. 285- 286.

3. Bowenly

۴. گودرز افتخار جهرمی و مرتضی شهبازی نیا، همان، ص ۱۴.

تفویض صلاحیتی از سوی مرجع مربوطه مطلبی را اظهار داشته است، مجوز طرح را لازم نداند و تحصیل نکند، این به آن معنا نیست که شرکت مزبور، زمانی که بعدها از سوی اداره برنامه ریزی برای وی خطریه‌ای دایر بر عدم پیگیری طرح صادر شد، می‌تواند به اظهار نظر کارشناس مرجع مربوطه استناد کند^۱ یا این که اگر اظهارات مقامات یک مرجع محلی در مذاکرات‌شان با شرکتی خصوصی، این باور اشتباه را برای صاحبان شرکت به وجود آورده که آنان می‌توانند بدون مجوز طرح، به تأسیس و راه‌اندازی کارخانه‌ای اقدام کنند، این تلقی آنان، مانع از صدور خطریه اجرایی توسط مرجع مربوطه شود^۲؛ چراکه مرجع عمومی نباید به اعمال صلاحیت به گونه‌ای موظف شود که نتواند آنچه را که قانون‌گذار در نظر داشته، برآورد و به عبارتی دیگر، لوازم منفعت عمومی را نتواند به بهترین وجه محقق سازد.^۳

در رأی وحدت رویه شماره ۲۳۶ (۱۳۸۷/۴/۱۶) هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به کلاسه ۱۷۶/۸۷ هم آمده است:

مستنبط از حکم مقرر در ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و تبصره‌های آن، الزام مالکین اراضی واقع در محدوده شهرها و حریم قانونی آنها به اخذ پروانه ساختمان برای هرگونه عملیات ساختمانی و عمرانی و انجام آن با رعایت مندرجات پروانه صادره از طرف شهرداری براساس مقررات مربوط است. بنابراین احداث بنای زاید بر تراکم مجاز به ادعای موافقت شفاهی شهرداری و بدون صدور مجوز از مراجع ذیصلاح رافع مسئولیت مالک در زمینه تخلف از مندرجات پروانه صادره نیست و دادنامه شماره ۱۴۳۵ مورخ ۱۳۸۵/۹/۵ شعبه ۲۷ دیوان عدالت اداری که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی می‌باشد.

قاعده استاپل، خصوصاً در ارتباط با سیاست‌گذاری‌های دولتی، قابل اعمال نیست و از این رو، چنانچه مرجعی اداری به صرف این تلقی که دولت همچنان

1. Stott David & Felix Alexandra; **Principles of administrative law** (UK: Cavendish Publishing Limited, 1997), pp. 66- 67.
2. Carroll Alex, **Constitutional and Administrative Law** (UK: Financial Times, Pitman Publishing, First Published, 1998), p. 272.
3. **Ibid**, p. 271.

سرمایه‌گذاری در خطوط هوایی را مورد حمایت قرار می‌دهد، شرکتی را به این امر ترغیب کرده باشد، می‌تواند بعدها به دلیل تغییر دولت یا تغییر در سیاست وی، مجوز صادره را بازپس گیرد و رفتار قبلی مرجع مربوطه، مانع از استرداد مجوز نیست.^۱ همچنین این قاعده به منظور جلوگیری مرجع عمومی از انجام یک تکلیف قانونی^۲ یا موظف نمودن وی به یک تصمیم یا جریانی از اقدامات که خارج از حدود اختیاراتش است^۳، قابل اعمال نیست.^۴ در مواردی هم که تصمیم یا اقدامی در حدود اختیارات مرجع عمومی باشد، در صورتی این قاعده قابل اعمال است که اولاً، مقامی که در مرجع عمومی کار می‌کند، به طور معتبری یعنی با اجازه بر انجام این امر، توصیه یا اظهارنظری کرده باشد^۵؛ ثانیاً وی، مطلبی دال بر موقتی و مشروط بودن اظهارات خود بیان نکرده باشد^۶ و ثالثاً مرجع مربوطه از صلاحیت تفویض اختیار تعیین تکلیف برخی مسائل به مأموران خود برخوردار باشد.^۷ البته در دعوی^۸ در انگلستان در سال ۱۹۷۰، هرچند هیچ واگذاری رسمی هم صورت نگرفته بود، دادگاه چنین حکم داده است که از آنجا که واقعیات بیانگر «اختیار ظاهری»^۹ مقام محلی از جانب مرجع ذیربط بوده است، تصمیم مقام محلی، آن مرجع را ملزم می‌نمود^{۱۰}؛ حال آنکه «در قضیه گارنر، دادگاه رأی داد که یک ناظر حوزه بخش، از «اختیار ظاهری» کافی برای متعهد کردن شورای محلی در مورد یک موضوع مربوط به ساخت و ساز برخوردار نبوده است» چراکه در این باره، «این کافی نیست که مأمور مورد نظر از دید یک ناظر پی‌گیر معقول و متعارف بیرونی،

1. Stott David & Felix Alexandra; **op. cit.**, p. 68; see: *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* (1977).
2. *Maritime Electric Co Ltd. v. General Dairies Ltd.* (1937).
3. *Rhyl UDC v. Rhyl Amusements Ltd.* (1959).
4. Carroll A., **op. cit.**, p. 272.
5. *Ibid*; see: *Lever Finance Ltd. v. Westminster Corporation* (1971).
6. Longley D. & James R., **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law** (London, Sydney: Cavendish Publishing Ltd., first published, 1999), p. 178.
7. Stott David & Felix Alexandra; *Ibid*.
8. *Lever (Finance) Ltd. v. Westminster Corporation* (1970).
9. *Ostensible Authority*.
10. Stott David & Felix Alexandra; *Ibid*.

به فرض به دلیل اینکه او سمت بالایی داشته است، از طرف مرجع عمومی عمل می‌کرده است، بلکه باید دلیلی وجود داشته باشد، نظیر رویه درازمدت واگذاری (غیرقانونی) که بتواند در شخصی که مخاطب اداره بوده این انتظار را به وجود آورد که واگذاری واقعاً روی داده است.^۱

قاعده استاپل در صورتی هم که مرجع عمومی بتواند از برخی تشریفات شکلی صرف‌نظر کند، قابل اعمال است؛^۲ به طور مثال چنانچه مقام عمومی مشاوره حقوقی نادرستی در مورد مهلت ارائه درخواست داده باشد و رعایت این محدوده زمانی، تشریفات شکلی مؤثری در تصمیم‌گیری مرجع عمومی نبوده باشد، وی می‌تواند به پذیرش درخواستی که به دلیل گفته شده دیرتر ارائه شده است، ملزم شناخته شود، اما این مرجع در صورتی که بنا به تصریح قانون، تنها موظف به صدور مجوز کتبی بوده باشد، نمی‌تواند در برابر مجوزی که شفاهاً اعلام شده، متعهد شناخته شود؛^۳ همچنان‌که همچنان‌که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری هم در رأی وحدت رویه شماره ۲۳۶ (۱۳۸۷/۴/۱۶) بدان اشاره نموده است. مرجع عمومی، در صورتی که در نظر داشته باشد تصمیم خود را بدون رعایت برخی تشریفات شکلی صادر کند، باید این موضوع را در عباراتی روشن و غیرمبهم بیان کند تا این که بتواند مورد استناد واقع شود.^۴

۲. نقد و بررسی

دادنامه فوق به اعتراض به رأی قطعی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری مربوط می‌شود. کمیسیونی که به موجب تبصره یک ماده ۱۰۰ قانون شهرداری (اصلاحی ۱۳۵۲/۵/۱۷) مرکب از نماینده وزارت کشور به انتخاب وزیر کشور و یکی از قضات دادگستری به انتخاب وزیر دادگستری و یکی از اعضای انجمن (شورای)

۱. شونبرگ سورن، انتظارات مشروع در حقوق اداری، ترجمه: رنجبر احمد (تهران: نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۷)، ص ۱۲۳.

2. Carroll. A., Ibid.; see: *Wells v. Minister of Housing and Local Government* (1967).

۳. شونبرگ سورن، همان.

4. Stott David & Felix Alexandra; Ibid.

شهر به انتخاب انجمن (شورا) تشکیل می‌شود و با توجه به تبصره ۱۰ ماده مذکور (الحاقی ۱۳۵۸/۶/۲۷) در دو مرحله به شکایات مطروحه رسیدگی می‌نماید.

تشکیل چنین کمیسیونی با توجه به وظیفه تعیین‌شده برای شهرداری‌ها مبنی بر صدور پروانه به موجب بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و ماده ۱۰۰ این قانون می‌باشد. بر این اساس، طبق تبصره یک ماده اخیرالذکر، چنانچه اشخاص در محدوده شهر و حريم آن، مبادرت به احداث تأسیسات و بناهایی نمایند که خلاف مشخصات مندرج در پروانه باشد و قلع آنها از لحاظ اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی ضرورت داشته باشد و یا این که بدون پروانه شهرداری مبادرت به احداث ساختمان یا شروع به احداث آن بنمایند، به تقاضای شهرداری موضوع قابل طرح در این کمیسیون خواهد بود. کمیسیون ماده ۱۰۰، در صورت عدم رعایت الزامات مقرر برای اخذ پروانه احداث بنا یا احداث بنا زاید بر مندرجات پروانه ساختمانی، پس از رسیدگی، تصمیم مقتضی دایر بر ابقای بنا با اخذ جریمه یا قلع بنای مستحده با رعایت ضوابط مربوط را اتخاذ خواهد نمود.^۱

از رأی شعبه ۳۳ دیوان برمی‌آید که رسیدگی به دعوای مورد بحث در کمیسیون ماده صد شهرداری، با توجه به تبصره‌های ۲ یا ۳ این ماده صورت گرفته است که اشاره به وضعیتی دارند که شخص در حوزه استفاده از اراضی مسکونی یا اراضی تجاری و صنعتی و اداری اقدام به احداث اضافه بنای زاید بر مساحت مندرج در پروانه ساختمانی می‌نماید که در این صورت کمیسیون ماده صد می‌تواند در صورتی که قلع اضافه بنا ضرورت نداشته باشد، رأی به اخذ جریمه‌ای متناسب، با توجه به شرایط مذکور در این دو تبصره صادر نماید؛ چرا که به موجب رأی وحدت رویه شماره ۹۷ مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، «با عنایت به ماده صد قانون شهرداری و تبصره‌های آن، مالکان اراضی واقع در محدوده شهرها مکلفند با اخذ پروانه از شهرداری مربوط و رعایت مراتب مندرج در آن، اقدام به احداث ساختمان با مساحت و کاربری مذکور در پروانه نمایند.» لذا «اقدام مالکان

۱. دادنامه شماره ۱۵۲۹ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

به افزایش سطوح تجاری [و به طور مشابه، مسکونی] بیش از میزان مذکور در پروانه صادر شده پس از صدور گواهی پایان کار و بدون أخذ جواز مجدد از شهرداری و جاهت قانونی ندارد.»

بر این اساس، اقدام اشخاص بدون أخذ جواز مجدد از شهرداری به صرف موافقت شهردار ناحیه، مبنی بر موافقت با اجرای سقف شیروانی از مصادیق قاعده استاپل به شمار می‌آید که همچنانکه گفته شد اساساً در حقوق عمومی محمل قانونی ندارد مگر این‌که شهردار ناحیه – که یک عنوان درون سازمانی است و اساساً ماهیت قانونی ندارد- با اجازه معتبری بر انجام این امر، اظهارنظری کرده باشد و یا این‌که شهرداری از صلاحیت تفویض اختیار صدور جواز مجدد به کارکنانی که به عنوان شهرداران نواحی انتخاب می‌شوند، برخوردار بوده باشد که از مفاد قوانین و مقررات موجود چنین موضوعی بر نمی‌آید. در نتیجه، اقدام شهرداری در شکایت به کمیسیون ماده صد جهت رسیدگی و تعیین حکم درخصوص اضافه بنای زاید بر مساحت مندرج در پروانه ساختمان قانونی و موجه به نظر می‌رسد؛ اگرچه از دادنامه شعبه ۳۳ به خوبی آشکار نمی‌گردد که در نهایت امر، رأی کمیسیون دایر بر قلع بنای زاید مورد شکایت قرار گرفته است یا تعیین جریمه.

متن رأی

وکیل شاکی با تقدیم دادخواستی به طرفیت مشتکی عنهما تقاضای اجرای مقررات قانون ماده واحده اعطای تابعیت جمهوری اسلامی ایران را نموده است. با توجه به مفاد دادخواست تقدیمی و ملاحظه لایحه جوابیه مشتکی عنه و با عنایت به اینکه اولاً- به استناد مواد ۹۷۶ به بعد قانون مدنی ... رسیدگی به این قبیل دعاوی در محاکم عمومی دادگستری می‌باشد. ثانیاً- علی‌الاصول محاکم عمومی دادگستری، مرجع عام رسیدگی به تظلمات می‌باشند و دیوان عدالت اداری مرجع خاص بوده، لذا در مورد تردید در صلاحیت رسیدگی هر یک از این دو مرجع قانونی، اصل بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌باشد. بر این اساس، صرف‌نظر از اینکه فرزندان شاکی هنوز به سن قانونی نرسیده‌اند، قرار عدم صلاحیت این دیوان به شایستگی و صلاحیت محاکم عمومی دادگستری محل اقامت شاکی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره مستنداً به مواد ۱۳ و ۷ قانون دیوان عدالت اداری قطعی است.

مبنای رأی

بنیاد رأی مذکور مبتنی بر تفسیر رایجی است که از اصل ۱۵۹ قانون اساسی صورت می‌گیرد. به موجب این اصل، "مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است". برداشت رایجی که در رویه قضایی و حتی برخی نظریات اداره حقوقی قوه قضایی از لفظ "دادگستری" وجود دارد ناظر بر انحصار آن به "دادگاه‌های عمومی" است و سایر مراجع قضایی قوه قضاییه خارج از این حوزه مفهومی آن قرار می‌گیرد. به تعبیر دیگر برخلاف لفظ "محاکم عدلیه" که در قانون اساسی مشروطه به منظور نفی صلاحیت قضایی مراجع غیرقضایی به کار رفته است، در قانون اساسی جمهوری اسلامی بنا بر تفسیر جاری، لفظ دادگستری در مقابل مراجع قضایی هم قرار می‌گیرد.

در رأی مورد بحث، نیز از همین رویکرد تبعیت شده است و با فرض این‌که اصل بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی است و در مقابل، دیوان عدالت اداری یک

یادداشت‌هایی بر گزیده آراء قضایی دیوان عدالت اداری

سید مجتبی واعظی*

یادداشت اول - اصل صلاحیت دیوان در دعاوی علیه دولت

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۳۵۲۱^۱

تاریخ صدور: ۱۳۹۱/۱۰/۱۷

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده

به موجب دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۳۵۲۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷ شعبه ۲۶ دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی به دادخواستی مبنی بر الزام خوانده به اجرای مقررات قانون ماده واحده اعطای تابعیت جمهوری اسلامی ایران، با استناد به مواد ۹۷۶ به بعد قانون مدنی که رسیدگی به این قبیل دعاوی در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌باشد و علاوه بر این، علی‌الاصول محاکم عمومی دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات هستند و دیوان عدالت اداری، مرجع خاص بوده است، لذا در مورد تردید در صلاحیت رسیدگی هر یک از این دو مرجع قانونی، اصل بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌باشد. بر این اساس، قرار عدم صلاحیت به شایستگی و صلاحیت محاکم عمومی دادگستری محل اقامت شاکی صادر نموده است.

*استادیار دانشگاه شیراز.

mojtaba_vaezi@yahoo.com

۱. دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، مجموعه آرای منتخب دیوان عدالت اداری، پژوهشگاه

قوه قضاییه، بهار ۱۳۹۴، ص ۴۶، قابل دسترسی در: دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)

مرجع اختصاصی، است بنابراین هر جا که در صلاحیت دیوان عدالت اداری تردید ایجاد شد باید به اصل یعنی صلاحیت دادگاه های دادگستری ارجاع داد.

۲. نقد و بررسی

برداشت فوق از اصل ۱۵۹ قانون اساسی و سایر اصول مرتبط بدان، از دو جهت قابل نقد به نظر می رسد:

الف - مفهوم دادگستری: به نظر نمی رسد مؤسس (قانون گذار اساسی) در مقام بیان چنین تخصیصی بوده باشد. لفظ دادگستری در لغت، عرفاً ناظر بر مراجع قضایی به معنای عام است و نمی توان معنای آن را محدود به صرف دادگاه های عمومی کرد. از سوی دیگر چینش اصول به نحوی است که منطقاً اصل ۱۵۹ را نمی توان ناظر بر بیان صلاحیت دادگاه های عمومی نمود: اولین اصل مربوط به قوه قضاییه، اصل ۱۵۶ است که راجع به وظایف قوه قضاییه است، اصل ۱۵۷ جایگاه و شرایط رئیس قوه قضاییه، اصل ۱۵۸ وظایف رئیس قوه قضاییه، و سپس اصل ۱۶۰ تا ۱۶۹ به مراجع عالی و اصول و الزامات کلی و ساختاری حاکم بر مراجع قضایی به مفهوم عام آن اختصاص یافته است.

در نتیجه، این که در بین مجموعه ای از اصول عام و ساختاری و بدون رعایت ترتیب منطقی مباحث، مؤسس به ناگهان به بخشی از دادگاه ها و تفکیک آن از سایر مراجع قضایی بپردازد روشی دور از انتظار به نظر می رسد. چنانچه بخواهیم از اصل ۱۵۹ تفسیری متناسب با چینش اصول قبل و بعد آن ارائه دهیم باید مفهوم دادگستری را ناظر بر تمامی مراجع قضایی قوه قضاییه در مقابل مراجع غیرقضایی در نظر بگیریم. درواقع در این اصل، قانون گذار اساسی در مقام حراست از صلاحیت اختصاصی و ذاتی قوه قضاییه است.

ب - صرف نظر از نقد فوق و به فرض پذیرش تفسیر رایج، مبنی بر این که منظور از لفظ دادگستری در اصل ۱۵۹، دادگاه های عمومی و بنابراین اصل بر صلاحیت دادگاه های عمومی در زمان تردید است، باز هم نمی توان نوع استدلال و استفاده شعبه رسیدگی کننده در موضوع حاضر را در کل پذیرفت، چرا که در کنار اطلاق اصل ۱۵۹، شاهد اطلاق اصل ۱۷۳ در خصوص دعاوی علیه دستگاه های

دولتی نیز هستیم. به تعبیر دقیق تر هر چند اصل ۱۵۹ مطلق دعاوی را در صلاحیت دادگاه های عمومی شناخته اما به فاصله چند اصل، مطلق دعاوی علیه دولت را به دیوان عدالت اداری واگذار نموده است؛ یعنی در مقام جمع دو اصل مذکور می توان نتیجه گرفت دادگاه های عمومی، مرجع رسمی تظلمات است مگر در مورد تظلمات علیه دولت که اختصاص به دیوان عدالت اداری یافته است.

می پذیریم که اصل ۱۷۳ اختصاص به دعاوی اداری دارد و هرگونه دعاوی را علیه دولت شامل نمی شود اما چنین تفسیری از اصل مذکور، یک تفسیر منطقی است و زمانی می توان با اطمینان و به استناد چنین تفسیری، اطلاق اصل را قید زد که از غیر اداری بودن دعوا اطمینان حاصل کنیم. به تعبیر دیگر زمانی که از اداری بودن (عمومی بودن) شخص طرف دعوی اطمینان داریم و در ماهیت دعوی تردید وجود دارد باید با توجه به اطلاق اصل ۱۷۳، حکم به صلاحیت دیوان عدالت اداری بدهیم چون اصل در اینجا صلاحیت دیوان است.

اما اطلاق اصل ۱۵۹ با تفسیر محدود از لفظ دادگستری در زمانی به عنوان بیانگر اصل به کار می آید که در ماهیت یا شخصیت خوانده تردید وجود داشته باشد به این معنا که اگر در اداری بودن شخص خوانده، تردید وجود داشته باشد به تبع آن، تردید در شمول اصل ۱۷۳ نیز پدید می آید و به ناچار باید به اطلاق و اصل تأسیسی مندرج در اصل ۱۵۹ یعنی اصل صلاحیت دادگاه عمومی ارجاع داد.

یادداشت دوم - صلاحیت دیوان نسبت به کارکرد اداری مقامات قضایی

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۰۲۱

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۱۰/۱۹

مرجع رسیدگی: شعبه هفتم دیوان عدالت اداری

۱. دفتر فصلنامه مطالعات آرای قضایی، مجموعه آرای منتخب دیوان عدالت اداری، پژوهشگاه قوه قضاییه، بهار ۱۳۹۴، ص ۴۴. قابل دسترسی در: دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی).

۱. وقایع پرونده

به موجب دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۰۲۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ شعبه هفتم دیوان عدالت اداری، اعتراض خواهان را نسبت به کارکرد دادستان در مقام اجرای ماده ۹ قانون نحوه تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، با این استدلال که دادستان از مقامات قضایی است و دیوان حق مداخله در امور قضایی را ندارد نپذیرفته است.

متن رأی

نظر به اینکه اعمال ماده ۹ قانون نحوه تملک اراضی و ابنیه مصوب سال ۵۸ [لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت] از امور مربوط به دادستان است و دادستان هم از مقامات قضایی [بوده] و دیوان عدالت حق مداخله در امور وی را ندارد، لذا خواسته شاکي دایر به اعتراض و صدور حکم ابطال تصمیم اداره کل حقوقی مبنی بر اعمال ماده ۹ لایحه قانونی مذکور، قابل رسیدگی در دیوان نبوده و به تبع آن دستور موقت هم منتفی تلقی شده و قرار رد هر دو خواسته صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است.

مبنای رأی

می‌دانیم که به موجب ماده ۹ قانون نحوه تملک، در صورت فوریت اجرای طرح، دستگاه مجری طرح می‌تواند در غیاب مالک با حضور نماینده دادستان، وضعیت را صورتجلسه و اقدام نماید. در متن رأی مورد بحث، مشخص نیست دقیقاً از چه چیز شکایت شده است، اما آنچه محور اصلی رأی قرار گرفته، جایگاه قانونی دادستان به عنوان یک مقام قضایی است که شعبه هفتم با در نظر گرفتن موقعیت مذکور و از آنجا که اصل ۱۷۳ دیوان را صرفاً صالح به رسیدگی علیه دستگاه‌های اداری شناخته است از رسیدگی به شکایت خودداری نموده است.

۲. نقد و بررسی

آنچه که در رأی مذکور قابل تأمل به نظر می‌رسد عدم اعتنای قضای دیوان به ماهیت دوگانه صلاحیت‌های دادستان و نیز تمرکز صرف بر جایگاه قانونی وی و غفلت از ماهیت عمل دادستان در ما نحن فیه است.

می‌دانیم که دادستان در کنار صلاحیت‌های قضایی، دارای برخی صلاحیت‌های ذاتاً اداری به ویژه در امور حسبیه است، بنابراین همه تصمیمات و اقدامات دادستان لزوماً قضایی نیستند.

از جمله صلاحیت‌های غیر قضایی، همین مورد مذکور در ماده ۹ قانون فوق است که بدون فرض وجود اختلاف و دعوی، به نیابت از ولی امر و از باب ولایت بر عُیُب و قُصَر، چنین کارکردی را اعمال می‌نماید. هرچند همانگونه که بیان شد به قیمت اعلامی کارشناسان تعیین‌شده ظاهراً به موجب قانون نمی‌توان اعتراض کرد اما اگر نسبت به تشخیص امتناع یا در دسترس نبودن مالک یا نحوه تعیین کارشناس، اعتراض وجود داشته باشد چگونه می‌توان احقاق حق نمود؟

دیوان عدالت اداری به موجب قانون و در رویه خود نشان داده که در مقام تشخیص صلاحیت خود صرفاً در بند شخصیت خوانده نیست و به ویژه درخصوص قوه قضاییه، به ماهیت عمل اعتراضی نیز توجه می‌نماید. دو مورد از مصادیق بارز گواه این مدعا را می‌توان اول امکان شکایت قضات از باب حقوق استخدامی ایشان علیه قوه قضاییه، و دیگر امکان شکایت از آیین‌نامه‌های مقامات عالی‌تر قوه (به استثنای رئیس قوه) به موجب تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ذکر کرد.

بنابراین، در فرضی که از یک مقام قضایی مانند دادستان، عمل اداری سر بزنند با توجه به اینکه این اعمال به لحاظ فرآیند قضایی هم قابل تجدیدنظرخواهی نیستند به احتیاط و الزامات یک نظام قانونمند و دموکراتیک مبتنی بر حقوق افراد نزدیک‌تر آن است که چنین اقدامی را قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری بدانیم.

یادداشت سوم - لزوم مراجعه مقدماتی اداری در دعاوی الزام

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۴۸۶۳

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۱۲/۱۲

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری

۱. وقایع پرونده

به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۴۸۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲ شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری درخصوص دادخواست شاکی مبنی بر الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت دو واحد مسکونی در زمین متعلق به شاکی، این گونه استدلال کرده است که طرح صحیح دعوی "... مستلزم این بوده که شاکی، قبل از طرح شکایت در دیوان عدالت اداری با مراجعه به شهرداری و ارائه سند مالکیت با تعیین مساحت و حدود اربعه و کروکی زمین و انجام تشریفات قانونی نسبت به تشکیل پرونده مقدماتی اقدام نماید و چنانچه شهرداری برخلاف ضوابط و مقررات قانونی اتخاذ تصمیم نماید از تصمیم متخذه در دیوان عدالت اداری شکایت نماید که به این نحو عمل نشده است. علی هذا در وضع فعلی پرونده، ... قرار رد شکایت صادر می شود."

متن رأی

ماحصل جریان پرونده از این قرار است: شاکی با انضمام تصاویر صفحات دوم و سوم پلاک های ... اصفهان و پلاک ... بدون انضمام ستون انقضای مدت به دادخواست تقدیمی متذکر گردیده طبق طرح تفصیلی مورخ ۸۳/۴/۱۴ و مصوبه بند ۵۴ کارگروه امور زیربنایی مورخ ۸۶/۵/۱۴ شورای برنامه ریزی استان اصفهان، هر قطعه زمین با کاربری

کشاورزی، زراعی و باغات احداث یک واحد مسکونی با حداکثر زیربنای ۲۵۰ متر مربع را دارد و براساس مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در سال ۱۳۸۸ مبنی بر احداث ۲۰٪ ساخت زمین در باغ های درون شهری، تقاضای الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت به مساحت ۵۰۰ متر مربع را دارد. شهرداری طرف شکایت جواباً اعلام نموده شاکی بدون اخذ مجوز در چندین نوبت در ملک موضوع، دعوی احداث ساختمان نموده که موضوع در کمیسیون های ماده ۱۰۰ بررسی شده است. ملک شاکی برابر اسناد مالکیت، باغ است که حداکثر امکان صدور پروانه به مساحت ۱۵۰ متر مربع وجود دارد که بیش از این مقدار در حال حاضر در ملک وی موجود است و شاکی مصوبه ۱۳۸۸ ادعایی را ارائه نداده و شماره آن را نیز ذکر نکرده و تقاضای رد شکایت نموده است. صرف نظر از اینکه اقامه شکایت به الزام شهرداری به صدور پروانه ساخت برای دو ملک با پلاک های متفاوت و مختلف منطبق با ضوابط و مقررات نمی باشد، نظر به اینکه مطابق شق ب بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، اشخاص حق شکایت از تصمیمات و اقدامات شهرداری را در امور مربوط به وظایف آنها دارند، بنابراین مستلزم این بوده شاکی قبل از طرح شکایت در دیوان عدالت اداری، با مراجعه به شهرداری و ارائه سند مالکیت با تعیین مساحت و حدود اربعه و کروکی زمین و انجام تشریفات قانونی نسبت به تشکیل پرونده مقدماتی اقدام نماید و چنانچه شهرداری برخلاف ضوابط و مقررات قانونی اتخاذ تصمیم نماید، از تصمیم متخذه در دیوان عدالت اداری شکایت نماید که به این نحو عمل نشده است. علی هذا در وضع فعلی پرونده، اجابت خواسته شاکی و جاهت قانونی ندارد و قرار رد شکایت وی صادر می شود. رأی صادره قطعی است.

مبنای رأی

دیوان عدالت اداری، قاضی دعوای اداری است و دعوای اداری زمانی طرح می شود که یک خطای اداری (تخلف اداره از قانون) صورت گرفته باشد. بنابراین دیوان عدالت اداری، قاضی خطای اداری است. به تعبیر دقیق تر زمانی صلاحیت

۱. دفتر فصلنامه مطالعات آرای قضایی، مجموعه آرای منتخب دیوان عدالت اداری، پژوهشگاه قوه قضاییه، بهار ۱۳۹۴، ص ۳۸. قابل دسترسی در دفتر فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی).

قاضی اداره مطرح می‌شود که اداره در مقام اداره (بما هو اداره) مرتکب تخلف از قانون شده باشد. تخلف از قانون یا به صورت فعل مثبت است یا به صورت ترک فعل. در تخلف مثبت، با دشواری چندانی مواجه نیستیم و کافی است شاکی، تصمیم یا رفتار منجر به نقض قانون را در دعوای خود نشان دهد. اما در ترک فعل، با دشواری احراز امر عدمی مواجهیم و به همین دلیل قاضی دیوان عدالت اداری در دعوای الزام شهرداری به انجام وظیفه قانونی‌اش، شاکی را در درجه اول ملزم به مراجعه رسمی به شهرداری و تکمیل پرونده نموده تا در صورتی که شهرداری پس از تکمیل پرونده، به وظیفه قانونی خود عمل نکرد، قابل برخورد از ناحیه دیوان عدالت اداری باشد. به عبارت دیگر، در دعوای الزام که قاضی با ترک فعل اداره مواجه است باید به نوعی، خودداری اداره از انجام وظایف قانونی‌اش احراز شود.

۲. نقد و بررسی

در نگاه اول شاید کار قاضی، در مشروط و مسبوق کردن رسیدگی دیوان به رسیدگی مقدماتی و پاسخ منفی شهرداری، در سکوت قانون، نوعی قاعده‌گذاری توسط قاضی دیوان تلقی شود، اما چنین وضعی حتی اگر نوعی قاعده‌گذاری تلقی گردد با منطق و اقتضائات کنترل قضایی اداره در فرض ترک فعل غیر قانونی اداره (منجر به دعوای الزام) کاملاً سازگاری دارد و گریزی از آن نیست.

با این حال سکوت قانون در این خصوص، قابل نقد به نظر می‌رسد و انتظار می‌رود مقررات مربوط به دیوان عدالت اداری در آینده، از جهت مذکور تکمیل شده و نواقصی از این دست مرتفع گردد. در نظام حقوقی فرانسه، در مواردی که (به ویژه در حوزه شهرسازی و ساخت و ساز) شهروند درخواستی از اداره داشته و منتظر پاسخ اداره می‌ماند، قانون یک فرصت ۲ تا ۴ ماهه برای پاسخ قطعی اداره (اعم از مثبت یا منفی) تعیین نموده است. نکته جالب در این خصوص آن است که در مواردی سکوت و عدم پاسخ صریح اداره، حمل بر پاسخ مثبت و موافقت اداره می‌شود و با انقضای مهلت پیش‌بینی شده قانونی، متقاضی بدون اخذ موافقت صریح اداره، رأساً حق اقدام مورد نظر خود را دارد (بجز در موارد متعارض با حقوق ثالث)

و در مواردی دیگر، سکوت اداره در مهلت مقرر قانونی حمل بر پاسخ منفی اداره می‌شود و متقاضی می‌تواند از باب ترک فعل اداره، دادخواست خود را مبنی بر الزام اداره تقدیم دادگاه بنماید.

با بررسی موارد مقرر قانونی، ملاحظه می‌شود که در مواردی که متقاضی فقط مجوز حقوقی یک اقدام را مطالبه می‌کند و خود توان انجام عملی آن را دارد، سکوت اداره، حمل بر پاسخ مثبت و صدور مجوز می‌شود مثل مجوز ساختمانی. اما در جایی که اقدام عملی در توان انحصاری اداره و خارج از امکان عملی متقاضی است، سکوت اداره حمل بر پاسخ منفی می‌شود و متقاضی چاره‌ای جز طرح دعوای الزام ندارد مثل حالتی که شهروند، متقاضی یک وام است و پرداخت آن باید از ناحیه اداره یا با موافقت آن صورت بگیرد.

رویه و تهافت آراء قضایی در امور مدنی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران

مهدی فتاحی*

بیع

• تهافت آراء در مورد استماع یا عدم استماع دعوای الزام بایع به تسلیم

مبیع غیرمنقول قبل از تنظیم سند رسمی به نام خریدار

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران پیرامون استماع یا عدم استماع دعوای الزام بایع به تسلیم مبیع غیرمنقول قبل از تنظیم سند رسمی به نام خریدار، اختلاف نظر داشته و آراء متعاقبی صادر نموده‌اند. با این توضیح که بیشتر دادگاه‌ها اعتقاد دارند که «دعوای الزام بایع به تسلیم مبیع غیرمنقول در املاک دارای سابقه ثبتی، قبل از تنظیم سند رسمی به نام خریدار قابل استماع نیست. بر این اساس، مشتری نمی‌تواند به استناد مبایعه‌نامه عادی، دعوای تسلیم مبیع غیرمنقول را طرح نماید. در مقابل، آرای وجود دارد که دعوای فوق را قابل استماع دانسته است.

تفصیل دلایل و مبانی استدلالی مذکور در آراء این دادگاه‌ها به شرح زیر است:

۱. عدم استماع دعوای الزام بایع به تسلیم مبیع قبل از تنظیم سند رسمی به نام خریدار؛

الف) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۷۳۷ مورخ ۹۱/۶/۲۷ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای تأیید رأی شماره ۲۵۱ مورخ ۹۱/۴/۷ شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران. با این استدلال که «نظر به اینکه لازمه تحویل مبیع، مالکیت رسمی خواهان {خریدار} می‌باشد و تا کنون سند رسمی آپارتمان مورد خواسته به نام خواهان صادر نشده است لذا دعوای تحویل مبیع نیز قابل استماع نیست.»

ب) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۷۴۸ مورخ ۹۱/۹/۲۶ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در مقام نقض رأی شماره ۹۱۰۰۰۲ مورخ ۹۱/۱۰/۵ شعبه ۲۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران. دادگاه بدوی در دعوای میحث‌عنه، از آنجا که «تحویل مبیع منوط به احراز مالکیت خواهان {خریدار} نسبت به مورد معامله است ولی خواهان مالکیتی نسبت به مورد معامله ندارد» با استناد به مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، به لحاظ فقد دلیل قانونی، حکم بطلان دعوا صادر می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر، رأی فوق را با این استدلال که «عدم ثبت معامله مطابق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، فقد دلیل تلقی نمی‌شود» رأی یادشده را نقض و به علت اینکه «عدم رعایت مفاد مواد مذکور موجب عدم توجه دعوا به کیفیت مطروحه خواهد بود» قرار رد دعوا را صادر می‌کند.

ج) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۸۷۳ مورخ ۹۱/۷/۱۶ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ در مقام نقض رأی شماره ۲۱۲ مورخ ۹۱/۳/۲۸ شعبه ۱۷۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران. دادگاه تجدیدنظر در رأی فوق این‌گونه اظهارنظر می‌نماید: «نظر به اینکه دعوای مطروحه {الزام به تسلیم مبیع غیرمنقول}، فرع بر اثبات مالکیت و تنظیم سند رسمی می‌باشد» و دلیلی در این خصوص ارائه نشده است، قرار عدم استماع دعوا را صادر می‌کند.

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) سال ۹۱، پژوهشگاه قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ص ۱۰۰.
۲. منبع پیشین، ص ۱۰۰.
۳. منبع پیشین، ص ۲۴۷.

* دکتری حقوق خصوصی و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه.

د) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۹۶۹ مورخ ۹۱/۸/۲۱ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در مقام نقض رأی شماره ۹۹۴ مورخ ۸۹/۱۱/۲۷ شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران. دادگاه تجدیدنظر در این رأی (قرار عدم استماع دعوا)، استماع دعوی تحویل مبیع غیرمنقول را موکول به احراز مالکیت رسمی خریدار می‌داند.

ه) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۱۲۲۰ مورخ ۹۱/۱۰/۹ شعبه ۵۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در مقام تأیید رأی شماره ۲۶۹ مورخ ۹۱/۴/۲۸ شعبه ۲۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران. براساس این رأی، صدور حکم مبنی بر تحویل آپارتمان به خریدار به استناد مبیعه‌نامه قابل استماع نبوده و منوط به مالکیت رسمی خواهان {خریدار} است.

و) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۳۶۵ مورخ ۹۱/۱۰/۱۱ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ در مقام نقض رأی شماره ۹۳۱ مورخ ۹۱/۱۲/۲۶ شعبه ۴۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران. نکته قابل تأمل در این رأی، آن است که عدم استماع دعوی پیش گفته، منصرف به موردی می‌گردد که مبیع غیرمنقول، دارای سابق ثبتی باشد. موضوعی که هرچند در آراء سابق‌الذکر نیامده اما مفروض به نظر می‌رسد.

۲. استماع دعوی الزام بایع به تسلیم مبیع قبل از تنظیم سند رسمی به نام خریدار؛ رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۶۹۷ مورخ ۹۱/۱۲/۱۴ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴ در مقام نقض رأی شماره ۶۳۱ مورخ ۹۱/۷/۵ شعبه ۸۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران. در رأی صدرالاشاره با وجود سابقه ثبتی ملک، گفته شده است که «تنظیم سند رسمی از شرایط عقد بیع است و عدم تنظیم سند به نام خریدار مانع از استماع دعوی وی مبنی بر تحویل مبیع نمی‌باشد.»

۱. منبع پیشین، صص ۳۷۶-۳۷۴.

۲. منبع پیشین، ص ۵۴۳.

۳. منبع پیشین، ص ۵۵۶.

۴. منبع پیشین، صص ۷۷۴-۷۷۳.

• **تهافت آراء در مورد استماع یا عدم استماع دعوی تنفیذ معاملات عادی (مبیعه‌نامه یا صلح‌نامه عادی) مربوط به املاک دارای سابقه ثبتی**
رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درخصوص استماع یا عدم استماع دعوی تنفیذ معاملات عادی (مبیعه‌نامه یا صلح‌نامه عادی) مربوط به املاک دارای سابقه ثبتی، متهاافت است. توضیح آنکه غالب دادگاه‌ها دعوی فوق را به دلایلی همچون ترافعی نبودن یا به علت مغایرت با مقررات قانون ثبت اسناد و املاک و ... قابل استماع نمی‌دانند. در مقابل، برخی دادگاه‌ها این دعوا را قابل استماع و پذیرش تلقی می‌نمایند. آرای مربوطه و مبانی استدلالی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران به شرح آتی است:

۱. عدم استماع دعوی تنفیذ معاملات عادی مربوط به املاک دارای سابقه ثبتی (الف) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۷۴۲ مورخ ۹۱/۶/۶ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای تأیید بخشی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۱۶۸۴۰۰۱۰۰ مورخ ۹۱/۲/۲۶ شعبه ۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران. دادگاه بدوی دعوی تنفیذ معامله در ارتباط با پلاک ثبتی ... را قابل استماع ندانسته و به رد آن اظهار عقیده نموده است. استدلال دادگاه بدوی این است که «به نظر می‌رسد آنچه مقصود و هدف خواهان در دعوا بوده رسیدگی به اصالت سند عادی و تنفیذ آن می‌باشد در حالی که رسیدگی دادگاه به اصالت یا جعلیت، هنگامی است که در دعوایی، سند به عنوان دلیل منتسب به طرف مقابل ارائه شده باشد و کسی که سند به وی منتسب شده نسبت به سند عادی ادعای انکار یا تردید یا جعل نموده باشد... خواهان نمی‌تواند {رسیدگی به} اصالت سند عادی (مبیعه‌نامه عادی) را از دادگاه خواستار گردد.» همچنین «از جهت دیگر تنفیذ قانوناً مختص مواردی مانند وصیت‌نامه عادی یا معامله فضولی

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۹۱، پژوهشگاه قوه

قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، صص ۱۰۷-۱۰۶.

می‌باشد و بیع اموال غیرمنقول به شرح مذکور در مواد ۱۲۲ و ۲۴۶ و ۳۴۷ و ۴۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک کشور صرفاً از طریق ثبت اسناد رسمی قانونی و معتبر است.» دادگاه تجدیدنظر با استدلالی دیگر مبادرت به صدور تأیید قرار رد دعوا می‌نماید. «ولاً مطابق با قواعد فقهی لزوم و صحت، اصل بر اصالت قراردادهای تنظیمی فی‌مابین اشخاص می‌باشد و متعاملین مکلف هستند تعهداتی را، که به تبعیت از اصل آزادی اراده قبول نموده‌اند، تحمل و تقبل نمایند ... و ذی‌نفع سند مزبور صرفاً می‌تواند با مراجعه به حاکم، الزام متعهد آن را به ایفای تعهدات قراردادی درخواست نماید. ثانیاً دعوی تنفیذ تراغی محسوب نمی‌گردد که قابلیت استماع و پذیرش را داشته باشد.»

ب) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۷۷۹ مورخ ۹۱/۷/۲۵ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۵ در راستای تأیید دادنامه شماره ۱۲۶ مورخ ۹۱/۲/۱۷ شعبه ۴۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران. استدلال دادگاه تجدیدنظر

۱. ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور: همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.

۲. ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک کشور: ثبت اسناد، اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱ - کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲ - کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

۳. ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک کشور: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱ - کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.

۲ - صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

۴. ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک کشور: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

۵. منبع پیشین، ص ۲۶۲.

آن است که «دعوی تنفیذ غیرترافعی بوده و قانون، مرجع دیگری را جهت تنفیذ قراردادها و مباحثه‌نامه‌ها تحت شرایط خاصی قرار داده است.»
ج) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۱۲۳۴ مورخ ۹۱/۱۰/۲۵ صادره از شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای تأیید دادنامه شماره ۱۴۹ مورخ ۹۱/۲/۳۱ شعبه ۲۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران. به موجب رأی دادگاه تجدیدنظر، «دعوی تأیید بیع به تنهایی قابلیت استماع ندارد و باید به همراه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی طرح شود.»

د) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۹۶۹ مورخ ۹۱/۸/۲۱ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای تأیید دادنامه شماره ۹۹۴ مورخ ۹۱/۱۱/۲۷ شعبه ۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران. رأی دادگاه بدوی (قرار رد دعوا به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۳)، متضمن این استدلال که «اصل بر صحت و نفوذ عقود و قراردادهای منعقد فی‌مابین طرفین (به حکم مواد ۱۰^۴ و ۲۲۳^۵ قانون مدنی) است و با فرض نفوذ، صدور حکم بر تنفیذ چنین بیعی تحصیل حاصل خواهد بود» مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر قرار گرفته است.

ه) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۱۲۶۶ مورخ ۹۱/۱۰/۴ صادره از شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۶ در راستای تأیید دادنامه شماره ۶۷۴ مورخ

۱. منبع پیشین، صص ۳۷۶ - ۳۷۴.

۲. منبع پیشین، ص ۵۴۷.

۳. ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند.

۴. ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

۵. ماده ۲۲۳ قانون مدنی: هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود.

۶. منبع پیشین، ص ۵۷۷.

۹۱/۷/۳۰ شعبه ۸۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران. رأی دادگاه بدوی (قرار رد دعوا به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی)، متضمن این استدلال که «محاكم دادگستری، مرجع رسیدگی به امور ترافعی می‌باشند و تأیید و تنفیذ قراردادهای فی‌مابین افراد، جزء امور ترافعی نبوده و محاکم، تکلیفی در قبال طرفین مبنی بر تأیید و تنفیذ آنها ندارند.» در دادگاه تجدیدنظر ابرام شده است.

و) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۱۷۰۱۶۹۱ مورخ ۹۱/۱۱/۲۴ صادره از شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای نقض دادنامه شماره ۱۷ مورخ ۹۱/۱/۵ شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی دماوند. دادگاه تجدیدنظر در مقام نقض دادنامه دادگاه بدوی که به موجب آن، حکم به تنفیذ مبیعه‌نامه عادی صادر شده، بیان می‌دارد که «درخواست تنفیذ اسناد عادی در موارد خاص همچون وصیت‌نامه از سوی قانون‌گذار پذیرفته شده» اما درخصوص تنفیذ مبیعه‌نامه عادی، «به موجب هیچ یک از نصوص قانونی قابل استماع و رسیدگی اعلام نشده و در مورد اسناد عادی، با توجه به اصل صحت و اعتبار این گونه اسناد به حکم ماده ۱۰ قانون مدنی، استنادکننده و ذی‌نفع آن بی‌نیاز از طرح دعوای مزبور» است. بنابراین دادگاه تجدیدنظر قرا عدم استماع دعوا را صادر می‌نماید.

ز) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۳۷۰۱۵۰۵ مورخ ۹۱/۱۲/۲۲ صادره از شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای نقض دادنامه شماره ۲۰۹۰ مورخ ۹۱/۹/۱۲ شعبه ۱۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران. به موجب رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (قرار عدم استماع دعوا) «موضوع دعوا {تأیید مبیعه‌نامه} از امور ترافعی نبوده تا دادگاه، تکلیفی برای رسیدگی به آن داشته باشد مگر آنکه در حین رسیدگی به دعوای اصلی (الزام به تنظیم سند رسمی) نسبت به سند ابرازی ایراد انکار یا تردید و یا جعل

شود که دادگاه با بررسی مدرک، نسبت به اصالت یا عدم اصالت آن اظهارنظر کرده و سپس در ماهیت دعوا اتخاذ تصمیم می‌نماید.»

ح) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۱۰۰۳ مورخ ۹۱/۹/۲۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای نقض دادنامه شماره ۴۹۵ مورخ ۹۱/۵/۱۷ شعبه ۱۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران. به موجب رأی دادگاه تجدیدنظر، «خواسته خواهان {تنفیذ معامله و احراز مالکیت} از موارد ادعایی ترافعی نبوده و چنین خواسته‌ای مسموع نبوده و نیز در صورت وقوع عقد بیع از طریق سند عادی، نیازی به تنفیذ و اثبات مالکیت ندارد.»

ط) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۱۴۹۶ مورخ ۹۱/۱۱/۱۵ صادره از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای نقض دادنامه شماره ۲۰۰۴۶۸ مورخ ۹۱/۶/۲۹ شعبه ۲۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران. دادگاه تجدیدنظر با دو استدلال زیر، رأی دادگاه بدوی را که متضمن صدور حکم بر تنفیذ صلح‌نامه عادی است نقض می‌نماید: (۱) «خواهان اولیه با طرح چنین دعوایی {تنفیذ صلح‌نامه عادی}، در پی اعلام دادگاه مبنی بر صحت قرارداد منعقد می‌باشد که بنا بر ماده ۲۲۳ قانون مدنی، اصل بر صحت قراردادها بوده مگر خلاف آن ثابت شود... و اگر خواسته خواهان، منطبق با اصل باشد درواقع مدعی قلمداد نمی‌شود تا بتواند چنین دعوایی را طرح و دعوای وی قابل استماع باشد زیرا "المدعی من یدعی خلاف الاصل"».

(۲) «به موجب ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر رسمی موجود باشد، ثبت صلح‌نامه اجباری است و به تصریح ماده ۴۸ همان قانون، سندی که مطابق ماده مزبور (در مال منقول یا غیرمنقول)، تنظیم شود بدون اینکه به ثبت برسد در هیچ یک از محاکم و ادارات قابل پذیرش نخواهد بود و درواقع خواهان اولیه با طرح چنین

۱. منبع پیشین، ص ۴۵۹-۴۵۸.

۲. منبع پیشین، ص ۶۹۰-۶۸۹.

۱. منبع پیشین، ص ۶۷۴.

۲. منبع پیشین، ص ۷۷۷.

ادعایی، قصد دارد به جای سند مالکیت، حکم دادگاه را در اموال غیرمنقول یا منقول ارائه نماید که ... امکان طرح چنین دعوایی وجود ندارد.»

۲. استماع و رسیدگی به دعوای تنفیذ معاملات عادی مربوط به املاک دارای سابقه ثبتی

رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۹۲۸ مورخ ۹۱/۷/۱۵ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای تأیید دادنامه شماره ۱۰۶/۹۱ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دادگاه بدوی، دعوای تنفیذ صلحنامه عادی دو باب مغازه را قابل استماع دانسته و پس از احراز اصالت سند توسط کارشناسان رسمی دادگستری متعاقب ادعای جعل خوانده، حکم بر تنفیذ صلحنامه عادی صادر نموده است که به تأیید دادگاه تجدیدنظر رسیده است.

• تهافت آراء در مورد خسارت‌های ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن مبیع

ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیان می‌نماید که بیع فاسد اثری در تملک ندارد. ماده ۳۶۶ همین قانون در ادامه می‌گوید هرگاه کسی به بیع فاسدمالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود. دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درباره دلالت مواد فوق، اختلاف نظر داشته و آراء متهافتی صادر نموده‌اند. توضیح آنکه برخی دادگاه‌ها اعتقاد دارند «قلمرو ضمان درک بایع صرفاً شامل استرداد ثمن و پرداخت مخارج متحمل شده توسط مشتری است و بر این اساس خریدار نمی‌تواند قیمت روز مبیع را به عنوان خسارت مطالبه کند». از سوی دیگر، برخی دادگاه‌ها بر این باورند که در فرض فوق، بایع ملکف به پرداخت تفاوت قیمت روز مبیع است.

توضیح این نکته ضروری است که دیوان‌عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ نسبت به موضوع فوق اعلام نظر نموده که البته به نظر

۱. منبع پیشین، ص ۲۶۱.

می‌رسد که رافع اختلاف نخواهد بود و در این باره برداشت دادگاه‌ها از رأی فوق راهگشا است.^۱

در ادامه آراء مربوطه و ادله آنها ذکر می‌شود؛

۱. دیدگاه نخست؛ عدم دلالت غرامت بر قیمت روز مبیع: این دیدگاه در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۷۵۸ مورخ ۹۱/۶/۲۵ شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲، که در مقام ابرام رأی شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر شده، و نیز رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۳۴۹ مورخ ۹۱/۱۰/۲۷ صادر شده از شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳، که به موجب آن رأی شعبه ۱۸۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران نقض شده است، انعکاس و تبلور یافته است. به موجب رأی شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر که در راستای تنفیذ استدلال دادگاه بدوی صادر شده است، «در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع، خریدار صرفاً حق استرداد ثمن و دریافت غرامت را دارد و نمی‌تواند قیمت روز مبیع را مطالبه کند.» شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر نیز بر این باور است که «خسارت‌های ناشی از مستحق‌الغیر در آمدن مبیع

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور:

به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌الغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است. بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان‌عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور

۲. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) سال ۹۱، پژوهشگاه قوه

قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ص ۱۰۴-۱۰۳.

۳. منبع پیشین، ص ۵۵۰ - ۵۴۸.

شامل افزایش قیمت مورد معامله پس از عقد نبوده بلکه صرفاً مشتمل است بر مخارج و خسارت‌هایی که مشتری در معامله متحمل شده است نظیر مخارج دلالی، تنظیم سند رسمی و امثال آن.»

۲. دیدگاه دوم؛ دلالت غرامت بر قیمت روز مبیع؛ در مقابل، الف) شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شرح رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۷۷ مورخ ۹۱/۴/۸^۱ که طی آن رأی شعبه ۲۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران تأیید شده متضمن آن است که در صورت بطلان بیع به علت تعلق آن به دیگری، قیمت روز مبیع که به موجب نظریه کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌شود به عنوان خسارت ناشی از ضمان درک به خریدار پرداخت می‌گردد. ب) همچنین شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۰۷۱ مورخ ۹۱/۸/۲۷^۲ ضمن نقض رأی شماره ۱۲۵ مورخ ۹۱/۳/۱ شعبه ۲۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران اظهار می‌دارد که در صورت اثبات مستحق‌الغیر درآمدن مبیع به موجب رأی قطعی دادگاه کیفری، مشتری می‌تواند «میزان مابه‌التفاوت قیمت آپارتمان موصوف در زمان وقوع معامله با قیمت آن در زمان کارشناسی» را مطالبه نماید.

۳. شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۳۹۹ مورخ ۹۱/۱۰/۲۷^۳ اعلام نموده است که در صورتی که در ضمن عقد بیع، شرط شود که در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، قیمت روز مبیع به عنوان خسارت پرداخت شود، این شرط براساس ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و لازم‌الاتباع است. (مجموعه فاقد رأی بدوی است.)

۴. شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۳۱ مورخ ۹۱/۱۰/۳۰^۴، رأی شماره ۵۴۷ مورخ

۹۱/۸/۲۴ شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران را با این استدلال نقض نموده که در دعوای مطالبه غرامت ناشی از مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، خواهان باید مصادیق خسارات و غرامات را مشخص نماید و الا دعوا قابل استماع نیست.

• تهافت آراء در مورد دعوای الزام به تنظیم سند رسمی درمورد ملک توقیف شده (بازداشت شده)

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درخصوص موضوع فوق، آراء متعدد و متفاوتی صادر نموده‌اند. این دادگاه‌ها دعوای الزام به تنظیم سند رسمی (بیع، اجاره و ...) درمورد ملک توقیف شده (بازداشت شده) را تا زمانی که رفع بازداشت صورت نگیرد قابل استماع نمی‌دانند. البته در اینکه آیا ذی‌نفع می‌تواند دعوای الزام متعهد به رفع بازداشت را طرح نماید یا باید دعوای اعتراض ثالث تقدیم کند نیز اختلاف نظر وجود دارد. همچنین تعیین خواندگان دعوای فوق نیز از مباحث مناقشه برانگیز به شمار می‌رود.

تفصیل مآجرا به شرح زیر است:

۱. عدم استماع دعوای تنظیم سند رسمی نسبت به ملک در بازداشت: به موجب آراء شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۸۳۹ مورخ ۹۱/۶/۲۶ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای تأیید رأی شماره ۱۲۴ مورخ ۹۱/۲/۲۵ شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران و شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۸۸۱ مورخ ۹۱/۷/۸ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در مقام ابرام رأی شماره ۹۴/۹۱ شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران، نسبت به ملک توقیف شده و در بازداشت، امکان نقل و انتقال و تنظیم سند رسمی وجود ندارد. استدلال مندرج در رأی اخیر مستند به ماده ۵۶

۱. منبع پیشین، ص ۴۵۳-۴۵۲.

۲. منبع پیشین، ص ۳۹۲ - ۳۹۱.

۳. منبع پیشین، ص ۵۵۰.

۴. منبع پیشین، ص ۵۴۸ - ۵۴۷.

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۹۱، پژوهشگاه قوه

قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ص ۱۱۰ - ۱۰۹.

۲. منبع پیشین، ص ۲۳۷ - ۲۳۶.

قانون اجرای احکام مدنی^۱ شده است. این دیدگاه مورد پذیرش شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۳۴۰ مورخ ۹۱/۱۱/۱۵^۲ که در مقام ابرام رأی شماره ۱۲۱۴ مورخ ۹۰/۱۰/۲۷ شعبه ۴۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر شده، قرا گرفته است.

در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۷۷۵ مورخ ۹۱/۷/۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ در مقام نقض رأی شماره ۲۶۵ مورخ ۹۱/۳/۳۱ صادره از شعبه ۱۹۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، آمده است که در صورت بازداشت ملک توسط ثالث، با توجه به اینکه بازداشت ملک مشتمل بر تمام اجزاء ملک اعم از عرصه و اعیان و منافع است. بنابراین تا قبل از بازداشت دعوای الزام به تنظیم سند رسمی، اجاره و انتقال سرقتی قابل استماع نیست.

۲. استماع دعوای الزام متعهد به رفع بازداشت از ملک و خواندگان این دعوا: به موجب رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۰۵۷۵ مورخ ۹۱/۶/۱۲ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴ در مقام تأیید رأی شماره ۹۰۰۹۳۲ مورخ ۹۰/۱۰/۱۷ شعبه ۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دعوای الزام متعهد به رفع بازداشت از ملک به شرط آنکه خواهان، علاوه بر متعهد، بازداشت کنندگان را نیز طرف دعوا قرار دهد، قابل استماع است. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز، طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۱۳۱۵ مورخ ۹۱/۱۰/۱۹^۵ در مقام تأیید رأی شماره ۵۵۰ مورخ ۹۱/۸/۱۶ شعبه ۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران اظهار می‌دارد که در دعوای الزام به رفع بازداشت ملک، باید ذی‌نفع نیز طرف دعوا قرار گیرد. لازم به توضیح است که در رأی بدوی آمده است که دعوای رفع بازداشت قابل استماع نیست و باید دعوای اعتراض

ثالث اجرایی طرح شود. استدلالی که نفیاً یا اثباتاً، در رأی دادگاه تجدیدنظر به آن توجه نشده است. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۶۲ مورخ ۹۱/۱۱/۱۴^۱ ضمن نقض رأی شماره ۸۱۰ مورخ ۹۱/۹/۲۹ شعبه ۱۸۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، بیان می‌دارد در دعوای الزام به رفع بازداشت، نیازی نیست که مراجع بازداشت‌کننده ملک نیز طرف دعوا قرار گیرند.

• رویه قضایی در مورد شیوه طرح دعاوی مربوط به فسخ معاملات

رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درخصوص شیوه طرح دعاوی مربوط فسخ معاملات به این شرح است که این دادگاه‌ها، هنگامی دعوای تنفیذ فسخ معاملات را استماع نموده و مورد رسیدگی قرار می‌دهند که صاحب حق فسخ، قبل از اقامه دعوای تنفیذ (یا تأیید یا اعلام) فسخ، اراده انشایی خویش مبنی بر فسخ معامله را اعلام نموده باشد. همچنین دعوای صدور حکم بر فسخ قرارداد، قابل استماع نیست، زیرا فسخ قرارداد در شمار ایقاعات و از حقوق ذوالفسخ و تابع اراده انشایی اوست و دادگاه نمی‌تواند رأساً نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. به عبارت دیگر فسخ قرارداد از جمله اقدامات و اعمال قضایی نیست که دادگاه بتواند بدون توجه به اراده صاحب اختیار، قرارداد را منحل نماید.

در این باره آراء زیر قابل ذکر است:

الف) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۱۴۰ مورخ ۹۱/۱۰/۱۰ صادره از شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای تأیید دادنامه شماره ۹۱۰۶۲۴ مورخ ۹۱/۸/۲ شعبه ۱۹۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۱. هر گونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است.

۲. منبع پیشین، ص ۶۶۷ - ۶۶۶.

۳. منبع پیشین، ص ۲۳۸ - ۲۳۷.

۴. منبع پیشین، ص ۱۰۹ - ۱۰۸.

۵. منبع پیشین، ص ۵۵۱.

۱. منبع پیشین، ص ۵۵۲ - ۵۵۱.

۲. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) سال ۹۱، پژوهشگاه قوه

قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ص ۵۴۴ - ۵۴۳.

ب) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۳۶۰ مورخ ۹۱/۱۰/۲۵ صادره از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در مقام نقض دادنامه شماره ۹۱۰۰۶۴۷ مورخ ۹۱/۸/۱۶ شعبه ۲۸۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

ج) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۲۴۴ مورخ ۹۱/۱۰/۱۲ صادره از شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای تأیید دادنامه شماره ۳۹۲ مورخ ۹۱/۴/۲۴ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

د) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۱۷۳۰ مورخ ۹۱/۱۲/۷ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ در مقام نقض دادنامه شماره ۵۹۲ مورخ ۹۱/۷/۱۱ شعبه ۱۹۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

ه) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۱۵۲۴ مورخ ۹۱/۱۲/۲۶ صادره از شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴ در مقام نقض دادنامه شماره ۳۲۲ و ۳۲۱ مورخ ۹۰/۴/۲۲ شعبه ۱۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

و) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۷۲۹ مورخ ۹۱/۷/۱۵ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۵ در راستای تأیید دادنامه شماره ۱۲۴۱ مورخ ۹۰/۱۱/۱۲ شعبه ۴۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

ز) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۰۱۵ مورخ ۹۱/۸/۲۸ صادره از شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۶ در راستای تأیید دادنامه شماره ۱۹۶ مورخ ۹۱/۲/۱۷ شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

ح) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۹۰۰۹۷۸ مورخ ۹۱/۸/۲۴ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ در راستای نقض دادنامه شماره ۱۷۶/۹۱ شعبه ۱۶۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۱. منبع پیشین، ص ۵۲۴.

۲. منبع پیشین، ص ۵۵۸.

۳. منبع پیشین، ص ۷۹۰ - ۷۸۹.

۴. منبع پیشین، ص ۷۹۲ - ۷۹۱.

۵. منبع پیشین، ص ۲۵۲.

۶. منبع پیشین، ص ۳۸۸ - ۳۸۷.

ط) رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۱۳۴۷ مورخ ۹۱/۹/۲۸ صادره از شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ در راستای تأیید دادنامه شماره ۸۴۴ مورخ ۸۹/۹/۲۷ شعبه ۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۱. منبع پیشین، ص ۳۸۸.

۲. منبع پیشین، ص ۴۶۴ - ۴۶۳.

رویه و تهافت آراء قضایی در امور کیفری

شعب دیوان عالی کشور

شادی عظیم زاده *

۱. اعاده دادرسی

• تهافت آرای دیوان عالی کشور در تشخیص «اقرار شاکی بعد از قطعیت حکم»

به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی

شعب دیوان عالی کشور در مورد تشخیص اقرار شاکی بعد از قطعیت حکم، مبنی بر انصراف از شکایت و یا تغییر عنوان اتهامی به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی، اختلاف نظر داشته‌اند؛ در حالی که برخی شعب بر این نظراند که: اقرار بعدی شاکی پس از قطعی شدن حکم مبنی بر اینکه؛ «شاکی در طرح شکایت از متهمین دچار اشتباه شده است»، از موجبات تجویز اعاده دادرسی می‌باشد، شعبی دیگر انصراف شاکی از اظهارات قبلی خود در اقرارنامه تنظیمی بعد از حکم قطعی را به عنوان دلیل جدید دال بر تجویز اعاده دادرسی نپذیرفته‌اند. تفصیل دلایل و مبانی استدلالی مذکور در آراء این محاکم به شرح ذیل است:

الف) رأی شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور، به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۱۰۰۹۹۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱، در تأیید نظر اول؛ اقرار

بعدی شاکی به سوء برداشت از عمل مرتکبان، موجب زوال عنوان آدم‌ربایی و از جهات تجویز اعاده دادرسی است.^۱

*. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، استادیار دانشگاه آزاد اسلامی.

azimzadehshadi@gmail.com

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - دی ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۵۱ و ۵۲.

ب) رأی شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور، به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۸۷۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۳، در تأیید نظر دوم؛ صرف انصراف شاکی از اظهارات قبلی خود، موجبی برای قبول درخواست اعاده دادرسی نمی‌باشد، لذا اقرارنامه شاکی دلیل جدید دال بر بی‌گناهی محکوم علیه تلقی نمی‌شود.^۱

۲. دادستان

• تهافت آرای دیوان عالی کشور در لزوم حضور دادستان یا نماینده وی در

جلسه رسیدگی

شعب دیوان عالی کشور درخصوص لزوم حضور دادستان یا نماینده وی در جلسه رسیدگی اختلاف نظر دارند و در حالی که غالب شعب دیوان بر این نظراند که تشکیل جلسه دادگاه بدون شرکت و حضور دادستان یا نماینده وی برخلاف قانون بوده و از موجبات نقض رأی محسوب می‌شود، آرای ملاحظه می‌گردند با این مضمون که عدم حضور دادستان یا نماینده وی در جلسات دادگاه، در حدی نیست که به اساس رأی خدشه وارد کند. تفصیل دلایل و مبانی استدلالی مذکور در آراء این محاکم به شرح ذیل است:

الف) رأی شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور، به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۶۹۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۲، در تأیید نظر اول؛ تشکیل

جلسه دادگاه بدون شرکت دادستان و یا نماینده وی، برخلاف قانون و اصول دادرسی است^۲ و آرای شعب ۳۳ و ۷ دیوان عالی کشور به ترتیب در دادنامه‌های شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۶۴۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۰ و ۱۳۹۱/۱۰/۳ و

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - اسفند ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۳۹.

۲. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - دی ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۶۸-۶۶.

۳. همان، صص ۷۰-۶۸.

۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۷۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۹^۱ نیز واجد همین محتوا هستند.

ب) رأی شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور، به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۷۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۷ در تأیید نظر دوم: گرچه حضور دادستان یا نماینده وی در جلسات دادگاه ضرورت قانونی دارد ولی چنانچه دادستان یا نماینده وی در این جلسات شرکت نکنند این نقص در حدی نیست که براساس رأی خدشه وارد کند.^۲

۳. اختلاف در صلاحیت

• رویه شعب دیوان عالی کشور در خصوص تعیین مرجع قضایی صالح در رسیدگی به جرم کلاهبرداری رایانه‌ای

در مواردی که کلاهبرداری با استفاده از سیستم‌های رایانه‌ای و اصطلاحاً کارت به کارت کردن مبلغ مورد نظر کلاهبردار از طریق خودپردازها و مانند آنها صورت گرفته است، غالباً شعب دیوان عالی کشور محل خروج مال از ید شاکی را (که حساب بانکی شاکی در آن حوزه قضایی واقع بوده است) به عنوان محل وقوع جرم فرض نموده و دادگاه واقع در آن محل را صالح به رسیدگی تشخیص داده‌اند. به طور مثال، شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۶۰۰۴۳۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹^۳ و شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۸۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷^۴، چنین رویه‌ای داشته‌اند. و همچنین آرای شعب ۳۲ و ۲۹ دیوان عالی کشور به ترتیب در آرای

شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۰۵۰۰۸۶۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۲ و ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۳۰۰۸۰۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴^۱ که واجد همین محتوا بوده‌اند.

• رویه شعب دیوان عالی کشور در خصوص تعیین مرجع قضایی صالح در رسیدگی به جرم مزاحمت تلفنی با ارسال پیامک

در مواردی که مزاحمت تلفنی از طریق ارسال پیامک واقع شده است؛ غالباً شعب دیوان عالی کشور، دادگاه واقع در حوزه قضایی‌ای را که پیامک توسط شاکی دریافت شده است به عنوان مرجع قضایی صالح تعیین نموده‌اند، نه دادگاه محل مربوط به ارسال پیامک را. به طور مثال، شعبه ۱۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۷۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۱^۲ و شعبه ۶ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۸۰۰۸۷۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۵^۳.

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - اسفند ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۶۰-۵۸.

۲. همان، ص ۶۱.

۳. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - دی ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، ص ۲۸.

۴. همان، ص ۳۱.

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - اسفند ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۲۰ و ۲۲.

۲. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - بهمن ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، ص ۳۱.

۳. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (کیفری - اسفند ماه سال ۱۳۹۱)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، صص ۹ و ۱۰.

تهافت آراء قضایی در امور اداری (شعب دیوان عدالت اداری)

ثریا فاطمی*

• صدور دستور موقت مبنی بر تخلیه خانه سازمانی

به موجب ماده ۳ قانون نحوه استفاده از خانه‌های سازمانی مصوب ۱۳۴۶ در صورتی که استفاده کننده از خانه‌های سازمانی، ظرف مهلت مقرر، خانه را تخلیه نکند حقوق و مزایای وی تا روز تخلیه به نفع دولت برداشت خواهد شد و علاوه بر آن سازمان مربوط می‌تواند به استناد ماده ۱۵ آیین‌نامه شرایط استفاده از خانه‌های سازمانی مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۱۹ هیأت وزیران، نسبت به تخلیه منزل از طریق مراجع قضایی و یا انتظامی اقدام نماید.

در غالب موارد به دنبال اقدام سازمان متبوع به الزام مستخدم به تخلیه خانه سازمانی، مستخدم استفاده کننده از خانه سازمانی نیز اقدام به طرح شکایت در دیوان و درخواست صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از تخلیه می‌نماید. بررسی اجمالی آرای صادره از سوی شعب دیوان عدالت اداری درخصوص صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از تخلیه خانه سازمانی بیانگر آن است که در میان شعب دیوان، رویه مستقر و واحدی درخصوص موضوع مذکور وجود ندارد در حالی که غالب شعب دیوان، جلوگیری از تخلیه خانه سازمانی را حائز شرایط صدور دستور موقت تشخیص داده‌اند. برخی دیگر از شعب درخصوص خواسته مشابه، اقدام به رد درخواست صدور دستور موقت می‌نمایند. لازم به ذکر است

*. دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، استادیار دانشگاه آزاد اسلامی.

azimzadehshadi@gmail.com

استدلال شعب اخیرالذکر نیز در صدور قرار رد درخواست دستور موقت، یکسان نیست در حالی که تعدادی از شعب دیوان، تخلیه خانه سازمانی را موجب ورود خسارت تشخیص نداده و قرار رد درخواست صادر نموده‌اند. برخی دیگر از شعب بر این نظراند که اساساً صدور دستور موقت مبنی بر عدم تخلیه خانه سازمانی، در حیطه تکالیف و اختیارات دادستان شهرستان محل وقوع ملک می‌باشد.

برخی آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری درخصوص درخواست صدور دستور موقت مبنی تخلیه خانه سازمانی به شرح ذیل می‌باشد:

الف) در تأیید استدلال اول: رأی شعبه بیست و نهم دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۱۹۵۵ مورخ ۹۱/۹/۱۸^۱ رأی شعبه دیگر دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۹۱۹۹۷۰۹۰۰۸۰۲۱۱۴ مورخ ۹۱/۱/۱۸^۲، رأی شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۶۰۲۸۴۳ مورخ ۹۱/۱۲/۶^۳ و ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۶۸۴ صادره در تیر ماه ۱۳۹۲^۴: تخلیه خانه سازمانی موجب ورود خسارت به شاکی می‌گردد، به نحوی که جبران آن در آتیه متعسر خواهد بود.

ب) در تأیید استدلال دوم: رأی شعبه اول دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۰۶ مورخ ۹۲/۲/۱۴ و ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۱۱۴ صادره در تیرماه ۱۳۹۲^۵، رأی شعبه هشتم دیوان عدالت اداری به موجب

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری (سال ۹۱)، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز

مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، ص ۱۷۳.

۲. همان، ص ۳۷۲.

۳. همان، ص ۴۹۹.

۴. پیوست یک.

۵. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری (فروردین و اردیبهشت ۹۲)، پژوهشگاه قوه

قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۹۳، ص ۵۷.

۶. پیوست دو.

پیوست‌ها

پیوست یک - متن دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۶۸۴

با بررسی مفاد دادخواست شاکی و ضامائم آن نظر به اینکه دلائل ارائه شده در حدی که مثبت ایجاد ورود خسارت در صورت اجرای تصمیم یا اقدام معترض عنه بنحوی که جبران آن در آتیه متعسر باشد بوده و فوریت و ضرورت صدور دستور موقت نیز احراز می گردد، علی هذا موضوع منطبق بر ماده ۱۵ قانون دیوان عدالت اداری تشخیص گردیده و به همین جهت قرار قبول درخواست دستور موقت مطروحه در این خصوص صادر و اعلام می گردد.

پیوست دو - متن دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۰۶

درخصوص شکایت شاکی مبنی بر صدور دستور موقت مبنی بر عدم تخلیه خانه سازمانی با بررسی مفاد دادخواست شاکی و ضامائم آن، چون دلائل ارائه شده در حدی که مثبت ایجاد ورود خسارت در صورت اجرای تصمیم یا اقدام معترض عنه به نحوی که جبران آن در آتیه متعسر باشد نبوده و فوریت و ضرورت صدور دستور موقت احراز نمی گردد، علی هذا موضوع منطبق بر ماده ۱۵ قانون جدید دیوان عدالت اداری و دیگر مقررات آن تشخیص نگردیده و به همین جهت قرار رد درخواست مطروحه در این خصوص صادر و اعلام می شود. بدیهی است نسبت به اصل خواسته رسیدگی و مبادرت به صدور رأی مقتضی خواهد گردید.

پیوست سه - متن دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۸۷۷

با بررسی مفاد دادخواست خانم (ص.م.) و مستندات و ضامائم آن چون دلائل ارائه شده در حدی که مثبت ایجاد ورود خسارت در صورت اجرای دستور تخلیه منزل به نحوی که جبران آن در آتیه متعسر باشد نبوده و فوریت و ضرورت آن احراز نمی گردد، علی هذا موضوع منطبق با تبصره الحاقی به ماده ۱۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ تشخیص نگردیده و به همین جهت قرار رد درخواست مطروحه صادر و اعلام می گردد.

دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۸۷۷ صادره در مرداد ماه ۱۳۹۲: دلائل دلائل ارائه شده در حدی که مثبت ایجاد خسارت در صورت اجرای دستور تخلیه منزل به نحوی که جبران آن در آتیه متعسر باشد نبوده و فوریت و ضرورت آن احراز نمی گردد.

ج) در تأیید استدلال سوم: آرای شعبه هفتم دیوان عدالت اداری به شماره های ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۳۴۳ و ۹۱ و ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۱۵۰۶ صادره در آبان ۹۱ و مورخ ۳۹۲/۲/۱۴: تخلیه خانه های سازمانی وظیفه دادستان محل وقوع ملک بوده و صدور دستور موقت نسبت به اختیارات وی که از مقامات قضایی است، قانونی نمی باشد.

۱. پیوست سه.

۲. همان، ص ۱۰۵.

۳. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری (فروردین و اردیبهشت ۹۲)، پیشین، ص ۵۸.

گزارش نشست نقد رأی:

اثر خط زدن حواله کرد بر روی چک

تنظیم: حمیدرضا نجفی*

نوزدهمین جلسه نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران با موضوع «اثر خط زدن حواله کرد بر روی چک» با حضور جمعی از قضات محترم دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران و آقای دکتر کاویانی، عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، در تاریخ یکم اردیبهشت ماه ۱۳۹۴ در سالن ولایت دادگستری استان تهران برگزار گردید.

رأی مورد بحث

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۶۶۰

تاریخ رسیدگی: ۹۲/۵/۱۳

مرجع رسیدگی کننده: شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای ب. ن به وکالت از طرف آقای س. ر به طرفیت آقای م. ن نسبت به دادنامه شماره ۹۲۰۱۴۳ - ۹۲/۳/۷ صادره از سوی شعبه محترم ۸۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن درخصوص دعوی تجدیدنظرخواه به طرفیت تجدیدنظرخوانده

* کارشناس دفتر ارتباطات و همکاری‌های علمی پژوهشگاه قوه قضاییه.

HamidZeini@gmail.com

به خواسته مطالبه وجه یک فقره چک به مبلغ ۱۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال قرار رد دعوی به لحاظ انتقال چک از طریق ظهرنویس به تجدیدنظرخواه با وصف عدم امکان انتقال آن از ناحیه دارنده ماقبل وی به علت خط خوردن کلمه حواله کرد در متن چک صادر شده است و دادگاه با عنایت به مستفاد از مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ و خاصه ماده ۳۱۲ قانون تجارت چون اداره صادر کننده چک در تعیین ذی نفع چک مورد احترام و توجه قانون گذار قرار گرفته و خط زدن کلمه حواله کرد در متن چک این حق را از ذی نفع آن سلب می کند که ظهرنویسی آن را به دیگری منتقل می کند تجدیدنظرخواهی را با هیچ یک از جهات منعکس در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی منطبق ندیده مستنداً به ماده ۳۵۳ همان قانون ضمن رد تجدیدنظرخواهی قرار تجدیدنظرخواسته را تأیید می کند.

رئیس شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

حمیدرضا قمری - علی حاجی حسنی

در ابتدای جلسه، آقای اهورکی پس از طرح موضوع به بیان دو نظریه موجود در این زمینه پرداختند.

۱. خط زدن حواله کرد تأثیری در انتقال و گردش چک ندارد، زیرا چک یک سند تجاری است (اشخاص نمی توانند با اراده خودشان گردش سند تجاری آن را متوقف کنند).

۲. اراده طرفین می تواند دخالت کند. زمانی که صادرکننده، حواله کرد را خط زد، شخصیت طرف گیرنده چک مد نظرش بوده و فقط همان شخص می تواند آن چک را وصول کند.

بانک مرکزی به استناد بخشنامه مورخ ۱۳۸۹/۵/۳۱ نظر اول را تأیید می کند: براساس «ماده ۳۱۲ قانون تجارت» و «ماده ۲ قانون صدور چک»، چک به صرف ظهرنویسی انتقال می یابد، لذا درج مهر غیرقابل انتقال، فاقد اعتبار بوده و نیز درج آن توسط برخی از بانک‌ها بر روی اوراق چک، فاقد جنبه قانونی و مقرراتی می باشد.

اداره حقوقی به استناد نظریه شماره ۷/۶۷۵۹ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۲، نظر دوم را تأیید می کند: نظر به این که صادرکننده چک با قلم زدن کلمه «حواله کرد» در

متن چک، حق پشت‌نویسی را از کسی که چک در و جهش صادر شده، سلب کرده و دریافت‌کننده هم با پذیرش چک به این نحو با این امر موافقت کرده [...] بنابراین دارنده فعلی چک [...] حق مراجعه به بانک را برای دریافت وجه چک و نیز حق اقامه دعوی کیفری نخواهد داشت.

آقای قمری، قاضی شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر:

ماده ۳۱۲ قانون تجارت می‌گوید: چک ممکن است در وجه حامل یا شخص معین یا به حواله‌کرد باشد. ممکن است به صرف امضا در ظهر، به دیگری منتقل شود. در این ماده، ۳ نکته قید شده است: ۱- در وجه حامل ۲- در وجه شخص معین ۳- حواله‌کرد. قید کلمه «حواله‌کرد» بیهوده نیست و قانون‌گذار قطعاً از آوردن آن، قصدی داشته و طبق نظر اداره حقوقی، «شخصیت» طرف برایش مهم بوده است.

امروز در جامعه، چک یک وسیله کسب اعتبار اشخاص هم هست. بنابراین وقتی شخصی چکی را در وجه آقای «الف» صادر می‌کند، مقصودش این است که فقط آن شخص معین به بانک مراجعه کند و چک را بگیرد. اگر قصدش این نبود، قید «حواله‌کرد» را خط نمی‌زد.

بخشنامه بانک مرکزی هم درست است. منظور، ظهرونی‌ای است که به طرق قانونی انجام شده باشد والا اگر در متن چک قید شده باشد آقای «الف» و حواله‌کرد خط زده شده باشد و این چک توسط شخص «ب» به بانک برود، این شخص اخیر دارنده قانونی نیست و حق مطالبه وجه چک را ندارد.

دکتر کاویانی، عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی:

نتیجه خط زدن قید «به حواله‌کرد» ۳ مورد می‌تواند باشد: ۱- بی اثر است. ۲- مانع انتقال است. ۳- مانع انتقال از نوع «براتی» است، ولی مانع انتقال مدنی نمی‌شود.

برای یافتن پاسخ، باید قصد مشترک طرف‌های قرارداد را پیدا کنیم. سؤال اینجاست که: «صادرکننده چک به حواله‌کرد چه چیزی را انشا می‌کند که مورد قبول طرف‌های مقابل قرار می‌گیرد؟» او می‌نویسد: «بانک ... مبلغ ... از طلبی را که از آن بانک دارم، به «الف» یا انتقال‌گیرندگان بعدی طلب بپردازید»، با این شرایط:

- در برابر «الف» یا انتقال‌گیرندگان بعدی تعهد می‌کنم که اگر بانک نپرداخت، بپردازم (مطابق ماده ۲۴۹).

- اگر معلوم شود به «الف» مدیون نیستم، کماکان خود را در برابر انتقال‌گیرندگان بعدی متعهد می‌دانم (تعهد براتی).

و کسی که قید «به حواله‌کرد» را خط می‌زند، همان چیزها را می‌نویسد، با این تفاوت که شرط دوم او در پرداخت به این صورت تغییر کرده است: «اما اگر معلوم شود به «الف» مدیون نیستم، خود را در برابر انتقال‌گیرندگان بعدی نیز متعهد نمی‌دانم.»

ادله اثبات یا رد این ادعا

۱. اصل صحت نقطه آغاز حرکت است، لذا باید چنین انتقالی را صحیح دانست، مگر این که ثابت کنیم چنین انتقالی باطل یا غیرنافذ است:
 - از نظر اقتصادی پیش‌فرض معامله در ذی‌نفع بودن طرفین معامله است، مگر این که خلافش ثابت شود. بنابراین ابتدا به ساکن مخالفتی با معامله نیست.
 - عرف بانک: بانک‌ها توجهی به خط‌خوردگی نمی‌کنند.
 - عرف بازار: چک‌های با خط‌خوردگی «به حواله‌کرد» مورد نقل و انتقال واقع می‌شوند.

۲. صراحت مقررات بین‌المللی در این مورد: اگرچه ما به کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوطه نپیوسته‌ایم، ولی قواعد و مقررات نشان از منطبق حاکم بر اسناد تجاری و تعهد براتی است. پاراگراف دوم ماده ۱۴ کنوانسیون ژنو در این باره می‌گوید: «چک در وجه شخص معین با قید صریح بدون

حواله کرد یا عبارتی نظیر آن، تنها به صورت انتقال ساده [...] قابل واگذاری به غیر است.»

۳. ماده ۳۱۲ قانون تجارت با این انتقال (با خط خوردگی به حواله کرد) مخالفتی نمی کند و می گوید چک به سه صورت صادر می شود: ۱- حامل ۲- در وجه شخص معین ۳- به حواله کرد.

این ماده قانونی در جایی می گوید: «چک به وسیله ظهرنویسی قابل نقل و انتقال است» و چیز بیشتری نمی گوید. بنابراین ماده ۳۱۲ در مورد انتقال با خط خوردگی ساکت است و این سکوت را باید با عرف یا راه حل های دیگر تکمیل کرد.

در پاسخ کسی که ادعا می کند خط زدن «به حواله کرد» به خاطر مهم بودن شخصیت دریافت کننده چک برای صادرکننده آن است و آن را برای عدم جواز پرداخت در دادگاه (بعد از شکایت از صاحب چک) دلیل می داند، باید گفت در حالی که روزانه بسیاری از این چک ها در بانک ها وصول می شوند، که نشان می دهد برای صادرکننده ها مهم نبوده چه کسی چک آنان را وصول می کند، تنها دلیل منطقی برای خط زدن حواله کرد این می تواند باشد که: اگر صادرکننده چک ایرادی در برابر اولین دریافت کننده داشته باشد، با خط زدن قید «به حواله کرد»، قصد خلاصی خود را از انتقال براتی داشته، بنابراین می خواهد حق استناد به ایرادش باقی بماند؛ یعنی اگر دارنده فعلی چک به دادگاه برود و وجه چک را مطالبه کند، اگر صادرکننده ثابت کند که به دارنده اولیه چک بدهکار نبوده، پس ملزم به پرداخت وجه چک به دارنده فعلی هم نخواهد بود.

آقای حمزه شریعتی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

اثبات شیء، نفی ما عدا نمی کند. در ماده ۳۱۲ در هیچ جا [به صرف خط خوردن حواله کرد، از دریافت کننده چک] سلب اختیار نشده است. اعتبار قوانین مدنی بالاتر از قوانین براتی است. چک یک سند عادی است و در حکم اسناد لازم الاجرا است و بر این مبنا، به نظر می رسد با خط خوردن «به حواله کرد»، انتقال براتی هم نقض نمی شود.

تنها سلب اختیاری که برای ظهرنویسی آمده، مربوط به نظریه مشورتی ۶۴۱۹ مورخ ۱۳۸۲/۸/۵ است: «نظر به این که صادرکننده چک با قلم زدن در کلمه حواله کرد، در متن چک حق پشت نویسی را از کسی که چک در وجهش صادر شده، سلب کرده است...» سؤال اینجاست که: نظریه مشورتی چقدر اهمیت دارد؟ و این که آیا در قانون تجارت صراحتاً چنین سلب اختیاری به صرف خط خوردگی به حواله کرد آمده است؟ خیر.

در ماده ۳۲۰ قانون تجارت آمده: «دارنده هر سند در وجه حامل، مالک برای مطالبه وجه آن و محق محسوب می شود، مگر در صورت خلاف». ما نمی توانیم مالکیت دارنده سند را با این نظریات سلب کنیم. وقتی شخص محق است مبلغی را بگیرد، می تواند آن را به فرد دیگری نیز انتقال دهد.

خط زدن قید حواله کرد مالکیت و اقتدار دارنده را سلب نمی کند و اثرات آن را از بین نمی برد.

آقای شفيعی خورشیدی، رئیس شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

- عرف بانکی مبتنی بر سلب اجازه از دریافت کننده بعدی چک، با خط خوردگی «به حواله کرد» است. این نتیجه تحقیقات شخصی این جانب از حدود ۵۰ نفر از کارکنان بانک بوده است و آنچه اکنون در این مورد در بانک ها اجرا می شود، بر مبنای دستور از بالا (بانک مرکزی) است، نه عرف بانکی.

- در اینجا ماده ۱۰ قانون مدنی حاکم است. اراده طرفین در زمان صدور چک و شرط ضمن عقد این است که: گیرنده چک، حق انتقال آن را به گیرنده های بعدی ندارد.

- حقوق تجارت عموماً از قواعد آمره است و اجرای قواعد آمره الزام آور است، اما در مورد مواد ۱۴ و ۱۸ کنوانسیون ژنو، باید گفت ما به این پیمان ملحق نشده ایم.

آقای ولدخانی، رئیس شعبه ۶۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

این مطلب که شخصیت ذی نفع و گیرنده چک، مطمئناً صادرکننده بوده به هیچ وجه قابل قبول نیست.

آقای مؤمنی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

۱. ماهیت چک چیست؟

آیا جانشین و در حکم پول است یا وسیله پرداخت؟ چون قانون پاسخ این سؤال را داده، مراجعه به عرف و رویه بانک، محلی ندارد:

- ماده ۳ قانون صدور چک می‌گوید: «چک، تنها در تاریخ مندرج در آن یا پس از تاریخ مذکور قابل وصول از بانک خواهد بود».

- ماده ۴ قانون صدور چک می‌گوید: «بانک مکلف است به منظور اطلاع صادرکننده چک، فوراً نسخه دوم این برگ (گواهی عدم پرداخت) آن را به آخرین نشانی صاحب حساب که در بانک موجود است، ارسال دارد ...».

- همچنین ماده ۳۱۶ قانون تجارت می‌گوید: «کسی که وجه چک را دریافت می‌کند، باید ظهر آن را امضا کند؛ اگرچه در وجه حامل باشد. برای تشخیص این‌که چه کسی برای اولین بار برای دریافت وجه چک به بانک مراجعه کرده، بانک‌ها مکلفند به محض مراجعه دارنده، مشخصات را به صورت کامل با ذکر تاریخ قید نمایند. قانون‌گذار این تکلیف را بر بانک معین کرده، چون مهم است دارنده چک کیست».

۲. شرایط شکلی چک چیست؟

در اسناد براتی، شرایط شکلی سند مهم است؛ تا جایی که این شرایط گاهی حتی سند را از وجه نقد یا پول متمایز می‌کند. امتیازهای این سند تجاری (چک) عبارتند از:

- مسئولیت تضامنی وکیل و صاحب حساب (مطابق ماده ۱۹)

- امکان اجرا از طریق اجرای ثبت و رسیدگی خارج از نوبت (مطابق ماده ۱۶)

- مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در تاریخ سررسید

- عدم تأثیر حکم ورشکستگی در مسئولیت کیفری

- امکان نمایندگی در وصول چک

با توجه به این‌که این امتیازها برای پول وجود ندارد یا شناخته نشده است، چک را باید سند بدانیم و شرایط شکلی آن را که از مقررات آمره قانون تجارت

است، رعایت کنیم. از جمله این شرایط شکلی، رعایت قوانین عمومی ظهنروسی است. سند تجاری با ظهنروسی قابل انتقال است، اما ظهنروسی‌ای که از مجرای قانون و مطابق قانون باشد.

۳. اراده طرفین چه بوده است؟

در این تعهد مدنی یا پایه، اراده و قصد طرفین بر دریافت وجه، صرفاً برای کسی است که چک به نام او صادر شده است.

۴. شخصیت وصول‌کننده

قانون‌گذار دریافت‌کننده‌های چک را به سه دسته حامل، شخص معین و به حواله کرد تقسیم کرده است، بنابراین از نظر قانون‌گذار دریافت‌کننده واجد شخصیت بوده، وگرنه چک می‌توانست به هر عنوانی صادر شود و قابل ظهنروسی باشد.

چک قابلیت ظهنروسی را باید داشته باشد. پس از نظر قانون‌گذار شخصیت وصول‌کننده مهم بوده.

وقتی صادرکننده به عنوان خالق سند قابلیت ظهنروسی را (با خط زدن «به حواله کرد») سلب کرد، امکان ظهنروسی وجود ندارد.

آقای اسماعیلی، رئیس کل دادگستری استان تهران:

اختلاف در این موضوع، هم جدی و هم دیرینه است. از سال ۱۳۵۷ این اختلاف در نوشته استادان و آرای همکاران قضایی وجود داشته است. در سال ۱۳۸۹ به دلیل اختلاف در آرای صادره در شعبه ۱۴ و ۲۸ دادگاه تجدیدنظر از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تقاضای رأی تعیین وحدت رویه شده که تاکنون این رأی صادر نشده است.

من با نظرات دکتر کاویانی موافقم، جز این‌که در مورد شق دوم (اثر براتی) تردید دارم.

هرچند گفته می‌شود قانون تجارت در این مورد ابهام دارد، اما ما قواعد و اوصاف اسناد تجاری را پذیرفته‌ایم. از جمله این اوصاف، قابلیت انتقال‌پذیری چک

است که در ذات آن است. چک قابلیت انتقال در وجه حامل، شخص معین یا به حواله کرد را دارد و صادرکننده نمی‌تواند با خط زدن «به حواله کرد» قابلیت را که قانون برای چک در نظر گرفته، از آن سلب کند.

- در مورد عرف بازار و بانک: اگر ما چکی را، که «به حواله کرد» روی آن خط خورده، غیرقابل انتقال به غیر بدانیم، در این صورت باید شکایت از بانک را به دلیل پرداخت به غیر با این گونه چک‌ها، قابل استماع بدانیم.

آقای جعفری شهینی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

قانون چک، متخذ از قوانین بین‌المللی خارج از کشور است و این قوانین در صورتی که «به حواله کرد» روی چک خط خورده باشد، آن را به عنوان یک انتقال ساده یا محدود پذیرفته‌اند؛ یعنی هر دو طرف با قصد و اراده موافق، چک را با این شرایط می‌پذیرند: صادرکننده با علم به اصل عدم استماع ایرادات یا اصل عدم توجه به ایرادات (به عنوان اصول قوانین حاکم بر چک) اعطا کرده و دارنده چک نیز آن را نه به عنوان یک سند تجاری، بلکه به عنوان یک سند عادی و از مصادیق بند ۳ ماده ۲۹۲ به عنوان یک طلب مدنی، با قبول خط‌خوردگی حواله کرد پذیرفته است.

آقای قیصری، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

از لحاظ نتیجه، با رأی دادگاه تجدیدنظر موافقم، اما از این نظر که انتقال تجاری این چک صحیح نیست، ولی انتقال مدنی آن ممکن است. در نقل و انتقال اسناد تجاری، سند منتقل می‌شود، ولی در انتقال مدنی، دین منتقل می‌شود. از آثار انتقال مدنی این است که دارنده به کسی مراجعه می‌کند که این چک را به او داده (به ید ماقبل خود مراجعه می‌کند). به این ترتیب حق دعوا از فرد ثالث نسبت به صادرکننده چک سلب می‌شود.

آقای حاج حسینی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران:

دسته‌ای که معتقدند با خط‌خوردگی «به حواله کرد»، حق انتقال چک به ثالث سلب می‌شود، به ماده ۳۱۲ قانون تجارت استناد می‌کنند، ولی دسته

مخالف، استناد قانونی ندارند و فقط می‌گویند قانون تجارت یا قانون چک انتقال را منع نکرده است.

ماده ۳۱۰ قانون تجارت می‌گوید: «چک نوشته‌ای است که به موجب آن صادرکننده به محال علیه دستور می‌دهد که وجهی را که در نزد شما دارم، کلاً یا بعضاً مسترد کنید یا به آورنده تحویل دهید». اگر ما چک را دستور بدانیم (به تصریح قانون) و صاحب چک را مالک وجهی که در بانک دارد، بانک باید به نحوی که او دستور می‌دهد عمل و رفتار کند و اتفاقاً خط‌زدن حواله کرد، باعث اعتبار به چک می‌شود تا جایی که خیلی دعاوی به این طریق در محاکم قابل اثبات است. صادرکننده چک «طلب» ندارد؛ بلکه «وجه» دارد و برای پرداخت آن دستور می‌دهد و بانک باید آن طور که صاحب مال می‌خواهد، عمل کند.

وقتی بانک‌ها برای چک‌هایی با خط خوردگی «به حواله کرد» گواهی عدم پرداخت صادر می‌کنند، دلیل بر این است که این خط‌خوردگی و دستور صادرکننده ترتیب اثر می‌دهند.

شکل چک، مطابق قانون و مقررات تنظیم شده است. بانک‌ها در طول زمان به این نتیجه رسیده‌اند که چک باید به این شکل تنظیم شود و بر این اساس، کلمه حواله کرد را در متن چک آورده‌اند.

از ماده ۳۱۲ می‌شود استنباط کرد که اگر «به حواله کرد» خط بخورد، مبلغ مندرج در چک فقط باید به شخصی که نام او در چک مندرج شده، پرداخت شود.

استناد ما به ماده ۳۱۰ قانون تجارت بود، زیرا مطابق این ماده، آنچه صادرکننده چک امضا کرده معتبر است و اراده صادرکننده این بوده که چک صرفاً به شخص مورد نظر او پرداخت شود.

دکتر کاویانی، عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی:

از مجموعه مطالب مطرح شده، این نتایج به دست آمد:

۱. اصل صحت: اگر در صحیح بودن این انتقال، شک باشد باید به اصل صحت معتقد بود.
۲. ما در قراردادهای به دنبال راه حل آشتی جویانه هستیم؛ راه حلی که منفعت طرفین را تا حد ممکن حفظ کند. پس نیازی نیست با انتقال، مخالفت کنیم؛ می‌توانیم فقط با آثار انتقال براتی مخالفت کنیم.
۳. شرط، نتیجه‌اش بطلان نیست و نتیجه شرط منع نقل و انتقال، لزوماً بطلان آن نیست، بلکه یکی از نتایج آن می‌تواند بطلان باشد؛ می‌توان حق فسخ و جبران خسارت را نیز قائل شد. پس حکم صریحی نمی‌توان صادر کرد.
۴. در قرارداد، فهم مشترک ملاک است نه اراده یک طرف. فهم مشترک چیست؟
۵. چگونه ممکن است شخصیت فرد دریافت‌کننده پول مهم باشد؟ اصل بر این است که شخصیت طرف مهم نیست جز در موارد فوق‌العاده استثنایی که به خاطر آن حکم‌مان را خراب نمی‌کنیم.
۶. دارنده چک چه چیزی را پذیرفته؟ گمان او بر قابلیت نقل و انتقال چک، به‌رغم خط‌خوردگی است.
۷. نقل و انتقال مدنی با هر روشی ممکن است، از جمله ظهنویسی: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». منتها این ظهنویسی آثار انتقال براتی را ندارد، بلکه آثار انتقال مدنی دارد؛ یعنی محفوظ بودن حق استناد به ایرادات.
۸. در مورد استناد به قانون، قانون تجارت ایران در این مورد ساکت است و ما خود باید یک راه‌حل منطقی بیابیم.
۹. صادرکننده چک «طلبکار» و پول او در نزد بانک «دین» است.
۱۰. در مورد چک‌هایی که «به‌حواله‌کرد» آن‌ها خط خورده و در دست شخص ثالث است، بانک به نام همان شخص ثالث گواهی عدم پرداخت را صادر می‌کند بدین معنا که نقل و انتقال را پذیرفته.

نتیجه: مناسب است ما با انتقال چک با خط‌خوردگی «به‌حواله‌کرد» مخالفت نکنیم، ولی آثار انتقال را به آثار انتقال ساده محدود کنیم نه انتقال براتی، زیرا در انتقال براتی حق استناد به ایرادات از بین خواهد رفت.

آقای قمری، قاضی شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر:

قید حواله‌کرد در ماده ۳۱۲ قانون تجارت بیهوده نبوده است. اگر قرار برانتقال چک حتی با «خط‌خوردگی به حواله‌کرد» (به شخص ثالث) باشد، پس چرا عبارت «به حواله‌کرد» قید شده است؟
«الناس مسلطون علی اموالهم» در اینجا مصداق ندارد. فقط در مورد چک در وجه حامل، شخص اخیر، دارنده محسوب می‌شود. در سندی که در وجه شخص معین است و قید حواله‌کرد آن خط خورده باشد، او دارنده نیست. اصل صحت در جایی است که خلافش وجود نداشته باشد. وقتی در مفاد قانون تجارت عنوان «به حواله‌کرد» آمده، اتفاقاً با این انتقال مخالفت کرده است.

در اینجا اراده طرفین وجود دارد. زمانی که دریافت‌کننده چک، می‌بیند که حواله‌کرد خط خورده، حداقل به صورت ضمنی پذیرفته که حق ندارد آن را به شخص ثالث بدهد.

برای صادرکننده، اتفاقاً شخصیت دارنده چک مهم است (اهمیت دارد که او آشنا باشد یا ناشناس).

در مورد صادرکننده‌هایی که - علیرغم خط زدن حواله‌کرد چک - مبلغ توسط شخص ثالث دریافت شده و شکایتی هم نداشته‌اند، در این جا بزه یا جرمی واقع نشده که آنان شکایت کنند.

آقای مرادی، قاضی شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر:

بخشنامه‌های بانکی صرفاً یک دستور مافوق نیستند. قسمت آخر ماده ۳ قانون اصلاحیه چک، همان مطلب را پیش‌بینی کرده که: «هرگاه در متن چک

شرطی برای پرداخت ذکر شده باشد، بانک به آن شرط ترتیب اثر نخواهد داد. اگر این خط زدن را به عنوان یک شرط محدودکننده در نظر بگیریم، قانون گذار در ماده ۲ تصریح کرده که بانک ترتیب اثر ندهد و مبلغ چک را پرداخت کند.

نتیجه نهایی: اکثر حاضران در جلسه با رأی دادگاه تجدیدنظر موافقت کردند.