

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه

مدیر مسئول: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی

سر دبیر: دکتر نجات‌اله ابراهیمیان

جانشین سر دبیر: دکتر محمد جلالی

مدیر داخلی: سعید نجات‌زادگان

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

هیئت تحریریه: حجت الاسلام والمسلمین علیرضا امینی، دکتر منصور امینی، دکتر نجات‌اله ابراهیمیان، دکتر احمد بیگی حبیب‌آبادی، دکتر عبدالعلی توجهی، دکتر ستار زرکلام، دکتر سیدحسین صفایی، دکتر محمدتقی عابدی، دکتر میرحسین عابدیان، دکتر عباس قاسمی حامد، دکتر حسین مهرپور، دکتر حسین میرمحمدصادقی، دکتر رضا وصالی محمود، دکتر محمدحسین هاشمی

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

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: www.raayjournal.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 قاضی، انتقال قرارداد یا امارات قضایی و امثال آن، از منظر آراء و رویه قضایی موضوع بررسی واقع شود و به صورت «نقد موضوع محور» نگارش یابد. از سویی دیگر، «یادداشت های نقد رأی» همواره در شماره های گذشته بخش معتناهی را به خود اختصاص داده 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 آرای 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 به صورت مجزا و متفاوت تهیه گردیده که ذیلاً ارائه می گردد:

الف) کلیات شیوه نامه

۱. موضوع فصلنامه، نقد، تحلیل و معرفی آراء و رویه قضایی و 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 هیچ کدام از انواع مقالات نیازی به درج چکیده و کلیدواژه نخواهد بود.
۴. در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع به صورت پاورقی و به سبک شیکاگو، به شرح آتی خواهد بود:

• کتب

نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب به صورت توپر (محل انتشار: نام ناشر و سال انتشار)، شماره صفحه.
مثال: ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۷۷.

• مقالات مندرج در نشریات

نام و نام خانوادگی نویسنده، "عنوان مقاله"، نام نشریه به صورت توپر، دوره یا سال انتشار، شماره (تاریخ): شماره صفحه.
مثال: مهدی شهیدی، "قرارداد تشکیل بیع"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال هفتم، شماره ۱۰ (۱۳۷۱): ص ۱۷.

• منبع الکترونیک

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

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

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

۵. در صورت ارجاع‌دهی به منابع دیگر، درج فهرست منابع، به سبک شیکاگو به شرح ذیل نیز لازم است. در خصوص ترتیب درج مآخذ، لازم به ذکر است که کلیه منابع ابتدائاً بر اساس نوع و سپس بر اساس نام‌خانوادگی نویسندگان فهرست خواهند شد:

• کتب

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

• مقالات مندرج در نشریات

نام‌خانوادگی 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

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

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

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

۷. از درج القاب اشخاص از قبیل دکتر، مهندس، پروفیسور، استاد و غیره در کلیه بخش‌های مقاله از قبیل نام نویسندگان، متن مقاله، ارجاعات و یا

فهرست منابع پرهیز گردد. لازم به ذکر است که درج سمت نویسندگان در پاورقی صفحه اول از این قائده مستثنا خواهد بود.

ب) ترتیب نگارش بخش‌های مجله

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

یک – بایسته‌های نگارش و نقد رأی

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

دو – نقد موضوع محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه‌ی آراء مختلف است؛ لذا لااقل استناد به سه رأی مشابه در بیان موضوع الزامی خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، بدنه مقاله، نتیجه‌گیری و منابع و مآخذ می باشد.
۴. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

۵. در استناد به آراء، در صورتی که دادنامه‌ی مورد اشاره، در مجموعه آراء قضایی به چاپ رسیده باشد درج مشخصات رأی به همراه ارجاع به مجموعه‌ی رأی کافیس؛ در غیر این صورت اصل متن دادنامه به‌عنوان 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 حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

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

سه – نقد رأی محور

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوه‌ی نگارش، نقد متن آراء خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۱۵۰۰ و حداکثر ۴۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. مقالات ارسالی در این حوزه اصولاً مشتمل بر سه بخش زیر 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 می‌شود. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

دوم) وقایع پرونده:

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی) ذکر می‌گردد. در ادامه، در استناد به آراء، در 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 به‌عنوان 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 حقوق خصوصی و قضات رسیدگی‌کننده ضروری بوده و نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

سوم) نقد و بررسی:

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

چهار – یادداشت رأی

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

در این بخش ابتدائاً مختصری از گردشکار و جریان رسیدگی بیان می‌گردد و سپس مشخصات دادنامه‌ی مورد نقد (کلاسه پرونده یا شماره پرونده یا شماره دادنامه، تاریخ رسیدگی، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی طرف دعوا در آراء دادگاه‌های اداری، مرجع رسیدگی)

ذکر و در ادامه، اصل متن رأی درج می‌گردد. لازم به ذکر است در این بخش الزاماً بایستی اصل متن رأی درج شود و صرف ارجاع به آن در مجموعه آراء قضایی کافی نخواهد بود.

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

سوم) نقد و بررسی:

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

پنج – گزارش رویه قضایی

۱. گزارشات رویه قضایی ممکن است مربوط به رویه‌ی واحد و مستقر یا رویه متعارض (تهافت) دادگاه‌ها در رسیدگی به یک نوع پرونده باشد. در بیان رویه‌ی واحد دادگاه‌ها لااقل ۳ رأی مشابه مستند قرار گیرد و در بیان رویه‌ی متعارض، آراء مختلف به تعداد نظرات متضاد ذکر شود.

۲. در ارائه‌ی چنین گزارشی هدف صرفاً توصیف و معرفی رویه‌ی قضایی محاکم بوده و نقد آن‌ها به هیچ‌وجه مدنظر نیست. لازم به ذکر است که این‌گونه نقدها در چارچوب سایر بخش‌های مجله صورت خواهد پذیرفت.

۳. حجم گزارشات حداکثر ۵۰۰ کلمه می‌باشد.

۴. در این دسته از نوشته‌ها، ابتدائاً نوع (رویه یا تهافت) و سپس موضوع (موضوع اصلی رویه یا تهافت) درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(گان) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(گان)، آدرس ایمیل و شماره تلفن همراه نویسنده‌ی مسئول در پاورقی نوشته خواهد شد.

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

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

شش – ترجمه

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

۲. حجم مقالات ترجمه‌شده ترجیحاً کمتر از ۸۰۰۰ کلمه می‌باشد.

۳. در این دسته از نوشته‌ها ابتدائاً ترجمه عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(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. خواهشمند است متن زبان اصلی مقاله به پیوست ترجمه‌ی آن ارسال گردد.

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

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

یادداشت سردبیر

بسم الله الرحمن الرحيم

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

دو عنصر تکرار و قدرت نفوذ یک رأی نزد دادرسان جوان از جمله مهم‌ترین عناصر قوام‌بخش رویه قضایی است. تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به عوامل مختلفی بستگی دارد؛ از یک‌سوی سازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق‌العاده شکایت و کسب تأیید یک راه حل نزد قضات دادگاه‌های عالی تأثیر بسزایی 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 باثبات از آن‌ها دشوار است، آرای نهادی عالی و با قدرت نفوذ بالا همچون دیوان عالی کشور در رأس تشکیلات دادگاه‌ها به وحدت رویه قضایی کمک کند تا به نام نظارت بر اجرای قانون، راه‌حل‌های نو و بدیع وجود مستقل و مستمری پیدا کنند. این همان چیزی است که به علت عدم سامان‌دهی کارآمد نقش دیوان عالی کشور در رسیدگی‌های قضایی - خصوصاً در رسیدگی‌های مدنی - حلقه مفقوده دستگاه عدالت ما است.

به‌علاوه، علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه درمورد انتشار آراء به‌عمل آمده است اجرا نشدن بند ۴ بخش د ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران امکان ارزیابی تکرار راه‌حل را با دشواری

مواجه ساخته است و قضات و وکلا جز از طریق تجربه شخصی، راه مطمئنی برای پی بردن 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 ایفاء 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 شده است. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هریک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل‌گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آراء کمک خواهد کرد. سنت نقدنویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله، در کشور ما سابقه زیادی ندارد اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم‌داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند. چند مقاله راهنما و برخی نقدهای ساختارمند منتشر شده در شماره‌های پیشین، الگوهای مناسبی هستند که می‌توانند ذائقه‌ی مؤلفانی که عادت به نگارش مقالات موضوع‌محور کلاسیک دارند را تغییر داده و به سوی نقدنویسی و تحلیل آراء رهنمون سازد. تصور می‌کنیم که این عرصه، مجال بیشتری را برای خادمان حق و عدالت فراهم می‌سازد. مجله، مرهون همت‌های عالی شما است.

و ماتوفیقی الآ بالله

سردبیر فصلنامه رأی

نجات‌اله ابراهیمیان

فهرست مطالب

حق بر آزادی ابراز عقیده در مصاف با نظم عمومی (بررسی پرونده لیلا شاهین به طرفیت دولت ترکیه).....	۱۷
مهناز بیات کمیتکی	
مسئولیت تضامنی و امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین بدون رعایت ترتیب خاص.....	۵۳
یوسف درویشی هویدا	
قلمرو قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۸۶:	
نقدی بر رأی شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور.....	۶۷
بهنام غفاری فارسانی	
یک رأی و دو دیدگاه متفاوت در موضوع ضرورت یا اختیار برای تشکیل جلسه دادرسی	
دیدگاه اول - نقض اصول دادرسی و سلب حقوق اصحاب دعوا با تشکیل ندادن نخستین جلسه دادرسی.....	۹۳
حسن محسنی	
دیدگاه دوم - تشکیل جلسه: ضرورت یا اختیار.....	۱۰۷
علی صابری	
اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد عادی انتقال سهم الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود.....	۱۱۱
محمد رضا محمدی	
اصل غیرعقلایی بودن: از جهات نظارت قضایی در نظام حقوقی استرالیا	۱۱۷
ترجمه و تلخیص: خدیجه شجاعیان	

وحدت و تهاافت رویه قضایی در امور مدنی (دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران - سال ۱۳۹۲).....	۱۳۳
تهیه و تنظیم: مهدی فتاحی	
وحدت رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در تعیین مجازات جرایم تهدید و توهین از طریق ارسال پیامک.....	۱۴۳
مریم ممنون	
وحدت رویه قضایی شعب دیوان عالی کشور در سال ۱۳۹۱ در خصوص مرجع صالح رسیدگی به بزه نگهداری سلاح غیرمجاز.....	۱۴۷
ابوالفضل یوسفی	
گزارش نشست نقد رأی: اعتبار امر قضاوت شده (نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران).....	۱۴۹
تنظیم: حمیدرضا نجفی	

حق بر آزادی ابراز عقیده در مصاف با نظم عمومی (بررسی پرونده لیلا شاهین به طرفیت دولت ترکیه)

مهناز بیات کمیتکی*

مقدمه

آزادی عقیده، که آزادی دینی یکی از تجلیات بارز آن است، از بنیادی‌ترین حقوق مدنی و سیاسی است.^۱ در طبقه‌بندی رایج حقوق بشری، حق بر آزادی عقیده در ردیف حقوق موسوم به «نسل اول» یا «مقوله اول» حقوق بشر قرار دارد. اعمال این حق، با عدم مداخله تحدیدی دولت و همچنین دیگر سازمان‌ها و یا حتی افراد محقق می‌گردد. البته ذکر این نکته ضروری است که تمامی آزادی‌های مدنی سیاسی در حقوق بشر معاصر، از ماهیتی مطالبه‌ای نسبت به دولت برخوردارند. بدین ترتیب حق بر آزادی عقیده، از یک‌سو مستلزم عدم مداخله تحدیدی دولت و از دیگر سو مقتضی دخالت حمایتی آن است. دولت‌ها در این راستا دوگونه تعهد و وظیفه دارند، از یک طرف متعهد به عدم مداخله تحدیدی هستند و از طرفی دیگر، موظف به مداخله حمایتی از دارنده این حق در جهت تأمین و تضمین آن.^۲

حق بر آزادی عقیده که شامل آزادی انتخاب مفاد عقیده (خواه مذهبی، خواه غیرمذهبی) است تجلی بارز اصل فاعلیت اخلاقی یا خودآیینی فردی

* عضو هیأت علمی گروه حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

M_Bayat@sbu.ac.ir

1. Raymond. Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, (New York: Oxford University Press, 2006), p. 23.

۲. سیدمحمد قاری‌سیدفاطمی، *حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۸)، صص ۱۷۵ - ۱۷۶.

می‌باشد. به دیگر سخن، انسان‌ها به‌مثابه موجوداتی خودآیین، آزادند تا نوع عقیده خویش را خود برگزینند. به لحاظ تاریخی، مسأله آزادی عقیده به‌ویژه در بعد دینی آن، از پیشینه تاریخی طولانی برخوردار است. نظام حقوق بشر معاصر بر سه جنبه مهم از آزادی دینی تأکید نموده است: الف) حق انتخاب دین و عقیده؛ ب) منع تبعیض دینی؛ ج) مسئله عمل به مناسک و تعالیم دینی. دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز نه تنها در رویه قضایی خود بر این سه جنبه تأکید کرده و آزادی دینی را صرفاً محدود به انتخاب عقیده و آیین ننموده است، بلکه آن را دربردارنده آزادی ابراز دین از سوی افراد در خلوت (به تنهایی) و یا در جلوت (همراه با دیگران در جامعه و به صورت علنی) تلقی کرده است.^۱

درحالی‌که دادگاه اروپایی حقوق بشر، آزادی دینی در جلوه درونی آن (یعنی انتخاب نوع عقیده) را حقی مطلق قلمداد نموده که هیچ‌گونه محدودیتی را برنمی‌تابد، تجلیات بیرونی این حق (یعنی آزادی ابراز عقیده) را مشمول محدودیت‌های مقرر در بند دوم ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین به‌حساب آورده است.^۲ بند دوم ماده مزبور، تجلیات بیرونی

1. “Leyla Şahin v. Turkey”, Judgment of 10 November 2005, series A, No. 44774/98, p. 28; “Refah Party and Others v. Turkey”, Judgment of 31 July 2001, Series A, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, Pp. 19-20; “Kalaç v. Turkey”, Judgment of 1 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV., p. 1209; “Arrowsmith v. the United Kingdom”, Commission’s report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19p. 15; “C. v. the United Kingdom”, Commission decision of 15 December 1983, No. 10358/83. p. 142; “The United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey”, Judgment of 30 349. January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 27, § 57.

۲. برای اطلاع بیشتر درخصوص تفکیک میان دو جلوه درونی و بیرونی حق بر آزادی دینی توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر نک:

آزادی دینی را متضمن محدودیت‌هایی می‌داند که برای حفظ نظم، ایمنی، بهداشت و اخلاق عمومی و نیز حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری باشند. نکته قابل توجه در این بند آن است که این گونه محدودیت‌ها صرفاً باید توسط قانون وضع گردد و قانونگذار در یک نظام دموکراتیک، ضرورت ایجاد این گونه محدودیت‌ها را با وضع قانون نشان دهد، به علاوه میزان محدودسازی نیز با میزان اهمیت اهداف مشروع مندرج در ماده ۹ تناسب داشته باشد.

بر این مبنا می‌توان چنین نتیجه گرفت که به لحاظ نظری ممکن است قلمرو اعمال و اجرای حق بر آزادی بیان عقیده به دلیل ماهیت غیرمطلق آن در برخورد با ادعاهای فردی، متعارض و منافع جمعی رقیب از جمله نظم عمومی محدود و مقید گردد. از این رو، بروز تنش و تعارض میان این حق فردی و مصلحت حیات جمعی در حفظ نظم عمومی، امری عادی و محتمل است. پرونده «لیلا شاهین» به طرفیت دولت جمهوری ترکیه، نمونه بارز وقوع چنین تعارضی است.

بخش اول) مطالعه پرونده

پرونده شاهین از دادخواست شماره ۹۸/۴۴۷۷۴ علیه دولت جمهوری ترکیه ناشی گردیده که توسط یک تبعه ترکیه‌ای به نام خانم لیلا شاهین در ۲۱ جولای ۱۹۹۸ به کمیسیون اروپایی حقوق بشر مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین ارائه شده بود.^۱

شاکی مدعی بود که دولت ترکیه، حقوق و آزادی‌های مندرج در مواد ۸، ۹، ۱۰ و ۱۴ کنوانسیون و نیز ماده ۲ پروتکل شماره ۱ را با وضع قوانین و مقررات ویژه‌ای در باب پوشیدن حجاب اسلامی در مؤسسات آموزش عالی نقض نموده است.^۲

الف) اوضاع و احوال پرونده

۱. پیشینه و شرح حال شاکی

خانم لیلا شاهین در سال ۱۹۷۳ در خانواده‌ای مسلمان و سنتی به دنیا آمد و از سال ۱۹۹۹ در شهر وینا^۱ زندگی می‌کرد. وی که در این تاریخ در دانشکده پزشکی دانشگاه بورسا^۲ پذیرفته شد، استانبول را به قصد وینا ترک کرد. او در ۲۶ آگوست ۱۹۹۷- در پنجمین سال تحصیلش در دانشکده پزشکی دانشگاه بورسا - به دانشکده پزشکی سره‌پاشای^۳ دانشگاه استانبول راه یافت. بنا به اظهارات وی، نامبرده در طی چهار سال تحصیل در دانشکده پزشکی بورسا، همواره حجاب اسلامی بر سر داشته که تا فوریه ۱۹۹۸ نیز ادامه یافته است.^۴

۲. بخشنامه ۲۳ فوریه ۱۹۹۸ رئیس دانشگاه استانبول

در ۲۳ فوریه ۱۹۹۸، رئیس دانشگاه استانبول مبادرت به صدور بخشنامه‌ای درخصوص نحوه پوشش دانشجویان نموده و مقرر داشت: «...به موجب قانون اساسی و قانون و مقررات جاری و نیز مطابق با رویه دادگاه عالی اداری^۵ و کمیسیون اروپایی حقوق بشر و بخشنامه‌های صادره از سوی هیأت اداری و اجرایی دانشگاه، دانشجویانی که حجاب اسلامی بر سر داشته یا با محاسن ظاهر می‌شوند، در کلاس‌ها و دوره‌های آموزشی پذیرفته نخواهند شد. نهایتاً، نام و شماره دانشجویان دختر محجبه و پسران دارای محاسن ناپیستی به لیست دانشجویان ثبت‌نام‌شده، افزوده شوند. به هر حال چنانچه دانشجویانی با وجود ممنوعیت‌های پیش‌گفته در کلاس‌ها و دوره‌های آموزشی حاضر شوند، بایستی ابتدا به آنها تذکر داده شده و دعوت به خروج از کلاس

1. Vienna

2. Bursa

3. Cerrahpaşa

4. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 4.

5. The Supreme Administrative Court

← Javier Martinez-Torron, "The European Court of Human Rights and Religion", **Law and Religion**, (ed.) R. Odair and A. Lewis, (London: Oxford University Press, 2001), pp. 185-204.

1. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 2.

2. Ibid, p. 3.

شوند. در صورت ممانعت آنها از ترک جلسه، استاد بایستی کلاس را تعطیل نموده و طی گزارشی توضیح دهد که چرا موفق به برگزاری جلسه آموزشی خود نشده است و آنگاه گزارش مزبور را به مقامات دانشگاه به عنوان یک امر ضروری^۱ ارائه نماید تا مقامات مذکور اقدامات انضباطی مقتضی را انجام دهند».^۲

بدین ترتیب، براساس بخشنامه فوق‌الذکر، شاکی به سبب پوشیدن حجاب اسلامی از شرکت در آزمون کتبی واحدهای درسی «تومورشناسی»^۳ (۱۲ مارس ۱۹۹۸) و «بهداشت عمومی»^۴ (۱۰ ژوئن ۱۹۹۸) محروم گردید و حتی از شرکت وی در کلاس درس «عصب‌شناسی»^۵ (۲۰ مارس ۱۹۹۸) ممانعت به عمل آمد.^۶

۳. دعاوی مطرح‌شده در محاکم داخلی

در ۲۹ جولای ۱۹۹۸، شاکی طی دادخواستی از دادگاه اداری استانبول^۷ تقاضا کرد تا بخشنامه ۲۳ فوریه را نقض نماید. وی مدعی شد اجرای بخشنامه مزبور، در تعارض با مواد ۸، ۹ و ۱۴ کنوانسیون و ماده ۲ پروتکل شماره ۱ بوده و حقوق و آزادی‌های تضمین‌شده وی را نقض نموده است.^۸

دادگاه اداری استانبول در قضاوت (۱۹ مارس ۱۹۹۹) خود اعلام نمود: براساس بند (ب) ماده ۱۳ قانون آموزش عالی شماره ۲۵۴۷، رئیس دانشگاه به عنوان بازوی اجرایی دانشگاه، این اختیار را دارد که به‌منظور حفظ نظم، بر نحوه پوشش دانشجویان نظارت نماید. این قدرت نظارتی بایستی در چارچوب مقررات مربوطه و آراء دادگاه قانون اساسی و دادگاه عالی اداری اعمال شود. در همین راستا بنا به اظهار دادگاه،

1. A Matter of Urgency
2. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, pp. 5-6.
3. Oncology
4. Public Health
5. Neurology
6. Ibid, p. 4.
7. The Istanbul Administrative Court
8. Ibid, p. 5.

بخشنامه صادره از سوی رئیس دانشگاه و اقدامات صورت‌گرفته علیه شاکی به تبع بخشنامه موصوف، به هیچ‌وجه غیرقانونی نبوده و همگی محمول بر صحت‌اند.^۱ در ۱۹ آوریل ۲۰۰۱ دادگاه عالی اداری، تقاضای تجدیدنظر شاکی را رد نمود.^۲ در ماه می ۱۹۹۸، رسیدگی‌های انضباطی علیه شاکی به دلیل عدم رعایت قواعد مربوط به پوشش براساس بند (الف) پاراگراف ۶ قواعد آیین دادرسی انضباطی دانشجویان^۳ صورت پذیرفت.^۴

در ۲۶ می ۱۹۹۸، بنا به گفته رئیس دانشکده رفتار خانم لیلا شاهین دال^۵ بر اصرار وی در حفظ پوشش اسلامی خود در دانشگاه بوده و تمایلی به اطاعت از مقررات مربوط به پوشش، از خود نشان نداده است. رئیس دانشکده با اعلام اینکه چنین رفتاری به هیچ‌وجه شایسته یک دانشجو نیست تصمیم گرفت موضوع پوشش اسلامی او را در هیأت انضباطی دانشگاه مورد بحث قرار دهد.^۵

در ۱۵ فوریه ۱۹۹۹ تجمعی غیرقانونی بیرون از دفتر رئیس دانشکده پزشکی در اعتراض به قواعد مربوط به پوشش برگزار شد که شاکی نیز در آن حضور داشت. در ۲۶ فوریه ۱۹۹۹، رئیس دانشکده، رسیدگی‌های انضباطی‌ای را علیه چند تن از شرکت‌کنندگان در تجمع غیرقانونی، من جمله شاکی آغاز کرد. در ۱۳ آوریل ۱۹۹۹، هیأت انضباطی دانشگاه پس از استماع اظهارات لیلا، تصمیم گرفت تا نامبرده را براساس ماده ۹ قواعد آیین دادرسی انضباطی دانشجویان برای مدت یک ترم معلق نماید.^۶

در ۱۰ ژوئن ۱۹۹۹، خواهان از دادگاه اداری استانبول تقاضا کرد تا دستوری مبنی بر توقف حکم تعلیق وی از تحصیل صادر نماید. در ۳۰ نوامبر ۱۹۹۹ دادگاه اداری، با این استدلال که واقعیات موجود در پرونده و رویه قضایی

1. Ibid.
2. Ibid.
3. Students Disciplinary Procedure Rules.
4. Ibid.
5. Ibid.
6. Ibid.

جاری در این خصوص، همگی نشان می‌دهند که اقدام صورت گرفته غیرقانونی و نامشروع نبوده، تقاضای او را رد کرد.^۱

در پی لازم‌الاجرا شدن قانون شماره ۴۵۴۸ در ۲۸ ژوئن ۲۰۰۰ که مقرر می‌داشت: «...تمامی دانشجویانی که به واسطه تخلفات انضباطی‌شان، تنبیه گردیده و از حضور در دانشگاه محروم شده‌اند، مشمول عفو عمومی می‌گردند...»، حکم تعلیق شاکی، کان لم یکن گردیده و نامبرده بار دیگر در دانشگاه حضور یافت.^۲

در ۲۸ سپتامبر ۲۰۰۰، دادگاه عالی اداری اعلام نمود که اجرای قانون شماره ۴۵۴۸ در خصوص شاکی، موجب می‌گردد تا بررسی تقاضای تجدیدنظر وی علیه حکم صادره در ۳۰ نوامبر ۱۹۹۹ غیرضروری و بی‌مورد گردد.^۳

در خلال این مدت و در ۱۶ سپتامبر ۱۹۹۹، شاکی بر اساس حکم هیأت انضباطی دانشگاه، از ادامه تحصیل در دانشکده پزشکی سره‌پاشای استانبول محروم گردید و بار دیگر در دانشگاه وینا - جایی که تحصیلات دانشگاهی خود را آغاز کرده بود - پذیرفته شد.^۴

۴. مقررات داخلی مرتبط

۴.۱. قانون اساسی

اصول دوم، چهارم، دهم، سیزدهم، چهاردهم، بیست و چهارم و چهل و دوم قانون اساسی ترکیه، ازجمله اصول مرتبط با این پرونده می‌باشند.

اصل دوم، جمهوری ترکیه را یک دولت دموکراتیک سکولار اجتماعی معرفی نموده که مبتنی بر حاکمیت قانون، حقوق بشر، یکپارچگی ملی و عدالت می‌باشد و از ناسیونالیسم آتاتورک تبعیت می‌نماید.

1. Ibid, pp. 5-6.

2. Ibid, p. 6.

3 Ibid.

4 Ibid.

اصل چهارم، بر تغییرناپذیری مقررات اصل اول قانون اساسی درخصوص جمهوری بودن نظام و اصل دوم در ارتباط با خصوصیات جمهوری تأکید می‌کند.

اصل دهم نیز به برابری افراد در مقابل قانون اشاره نموده و تبعیض بر مبنای زبان، نژاد، رنگ، جنس، دیدگاه سیاسی، باور و اعتقاد فلسفی و دینی و عضویت در یک گروه دینی و یا دیگر زمینه‌ها را ممنوع اعلام می‌نماید.

اصل سیزدهم، محدودیت حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد را تنها براساس قانون و به دلایل مقررشده در مقررات خاص قانون اساسی مجاز قلمداد کرده است. ازجمله مواردی که اصل مذکور مقرر نموده است اینکه محدودیت‌های وارده بر حقوق و آزادی‌های فردی بایستی با متن و روح قانون اساسی و الزامات نظم اجتماعی دموکراتیک سکولار در تعارض نبوده و «اصل تناسب»^۱ را رعایت نمایند.

اصل چهاردهم نیز تأکید نموده است که هیچ‌یک از حقوق و آزادی‌های مقرر در این قانون، نبایستی به منظور تضعیف تمامیت ارضی دولت و یکپارچگی ملت و با هدف به مخاطره انداختن حیات دولت یا جمهوری ترکیه، نقض حقوق و آزادی‌های دیگران، تحت کنترل درآوردن دولت توسط فرد یا گروهی خاص، ایجاد تبعیض میان افراد بر مبنای زبان، نژاد، رنگ و عضویت در یک گروه دینی یا ایجاد یک نظام سیاسی مبتنی بر چنین مفاهیم و باورهایی، اعمال گردند. این اصل همچنین مقرر نموده است که هیچ‌یک از مقررات قانون اساسی نبایستی به گونه‌ای تفسیر شوند تا به دولت یا اشخاص، حق انجام اقداماتی در جهت امحاء حقوق و آزادی‌های بنیادین مندرج در این قانون یا محدود ساختن آنها بیش از حدود مقرر در قانون اساسی را بدهند.

اصل بیست و چهارم نیز بر برخورداری تمامی افراد از حق بر آزادی دین، عقیده و وجدان تأکید نموده و به‌طور مثال بیان داشته است که مراسم عبادی و دینی، آزادانه برگزار خواهد شد مشروط و منوط بر اینکه مقررات اصل مزبور را نقض

1. The Principle of Proportionality.

نماید. هیچ‌کس به انجام مراسم عبادی یا دینی و یا افشای عقاید دینی خود مجبور نخواهد شد. و همچنین به سبب عقاید و باورهای دینی‌اش مورد سانسور یا تحت تعقیب قرار نخواهد گرفت. آموزش و تعلیم مذهب و اخلاقیات منوط به نظارت و کنترل دولت خواهد بود. هیچ‌کس از احساسات یا تفکرات دینی به‌منظور مبتنی ساختن نظم اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یا حقوقی دولت بر مفاهیم دینی با هدف تأمین منافع شخصی و سیاسی، بهره‌برداری یا سوءاستفاده نخواهد کرد.

اصل چهل و دوم اشعار داشته است هیچ‌کس نباید از حق بر آموزش و تعلیم و تربیت محروم شود. و همچنین تأکید نموده که آموزش و تعلیم و تربیت عمومی بایستی با کنترل و نظارت دولت، مطابق اصول و اصلاحات آتاتورک و روش‌های علمی و آموزشی نوین صورت گیرد. به‌علاوه، اصل مزبور صراحتاً مقرر نموده که شهروندان از «وظیفه وفاداری مداوم به قانون اساسی»^۱ به‌واسطه برخورداری از آزادی تعلیم و تربیت رها نخواهند شد.

۴.۲. قواعد مربوط به پوشش در مراکز آموزش عالی و رویه دادگاه قانون اساسی

اولین بخش از مقررات مربوط به پوشش در مراکز آموزش عالی، مقرره‌ای بود که در ۲۲ جولای ۱۹۸۱ توسط هیأت دولت تصویب شده و کارمندان سازمان‌ها و مراکز عمومی و پرسنل و دانشجویان دختر در مراکز دولتی را به پوشیدن لباس‌های متعارف و مدرن ملزم می‌ساخت. مقرره موصوف اشعار می‌داشت: «...کارمندان و دانشجویان دختر بایستی از پوشیدن مقنعه و استفاده از روبنده خودداری نمایند...»^۲.

در ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲، هیأت عالی آموزشی، بخشنامه‌ای درخصوص پوشیدن حجاب اسلامی در مراکز آموزش عالی صادر نمود. براساس این بخشنامه،

دانشجویان دختر، حق بر سر کردن حجاب در کلاس‌های درس و دوره‌های آموزشی را نداشتند. دادگاه عالی اداری، طی حکمی در ۱۳ دسامبر ۱۹۸۴، بخشنامه مذکور را قانونی اعلام کرد.^۱

در ۱۰ دسامبر ۱۹۹۸، بخش شانزدهم قانون آموزش عالی^۲ لازم‌الاجرا گردید. قانون موصوف مقرر می‌داشت: «...پوشیدن لباس‌های مدرن در بخش‌های مختلف مراکز آموزش عالی ازجمله کلاس‌های درسی الزامی است. استفاده از مقنعه یا روسری که موها و پیشانی را بپوشاند، بدون باور یا اعتقاد دینی امکان‌پذیر است...»^۳. در ۲۵ اکتبر ۱۹۹۰، بخش هفدهم قانون شماره ۲۵۴۷ آموزش عالی لازم‌الاجرا گردید. قانون مزبور اشعار می‌داشت: «...انتخاب نوع پوشش توسط دانشجویان در مراکز آموزش عالی آزاد است مشروط بر اینکه مقررات لازم‌الاجرا در این خصوص را نقض ننماید...»^۴.

دادگاه قانون اساسی در قضاوت (۹ آوریل ۱۹۹۱) خود خاطرنشان نمود که مقرره پیش‌گفته، پوشیدن حجاب اسلامی در مراکز آموزش عالی را مجاز ندانسته است؛ چراکه این امر با اصول لازم‌الاحترام قانون اساسی ناسازگار است. دادگاه ضمن بیان مطالب مختلف، عنوان داشت که «عبارت «قوانین لازم‌الاجرا»، به قانون اساسی اشاره دارد. پوشیدن حجاب اسلامی در مراکز آموزش عالی به دلیل باورهای دینی با نظم اجتماعی سکولار مغایرت داشته و نقض اصل برابری زنان و مردان قلمداد می‌شود. بر این اساس، آزادی انتخاب پوشش مقرر در این قانون، شامل انتخاب لباس‌هایی با ماهیت دینی که مو و پیشانی فرد را بپوشاند، نخواهد بود. نهایتاً اینکه شرط مقرر در قانون پیش‌گفته، مؤید پوشیدن لباسی مطابق با قوانین لازم‌الاجرا بوده و درنتیجه، پوشیدن حجاب اسلامی، داخل در قلمرو شمول آن نمی‌باشد»^۵.

1. Ibid.

2. Law No. 2547.

3. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 11.

4. Ibid, pp. 11-12.

5. Ibid, p. 14.

1. The Duty to Remain Loyalty to the Constitution.

2. Ibid, p. 10.

۴.۳. مقررات دانشگاه استانبول ۱ در خصوص پوشش

در ۱ ژوئن ۱۹۹۴، هیأت اجرایی دانشگاه استانبول، بخشنامه‌ای در خصوص پوشش دانشجویان و کارمندان دانشگاه با این مضمون صادر نمود: «... قواعد حاکم بر پوشش در دانشگاه‌ها به موجب قوانین و مقررات لازم‌الاجرا تعیین گردیده‌اند. دادگاه قانون اساسی، احکام متعددی در خصوص ممنوعیت استفاده از نمادهای مذهبی در دانشگاه‌ها صادر کرده است. این احکام بر کلیه دانشجویان دانشگاه و کادر علمی و اجرایی آن در هر سطح و درجه قابل اعمال‌اند. هرکس که از مقررات مربوط به پوشش تبعیت نکند، از حضور در بخش‌های اداری و کلاس‌های آموزشی دانشگاه محروم خواهد شد».^۲

در ۲۳ فوریه ۱۹۹۸، بخشنامه‌ای از سوی رئیس دانشگاه استانبول در خصوص دانشجویان دارای محاسن و حجاب اسلامی صادر گردید. و استفاده از نمادهای دینی مزبور به موجب آن، ممنوع اعلام شد.^۳

دانشگاه استانبول در ۹ جولای ۱۹۹۸ دستورالعملی در خصوص نحوه پوشش در دانشگاه اتخاذ نمود که مقرر می‌داشت: «دانشجویان دانشگاه استانبول بایستی اصول قانونی و قواعد مربوط به پوشش را - که در تصمیمات دادگاه قانون اساسی و دیگر نهادهای عالی قضایی مقرر گردیده - رعایت کنند. دانشجویان نبایستی در هیچ‌یک از نهادها، بخش‌ها یا دپارتمان‌های دانشگاه، لباس‌هایی بر تن کنند که نماد و سمبل یک دین، آیین، اندیشه و دیدگاه سیاسی یا ایدئولوژیک باشند. هرکس که مقررات مذکور را در رفتار، گفتار و نوشته‌های خود رعایت نکند با او براساس قواعد آیین دادرسی انضباطی دانشجویان (مصوب ۱۳ ژانویه

۱۹۸۵) برخورد خواهد شد. به موجب این قواعد، هرکس که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، حق دیگران بر آموزش و تعلیم و تربیت را مخدوش نموده یا آرامش و نظم دانشگاه را بر هم زند، به‌طور موقت، برای مدت یک هفته تا یک ماه از حضور در دانشگاه محروم خواهد شد».^۱

ب) رسیدگی توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر

پس از آنکه اعتراضات خانم شاهین نسبت به محرومیت وی از ادامه تحصیل در دانشگاه استانبول (به سبب پوشش و حجاب اسلامی) به محاکم داخلی ترکیه راه به جایی نبرد، نامبرده، ضمن ارائه دادخواستی مفصل به دادگاه، مشخصاً مدعی گردید که ممنوعیت حجاب اسلامی در دانشگاه استانبول و محرومیت وی از ادامه تحصیل در این دانشگاه به سبب ابراز اعتقادات دینی خود، نقض آشکار مواد ۸، ۹، ۱۰ و ۱۴ کنوانسیون و نیز ماده ۲ پروتکل شماره ۱ بوده و از دادگاه تقاضا نمود تا دولت ترکیه را به علت این نقض آشکار در حقوق مسلم و بنیادین او محکوم نماید.^۲

۱. ادعای نقض ماده ۹ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و

آزادی‌های بنیادین

شاکیه در این باره اذعان نمود که ممنوعیت پوشش اسلامی در مراکز آموزش عالی، مداخله ناموجه در حق بر آزادی ابراز عقاید دینی افراد می‌باشد. او ادعای خود را بر ماده ۹ کنوانسیون مستند نمود^۳ که مقرر می‌دارد:

«هر شخص از حق بر آزادی اندیشه، وجدان و دین برخوردار است. این حق، شامل آزادی تغییر دین یا عقیده و آزادی اظهار دین یا باور، به تنهایی یا همراه با

۱. دانشگاه استانبول - تأسیس یافته در قرن پانزدهم میلادی (۱۴۵۳ م.) - یکی از مراکز اصلی آموزش

عالی در ترکیه به‌شمار می‌آید که با دارا بودن ۱۷ دانشکده (شامل ۲ دانشکده پزشکی) و ۱۲ کالج آموزشی، پنجاه هزار دانشجو را در خود جای داده است

2. Ibid, p. 15

3. Ibid.

1. Ibid, p. 16.

2. Ibid, p. 18.

3. Ibid.

دیگران و به صورت عمومی یا خصوصی از طریق انجام مراسم عبادی، آموزش و تعلیم دینی می‌گردد.

آزادی اظهار دین یا عقیده شخصی، منوط و مقید به محدودیت‌هایی خواهد بود که به موجب قانون مقرر گردیده و در یک جامعه دموکراتیک در جهت حفظ منافع مربوط به سلامت عمومی، حمایت از نظم عمومی، بهداشت و اخلاقیات عمومی و یا برای حراست از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری‌اند.

در بررسی ادعای خانم شاهین، قضات اظهار داشتند که دادگاه در این مرحله بایستی بررسی کند که: آیا حق شاکی بر آزادی ابراز دین به موجب ماده ۹ کنوانسیون از سوی مقامات ملی ترکیه مورد مداخله قرار گرفته است یا خیر؟ و اگر چنین است آیا مداخله صورت گرفته، قابل توجیه می‌باشد؟ به علاوه، دادگاه خاطرنشان نمود مداخله در اعمال حق یک فرد در صورتی موجه خواهد بود که به موجب قانون صورت گرفته، هدفی مشروع را تعقیب نموده و در یک جامعه دموکراتیک ضروری و گریزناپذیر باشد.^۱

۱.۱. آیا مداخله‌ای^۲ صورت گرفته است یا خیر؟

شاکی در این باره اظهار داشت که پوشش خاص وی، بایستی به مثابه «وظیفه دینی» او و تبعیت وی از قواعد دین مورد تأیید خود قلمداد شود. وی خاطرنشان ساخت که محدودیت مورد بحث (ممنوعیت پوشش اسلامی در دانشگاه)، مداخله آشکار در حق ابراز دین وی می‌باشد.^۳

مقامات دولت ترکیه مطلب خاصی در این باره بیان نکردند.^۴

در این خصوص که آیا مداخله‌ای در حق ابراز دین شاکی توسط دولت صورت گرفته است یا خیر، دادگاه چنین اظهار نظر نمود: شاکی بیان داشته که وی با

پوشیدن حجاب اسلامی از قواعد دین خود تبعیت نموده و به این ترتیب، تمایل خود به رعایت کامل وظایف دینی‌اش را نشان داده است. بر این مبنا، تصمیم او مبنی بر پوشیدن حجاب، وظیفه‌ای است که به وسیله دین و باور دینی‌اش بر وی تحمیل شده است، لذا به نظر می‌رسد مقررات مورد اعتراض که محدودیت‌هایی را در خصوص پوشیدن حجاب اسلامی در دانشگاه مقرر ساخته‌اند، مداخله در اعمال حق شاکی بر ابراز آزادانه دین او می‌باشند.^۱

۱.۲. آیا مداخله صورت گرفته، موجه بوده است یا خیر؟

بر اساس ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مداخله در اعمال حق فرد بر ابراز آزادانه باورهای دینی، تنها در صورتی موجه خواهد بود که: «در قانون مقرر گردیده»، «یک یا چند هدف مشروع مقرر در پاراگراف دوم ماده ۹ را دنبال نماید» و «در یک جامعه دموکراتیک برای نیل به اهداف پیش گفته، ضروری و گریزناپذیر قلمداد شود».^۲

۱.۲.۱. مقرر شده توسط قانون^۳

شاکی در این باره مدعی شد که در دورانی که وی در دانشگاه پذیرفته شده (سال ۱۹۹۳) و نه در دوره پس از آن، هیچ قانون نوشته‌ای^۴ در خصوص ممنوعیت حجاب اسلامی در دانشگاه‌ها وجود نداشته است. وی متذکر شد که مطابق قواعد آیین دادرسی انضباطی دانشجویان، صرف داشتن حجاب اسلامی در دانشگاه، تخلف انضباطی محسوب نمی‌شده است. اولین مقررره برای محدود ساختن حق او بر پوشیدن حجاب،

1. Ibid.

2. See: "Arslan v. Turkey", Judgment of 8 July 1999, Series A, No. 23462/94, Pp. 12-13; "Chahal v. The United Kingdom", Judgment of 15 November 1996, Series A, No. 22414/93, Pp. 33-34; "Murray v. The United Kingdom", Judgment of 28 October 1994, Series A, No 14310/88, p. 18.

3. Prescribed by Law.

4. The Written Law.

1. Ibid, p. 19.

2. Interference

3. Ibid, p. 20.

4. Ibid.

بخشنامه‌ای بوده که در ۲۳ فوریه ۱۹۹۸ - یعنی چهار سال و نیم پس از پذیرش وی در دانشگاه استانبول - از سوی رئیس این دانشگاه صادر شده است.

افزون بر این، شاکی مدعی گردید که نمی‌توان مبنای قانونی مقررات تحدیدکننده حق بر پوشیدن حجاب را، رویه دادگاه‌های ترکیه قلمداد کرد، زیرا دادگاه‌ها صرفاً صلاحیت دارند تا قوانین ایجادشده توسط نهاد قانونگذار را اعمال نمایند، نه اینکه خود به خلق قواعد جدید مبادرت ورزند. دادگاه قانون اساسی با محدود ساختن پوشش اسلامی در دانشگاه‌ها در قضاوت (۷ مارس و ۹ آوریل ۱۹۹۱) خود، به صورت فراقانونی عمل کرده و این در حالی بوده است که قانونگذار پیش از آن، هیچ قانون موضوعه لازم‌الاجرائی در ارتباط با ممنوعیت پوشش اسلامی توسط دانشجویان در مراکز آموزش عالی تصویب نکرده بود. بنابراین، دلایل مطرح‌شده توسط دادگاه قانون اساسی برای ممنوع ساختن حجاب، مبنای قانونی نداشته‌اند.^۱

وی همچنین اظهار داشت گرچه مقامات دانشگاه ازجمله رئیس دانشگاه و ریاست دانشکده پزشکی، به نحو غیرقابل پرسشی، امکان استفاده از اختیارات خود در چارچوب قانون را دارا بوده‌اند، با این وجود، قلمرو اختیارات مذکور و محدودیت‌های وارد بر آنها نیز توسط قانون مشخص گردیده‌اند. این در حالی است که در مبحث و مورد حاضر، ریاست دانشگاه نه براساس قوانین لازم‌الاجرا و نه بر پایه قواعد آیین دادرسی انضباطی دانشجویان، این اختیار را نداشته است که از حضور دانشجویان محجبه در کلاس‌های درس و اماکن آموزشی دانشگاه جلوگیری به عمل آورد. افزون بر این، قوه قانونگذار، در هیچ مرحله‌ای درصدد ایجاد یک محدودیت عمومی بر استفاده از نمادهای دینی در مدارس و دانشگاه‌ها نبوده، زیرا با وجود بحث‌های مفصل و دامنه‌دار درباره پوشیدن حجاب اسلامی در پارلمان، هرگز از چنین ممنوعیتی دفاع نشده است.^۲

1. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 21.

2. Ibid, p. 21.

و درنهایت، مدعی شد که مداخله صورت‌گرفته در اعمال حق او بر پوشیدن حجاب اسلامی در دانشگاه، بر یک قانون موضوعه در چارچوب معنای مورد نظر کنوانسیون مبتنی نبوده است.^۱

دولت در مقام دفاع از عملکرد خویش اظهار داشت که محدودیت وارده بر پوشیدن حجاب اسلامی در اماکن آموزش عالی، براساس قانون و به استناد بخش هفدهم قانون شماره ۲۵۴۷ صورت گرفته و احکام دادگاه قانون اساسی و دادگاه عالی اداری ترکیه نیز، مؤید همین معنا می‌باشند.^۲

دادگاه پس از استماع اظهارات طرفین، بیان داشت که عبارت «مقررشده توسط قانون»، ابتدائاً مستلزم آن است که اقدام صورت‌گرفته، بایستی مبنایی در قانون داخلی کشور داشته باشد. دادگاه همچنین به «کیفیت قانون»^۳ مورد بحث اشاره کرده و افزود قانون بایستی «برای افراد مربوط، قابل دسترس»^۴ بوده و از «دقت کافی»^۵ برخوردار باشد به‌گونه‌ای که آنها بتوانند «در شرایط متعارف»^۶ «پیامدهای اعمال خویش را پیش‌بینی نموده»^۷ و بر مبنای آن، رفتار خود را تنظیم نمایند.^۸

دادگاه ملاحظه نمود که استدلالات خانم شاهین در ارتباط با «عدم قابلیت پیش‌بینی»^۹ قانون ترکیه با بخشنامه صادره از سوی ریاست دانشگاه استانبول در ۲۳ فوریه ۱۹۹۸ - که براساس آن، دانشجویان دختر اجازه پوشیدن حجاب اسلامی در کلاس‌های درس و دیگر اماکن دانشگاه را نداشتند - بی‌ارتباط بوده است. آن بخشنامه، توسط رئیس دانشگاه صادر گردیده، کسی که از اختیار تصمیم‌گیری

1. Ibid.

2. Ibid.

3. Quality of Law.

4. Accessible to the Persons Concerned.

5. Sufficient Precision.

6. Reasonable Circumstances.

7. Foresee the Consequences which a Given Action May Entail.

8. Ibid, p. 22 And See Also: Gorzelik and Others v. Poland, Judgment of 8 April 2004, Series A, no. 44158/98, § 64.

9. Unforeseeability.

نهایی برخوردار بوده و مسئول اعمال و اجرای وظایف اداری و اجرایی دانشگاه قلمداد می‌شود. وی بخشنامه مورد بحث را در چارچوب اختیارات و صلاحیت‌های واگذار شده به وی در قالب ماده ۱۳ قانون شماره ۲۵۴۷^۱ و در انطباق با مقررات نظارتی‌ای که پیش از آن اتخاذ گردیده بودند، صادر نموده است.

آنچه دادگاه بایستی در این مرحله از رسیدگی خود مشخص نماید، این است که: آیا ماده ۱۷ قانون شماره ۲۵۴۷، مستعد فراهم ساختن یک مبنای قانونی برای بخشنامه ۲۳ فوریه ۱۹۹۸ ریاست دانشگاه استانبول بوده است یا خیر؟^۲

دادگاه در این خصوص عنوان نمود که تفسیر قانون داخلی، اصولاً و اساساً در اختیار مقامات ملی و خصوصاً دادگاه‌های داخلی است.^۳ دادگاه در رد ادعای شاکی مبنی بر اینکه بخشنامه صادره غیرقانونی بوده، یادآور شد که دادگاه اداری ترکیه در تأیید اعتبار بخشنامه موصوف، بر رویه دادگاه عالی اداری و دادگاه قانون اساسی تکیه کرده است.^۴

به‌علاوه، دادگاه با در نظر گرفتن عبارات «در انطباق با قانون»^۵ و «مقرر شده توسط قانون»^۶ که در مواد ۸-۱۱ کنوانسیون مورد اشاره قرار گرفته‌اند، بیان داشت که واژه «قانون»، همواره در «معنای ماهوی»^۷ و نه در «معنای شکلی»^۸ آن، درک و استنباط شده و هم قانون نوشته (قوانین مصوب پارلمان) و نیز مقررات اتخاذ شده

۱. «رؤسای دانشگاه‌ها دارای اختیارات، صلاحیت‌ها و مسئولیت‌های ذیل می‌باشند:

ریاست جلسات هیأت‌های اجرایی و اداری دانشگاه، اجرای تصمیمات متخذه از سوی هیأت‌های مذکور، بررسی برنامه‌های ارائه شده توسط این هیأت‌ها، اتخاذ تصمیمات مورد نیاز برای اداره هرچه بهتر دانشگاه و بالاخره حصول اطمینان از اینکه بخش‌های گوناگون دانشگاه، به صورت هماهنگ با یکدیگر فعالیت می‌کنند».

2. Ibid.

3. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 23; “Kruslin v. France”, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-A, pp. 21-22.

4. Ibid, p. 25.

5. In Accordance with the Law

6. Prescribed by Law

7. Substantive Sense

8. Formal Sense

توسط نهادهای مقررات‌گذاری حرفه‌ای را - که پارلمان، بدان‌ها «اختیار قاعده‌گذاری مستقل»^۱ اعطاء نموده - شامل می‌شود.^۲

افزون بر این، قانون بایستی به گونه‌ای فهمیده و درک شود که هم «قوانین موضوعه»^۳ و هم «قوانین ایجاد شده به وسیله قضات»^۴ را دربرگیرد.^۵

بدین ترتیب، مسأله قانونی بودن بخشنامه رئیس دانشگاه استانبول، بایستی نه تنها بر مبنای عبارات ماده ۱۷ قانون شماره ۲۵۴۷، بلکه براساس رویه قضایی مربوطه نیز بررسی و ارزیابی گردد.^۶

در این ارتباط، همان گونه که دادگاه قانون اساسی ترکیه در قضاوت (۹ آوریل ۱۹۹۱) خود، پیش‌تر یادآور شده، عبارات ماده ۲۵۴۷ نشان می‌دهند که آزادی انتخاب نوع پوشش در مراکز آموزش عالی مطلق نیست. به موجب عبارات ماده پیش‌گفته، دانشجویان آزادند تا آن گونه که مایل هستند لباس بپوشند مشروط بر اینکه پوشش مورد نظر آنها مغایرتی با قوانین لازم‌الاجرا نداشته باشد.^۷

دادگاه در این باره خاطر نشان ساخت که مفهوم قابلیت پیش‌بینی تا میزان قابل ملاحظه‌ای به «محتوای سند قانونی»^۸ مورد بحث، «حوزه‌ای که قانون برای اعمال در آن ایجاد شده»^۹ و «تعداد و موقعیت کسانی که مورد خطاب قانون قرار

1. Independent Rule-Making Power

2. Ibid; “De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium”, judgment of 18 June 1971, Series A, No. 12, pp. 45-46; “Barthold v. Germany”, judgment of 25 March 1985, Series A, No. 90, pp. 21-22.

3. Statutory Law

4. Judge-Made Law

5. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 25; “The Sunday Times v. the United Kingdom”, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, p. 30; “Casado Coca v. Spain”, judgment of 24 February 1994, Series A, No. 285-A, p. 18.

6. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 26.

7. Ibid.

8. Content of the Legal Instrument.

9. The Field It Is Designed to Cover.

گرفته‌اند»^۱، وابسته است و همواره باید به یاد داشت که اعمال قوانین، به‌ناگزیر، عنصری از تفسیر قضایی^۲ را دربردارد، زیرا همواره نیازمند توضیح نکات مبهم می‌باشد و قانون در اوضاع و احوال خاص اعمال شود. بر این اساس، «حاشیه ابهام»^۳ مربوط به قانون، به خودی خود یک مقرر قانونی را غیرقابل پیش‌بینی نمی‌سازد. اعطای صلاحیت تفسیری به دادگاه‌ها نیز دقیقاً در راستای روشن نمودن همین نکات مبهم صورت گرفته است.^۴

دادگاه قانون اساسی در پرونده حاضر، پیش‌تر مشخص نموده است که عبارت «قوانین لازم‌الاجرا» به‌طور قطع، قانون اساسی را نیز دربرمی‌گیرد. قضات این دادگاه همچنین روشن ساخته بودند که اعطای جواز پوشیدن حجاب اسلامی به دانشجویان دختر در راستای اعتقادات دینی آنها، در تغایر آشکار با اصول لازم‌الاحترام قانون اساسی است. افزون بر این، دادگاه عالی اداری طی احکام متعدد خویش اعلام نموده است که داشتن حجاب اسلامی در دانشگاه‌ها با اصول بنیادین جمهوری ناسازگار است، زیرا پوشیدن حجاب توسط زنان، در راستای تبدیل شدن آنها به نماد و سمبل طرز فکری خاص صورت گرفته و در تغایر آشکار با آزادی زنان و اصول بنیادین جمهوری است. در این شرایط و با توجه به مطالب پیش‌گفته، دادگاه به این نتیجه رسید که مداخله در اعمال حق شاکی بر پوشیدن حجاب اسلامی، مبنای قانونی داشته و براساس ماده ۱۷ قانون شماره ۲۵۴۷ و رویه قضایی دادگاه‌های عالی ترکیه صورت پذیرفته است.^۵

۱.۲.۲. هدف مشروع^۶

دولت ترکیه در توجیه مداخله صورت‌گرفته در اعمال حق شاکی بر ابراز آزادانه باورهای دینی، مدعی گردید که مداخله مزبور هدف مشروع «حمایت از نظم

عمومی»^۱ را تعقیب می‌کرده است. دادگاه اروپایی نیز با در نظر گرفتن اوضاع و احوال پرونده و تصمیمات دادگاه‌های داخلی ترکیه، ادعای دولت را مورد مناقشه قرار نداده و با توجه به عدم اظهار نظر شاکی در این ارتباط، مدعای دولت ترکیه را تأیید نمود.^۲

۱.۲.۳. ضروری در یک جامعه دموکراتیک^۳

درخصوص ضرورت مداخله دولت در اعمال حق شاکی، نامبرده اظهار داشت که مفاهیم دموکراسی و جمهوری یکسان نیستند. وی در تأیید این مطلب، مدعی شد درحالی‌که بسیاری از حکومت‌های توتالیتار، نظام سیاسی خود را جمهوری قلمداد می‌کنند، تنها یک دموکراسی واقعی می‌تواند بر اصول «تکثرگرایی»^۴ و «آزاداندیشی»^۵ مبتنی شود. شاکی با استناد به رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر و نیز سنتی که در بسیاری از کشورهای اروپایی اتخاذ شده، مدعی شد که نبایستی به دولت‌های متعاقد، حاشیه تشخیص گسترده‌ای برای کنترل طرز پوشش دانشجویان اعطاء شود. وی توضیح داد که هیچ کشور اروپایی، داشتن حجاب اسلامی توسط دانشجویان در دانشگاه‌ها را ممنوع اعلام نکرده است و همچنین افزود هیچ «نشانه عینی از تنش»^۶ در مراکز آموزش عالی وجود نداشته است که اتخاذ چنین اقدام رادیکالی را توجیه نماید.^۷

به‌علاوه، خانم شاهین در اظهارات خود متذکر شد که دانشجویان، افرادی بالغ با قدرت درک کافی بوده و از اهلیت حقوقی لازم برخوردارند. آنها می‌توانند رفتار سازگار و متناسب با شأن خود را تشخیص داده و براساس آن عمل نمایند، لذا مدعی شد که ممانعت دانشجویان از پوشیدن حجاب اسلامی، بیانگر عدم احترام به باورهای شخصی افراد بوده و نقض آشکار و مسلم حق بنیادین آنها بر ابراز عقیده تلقی می‌شود.

1. Protecting Public Order.
2. Ibid.
3. Necessary in a Democratic Society.
4. Pluralism.
5. Broad-mindedness
6. Objective Sign of Tension.
7. Ibid.

1. The Number and Status of Those to Whom It Is Addressed.
2. Judicial Interpretation
3. Margin of Doubt
4. Ibid; "Gorzelik and Others v. Poland", **Op.cit.**, § 65.
5. Ibid.
6. Legitimate Aim.

دولت در پاسخ به اظهارات وی، به طرح این مطلب بسنده کرد که جامعه ترکیه، جامعه‌ای سکولار بوده و پوشیدن حجاب اسلامی در اماکن آموزش عالی عمومی و دولتی توسط شاکی، بر خلاف نظم اجتماعی دموکراتیک سکولار این کشور است. بر این اساس، دولت می‌تواند به اقتضای حفظ نظم عمومی، آزادی انتخاب پوشش در اماکن عمومی توسط افراد را محدود و تنظیم نماید.^۱

دادگاه پس از استماع اظهارات طرفین، یادآور شد همان‌گونه که در ماده ۹ کنوانسیون مقرر گردیده، آزادی اندیشه، وجدان و دین، یکی از بنیان‌های «یک جامعه دموکراتیک» در چارچوب معنای مورد نظر کنوانسیون بوده و از آن جامعه، غیرقابل تفکیک است. آزادی بیان، در جنبه دینی خود، یکی از اساسی‌ترین عناصر و مؤلفه‌هایی است که هویت معتقدان بدان و تعریف آنها از زندگی را صورت‌بندی می‌کند. آزادی موصوف همچنین، دارایی و سرمایه‌ای ارزشمند برای بی‌خدایان، شک‌گرایان و ملحدان است. این آزادی، ازجمله آزادی داشتن یا نداشتن باورهای دینی و عمل کردن یا نکردن به آن باورهاست.^۲

با وجود آنکه آزادی دینی، اساساً یک امر فردی است، آزادی موصوف هم متضمن آزادی ابراز دین از سوی افراد، در خلوت (به تنهایی) و یا در جلوت (همراه با دیگران در جامعه و به صورت علنی) نیز هست. ماده ۹، اشکال گوناگونی را که ابراز دین می‌تواند از طریق آنها صورت گیرد ذیل عناوین «عبادت»،^۳ «آموزش»^۴ و «انجام مناسک مذهبی»^۵ فهرست می‌نماید. با این حال، ماده موصوف، از انجام هر عملی با انگیزه دینی حمایت نمی‌کند.^۶

1. Ibid.

2. Ibid, See Also: The Kokkinakis Jugment, Cited Above, And Buscarini and Others Jugment, Cited Above and Refah Party and Others Jugment, Cited Above, pp. 19-20.

3. Worship.

4. Teaching.

5. Practice and Observance.

6. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid, See Also: Kalaç v. Turkey, Judgment of 1 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, p. 1209, § 27 And

در جوامع دموکراتیکی که در بطن آنها چندین دین در چارچوب یک جمعیت یا چندین جمعیت مشابه، همزیستی می‌کنند، ضروری است تا به‌منظور سازگار نمودن منافع گروه‌های مختلف و تضمین این مهم که باورهای تمامی اشخاص، مورد احترام قرار خواهد گرفت محدودیت‌هایی بر آزادی ابراز دین از سوی افراد اعمال گردد. دادگاه در این راستا، متناوباً بر نقش دولت به عنوان سازمان‌دهنده بی‌طرف ابراز عقاید و باورهای شخصی تأکید نموده و بارها بیان داشته است که ایفای مؤثر و بی‌عیب و نقص این نقش، برای حفظ نظم عمومی، ایجاد هماهنگی دینی و ترویج تسامح و روادمداری در جامعه، مهم و ضروری است. همچنین دادگاه خاطرنشان نمود که اعطای هرگونه اختیاری به بخش دولتی برای ارزیابی مشروعیت باورهای دینی افراد یا طریقی که باورهای مزبور به‌واسطه آنها ابراز می‌شوند، با تعهد دولت به حفظ بی‌طرفی و انصاف، مغایر و ناسازگار است. تعهد مزبور، دولت را ملزم می‌سازد تا تسامح و روادمداری گروه‌های دینی مختلف نسبت به یکدیگر را تضمین نماید. بر این اساس، نقش مقامات دولتی در چنین شرایط و اوضاع و احوالی، آن نیست که تنش ایجادشده میان گروه‌های عقیدتی متفاوت را با از بین بردن تکثر و چندگانگی برطرف کنند، بلکه وظیفه آنها این است که از روادمداری و بردباری گروه‌های متعارض موصوف نسبت به یکدیگر اطمینان حاصل نمایند.^۱

چندگانگی، روادمداری و آزاداندیشی، شاخصه‌های یک جامعه دموکراتیک‌اند.

اگرچه منافع افراد بایستی «عندالاقضاء»^۲ نسبت به منافع گروه در درجه دوم اهمیت قرار گیرند با این حال، دموکراسی به‌سادگی به این معنا نیست که

← Arrowsmith v. the United Kingdom, Commission's report of 12 October 1978, No. 7050/75, Decisions and Reports [DR] 19, p. 5 And C. v. the United Kingdom, Commission decision of 15 December 1983, No. 10358/83, [DR] 37, p. 142.

1. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid, p. 28 And See Also: Serif v. Greece, Judgment of 14 December 1999, Series A, No. 38178/97, p. 53, And The United Communist Party of Turkey and Others Judgment, Cited Above, p. 27, § 57.

2. On Occasion.

دیدگاه‌های اکثریت و منافع آنها بایستی «همواره» ارجحیت داده شوند. بر این اساس، ضروری است که میان منافع گروه اکثریت و حقوق و آزادی‌های گروه اقلیت، تعادل برقرار شده و به این ترتیب، از برخورد منصفانه و صحیح با اعضای گروه اقلیت و عدم سوءاستفاده اعضای گروه اکثریت از موقعیت برتر خویش، اطمینان حاصل شود.^۱ دقیقاً همین جستجوی همیشگی «تعادل میان حقوق بنیادین افراد و منافع و مصالح جمعی است»^۲ که «پایه و اساس یک جامعه دموکراتیک»^۳ را تشکیل می‌دهد. در اینجا است که نقش مقامات ملی تصمیم‌گیرنده، واجد اهمیت می‌گردد. این اهمیت زمانی بیشتر آشکار می‌شود که دولت بر استفاده از نمادهای دینی در مراکز آموزشی نظارت نموده و پوشش لباس‌های دینی را محدود می‌نماید. با توجه به این مهم که نظریه‌ای واحد درباره اهمیت دین در جامعه در تمامی کشورهای اروپایی وجود نداشته و معنا و اثر ابراز صریح عقاید دینی بسته به زمان و مکان متفاوت است، بر این اساس قواعد موجود در این زمینه از یک کشور به کشور دیگر براساس سنت‌های ملی و اقتضائات خاص جوامع آنها متفاوت خواهد بود. بنابراین، انتخاب میزان و شکل چنین قواعد و مقرراتی، به‌ناچار باید به مقامات ذی‌صلاح ملی واگذار شود؛ چراکه این امر به شرایط داخلی خاص کشورها وابسته است.^۵

گفتنی است حاشیه تشخیص واگذار شده به دولت‌ها، تحت نظارت یک ناظر اروپایی بی‌طرف قرار گرفته و تصمیمات متخذه از سوی دولت‌ها در این باب، هم

براساس قانون و هم بر مبنای رویه قضایی موجود، مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهند گرفت. وظیفه دادگاه در این باره آن است که مشخص کند: آیا اقدامات اتخاذ شده در سطح ملی، اصولاً و اساساً موجه و متناسب بوده‌اند یا خیر؟ در تعیین قلمرو حاشیه تشخیص دولت در پرونده حاضر، دادگاه بایستی آنچه مقامات ملی با مداخله در اعمال حق شاک، در پی دستیابی به آن بوده‌اند (یعنی ضرورت حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران، حفاظت از نظم عمومی و حفظ صلح و آرامش در جامعه و نیز تضمین چندگانگی دینی را که برای بقای یک جامعه دموکراتیک حیاتی می‌باشد)، مورد توجه قرار دهد.^۱

افزون بر موارد پیش گفته، دادگاه همچنین خاطرنشان ساخت که نهادهای قضایی کنوانسیون در بررسی‌های پیشین خود دریافته‌اند که در یک جامعه دموکراتیک، دولت می‌تواند در صورتی که حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران، حفظ نظم عمومی و سلامت جامعه اقتضاء نماید محدودیت‌هایی را در خصوص پوشیدن حجاب اسلامی اعمال کنند.^۲ بنابراین روشن است که مقامات آموزشی عالی‌رتبه نیز می‌توانند به‌منظور حفظ صلح و آرامش میان دانشجویان دارای باورهای متفاوت دینی و برای جلوگیری از بروز بی‌نظمی و اغتشاش در دانشگاه‌ها، محدودیت‌هایی را در خصوص مکان و چگونگی استفاده دانشجویان از نمادهای دینی وضع نمایند.^۳

دادگاه پس از تبیین اصول کلی فوق‌الذکر، خاطرنشان نمود که مداخله صورت گرفته در اعمال حق خواهان به‌موجب بخشنامه ۲۳ فوریه ۱۹۹۸، با رویه قضایی دادگاه‌های ترکیه مطابقت داشته و بر ضرورت حفظ نظم اجتماعی دموکراتیک سکولار مبتنی بوده است. دادگاه قانون اساسی ترکیه در قضاوت (۷ مارس ۱۹۸۹) خود بر همین اصل تکیه زده و اعلام داشته است که آزادی ابراز

1. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid And See Also: Kokkinakis Jugment, cited above, p. 17 And Casado Coca Jugment, cited above, p. 21.
2. See: Karaduman and Others v. Turkey, Jugment of 3 June 2008, Nos. 41296/04 and 41298/04 p. 93 And Dahlab Jugment, cited above, p. 25.
3. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid.

1. See: Young, James and Webster v. the United Kingdom, judgment of 13 August 1981, Series A, No. 44, p. 25 And Chassagnou and Others v. France, Judgment of 29 April 1999 [GC], Series A, nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, p. 112.
2. A Balance between the Fundamental Rights of each Individual and Public Interests.
3. Foundation of a Democratic Society.
4. See: Chassagnou and Others Jugment, Cited Above, p. 113.
5. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid And See Also: Murphy v. Ireland, Jugment of 10 July 2003, Series A. No. 44179/98, p. 73.

عقاید دینی و باورهای شخصی می‌تواند به‌منظور دفاع از اصول و ارزش‌های بنیادی دیگر محدود شود. یکی از این ارزش‌ها، نظام اجتماعی دموکراتیک مبتنی بر اصول برابری و سکولاریسم است. بنابراین، آنجا که آزادی ابراز عقاید دینی، به اصول بنیادی مزبور خدشه وارد آورد، نمی‌تواند از حمایت مندرج در پاراگراف اول ماده ۹ کنوانسیون برخوردار شود.

اکنون و در این مرحله، دادگاه بایستی مشخص نماید که: آیا اقدامات متخذ از سوی مقامات ملی در این پرونده، با اهداف مشروع مورد پیگیری، «متناسب» بوده‌اند یا خیر؟

دادگاه با در نظر گرفتن واقعیات پرونده به این نتیجه رسید که تحصیل در دانشگاه‌های ترکیه برای دانشجویان مسلمان در چارچوب مقررات و محدودیت‌های مشخص‌شده توسط نهادهای آموزشی ذی‌صلاح امکان‌پذیر بوده است. به‌علاوه، دستورالعمل اتخاذشده توسط دانشگاه استانبول در ۹ جولای ۱۹۹۸ نشان می‌دهد که نه تنها استفاده از نمادهای اسلامی نظیر حجاب بلکه استعمال نمادهای دینی دیگر نیز در اماکن دانشگاهی ممنوع اعلام شده است. افزون بر این، ریاست دانشگاه استانبول در پاسخ به اعتراض دانشجویان به ممنوعیت‌های ایجادشده، علت وضع مقررات اینچنینی را برای آنان شرح داده و بیان داشته است که پذیرش درخواست پوشیدن حجاب اسلامی در دانشگاه از منظر رعایت نظم عمومی، امکان‌پذیر نمی‌باشد. او بر این اساس، از دانشجویان درخواست نموده که قواعد مربوط به پوشش را که هم با مقررات موجود و هم با رویه دادگاه‌های عالی ترکیه هم‌خوانی دارند، رعایت نمایند. با این وجود شاکی خانم لیلا شاهین (همچنان بر پوشیدن حجاب اسلامی و تخطی از مقررات انضباطی دانشگاه اصرار ورزیده است).^۱

در پرتو این مباحث و با در نظر گرفتن حاشیه تشخیص واگذارشده به دولت‌های متعاقد در این زمینه، دادگاه اعلام نمود که مقامات ذی‌صلاح آموزشی به دلیل

1. Ibid, p. 30.

ارتباط مستقیم و مستمرشان با جامعه آموزشی، بهتر از هر مرجع بین‌المللی می‌توانند نیازهای محلی و شرایط و اقتضائات یک دوره خاص را ارزیابی نموده و بر آن اساس، تصمیم‌گیری نمایند.^۱ به این ترتیب، دادگاه اعلام نمود که مداخله مورد شکایت به‌طور کلی موجه و با هدف مشروع مورد پیگیری متناسب بوده است.^۲ سرانجام، دادگاه اظهار داشت که دولت جمهوری ترکیه، ماده ۹ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین را نقض نکرده است.^۳

۲. ادعای نقض ماده ۲ پروتکل شماره یک الحاقی به کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین

۲.۱. ضرورت بررسی مجزای شکایت براساس ماده ۲

دادگاه در این خصوص خاطرنشان کرد اگرچه شاکی در دادخواست خویش، بر مواد متعددی از کنوانسیون (مواد ۸، ۱۰، ۱۴) و نیز ماده ۲ پروتکل شماره یک استناد نموده، اما بحث اصلی وی درخصوص نقض ماده ۹ کنوانسیون بوده و درخصوص سایر موارد، مطالب مجزایی ارائه نداده است. با این وجود، دادگاه اعلام نمود که با در نظر گرفتن اوضاع و احوال خاص پرونده، اهمیت بنیادی حق بر آموزش و موقعیت طرفین دعوی، شکایت مطروحه بر مبنای فراز نخست ماده ۲ پروتکل شماره یک قابل رسیدگی می‌باشد.^۴ هرچند ماهیت اصلی شکایت، اعتراض نسبت به بخشنامه‌ای است که در ۲۳ فوریه ۱۹۹۸ از سوی رئیس دانشگاه استانبول صادر گردیده است.

سرانجام، اعلام دادگاه به این امر منتج شد که شکایت مطروحه درخصوص نقض ماده ۲ پروتکل شماره یک را به نحو مجزا مورد بررسی قرار خواهد داد.^۵

1. See: Valsamis v. Greece, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, pp. 32-33.

2. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid.

3. Ibid, p. 31.

4. See: Göç v. Turkey [GC], No. 36590/97, ECHR 2002-V § 46.

5. Ibid, p. 32.

۲.۲. قلمرو اعمال فراز نخست ماده ۲

بنا به اظهار دادگاه هرچند در فراز نخست ماده ۲ - که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس از حق بر آموزش محروم نخواهد شد» -، صراحتاً به آموزش عالی اشاره‌ای نشده است، ولیکن دلیلی وجود ندارد که تصور کنیم این ماده بر تمامی سطوح آموزشی، از جمله آموزش عالی قابل اعمال نیست. بر این اساس، اگرچه ماده موصوف، دولت‌های متعاقد را به ایجاد مراکز آموزش عالی ملزم نمی‌سازد، اما چنانچه کشوری خود به ایجاد چنین مراکزی مبادرت نماید مراکز مزبور قطعاً در دایره شمول ماده ۲ قرار خواهند گرفت.^۱ در همین راستا، دادگاه اظهار داشت که شورای اروپا در پاره‌ای از اسناد جدیدالتصویب خود، بر اهمیت آموزش عالی و نقش کلیدی آن در توسعه حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و ترویج دموکراسی تأکید نموده است.^۲

دادگاه همچنین خاطرنشان ساخت که توسعه حق بر آموزش و محتوای آن، از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی متفاوت بوده و اساساً به «نیازها و منابع جامعه»^۳ وابسته و متکی است. پس، باید همواره به یاد داشت که حقوق مورد حمایت کنوانسیون باید به شیوه‌ای تفسیر شوند که زمینه تحقق آنها در عمل فراهم آمده و تنها به حوزه نظریه

محدود نگردند. افزون بر این، کنوانسیون، «سندی زنده»^۱ و پویا بوده که باید «در پرتو شرایط روز»^۲ و «مطابق با واقعیات موجود»^۳ تفسیر و تحلیل شود.^۴ بنابراین، دادگاه به این نتیجه رسید که فراز نخست ماده ۲ پروتکل شماره یک، بر پرونده حاضر قابل اعمال است.^۵

۲.۳. اعمال ماده ۲ بر پرونده حاضر

شاکی مدعی گردید که ممنوعیت وارده بر داشتن حجاب اسلامی از سوی مقامات عمومی، آشکارا نقض حق او بر آموزش می‌باشد که از محروم ساختن وی از شرکت در آزمون کتبی دروس تومورشناسی (۱۲ مارس ۱۹۹۸)، عصب‌شناسی (۱۶ آوریل ۱۹۹۸) و بهداشت عمومی (۱۰ ژانویه ۱۹۹۸) نشأت گرفته است.^۶

شاکی ضمن اذعان به این مطلب که این حق مسلم مراکز آموزش عالی است که بخواهند آموزش در محیطی آرام و فضایی امن صورت پذیرد، بار دیگر متذکر گردید که اقدامات اتخاذشده درخصوص وی با این خواسته مشروع و هدف موجه، متناسب نبوده‌اند. به هر ترتیب، عدم انجام هرگونه رسیدگی انضباطی علیه نامبرده، نشان از آن دارد که پوشیدن حجاب اسلامی توسط وی، به هیچ‌وجه موجبات

1. A Living Instrument.

2. In the Light of Present-Day Conditions.

3. According to Existing Facts.

4. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid And See Also: Delcourt v. Belgium, judgment of 17 January 1970, Series A, no. 11, pp. 13-15; Marckx v. Belgium, judgment of 13 June 1979, Series A, No. 31, p. 19; And as the most Recent Case, Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], Nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I, § 121.

۵. برای دیدن تصمیمات متفاوت کمیسیون اروپایی حقوق بشر در این زمینه نک:

“X v. the United Kingdom”, No. 8844/80, Commission Decision of 9 December 1980, DR 23, p. 228; “Yanasik v. Turkey”, No. 14524/89, Commission Decision of 6 January 1993, DR 74, p. 14; “Sulak v. Turkey”, No. 24515/94, Commission Decision of 17 January 1996, DR 84-A, p. 98.

6. Leyla Şahin v. Turkey, *Op.cit.*, p. 34.

1. Ibid, And See Also: Golder v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18, p. 18.

2. Leyla Şahin v. Turkey, Ibid, p. 33 And See Also: Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, which was signed in Lisbon on 11 April 1997 and came into force on 1 February 1999, And Recommendation No. R (98) 3 on access to higher education which was adopted On 17 March 1998 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, And Recommendation 1353 (1998) on the access of minorities to higher education, which was adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 27 January 1998.

3. The Needs and Resources of the Community

بر هم‌زدن نظم عمومی و یا نقض حقوق و آزادی‌های دیگر دانشجویان را فراهم نیاورده است. افزون بر این، مقامات دانشگاه، ابزارهای کافی برای برقراری نظم عمومی را در اختیار داشته‌اند. برخی از این ابزارها عبارتند از: انجام رسیدگی‌های انضباطی علیه دانشجوی خاطی یا ارائه شکایت کیفری علیه وی به محاکم در صورتی که رفتار او، عنوان مجرمانه داشته و مستوجب تنبیه کیفری باشد.^۱

وی همچنین ادعا نمود که مشروط نمودن ادامه تحصیل او به خودداری از پوشیدن حجاب اسلامی و ممانعت از حضور وی در دانشگاه، در صورت عدم رعایت این شرط، حق وی بر آموزش را تهی و خالی از معنا نموده و کاملاً بی‌اثر می‌سازد. این واقعیت، زمانی آشکارتر می‌گردد که به یاد آوریم نامبرده، فردی بالغ با شخصیتی تکوین‌یافته بوده و ارزش‌های اخلاقی و اجتماعی خاص خود را داشته است که عمل براساس آنها نباید زمینه محرومیت او از ادامه تحصیل را فراهم نماید.^۲

با عنایت به تمامی دلایل پیش گفته، شاکی اظهار داشت که دولت ترکیه، از چارچوب حاشیه تشخیص واگذار شده بدان، فراتر رفته و با تجاوز از محدوده مجاز اختیار خود، حق او بر آموزش را نقض نموده است.^۳

دولت در مقام دفاع از خود و در پاسخ به ادعاهای شاکی، با استناد به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، اظهار نمود که دولت‌های متعاقد از حاشیه تشخیصی جهت تعیین چگونگی تنظیم آموزش برخوردارند.^۴

درنهایت، دولت ترکیه با بیان این مطلب که مقررات متخذ به توجه به حاشیه تشخیص واگذار شده به دولت‌های متعاقد با رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر سازگار بوده‌اند از دادگاه درخواست نمود تا عدم نقض ماده ۲ پروتکل شماره یک توسط این دولت را اعلام نماید.^۵

1. Ibid, p. 35.

2. Ibid.

3. Ibid.

4. Ibid.

5. Ibid.

دادگاه پس از استماع اظهارات طرفین دعوی، چنین استدلال نمود که حق بر آموزش، به نحو مقرر در فراز نخست ماده ۲ پروتکل شماره یک، شامل «حق دسترسی به مراکز آموزشی موجود در یک زمان مشخص»^۱ می‌باشد. حق بنیادین هر شخص به آموزش، حقی است که باید به نحو برابر برای همه و بدون ایجاد هیچ‌گونه تمایزی میان افراد فراهم شود.^۲

علی‌رغم اهمیت حق بر آموزش، حق مذکور، مطلق نبوده و می‌تواند منوط و مشروط به محدودیت‌هایی گردد. این محدودیت‌ها از آن رو قابل اعمال‌اند که حق دسترسی بر امکانات آموزشی باید توسط دولت تنظیم و کنترل شود.^۳ بر این اساس، مقررات‌گذاری درخصوص مراکز آموزشی از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر متفاوت بوده و به نیازها و منابع خاص جامعه و نیز ویژگی‌های متمایز دوره‌های آموزشی و سطوح مختلف تحصیلی وابسته است. نتیجتاً، دولت‌های متعاقد از حاشیه تشخیصی در این زمینه برخوردارند، اگرچه تصمیم‌گیری نهایی درخصوص الزامات و اقتضائات کنوانسیون، همچنان در صلاحیت دادگاه است. برای حصول اطمینان از اینکه محدودیت‌های وارده، حق بر آموزش را تهی از معنا و ناکارآمد نمی‌سازند، دادگاه بایستی متقاعد شود که محدودیت‌های موصوف، «قابل پیش‌بینی بوده» و «هدفی مشروع را تعقیب می‌کرده‌اند».^۴

به هر روی، برخلاف مواد ۸ - ۱۱ کنوانسیون، ماده ۲ پروتکل شماره یک، فهرستی از اهداف مشروع را مشخص ننموده است.

1. A Right of Access to Educational Institutions Existing at a Given Time.

2. See: Costello-Roberts v. the United Kingdom, Judgment of 25 March 1993, Series A, No. 247-C, p. 58, § 27.

3. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 37; “Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark”, Judgment of 7 December 1976, Series A, Nos. 5095/71; 5920/72; 5926/72., Pp. 25-26, § 52.

4. See: Fayed v. the United Kingdom, Judgment of 21 September 1994, Series A, No. 294-B, pp. 49-50, § 65.

5. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 38.

با این حال، محدودیت وارده بر حق آموزش، تنها در صورتی با ماده ۲ سازگار خواهد بود که میان شیوه‌های تحدیدی به کار رفته و هدف مورد پیگیری، «یک ارتباط تناسبی معقول»^۱ وجود داشته باشد. اینچنین محدودیت‌هایی نباید با دیگر حقوق تضمین شده در کنوانسیون و پروتکل‌ها در تعارض باشد، بلکه کنوانسیون و پروتکل باید به مثابه یک کل در نظر گرفته شوند.^۲ بنابراین، فراز نخست ماده ۲ پروتکل شماره یک، باید در صورت لزوم در پرتو مواد ۸، ۹ و ۱۰ کنوانسیون به طور مشخص، مدنظر گرفته شود.^۴

به طور کلی حق بر آموزش، مانع توسل به اقدامات انضباطی از جمله تعلیق یا اخراج از یک نهاد آموزشی به منظور حصول اطمینان از رعایت قواعد داخلی نهاد مذکور نیست.^۵ تحمیل مجازات‌های انضباطی، بخش مکمل فرایندی است که مدرسه به واسطه آن می‌کوشد تا اهدافی چون رشد و بالندگی شخصیت دانش‌آموزان و توانایی‌های ذهنی آنان را محقق سازد.^۶

پس از تبیین مطالب کلی فوق الذکر، دادگاه اعلام نمود که می‌توان مقررات‌گذاری‌ای را که شاکی به موجب آنها، از دسترسی به کلاس‌های آموزشی و شرکت در آزمون‌های درسی به سبب پوشش و حجاب اسلامی محروم شده، تحدید حق نامبرده بر دسترسی به امکانات آموزشی قلمداد کرد. حال آنکه، دادگاه نمی‌تواند در تحلیل و بررسی پرونده حاضر براساس ماده ۲ پروتکل شماره یک، نتیجه‌گیری به دست آمده در ارتباط با ماده ۹ کنوانسیون را نادیده بگیرد؛ چراکه در این راستا پیش‌تر مشخص نموده است که محدودیت

1. A Reasonable Relationship of Proportionality
2. See: Podkolzina v. Latvia, No. 46726/99, ECHR 2002-II, § 36.
3. See: Campbell and Cosans v. the United Kingdom, Judgment of 25 February 1982, Series A, No. 48, p. 19.
4. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**, p. 39 ; Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen Judgment, **Op.cit.**, p. 26, § 52.
5. See: Campbell and Cosans Judgment, cited above, p. 14.
6. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**

ایجاد شده برای افراد درگیر و دچار شده، کاملاً قابل پیش‌بینی بوده و اهداف مشروع حفاظت از نظم عمومی و حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران را پیگیری می‌کرده است. و همچنین با عنایت به «اصل تناسب» اعلام نموده بود که ارتباط تناسبی معقولی میان شیوه‌های تحدیدی به کار رفته و اهداف مشروع مورد پیگیری وجود داشته است.

نتیجتاً دادگاه اعلام کرد که محدودیت مورد بحث، به ماهیت حق شاکی بر آموزش، خدش‌های وارد نکرده و آن را ناکارآمد و غیر مؤثر نساخته است. همچنین به نظر می‌رسد، محدودیت موصوف با توجه به یافته‌های دادگاه در خصوص دیگر مواد مورد استناد شاکی، با سایر حقوق تضمین شده توسط کنوانسیون و پروتکل‌ها مغایرتی نداشته است. سرانجام، دادگاه اذعان نمود که فراز نخست ماده ۲ پروتکل شماره یک، توسط مقامات ملی ترکیه نقض نگردیده است.^۱

۲.۴. ادعای نقض مواد ۸، ۱۰ و ۱۴ کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و

آزادی‌های بنیادین

دادگاه با توجه به شکایت شاکی بر اساس مواد ۸، ۱۰ و ۱۴ کنوانسیون اعلام نمود نامبرده هیچ بحث جزئی مشخصی در دادخواست خود پیرامون این مواد مطرح نکرده است. افزون بر این، متذکر شد که مقررات مورد شکایت، اهداف مشروع حفاظت از نظم عمومی و حراست از حقوق و آزادی‌های دیگران را تعقیب می‌کرده‌اند و آشکارا در صدد تضمین ماهیت سکولار نهادهای آموزشی بوده‌اند.^۲

در نتیجه، طبق گفته و اعلام دادگاه، همان دلایلی که براساس آنها پیش‌تر مشخص شده است که مقامات ملی ترکیه، ماده ۹ کنوانسیون و ماده ۲ پروتکل شماره یک را نقض ننموده‌اند، در این خصوص نیز قابل اعمال‌اند. در نهایت، دادگاه اظهار داشت که مواد ۸، ۱۰ و ۱۴ کنوانسیون از سوی مقامات دولت ترکیه نقض نشده‌اند.^۳

1. Ibid, p. 41.

2. Ibid.

3. Ibid.

بخش دوم) نقد و بررسی رأی

درخصوص قضاوت دادگاه پیرامون این دعوی می‌توان نکاتی را متذکر شد. در اینجا آنچه توجه بدان حائز اهمیت می‌باشد این است که گرچه نظم عمومی می‌تواند مبنای موجهه‌ساز تحدید حقوق بنیادین افراد از جمله حق بر آزادی دینی قلمداد شود، ولیکن - همان‌طور که پیش‌تر بیان شد - مصلحت جمعی که نظم عمومی یکی از مصادیق بارز آن است، شامل مواردی است که نبود آنها، قطعاً «اصل حیات جمعی» را به مخاطره می‌اندازد. بر این مبنا، مصلحت مورد نظر باید یک نفع عمده، آشکار و قطعی بوده و تنها براساس ارزیابی‌های گمانه‌پردازانه، توجیه نشده باشد. به دیگر سخن، نباید تفکیک میان «آنچه ممکن است رخ دهد» و «آنچه رخ خواهد داد» را نادیده گرفت و تنها به دلیل «احتمال بروز تنش» درباره آن مبالغه کرد. بنابراین، هرچند اسناد بین‌المللی حقوق بشر بر امکان تحدید حقوق و آزادی‌های فردی به دلیل و بر مبنای حفظ نظم عمومی صحه گذارده‌اند، اما بی‌تردید نویسندگان این اسناد تنها مواردی را در نظر داشته‌اند که اعمال حق افراد، قطعاً موجب بر هم خوردن نظم کلی و کلان جامعه می‌شود.

همان‌گونه که خانم شاهین نیز بارها بیان داشته، در این پرونده هیچ‌گونه مدرکی از سوی دولت ارائه نشده است که بروز تنش و بی‌نظمی در سطح دانشگاه به سبب پوشیدن حجاب اسلامی توسط شخص شاکی را به اثبات رساند. به دیگر سخن، هیچ نشانه عینی از تنش که مداخله در حق نامبرده را توجیه نماید، وجود نداشته است. و ظاهراً دولت ترکیه در شرایطی بسیار غیرقطعی و تنها بر مبنای ارزیابی‌های گمانه‌پردازانه و مبتنی بر آزمون و خطا تصمیم‌گیری نموده است. دولت به هیچ‌روی، نشان نداده است که چگونه صرف پوشش و حجاب اسلامی توسط خانم شاهین می‌توانسته نظم عمومی جامعه را بر هم زده و موجب بروز تنش شود، به‌ویژه آنکه وی در زمان نام‌نویسی در دانشکده پزشکی سره‌پاشای دانشگاه استانبول، محجبه بوده و تا چهار سال و نیم بر همین منوال ادامه داده و هیچ‌گاه از سوی مقامات دانشگاه، خطاری در این خصوص دریافت نکرده است. هرچند حق بر ابراز باورهای دینی، از ماهیتی مطلق برخوردار نبوده و قابل در تعارض واقع

شدن با منفعت جمعی در حفظ نظم عمومی است، اما تحدید این حق به دلیل و بر مبنای حفاظت از نظم عمومی، تنها زمانی موجه خواهد بود که زنجیره علت و معلول، آشکار و مشخص بوده باشد و اعمال حق مزبور قطعاً موجبات بر هم خوردن نظم کلان اجتماعی را فراهم سازد.

نکته دیگر که باید بدان توجه نمود اینکه در تعیین و ارزیابی مصلحت عمومی، نباید ترجیحات بیرونی افراد (ترجیحاتی که افراد نه درباره خود بلکه درخصوص دیگران دارند)، مورد توجه قرار گیرد.^۱ به بیان دیگر، مصلحت عمومی نباید بر «اصل سخاوت چشمگیر»^۲ مبتنی گردیده و تمامی ادعاها و تمایلات افراد و ازجمله ترجیحات و تمایلات آنها درباره طرز رفتار دیگران را در دستگاه محاسباتی خود وارد نموده و مبنای تعیین منفعت حیات جمعی قرار دهد.^۳ بنابراین، تأکید دادگاه بر این موضوع که مقامات آموزشی عالی‌رتبه یک کشور می‌توانند به‌منظور حفظ صلح و آرامش میان دانشجویان دارای باورهای متفاوت دینی و برای جلوگیری از بروز بی‌نظمی و اغتشاش در دانشگاه‌ها و پیشگیری از برانگیخته شدن احساسات دانشجویان، محدودیت‌هایی را درخصوص مکان و چگونگی استفاده دانشجویان از نمادهای دینی وضع نمایند،^۴ دخالت دادن ترجیحات بیرونی افراد نسبت به یکدیگر در محاسبه منفعت عمومی جامعه بوده و به باور نگارنده، فاقد مبنای منطقی می‌باشد.

بر این اساس، به نظر می‌رسد دادگاه اروپایی حقوق بشر که با واگذاری حاشیه تشخیص نسبتاً گسترده‌ای به دولت ترکیه، ادعای مقامات دولتی مبنی بر به

1. External Preferences: The Preferences that People Have not for Themselves, but Preferences about How Other People Should be treated. See: Dworkin's External Preferences Argument in Taking Rights Seriously, (London: Duckworth, 1977), p. 277.

2. The Principle of Definitional Generosity.

3. See: A. McHard, "Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights," **Modern Law Review**, Vol. 62, (1999), p. 671.

4. Leyla Şahin v. Turkey, **Op.cit.**

مخاطره افتادن نظم اجتماعی در اثر پوشیدن حجاب اسلامی در اماکن عمومی را مورد مناقشه قرار نداده و ارزیابی‌های دولت را درباره آنچه مصلحت جامعه می‌پندارد مقرون به صحت قلمداد نموده، به خطا رفته است.

این در حالی است که هیچ دلیل قطعی وجود ندارد که فرض کنیم مقامات حکومتی همواره با موفقیت و بدون انحراف، توان تشخیص مصلحت واقعی جامعه را داشته و همیشه به نحو ضروری عزم عملی ساختن آن را نیز دارند.^۱ مقامات مزبور ممکن است برداشتی نادرست از مصالح جمعی داشته و اشتباهات جدی و آشکاری را در شکل‌دهی و اجرای سیاست‌های عمومی مرتکب شوند. همچنین محتمل است در اجرای مسئولیت‌های خویش، براساس انگیزه‌های خودخواهانه عمل نموده و در راه ازدیاد قدرت شخصی خود گام بردارند. این واقعیات به قدری روشن و آشکارند که هیچ شرح مستند یا تأیید تاریخی ضروری نمی‌نماید.^۲

بنابراین، هرچند اعمال آزمون تناسب توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر برای تعیین موجه بودن مداخله مورد مناقشه، محدودیت مهمی را بر حاشیه تشخیص دولت وارد می‌نماید،^۳ با این همه واگذاری چنین محدوده ارزیابی گسترده‌ای به دولت برای تعیین مصلحت عمومی نمی‌تواند واجد مبنای منطقی و عقلانی قلمداد شود.

۱. مؤلفین کتاب ذیل متذکر شده‌اند که پاره‌ای از نویسندگان و محققان حقوقی، مصلحت عمومی را محدود به طیف طرح‌های حکومتی دانسته و فرمان مقامات حاکم را بازتاب اتوماتیک‌وار خیر عمومی تلقی می‌کنند:

W. A. R. Leys, and C.M. Perry, "Philosophy and the Public Interest", **Committee to Advance Original Work in Philosophy**, (1959), p. 47.

۲. نک: ادگار بودنهایمر، «درآمدی بر تئوری مصلحت عمومی»، ترجمه محمد راسخ، **در حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، (تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۷) صص ۱۱۲ - ۱۱۴؛ مهناز بیات‌کمیتیکی و مهدی بالوی، «بازخوانی دکترین مصلحت دولت در پرتو نظریه تعادل»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، سال هفدهم، ش ۴۷، (تابستان ۱۳۹۴): صص ۵۷-۱۲۳.

۳. محمدرضا ویژه، «مفهوم تعهدات مثبت در روبه دیوان اروپایی حقوق بشر»، **مجله الهیات و حقوق**، ش ۱۳، (۱۳۸۳): صص ۱۲۳.

مسئولیت تضامنی و امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین بدون رعایت ترتیب خاص

یوسف درویشی هویدا*

۱. وقایع پرونده

مشخصات رأی

تاریخ صدور رأی: ۱۳۸۶/۵/۱۰
شماره دادنامه: ۶۲۰ پرونده کلاسه ۶۱۲/۸/۸۶
مرجع رسیدگی: شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران
رأی مورد تجدیدنظر: دادنامه شماره ۹۴۶ صادر شده از شعبه ۱۵ دادگاه عمومی تهران

گردشکار: تجدیدنظرخواه دادخواستی به خواسته فوق ارائه کرده است که به این شعبه، ارجاع و پس از ثبت به کلاسه فوق و انجام تشریفات قانونی رسیدگی شد و سرانجام در وقت فوق‌العاده دادگاه تشکیل گردید و با بررسی اوراق و محتویات پرونده ختم دادرسی را اعلام کرد و به شرح زیر رأی داد:

رأی دادگاه

اعتراض آقای ... و... نسبت به دادنامه شماره ۹۴۶ در تاریخ ۸۵/۱۲/۱۴ صادر شده از شعبه ۱۵ دادگاه عمومی تهران که بر محکومیت تجدیدنظرخواهان به پرداخت یکصد میلیون ریال بابت اصل خواسته و همچنین پرداخت هزینه دادرسی و خسارت تأخیر تأدیه در حق تجدیدنظرخوانده اشعار دارد. نظر به اینکه چک مستند دعوی از حساب شرکت ... با امضای مدیرعامل و نایب‌رئیس هیأت مدیره صادر گردیده و مطابق ماده ۱۹ قانون صدور چک مسئولیت صادرکنندگان

چک با صاحب حساب تضامنی است و با توجه به اینکه مطابق مقررات قانون تجارت شخصیت حقوقی مدیران از شخصیت شرکت مستقل و مجزا است و دعوی علیه شرکت صاحب حساب طرح نگردیده تا موضوع تضامن در پرداخت سند تجاری محقق گردد. بنابراین، دعوی به کیفیت مطرح‌شده قابلیت استماع ندارد و مقتضی ورود به ماهیت نیست، لذا رأی تجدیدنظرخواسته را مغایر با قانون تشخیص داده، با استناد به مواد ۳۵۸ و دو قانون آیین دادرسی مدنی رأی معترض‌نه، نقض و قرار رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد.

رئیس شعبه هشت دادگاه تجدیدنظر استان تهران
مستشار دادگاه

قابل ذکر است که طبق رأی دادگاه بدوی (شعبه ۱۵ دادگاه عمومی تهران) حکم بر محکومیت تجدیدنظرخواهان به پرداخت اصل مبلغ چک و هزینه دادرسی و خسارت تأخیر تأدیه صادر شده است.^۱

۲. نقد و بررسی

۲.۱. مقدمه

مسئولیت تضامنی، یکی از مهم‌ترین راهکارهایی است که قانونگذاران جهت تضمین انجام تعهد یا جبران خسارت به کار گرفته‌اند. راهکاری که سطح بالایی از امنیت را در روابط مالی، ایجاد و اطمینان طلبکار به وصول طلب خود را بیشتر می‌کند. این نوع مسئولیت بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید و طلبکار را از خطرات ناشی از ورشکستگی، اعسار یا فرار مدیون اصلی مصون می‌دارد.^۲ در تعریف مسئولیت

۱. برای مشاهده رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر نک: محمدرضا زندی، رویه قضایی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، اجرت‌المثل (تهران: جنگل، ۱۳۹۱)، صص ۳۳۱ - ۳۳۳.

۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین ۴، عقود اذنی وثیقه‌های دین (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶)، ص ۳۴۴؛ لعیا جنیدی، «تضامن و آثار و اوصاف آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۵ (۱۳۷۵): ص ۹.

* عضو هیأت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

yousefdarvishihoveyda@yahoo.com

تضامنی که گاه «تضامن میان بدهکاران» نیز نامیده می‌شود می‌توان گفت: «التزام‌های متعدد برای پرداخت یک دین است».^۱

در حقوق کشورمان، مسئولیت تضامنی، حکم استثنایی و خلاف اصل است و قاعده کلی بر مسئولیت بر مبنای تقسیم و تسهیم است، لذا «تضامن» دلیل خاص می‌خواهد و در تعهدات مشترکی که بر عهده چند شخص قرار می‌گیرد و تجزیه‌پذیر است، باید به تسهیم میان آنان حکم کرد.^۲ مهم‌ترین دلیل خاص وجود مسئولیت تضامنی، پیش‌بینی مسئولیت تضامنی در قانون یا پیش‌بینی آن در قرارداد است.^۳ ازجمله مصادیق مهم مسئولیت تضامنی در قانون می‌توان به مسئولیت تضامنی غاصبان (ماده ۳۱۷ قانون مدنی)، مسئولیت مدیون و ضامن در ضمانت تضامنی (ماده ۴۰۳ قانون تجارت)، مسئولیت مسئولان انجام تعهد با شرط تضامن (ماده ۴۰۴ قانون تجارت) اشاره کرد. در کنار این موارد، یکی از مهم‌ترین مصادیق مسئولیت تضامنی در حقوق ما مسئولیت تضامنی امضاءکنندگان اسناد تجاری است که در مواد ۲۴۹، ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت مقرر شده است. اهمیت مسئولیت تضامنی امضاءکنندگان اسناد تجاری به‌ویژه از آن‌روست که از لحاظ عملی بیشتر از مصادیق دیگر مسئولیت تضامنی، در مراجع قضایی مطرح می‌شود و حجم قابل توجهی از دعاوی و پرونده‌های ورودی به دادگستری را به خود اختصاص می‌دهد.^۴

۱. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات (تهران: نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹)، ص ۲۰۲.

۲. همان، ص ۲۰۷.

۳. «باید نظر دیوان کشور را تأیید کرد و مسئولیت تضامنی را محدود به موردی ساخت که در قرارداد یا قانون به آن تصریح شود یا موضوع به حکم طبیعت خود تجزیه‌ناپذیر باشد یا احراز شود که هرکدام از مسؤولان یک دین تمام آن را به عهده گرفته است»: همان.

۴. این امر یعنی بسامد بالای دعاوی مرتبط با اسناد تجاری و مسئولیت امضاءکنندگان آن، به‌ویژه اجمال و ابهام مقررات حاکم بر اسناد تجاری سبب گردیده است که در موضوعات مختلف مرتبط با اسناد تجاری، آراء متفاوت و گاه متناقضی صادر شود.

۲.۲. اثر اصلی تضامن؛ اختیار طلبکار در انتخاب مسئول پرداخت

مهم‌ترین فایده مسئولیت تضامنی، ایجاد اطمینان بیشتر برای طلبکار در وصول طلب خود است، زیرا به تعداد مسئولین تضامنی، جهت اجرای تعهد «مسئول قابل رجوع» وجود خواهد داشت و طلبکار می‌تواند اجرای تعهد را از همه یا برخی از آنان تقاضا نماید. در عین حال که طلبکار می‌تواند کل طلب را از هریک از مسئولین مطالبه کند درنهایت، فقط به میزان طلب خود قادر است از مسئولین تضامنی دریافت نماید.

درواقع «مسئولیت تضامنی بر دو پایه اصلی استوار است: ۱- هریک از بدهکاران مشترک مسئول پرداخت تمام دین است و طلبکار می‌تواند به یک یا چند بدهکار رجوع نماید و تمام یا قسمتی از دین را از هرکدام مطالبه کند. ۲- پرداخت دین از سوی هر بدهکار، دیگران را نیز بری می‌کند و طلبکار حق ندارد از مجموع بدهکاران بیش از طلب خود بگیرد. درنتیجه، باید گفت مسئولیت تضامنی، وسیله تأمین وصول طلب و وثیقه شخصی به سود طلبکار است و نباید آن را وسیله‌ای ناروا برای وصول مکرر طلب شمرد. التزام‌های متعدد برای وصول یک طلب ایجاد می‌شود و هر التزام بدل دیگران است و می‌تواند به جای آنها مورد استفاده قرار گیرد».^۱

مهم‌ترین اثر تضامن، امکان رجوع طلبکار به نزد همه مسئولین است، زیرا هدف اصلی این نهاد، تضمین حق طلبکار و ایجاد اطمینان بیشتر در وصول طلب می‌باشد. در مسئولیت تضامنی، هر مدیونی نسبت به کل دین مسئولیت دارد. بنابراین، دعاوی طلبکار (که از یکی از بدهکاران تضامنی، کل مبلغ دین یا موضوع تعهد را مطالبه می‌کند)، دارای وجهه قانونی است. وجود مسئولین متعدد در قبال دین واحد و مسئولیت هریک از آنان برای پرداخت کل دین، غیر از آنکه به طلبکار حق می‌دهد به کلیه مسئولین به صورت جمعی، مراجعه و علیه همگی طرح دعوا نماید، به وی این اختیار را می‌دهد که به هریک از مسئولین تضامنی جهت

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۰۲.

پرداخت دین و اجرای تعهد مراجعه کند و درواقع یکی از مزایای مسئولیت تضامنی برای طلبکار، آزادی وی در انتخاب مدیون (مسئول پرداخت) است.^۱

ماده ۳۱۷ قانون مدنی که بحث تضامن در غصب و آزادی مالک را در انتخاب مدیون یا مسئول پرداخت، بیان می‌کند مقرر می‌دارد: «مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبین بعدی که بخواهد مطالبه کند». ماده ۲۴۹ قانون تجارت نیز که حکومت مسئولیت تضامنی را در اسناد تجاری مقرر کرده است با صراحت و تفصیل بیشتر آزادی طلبکار (دارنده سند تجاری) را در انتخاب مسئول پرداخت و نیز امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین تضامنی تا وصول کل طلب خود بیان می‌کند. به‌موجب این ماده: «برات‌دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس‌ها در مقابل دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. دارنده برات در صورت عدم تأدیه و اعتراض می‌تواند به هر کدام از آنها که بخواهد منفرداً یا به چند نفر یا به تمام آنها مجتمعاً رجوع نماید. همین حق را هریک از ظهرنویس‌ها نسبت به برات‌دهنده و ظهرنویس‌های ماقبل خود دارند. اقامه دعوی علیه یک یا چند نفر از مسئولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسئولین برات نیست. اقامه‌کننده دعوی ملزم نیست ترتیب ظهرنویسی را از حیث تاریخ رعایت کند...». باید توجه داشت که ممکن است در یک رابطه حقوقی یا معامله، دو یا چند شخص به عنوان اطراف آن رابطه یا معامله در مقابل متعهدله مسئولیت داشته باشند. غیرقابل تجزیه بودن تعهد و ضرورت طرح دعوا علیه کلیه متعهدان این رابطه حقوقی نباید تلقی یکی بودن آن را با مسئولیت تضامنی به ذهن متبادر سازد، زیرا در مسئولیت تضامنی، طلبکار اختیار دارد کل اجرای تعهد را از هریک از مسئولین خواستار شود و می‌تواند به انتخاب خود، هریک از مسئولین را به تنهایی یا در کنار دیگران مورد طرح دعوا قرار دهد درحالی‌که در رابطه حقوقی موصوف، طلبکار امکان گزینش ندارد و غیرقابل تجزیه بودن تعهد، وی را وادار می‌سازد دعوا را علیه کلیه متعهدان اقامه نماید.

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۶؛ لعیا جنیدی، پیشین، ص ۲۴.

۲.۳. مسئولیت تضامنی مدیران شرکت تجاری در صدور چک پرداخت نشدنی

همان‌طور که وکیل به عنوان نماینده قراردادی و به وکالت از موکل خود اعم از اینکه شخص، حقیقی باشد یا حقوقی، اختیار صدور اسناد تجاری را دارد مدیران شرکت‌های تجاری و نیز مدیران اشخاص حقوقی غیرتجاری به عنوان نماینده قانونی می‌توانند اقدام به صدور چک یا سایر اسناد تجاری نمایند. درعمل نیز صدور سند تجاری از طرف غیراصیل و به نمایندگی از اشخاص دیگر زمانی مصداق پیدا می‌کند که مدیر یک شخص حقوقی (شرکت تجاری، مؤسسه غیرانتفاعی و امثال آن) به نام و به حساب شرکت، مبادرت به صدور سند تجاری می‌نماید.^۱

پرسش مهم در این خصوص آن است که: در صورت صدور سند تجاری از طریق نمایندگی (وکالت)، مسئولیت پرداخت بر عهده منوب‌عنه قرار دارد یا نماینده؟ بعضی از نویسندگان حقوقی در پاسخ به این سؤال، نماینده یا وکیل را مسئول پرداخت دانسته‌اند با این استدلال که «روابط حقوقی بین صاحب اصلی و نماینده تأثیری در تعهدات شخصی که برات را صادر کرده است، ندارد و کسی که برات را امضاء کرده است اگرچه به حساب دیگری باشد در مقابل دارنده برات مسئول است»^۲، اما برخی محققان حقوقی با صراحت بیشتری دلیل اصلی مسئول بودن نماینده را آن دانسته‌اند که در حالت صدور سند تجاری به نمایندگی نیز، صادرکننده سند که طبق قانون تجارت مسئولیت دارد، نماینده است.^۳

۱. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت؛ برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک (تهران: سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۰)، ص ۵۹.

۲. حسن ستوده‌تهرانی، حقوق تجارت، اسناد تجاری (تهران: نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۴)، ص ۳۱.

۳. «کسی که به حساب دیگری برات می‌کشد، خود به عنوان برات‌کش متظاهر می‌گردد و در صورت لزوم مسئولیت در پرداخت خواهد داشت. معمولاً نام دستوردهنده، مکتوب می‌ماند ولی در صورت قید آن در سند از تعهد قانونی برات‌کش ظاهری نمی‌کاهد»: محمد صفری، حقوق بازرگانی اسناد (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷)، ص ۷۳؛ برای مشاهده نظری هم‌سو با دیدگاه مزبور نک: حسن حسنی، حقوق تجارت، ج ۳ (تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹)، ص ۳۸.

وکالت به منظور ایجاد ارتباط حقوقی میان موکل و طرف قراردادی که به وسیله وکیل انجام می شود اعطاء و منعقد می گردد. در واقع، عمل حقوقی میان موکل و شخص ثالث به وجود می آید و وکیل واسطه انعقاد آن است، لذا همان طور که ماده ۶۷۴ قانون مدنی مقرر کرده است آثار عقدی که وکیل می بندد دامنگیر موکل می شود و اوست که باید مفاد آن را اجرا کند.^۱

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۱۸۷۴ مورخ ۱۳۷۶/۴/۸ خود، نظری هم سو با نظر اخیر ارائه کرده است. در این نظریه آمده: «در خصوص سفته ای که توسط شخص دارنده حق امضاء، به نمایندگی از طرف شرکت امضاء شده است در صورت عدم پرداخت فقط علیه شرکت می تواند طرح دعوا نمود و وجه سفته را مطالبه کرد نه علیه شخص امضاء کننده که به نمایندگی از طرف شرکت امضاء کرده است».

هر چند مطابق قاعده کلی وکیل یا نماینده ای که به نمایندگی از دیگری اقدام به صدور سند تجاری می نماید، مسئولیتی در پرداخت سند تجاری ندارد اما این حکم کلی با استثنائاتی روبروست. در کنار استثنائات، فقدان نمایندگی یا تجاوز از حدود اختیار و نمایندگی افشاء نشده در هنگام صدور سند تجاری، سومین استثناء بر قاعده مسئول نبودن نماینده در صدور سند تجاری، نمایندگی در صدور چک است.^۲ قانونگذار در چک، علاوه بر صاحب حساب، صادرکننده چک را نیز - که چک را به وکالت یا نمایندگی از صاحب حساب صادر می کند - مسئول پرداخت وجه چک دانسته است.

ماده ۱۹ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ (با اصلاحات و الحاقات بعدی) در این زمینه مقرر می دارد: «در صورتی که چک به وکالت یا نمایندگی از طرف صاحب حساب اعم از شخص حقیقی یا حقوقی صادر شده باشد صادرکننده چک و صاحب حساب متضامناً مسئول پرداخت وجه چک بوده و اجراییه و حکم ضرر و زیان براساس تضامن، علیه هر دو صادر می شود...».

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین (۱۳۷۶) صص ۱۸۸ - ۱۸۹.

۲. ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۵۸؛ کمال نیک فرجام، پیشین، ص ۱۸۹.

گفتنی است یکی از نویسندگان، با تفکیک میان دو وضعیت حسب شخص منوب عنه، در موردی که شخصی به وکالت از شخص دیگری (شخص حقیقی) برات را مهر یا امضاء می کند به این لحاظ که برات دهنده، وکیل است نه موکل، وکیل را در هر حال مسئول می داند، اما اگر شخص حقیقی به عنوان نماینده شخص حقوقی، برات را صادر کند شخص حقوقی مسئول است نه نماینده، زیرا در این حالت «برات با دست شخص حقوقی که از آستین شخص حقیقی بیرون آمده است امضاء داده خواهد شد و بنابراین برات دهنده مندرج در ماده ۲۴۹، شخص حقوقی و مسئولیت ناشی از تعهدات برواتی متوجه خود او است».^۱

در مقابل، دسته ای دیگر از نویسندگان حقوقی، مسئولیت را متوجه منوب عنه می دانند و وکیل را زمانی مسئول می شناسند که وکالت خود را در سند قید نکرده باشد و دارنده از صدور سند به وکالت از دیگری مطلع نبوده باشد. استدلال اصلی مبنای این نظر، عدم وجود حکم خاص در قانون تجارت و حکومت قواعد عام حقوق مدنی است که تعهدات و آثار ناشی از وکالت^۲ را متوجه موکل می داند. طبق نظر یکی از نویسندگان حقوق تجارت «امضای سند توسط نماینده اصولاً منوب عنه را مسئول می سازد، اما چنانچه امضاء کننده فاقد اختیار بوده و یا فراتر از اختیار عمل نماید، منطقیاً منوب عنه ادعایی که سهمی در ایجاد ظاهر قابل اعتماد نداشته، نباید مسئول شمرده شود».^۳

در مقام داوری میان این دو نظر باید گفت نظر دوم که مسئولیت را متوجه منوب عنه یا موکل می داند، با قواعد حقوقی سازگار می باشد، زیرا نمایندگی و

۱. حسین خزاغی، حقوق تجارت، اسناد تجاری (تهران: نشر قانون، چاپ اول، ۱۳۹۵)، ص ۴۵.

۲. ربیعا اسکینی، پیشین؛ محمد دمرچیلی، علی حاتمی و محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی (تهران: نشر خلیج فارس، چاپ دوم، ۱۳۸۱)، ص ۴۹۷؛ کمال نیک فرجام، «مطالعه تطبیقی نمایندگی در امضای اسناد تجاری»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی دانشگاه علوم قضایی و

خدمات اداری، ش ۶۲ (۱۳۹۲): ص ۱۸۱.

۳. کوروش کاویانی، حقوق اسناد تجاری (تهران: نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۹)، ص ۱۴۹.

ازجمله اهداف قانونگذار در پیش‌بینی مسئولیت وکیل یا نماینده‌ای که از طرف دیگری، اقدام به صدور چک می‌کند لزوم رعایت دقت و احتیاط‌های لازم از سوی این اشخاص، جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی در صدور چک و در مجموع، افزایش ارزش و اعتبار چک قابل ذکر است. به تعبیر یکی از استادان حقوق تجارت، «هدف قانونگذار در وضع حکم خاص در مورد چک، از یک طرف جلوگیری از سوءاستفاده در مورد صدور و امضای چک به وکالت و نمایندگی و از طرف دیگر افزایش ارزش و اعتبار چک در بین مردم بوده است و به این وسیله خواسته است از حجم رو به گسترش صدور چک‌های بلامحل که اعتبار و حیثیت اسناد تجاری را خدشه‌دار می‌سازد، بکاهد و مردم را اعم از اصیل و وکیل به اهمیت صدور و امضای چنین سند تجاری آشنا سازد»^۱.

تردیدی نیست که این حکم خاص در مورد چک موجب اعتماد بیشتر بازرگانان و اشخاص غیرتاجر به چک می‌گردد و وکالت یا نمایندگی نمی‌تواند به عنوان پوششی برای فرار از مسئولیت و صدور چک‌های فاقد محل مورد استفاده قرار گیرد. فواید پیش‌بینی مورد بحث، علاوه بر اینکه در مورد اشخاصی که به وکالت از اشخاص حقیقی اقدام به صدور چک می‌نمایند، قابل طرح است. در خصوص مدیران شرکت‌ها و سایر اشخاص حقوقی که به عنوان نماینده قانونی شرکت یا شخص حقوقی اقدام به صدور چک می‌نمایند این فواید محسوس‌تر است و می‌تواند به جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی کمک کند.

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در پاره‌ای از نظریات خود به مسئول بودن مدیران شرکت تجاری در صدور چک پرداخت‌نشده تصریح نموده است. ازجمله این نظریات می‌توان به نظریه شماره ۷/۷۸۷۳ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۱ اشاره نمود. طبق این نظریه: «در مواردی که مدیرعامل یا رئیس هیأت‌مدیره به نمایندگی از طرف شرکت، چک را

امضاء نموده و در اختیار شخص ثالث قرار داده باشند. با توجه به مقررات ماده ۱۹ قانون صدور چک، صادرکننده چک و صاحب حساب متضامناً مسئول پرداخت وجه چک بوده و لذا در فرض پرسش و با توجه به اصل تضامنی بودن مسئولیت صادرکننده چک و صاحب حساب، دارنده چک می‌تواند علیه نامبردگان (منفرداً یا مجتمعاً) مبادرت به طرح دعوا نموده وجه چک را مطالبه نماید».

۲.۴. نقد رأی و بیان ایراد اصلی آن

برای تحلیل بهتر رأی باید دو مقدمه را که از خلال مباحث قبل منتج می‌شود مدنظر قرار دهیم:

۱- در مسئولیت تضامنی (تضامن) طلبکار می‌تواند به دلخواه خود، علیه هریک از مسئولین تضامنی، اقامه دعوا نماید. بنابراین، همان‌طور که می‌تواند هم‌زمان به نزد همه مسئولین رجوع کند به همان شکل هم با بهره‌گیری از اختیار و نیز انتخاب خود، علیه یک یا چند تن از مسئولین پرداخت، طرح دعوا نماید بی‌آنکه این امر، حق رجوع او به نزد سایر مسئولین را از میان ببرد. ۲- مدیران شرکت تجاری که به نمایندگی از شرکت، اقدام به صدور چک می‌نمایند طبق ماده ۱۹ قانون صدور چک، در کنار شرکت در مقابل دارنده چک مسئولیت تضامنی دارند.

ایراد مبنایی رأی مورد نقد این است که به اثر اصلی تضامن - که عبارت است از امکان رجوع طلبکار به کلیه مسئولین -، توجه نداشته است. درواقع، امتیاز و فایده مهم مسئولیت تضامنی، امکان طرح دعوا علیه کلیه مسئولین یا هریک از آنان به انتخاب طلبکار است. شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در عین حال که مسئولیت تضامنی در صدور چک پرداخت‌نشده را می‌پذیرد و در رأی خود می‌نویسد: «مطابق ماده ۱۹ قانون صدور چک مسئولیت صادرکنندگان چک با صاحب حساب تضامنی است» بر مبنای استدلال و نتیجه‌گیری ناصواب، رأی دادگاه بدوی را که به‌درستی و مطابق قانون صادر شده است نقض می‌کند. دو استدلال ناصحیح دادگاه تجدیدنظر استان تهران که دادگاه را به صدور رأی مورد انتقاد رهنمون ساخته است عبارتند از:

۱. بهروز اخلاقی، تقریرات درس حقوق تجارت ۳، اسناد تجاری (تهران: جزوه درس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۶۷-۱۳۶۶)، ص ۲۵۴.

الف) درست است که «مطابق مقررات قانون تجارت شخصیت حقوقی مدیران از شخصیت شرکت مستقل و مجزا است»^۱ اما این جدایی شخصیت مانع از مسئولیت تضامنی این دو شخص یعنی شرکت و مدیر بنا به حکم صریح قانونگذار نمی‌باشد. به عبارت ساده‌تر، قانونگذار در انشای حکم مندرج در ماده ۱۹ قانون صدور چک، با وجود علم و اطلاع از جدا بودن شخصیت شرکت‌های تجاری از مدیران آنها و جدایی شخصیت وکیل و موکل و جدایی شخصیت شخص حقوقی و مدیر آن، مسئولیت تضامنی هر دو شخص را در صدور چک پرداخت‌نشدنی مقرر کرده است.

ب) محقق گردیدن موضوع تضامن در پرداخت سند تجاری،^۲ مستلزم طرح دعوا علیه صاحب حساب (شرکت تجاری) نیست. در جایی که به حکم قانون (ماده ۱۹ قانون صدور چک) تضامن پیش‌بینی شده باشد طرح دعوا علیه هریک از مسئولین، قانونی و قابل استماع است هرچند آن مسئول، مدیون اصلی دین نباشد. بنابراین، با وجود اینکه صاحب حساب و مدیون اصلی چک، شرکت تجاری است اما به لحاظ پیش‌بینی مسئولیت تضامنی، طرح دعوا علیه مدیر شرکت به عنوان شخصی که مسئولیت تضامنی دارد به تنهایی قابل پذیرش است و نمی‌توان بر مبنای لزوم طرح دعوا علیه مدیون اصلی، دعوای دارنده چک را رد کرد.

فلذا باید گفت هرچند در حقوق ما اصل، بر مسئولیت بر مبنای تسهیم و یا تقسیم و یا به‌طور ساده‌تر اصل بر مسئولیت غیرتضامنی است و مسئولیت تضامنی حکمی استثنایی و خلاف اصل می‌باشد اما در مواردی که به حکم قانون یا بر مبنای قرارداد، مسئولیت جنبه‌ی تضامنی داشته باشد نحوه رجوع به نزد مسئولین تضامنی در اختیار طلبکار خواهد بود. پس همان‌طور که طلبکار می‌تواند هم‌زمان به طرفیت کلیه مسئولین تضامنی طرح دعوا نماید از این اختیار نیز برخوردار است که دعوا را تنها علیه یک یا چند تن از مسئولین به انتخاب خود اقامه کند بی‌آنکه این امر، حق

وی را در طرح دعوا علیه سایر مسئولین تضامنی تا زمان وصول طلب خود زایل نماید. در نتیجه، دادگاه نباید بی‌توجه به آثار مسئولیت تضامنی، اختیار طلبکار را در گزینش مسئول اجرای تعهد (پرداخت دین) نادیده بگیرد.

۱. بخشی از استدلال شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. منظور از «سند تجاری» که در رأی دادگاه تجدیدنظر آمده است، چک می‌باشد.

نتیجه‌گیری

و اما چکیده و عصاره مطالب گفته‌شده که به ترتیب ذیل است:

۱. در جایی که به حکم قانون یا بر مبنای قرارداد، مسئولیت تضامنی مقرر شده باشد طرح دعوا علیه مسئولین تضامنی نیازمند رعایت ترتیب خاص نیست. طلبکار می‌تواند به هریک از مسئولین پرداخت مراجعه نماید بی‌آنکه حق طرح دعوا علیه سایر مسئولین را از دست بدهد. و همچنین از این حق برخوردار است که در دعوایی واحد، به طرفیت همه مسئولین تضامنی اقامه دعوا کند.
۲. برخلاف قاعده کلی که آثار نمایندگی متوجه منوب‌عنه می‌شود و نماینده در صورت رعایت چارچوب نمایندگی، مسئولیت ندارد، قانونگذار در مورد چک (ماده ۱۹ قانون صدور چک) مقرر کرده است نماینده نیز در کنار منوب‌عنه در صورت صدور چک پرداخت‌نشده مسئولیت دارد. مصداق اصلی مسئولیت تضامنی نماینده و منوب‌عنه در صدور چک بلامحل، مسئولیت مدیران شرکت‌های تجاری است که به نمایندگی از شرکت، مبادرت به صدور چک می‌نمایند.
۳. با توجه به پیش‌بینی مسئولیت تضامنی وکیل و موکل در صدور چک، جدایی شخصیت حقوقی مدیران شرکت تجاری از شخصیت حقوقی شرکت، توجیهی برای عدم مسئولیت مدیر شرکت در قبال صدور چک بلامحل نیست. همچنین به لحاظ پیش‌بینی مسئولیت تضامنی، دارنده چک می‌تواند دعوا را تنها علیه مدیر شرکت کند و عدم طرح دعوا علیه مدیون اصلی (شرکت) نمی‌تواند مستمسکی برای رد دعوای دارنده چک قرار گیرد.

فهرست منابع

- اخلاقی، بهروز، **تقریرات درس حقوق تجارت ۳**، اسناد تجاری، دوره کارشناسی حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (۶۷-۱۳۶۶).
- اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک**، چاپ پانزدهم (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰).
- جنیدی، لعیا، "تضامن و آثار و وصاف آن"، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران**، شماره ۳۵ (۱۳۷۵).
- حسینی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد ۳، چاپ اول (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹).
- خزاعی، حسین، **حقوق تجارت؛ اسناد تجاری**، چاپ اول (تهران: نشر قانون، ۱۳۸۵).
- دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن **قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم (تهران: نشر خلیج فارس، ۱۳۸۱).
- زندى محمدرضا، **رویه قضایی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، اجرت‌المثل خسارت**، چاپ اول (تهران: نشر جنگل، ۱۳۹۱).
- ستوده‌تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد ۳، چاپ اول (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۴).
- صقری، محمد، **حقوق بازرگانی اسناد**، چاپ پنجم (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).
- کاتوزیان، ناصر، **عقود معین ۴**، عقود اذنی وثیقه‌های دین، چاپ دوم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶).
- _____ **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ اول (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۹).
- کاویانی، کوروش، **حقوق اسناد تجاری**، چاپ سوم (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹).
- نیک‌فرجام، کمال، "مطالعه تطبیقی نمایندگی در امضای اسناد تجاری"، **فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی دانشگاه علوم قضایی و خدمات ادارات**، شماره ۶۲ (۱۳۹۲).

قلمرو قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۸۶: نقدی بر رأی شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور

بهنام غفاری فارسانی*

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۴۱۵۵

شماره پرونده: ۹۴۰۹۹۸۳۶۵۸۲۰۰۱۳

گزارش‌دهنده جرم: دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی کاشان
مشتکی عنه: آقای ا.ح. ط.

عنوان اتهامی: جعل سند رسمی (گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری) و استفاده از سند مجعول
مرجع رسیدگی کننده: شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور در مقام حل اختلاف در
صلاحیت میان شعبه چهارم بازپرسی دادسرای کاشان و شعبه هفتم دادسرای ناحیه ۱۹ تهران

قرار شعبه سوم سازمان تعزیرات حکومتی شهرستان کاشان (مورخه ۹۴/۱/۳۱)

«درخصوص اتهام آقای ا.ح. ط. فرزند ح. متصدی واحد ... واقع در ... اهل و ساکن کاشان دایر بر جعل نام تجاری نفیس توسط نامبرده فوق موضوع گزارش بازرسی ... مورخ ۹۳/۱۲/۲۳ بهداشت محیط کاشان و استعلام به عمل آمده توسط شعبه ... و پاسخ واصله از ناحیه معاونت غذا و دارو دانشگاه علوم پزشکی کاشان به

* دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و بازپرس دادسرای تهران

شماره ... که ضمیمه پرونده می‌باشد صرف نظر از صحت و سقم قضیه نظر به اینکه رسیدگی به موضوع تخلف در صلاحیت این شعبه نبوده و در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری کاشان می‌باشد، لذا شعبه به استناد ماده ۲۶ آیین‌نامه اجرایی قانون تعزیرات حکومتی و مواد ۵۴ و ۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری قرار عدم صلاحیت به شایستگی و اعتبار محاکم مورد اشاره، صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است ...».

قرار شعبه چهارم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب کاشان (مورخه ۹۴/۴/۳۱)

«درخصوص گزارش سرپرست معاونت غذا و دارو دانشگاه علوم پزشکی کاشان علیه ا.ح. ط. مبنی بر جعل علامت و نشان تجاری با عنایت به جمیع اوراق و محتویات پرونده، صرف نظر از صحت و سقم موضوع معنونه توجهاً به ماده ۱۷۹ آیین‌نامه قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ناظر به ماده ۵۹ قانون با عنایت به اینکه موضوع پرونده در صلاحیت دادسرای عمومی و انقلاب تهران می‌باشد قرار عدم صلاحیت به اعتبار صلاحیت دادسرای عمومی و انقلاب تهران، صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره وفق مقررات قطعی است.».

قرار شعبه هفتم بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۹ تهران (مورخه ۹۴/۶/۲۳)

«درخصوص گزارش سرپرست معاونت غذا و دارو دانشگاه علوم پزشکی کاشان علیه ا.ح. ط. دایر بر جعل سند رسمی (گواهی ثبت علامت تجاری اداره مالکیت صنعتی) و استفاده از سند مجعول صرف نظر از صحت و سقم موضوع نظر به اینکه موضوع از شمول قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و ماده ۵۹ آن خارج بوده و مشمول عموماًت قانون مجازات اسلامی (فصل پنجم بخش تعزیرات) می‌باشد با عنایت به اصل صلاحیت مراجع قضایی محل وقوع و کشف بزه معنونه و نظر به اینکه محل وقوع و کشف بزه مذکور خارج

از حوزه قضایی شهرستان تهران و در حوزه قضایی شهرستان کاشان قرار دارد علی‌هذا مستنداً به مواد ۱۱۶ و ۱۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری این مرجع خود را صالح به رسیدگی ندانسته و قرار عدم صلاحیت به اعتبار صلاحیت و شایستگی دادسرای عمومی و انقلاب شهرستان کاشان، صادر و اعلام می‌نماید.

التهایه با توجه به حدوث اختلاف در صلاحیت، اصل پرونده در راستای اعمال ماده ۳۱۷ قانون مرقوم ناظر بر تبصره ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی جهت تعیین مرجع ذی‌صلاح به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد. ضمناً عناوین اتهامی مشتکی‌عنه با اتهامات فوق تطبیق داده شد ...».

رأی شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور (مورخه ۹۴/۹/۱۸)

«درخصوص اختلاف در صلاحیت بین دادسراهای عمومی تهران و کاشان به نحوی که در قراردادهای صادر شده از مراجع قضایی مذکور بازتاب یافته است با توجه به مجموع محتویات پرونده و عنوان فعل ارتكابی متهم که جعل نام تجاری و استفاده از سند مجعول می‌باشد موضوع از مصادیق بارز قانون ثبت اختراعات و علائم و نام‌های تجاری بوده لذا با استناد به ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات و طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و با رعایت ماده ۳۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ذیل ماده ۲۷ آیین دادرسی مدنی با تأیید نظر دادسرای کاشان و اعلام صلاحیت دادسرای عمومی و انقلاب تهران حل اختلاف می‌شود».

مقدمه

همان‌گونه‌که می‌دانیم مطابق با بند ۱۲ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (مصوب ۱۳۶۷) و مواد ۷ - ۹ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی (مصوب ۱۳۴۶)، تأسیس هرگونه کارخانه یا کارگاه جهت تولید و بسته‌بندی محصولات فوق منوط به تحصیل پروانه از سازمان‌هایی چون وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است. بنابراین، این واحدها باید پیش از شروع به فعالیت و تولید و عرضه محصولات مذکور، نسبت به اخذ مجوزهای بهداشتی از وزارت یادشده اقدام نمایند. وزارت بهداشت، این وظیفه

را حسب تبصره ۱ ماده ۲ قانون تشکیلات و وظایف خود از طریق دانشگاه‌های علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی سراسر کشور به انجام می‌رساند. یکی از مجوزهای بهداشتی که مراکز تولیدی صدرالذکر ملزم به اخذ آن می‌باشند پروانه ساخت است. براساس آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مختلف مورد عمل وزارت بهداشت از قبیل: «آیین‌نامه نصب و ثبت اجباری علائم صنعتی بر روی بعضی از اجناس دارویی و خوراکی و آرایشی» مصوب ۱۳۲۸/۲/۳ هیأت وزیران،^۱ «دستورالعمل اجرایی صدور و تمدید پروانه بهداشتی کارگاهی کارگاه‌های تولید و بسته‌بندی فرآورده‌های غذایی» و «دستورالعمل اجرایی نحوه صدور پروانه بهداشتی ساخت (استفاده از ظرفیت خالی) فرآورده‌های غذایی، آرایشی و بهداشتی» هر دو مصوب ۱۳۸۶ (بازنگری شده در سال ۱۳۹۳) ازجمله مدارک مورد نیاز جهت صدور یا تمدید پروانه ساخت، ارائه گواهی مصدق ثبت علامت تجاری نزد اداره مالکیت صنعتی از سوی واحد تولیدی متقاضی است.

چنانکه از مفاد آراء صادره در پرونده شماره ۹۴۰۹۹۸۳۶۵۸۲۰۰۰۱۳ برمی‌آید متهم جهت اخذ پروانه ساخت کارگاه گلاب‌گیری به دانشگاه علوم پزشکی کاشان (معاونت غذا و دارو) مراجعه و به عنوان یکی از مدارک مورد نیاز مبادرت به ارائه یک فقره گواهی ثبت علامت تجاری (نفیس) به نام خود کرده است. دانشگاه مزبور پس از اطلاع از عدم صدور این سند از ناحیه اداره مالکیت صنعتی و مجعول بودن آن، مراتب را به سازمان تعزیرات حکومتی شهرستان کاشان اطلاع می‌دهد. شعبه سوم این سازمان با توجه به اینکه موضوع گزارش واجد عنوان مجرمانه می‌باشد به‌درستی اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت می‌کند و پرونده را جهت

۱. وفق ماده ۱ این آیین‌نامه قدیمی: «تمام اجناس دارویی و طبی و مواد غذایی مشروحه در زیر اعم از آنکه در داخل ایران ساخته و یا در خارج ساخته و وارد کشور و در بازار تحت اسم مشخصی که بر روی برچسب آن زده می‌شود به معرض فروش قرار گیرد باید دارای علامت صنعتی یا تجاری ثبت‌شده بوده و در روی برچسب نکات زیر تصریح شود: الف) اسم تجاری و نشانی سازنده جنس با قید کشور مبدأ. ب) شماره ثبت علامت در ایران ...».

رسیدگی قانونی به دادسرای عمومی و انقلاب کاشان ارسال می‌نماید. پرونده به شعبه چهارم بازپرسی این دادسرا ارجاع می‌گردد و بازپرس محترم با این تصور که موضوع مشمول قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ (از این پس: ق.ث.ا.ط.ع.ت...) و ماده ۵۹ آن قرار دارد و رسیدگی به آن در صلاحیت دادسرای عمومی و انقلاب تهران می‌باشد از خود نفی صلاحیت کرده و پرونده را به دادسرای اخیر می‌فرستد. با ارجاع موضوع به شعبه هفتم بازپرسی دادسرای ناحیه ۱۹ تهران، این مرجع نیز ضمن مخالفت با نظر شعبه چهارم بازپرسی دادسرای کاشان معتقد است که عنوان صحیح اتهامی متهم، جعل سند رسمی (گواهی ثبت علامت تجاری اداره مالکیت صنعتی) و استفاده از سند مجعول می‌باشد؛ بر این مبنا، موضوع از شمول ق.ث.ا.ط.ع.ت. و ماده ۵۹ آن و بالنتیجه صلاحیت مراجع قضایی تهران خارج بوده و مشمول عموماً قانون مجازات اسلامی یعنی فصل پنجم کتاب تعزیرات (مواد ۵۳۳ و ۵۳۵) قرار دارد، لذا با عنایت به اصل صلاحیت مراجع قضایی محل وقوع و کشف بزه معنونه، رسیدگی به موضوع در صلاحیت دادسرای کاشان می‌باشد. با توجه به حدوث اختلاف در صلاحیت از ناحیه مراجع قضایی دو استان، موضوع جهت حل اختلاف و تعیین مرجع ذیصلاح به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود. النهایه شعبه محترم سی و هفتم دیوان عالی کشور با مردود اعلام نمودن استدلال شعبه هفتم بازپرسی دادسرای تهران با این عقیده که مانحن‌فیه از مصادیق بارز ق.ث.ا.ط.ع.ت. می‌باشد مستند به ماده ۵۹ قانون اخیرالذکر، رسیدگی به موضوع را در صلاحیت دادسرای تهران دانسته است.

لازم به ذکر است که ماده مرقوم چنین اشعار می‌دارد: «رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران می‌باشد که حداکثر تا شش ماه بعد از تاریخ تصویب این قانون توسط رئیس قوه قضاییه تعیین می‌گردد...». صرف‌نظر از اینکه آیا تکلیف مقرر در این ماده از سوی ریاست محترم قوه قضاییه به انجام رسیده است یا خیر، حسب صراحت آن تنها رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای قانون موصوف از شمول اصول تعیین مرجع ذیصلاح و ازجمله اصل صلاحیت

مراجع محل وقوع یا کشف بزه در رسیدگی‌های کیفری خارج شده و با رعایت ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری اختصاصاً در صلاحیت دادگاه‌ها و دادسراهای تهران قرار گرفته است. بنابراین، آنچه در این مقام جهت تشخیص حدود صلاحیت مراجع قضایی تهران حائز اهمیت است شناخت مرزها و قلمرو ق.ث.ا.ط.ع.ت. مصوب ۱۳۸۶ و موضوعات تحت شمول آن است. از این‌رو، ابتدا در بخش اول با تأکید بر مقوله مقررات حاکم بر علائم تجاری، به‌اختصار پیرامون قلمرو قانون فوق‌الذکر سخن خواهیم گفت، سپس به بررسی نقادانه رأی صادره از شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور در پرونده مورد بحث می‌پردازیم.

۱) قلمرو قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶

همان‌طور که می‌دانیم ق.ث.ا.ط.ع.ت. با هدف تمهید یک رژیم حقوقی نوین ناظر بر بخش مهمی از مالکیت‌های معنوی (فکری) یعنی مالکیت صنعتی، جایگزین قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰/۴/۱ گردیده است. قانون فوق مشتمل بر شصت و شش ماده در جلسه مورخ هفتم آبان‌ماه ۱۳۸۶ کمیسیون قضایی و حقوقی به تصویب رسید و مجلس طبق اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج‌سال موافقت کرد. مهلت اجرای این قانون موقت تاکنون چندین نوبت از سوی مجلس تمدید شده است که آخرین آن — ماده‌واحد قانون تمدید مهلت اجرای آزمایشی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب سیزدهم مهرماه ۱۳۹۴ بازمی‌گردد. وفق این ماده‌واحد، مهلت اجرای آزمایشی قانون مزبور از تاریخ انقضاء به مدت دو سال تمدید شده است.

چنانکه اشاره گردید قانون یادشده راجع به بخش مهمی از انواع مالکیت‌های صنعتی شامل اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری مقرراتی را، وضع و حقوق و تکالیف مالکان آنها را روشن کرده است. بحث از اختراعات، طرح‌های صنعتی و نام‌های تجاری از حیطة این نوشتار خارج است لذا در ادامه

صرفاً به مطالعه اجمالی مقررات ناظر بر علائم تجاری و تعیین قلمرو قانون صدرا ل ذکر از حیث این مقوله می پردازیم.

وفق بند (الف) ماده ۳۰ قانون مورد بحث، «علامت تجاری»، هر نشان قابل رؤیتی است که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از هم متمایز سازد؛ درحالی که «نام تجاری»، هر اسم یا عنوانی است که معرف و مشخص کننده شخص حقیقی یا حقوقی می باشد (بند (ج) ماده مرقوم). لذا علامت تجاری، ناظر بر محصولات و متمایزکننده آنهاست حال آنکه نام تجاری، ناظر بر هویت عرضه کنندگان محصولات و متمایزکننده آنها می باشد. درنتیجه، این دو اصطلاح ضمن اینکه مفاهیم متفاوتی به شمار می آیند دربرگیرنده مقررات مجزایی هستند، لذا نباید با هم خلط شوند.^۱ حسب ماده ۳۱ قانون، حق استفاده انحصاری از یک علامت، به کسی اختصاص دارد که آن علامت را طبق مقررات قانون به ثبت رسانده باشد. بنابراین، مالک یک علامت تجاری، شخصی است که آن علامت را به نام خود به ثبت رسانده است. در این صورت، در استفاده از آن علامت بر روی محصولات خود حق استفاده انحصاری خواهد داشت و هر شخصی که قصد استفاده از آن علامت را داشته باشد باید از وی اذن بگیرد یا مالکیت علامت را به نحو قانونی به خود انتقال دهد (ماده ۴۸). ثبت یک علامت تجاری بدو از طریق تقدیم اظهارنامه ثبت علامت به عمل می آید که متقاضی ملزم است این اظهارنامه را به همراه نمونه علامت و فهرست کالاها یا خدماتی که ثبت علامت را برای آنها (براساس طبقه بندی قابل اجرا یا طبقه بندی بین المللی) درخواست دارد به اداره مالکیت صنعتی تسلیم کند. پس از طی تشریفات قانونی هرگاه اداره مالکیت صنعتی تشخیص دهد که شرایط مندرج در قانون رعایت شده است علامت را ثبت کرده و آگهی مربوط به ثبت آن را منتشر و گواهی نامه ثبت را به نام متقاضی صادر

می نماید (مواد ۳۳ - ۳۹). بدین ترتیب، مرجع رسمی و قانونی صدور گواهی نامه ثبت علامت تجاری اداره مالکیت صنعتی (از ادارات زیرمجموعه سازمان ثبت اسناد و املاک) می باشد.

حال، هرگاه گواهی نامه ثبت یک علامت قانوناً از سوی اداره مذکور به نام شخصی صادر شود متعاقباً آن شخص، مالک قانونی علامت شناخته خواهد شد و قانون به واسطه این ثبت، حقوقی را به وی اعطاء می کند. حقوق ناشی از ثبت یک علامت به شرح زیر است (ماده ۴۰):

الف) استفاده از هر علامت که در ایران ثبت شده باشد، توسط هر شخص غیر از مالک علامت مشروط به موافقت مالک آن می باشد.

ب) مالک علامت ثبت شده می تواند علیه هر شخصی که بدون موافقت وی از علامتش استفاده می کند و یا شخصی که مرتکب عملی می شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت می گردد در دادگاه، اقامه دعوی نماید. به تعبیر دیگر، هرگاه از علامتی نیز استفاده گردد که شبیه علامت ثبت شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمات مشابه موجب گمراهی عموم می گردد تجاوز به حقوق مالک علامت ثبت شده، محرز می باشد.

صرف نظر از جزئیات فراوان در این زمینه که مستلزم مطالعه کتب و مقالات مفصل پیرامون حقوق علائم تجاری است،^۱ اجتماع دو حق فوق الذکر بدین قرار است که بگوییم وفق ماده ۳۱، مالک یک علامت تجاری ثبت شده، در استفاده از آن دارای حق انحصاری است. هرگاه شخصی این حق را زیر پا گذارد یا به عبارت دیگر، به مفهوم بند (ب) ماده ۴۰ و ماده ۶۰ قانون اصطلاحاً آن را «نقض» کند، مالک

۱. برای اطلاع بیشتر نک: حسن میرحسینی، **حقوق علائم تجاری** (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)؛ عبدالحمید شمس، **حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی** (تهران: سمت، ۱۳۸۲)؛ محمدحسین کریمی، **علائم تجاری در حقوق ایران** (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۹)؛ شادی کسنوی، **مبانی حقوق علائم تجاری** (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴).

۱. برای اطلاع بیشتر نک: علی زندوکیلی و محسن صادقی، «نام تجاری و تمیز آن از مفاهیم مشابه»، **فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی**، ش ۶۸ (پاییز ۱۳۹۲): صص ۱۲۲ به بعد.

می تواند علیه وی اقامه دعوا و ضمانت اجرای قانونی را مطالبه نماید. ماده ۶۰ قانون مورد بحث چنین مقرر داشته است: «نقض حقوق مندرج در این قانون عبارت است از معنای انجام هرگونه فعالیتی در ایران که توسط اشخاصی غیر از مالک حقوق تحت حمایت این قانون و بدون موافقت او انجام می گیرد». گذشته از ضمانت اجرای مدنی،^۱ ق.ث.ا.ط.ع.ت. نقض حقوق تحت حمایت خود را جرم انگاری نیز کرده است. ماده ۶۱ این قانون به عنوان تنها ضمانت اجرای کیفری مصرح در آن بیان می دارد: «هر شخصی که با علم و عمد مرتکب عملی شود که طبق مواد ... (۴۰) نقض حقوق به شمار آید ... مجرم شناخته شده و علاوه بر جبران خسارت، به پرداخت جزای نقدی از ده میلیون ریال تا پنجاه میلیون ریال یا حبس تعزیری از نود و یک روز تا شش ماه یا هر دوی آنها محکوم می شود». با توجه به احاله ماده ۶۱ به ماده ۴۰ باید دقت داشت که صرف نظر از رکن معنوی، برای آنکه رکن مادی بزه «نقض حقوق ناشی از ثبت علامت تجاری» محقق شود احراز شرایط زیر الزامی است:

۱- ثبت علامت تجاری مورد نظر در اداره مالکیت صنعتی (ماده ۳۱)

۲- نقض حقوق ناشی از ثبت علامت به معنای استفاده از علامت توسط هر شخصی که بدون موافقت مالک به نحوی از علامت استفاده می کند که عادتاً منتهی به تجاوز به حق انحصاری وی می شود (مواد ۴۰ و ۶۰). این عمل شامل استفاده غیرمجاز از عین یا مشابه گمراه کننده علامت ثبت شده غیر نوعاً بر روی محصولات^۲ می شود.

۳- اقامه دعوای (شکایت) مالک علامت ثبت شده به عنوان شاکی خصوصی (ماده ۴۰ و مستفاد از مواد ۱۸۲ و ۱۸۳ آیین نامه اجرایی ق.ث.ا.ط.ع.ت.)

۱. برای اطلاع بیشتر نک: محمود صادقی و مریم شیخی، «اقدامات تأمینی و ضمانت اجرای مدنی حقوق

مالکیت صنعتی»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، ش ۳ (پاییز ۱۳۸۸): صص ۲۳۰ به بعد.

۲. مقصود، آن دسته از کالا یا خدماتی می باشد که در گواهی ثبت علامت مالک به طبقات آنها اشاره شده است.

هرگاه هر سه شرط فوق فراهم باشد می توان بر آن بود که جرم موضوع قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری در محدوده علائم تجاری واقع شده است. نظر به اینکه قانون یادشده از لحاظ موضوعی خاص می باشد، لذا در صورتی که موضوعی تحت شمول آن قرار گیرد لاجرم از حوزه قوانین عام الشمولی چون قانون مجازات اسلامی خارج خواهد گردید. حال با توجه به این مقدمات و توضیحات به مطالعه نقادانه رأی شعبه محترم سی و هفتم دیوان عالی کشور می پردازیم.

۲) تحلیل و بررسی دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۴۱۵۵ شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور

این دادنامه را که متن آن پیش از این عیناً نقل گردید می توان از دو بعد «شکلی» و «ماهوی» مورد نقد و بررسی قرار داد:

الف) نقد شکلی

قضات شعب دیوان عالی کشور را بحق باید «قاضی القضا» و «سرآمد دستگاه قضایی» دانست. چه بسیار آرای که از این مراجع صادر شده است و در پژوهش های حقوقی مستند عقیده ای قرار می گیرند یا در دانشگاه های کشور توسط استادان حقوق برای آموزش دانشجویان و کارآموزان حُرَف حقوقی تدریس می شوند. بنابراین، انتظار جامعه حقوقی، به ویژه قضات تالی مبنی بر اینکه قضات دیوان عالی کشور آراء خود را در نهایت دقت حقوقی، تسلط بر قوانین موضوعه و در نظر گرفتن همه جوانب امر صادر کنند توقع بیجا و به گزافه ای نیست. در دادنامه مورد اشاره، قضات محترم شعبه سی و هفتم پس از تعیین عنوان فعل ارتكابی متهم، آن را از مصادیق بارز «قانون ثبت اختراعات و علائم و نام های تجاری» دانسته اند؛ تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد تاکنون چنین قانونی با این عنوان در نظام حقوقی کشور به تصویب مراجع تقنینی نرسیده است. در سطر بعد دادنامه، عنوان صحیح این قانون ذکر شده است، لذا یقیناً قضات محترم شعبه فوق به نام دقیق قانون استنادی واقف بوده اند با این همه، در سطر پیشین اشاره محمول بر مسامحه خود را اصلاح نکرده اند.

(ب) نقد ماهوی

نقد ماهوی دادنامه مورد بحث را می توان در چهار محور مورد مطالعه قرار داد:

۱. خلط میان مفاهیم علامت و نام تجاری:

در رأی صادره، قضات محترم شعبه صدرالذکر عنوان اتهامی فعل ارتكابی متهم را «جعل نام تجاری و استفاده از سند مجعول» پنداشته اند. در مانحن فیه آن گونه که در آراء مراجع تالی و مقدمه این نوشتار آمده است به هیچ وجه سخن از نام تجاری به مفهوم بند (ج) ماده ۳۱ ق.ث.ا.ط.ع.ت. نیست و موضوع هیچ گونه ارتباطی با این مقوله ندارد. نهایتاً از این حیث که حسب محتویات پرونده، رونوشت گواهی نامه مجعول ثبت یک علامت تجاری به مرجعی رسمی ارائه شده است موضوع می تواند به نوعی مرتبط با علائم تجاری و مقررات ناظر بر آن در قانون فوق باشد.

۲. عدم توجه به قلمرو دقیق قانون ثبت اختراعات و طرح های صنعتی و علائم تجاری و بزه آن:

پیش تر توضیحاتی درمورد حدود شمول قانون مزبور در بحث از علائم تجاری داده شد و اشاره گردید برای آنکه عملی، مشمول بزه مندرج در ماده ۶۱ و متعاقباً در صلاحیت مراجع مذکور در ماده ۵۹ این قانون قرار گیرد لازم است تا وفق ماده ۴۰ شرایط سه گانه زیر فراهم باشد: (۱) ثبت علامت؛ (۲) نقض علامت توسط غیر؛ (۳) طرح شکایت از سوی مالک علامت. حال باید دید کدام یک از این شرایط که مرزها و حدود اجرایی قانون فوق را در مقوله علائم تجاری ترسیم می کنند در پرونده مورد بررسی فراهم هستند:

اولاً، در مانحن فیه هیچ علامت تجاری ای قانوناً در اداره مالکیت صنعتی به عنوان مرجع رسمی ثبت این اموال، به ثبت نرسیده است لذا شرط اول منتفی است. توضیح آنکه وقایع این پرونده حکایت از آن دارد که متهم جهت دریافت پروانه ساخت کارگاه خود از وزارت بهداشت، گواهی نامه ثبت یک علامت تجاری (نفیس) را که بنا داشت بر روی محصولات غذایی خود استفاده کند ارائه کرده، سپس جعلی بودن این گواهی و عدم ثبت قانونی علامت محرز گشته است.

ثانیاً، همان گونه که گفته شد نقض حقوق ناشی از ثبت علامت وفق مفاد بند (ب) ماده ۴۰ و ماده ۶۰ بدین معناست که شخصی بدون اذن مالک، یک علامت ثبت شده از آن، نوعاً بر روی محصولات مشابه خود به نحو گمراه کننده ای استفاده کند. حال، پرسش از قضات محترم شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور آن است که در پرونده یادشده چه کسی از علامت تجاری ثبت شده دیگری بر روی محصول خود استفاده کرده است؟ ناگفته پیداست که موضوع مطروحه به کلی با مفهوم «نقض» بیگانه است و بدین ترتیب، مهم ترین مؤلفه رکن مادی بزه موضوع قانون صدرالاشعار قابل احراز نیست.

ثالثاً، شکایتی از ناحیه مالک علامت علیه فردی که بدون اذن او از علامت تجاری اش استفاده می کند مطرح نشده است و اساساً مالک علامتی در این پرونده وجود ندارد؛ چراکه تشکیل پرونده، مستند به گزارش مرجعی دولتی است و علامتی نیز قانوناً به ثبت نرسیده، لذا شرط سوم نیز مهیا نیست.

با این اوصاف باید اذعان داشت که موضوع گزارش دانشگاه علوم پزشکی کاشان هیچ سنخیتی با موضوعات مطرح در ق.ث.ا.ط.ع.ت. و فلسفه وجودی آن ندارد. روشن است که هدف و روح این قانون، حمایت از پدیدآورندگان مالکیت های صنعتی یعنی مخترعان، مبدعان و تلاش گران عرصه صنعت و کسب و کار در برابر استفاده ناروای رایگان سواران^۱ است که هیچ کدام از این دغدغه ها در پرونده مورد اشاره، ملاحظه نمی شود. در مانحن فیه سندی که در راستای اعمال مواد ۳۹، ۵۲ و ۵۳ قانون فوق باید از ناحیه یک مرجع رسمی (اداره مالکیت صنعتی) صادر گردد به نحو غیرقانونی ساخته شده است، لیکن باید توجه داشت که برای تکتک موضوعات و مقررات مذکور در ق.ث.ا.ط.ع.ت. در خود این قانون ضمانت اجرا به ویژه از نوع کیفری پیش بینی نشده است. تنها برای حمایت از حقوق تحت حمایت آن، عمل نقض

حقوق انحصاری صاحبان مالکیت‌های صنعتی وفق ماده ۶۱ جرم‌انگاری شده است. بنابراین، هرگاه تخلف دیگری از مقررات قانون مورد بحث صورت پذیرد باید به عمومات و قوانین مربوطه مراجعه داشت. فعل ارتكابی متهم در این پرونده، جعل یک فقره گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری اداره مالکیت صنعتی (به عنوان یک سند رسمی) از طریق ساخت آن است. برای برخورد با این تخلف به‌طور خاص در ق.ث.ا.ط.ع.ت. تعیین تکلیف نشده و ضمانت‌اجرایی پیش‌بینی نگردیده است، لذا موضوع از تحت شمول جرم مندرج در آن تخصصاً، خارج و مشمول عمومات یعنی کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی است که برای افرادی عادی که مرتکب جعل اسناد رسمی و استفاده از آنها می‌شوند وفق مواد ۵۳۳ و ۵۳۵ مجازات تعیین کرده است. مجازات مقرر برای هرکدام از این اعمال نیز از مجازات مقرر در ماده ۶۱ قانون مورد بحث شدیدتر می‌باشد. با خروج موضوع از شمول مواد ۴۰، ۶۰، ۶۱ و بالتبع ماده ۵۹ صلاحیت مراجع کیفری تهران در رسیدگی به این موضوع نیز منتفی است.

اگرچه، شعبه محترم سی و هفتم دیوان در دادنامه اصداری در مقام توصیف حقوقی فعل ارتكابی متهم به موضوع «جعل» و «استفاده از سند مجعول» اشاره دارد با این همه، بزه مذکور را از مصادیق بارز ق.ث.ا.ط.ع.ت. دانسته است. و این عقیده رسیدگی قانونی به موضوع پرونده را نیز دچار چالش خواهد کرد؛ چراکه صرف‌نظر از لزوم رسیدگی به موضوع در مراجع غیرصالح، مراجع کیفری تهران را نیز با این سؤال مواجه ساخته است: حال آنکه از لحاظ شکلی طبق عقیده شعبه دیوان ملزم به رسیدگی می‌باشند قانون ماهوی حاکم بر دعوا کدام است و متهم بر فرض احراز کلیه ارکان بزه وی با کدام ماده قانونی قابل مجازات می‌باشد؟ ماده ۶۱ ق.ث.ا.ط.ع.ت. یا مواد ۵۳۳ و ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی؟ برای برون‌رفت از این چالش می‌توان گفت: اولاً عقیده شعبه محترم دیوان‌عالی کشور در مقام حل اختلاف، صرفاً از حیث شکلی یعنی تعیین مرجع صالح، الزام‌آور است. بنابراین، محتوای ماهوی این رأی که بزه ارتكابی متهم را از مصادیق بارز ق.ث.ا.ط.ع.ت. قلمداد کرده است برای مرجع رسیدگی‌کننده لازم‌الاتباع نیست، لذا در توصیف حقوقی فعل ارتكابی و بار نمودن عنوان اتهامی وفق نظر قضایی خود اقدام خواهد

نمود. ثانیاً و از آن مهم‌تر محتمل است عقیده قضات محترم شعبه فوق‌الذکر بر این باشد که هرگونه دعوایی که در ارتباط با موضوعات مورد اشاره در ق.ث.ا.ط.ع.ت. طرح شود از لحاظ مرجع صالح، رسیدگی به آنها وفق ماده ۵۹ با محاکم کیفری یا حقوقی تهران است صرف‌نظر از اینکه قانون ماهوی حاکم بر موضوع نیز خود این قانون باشد یا خیر. بنابراین، چون ق.ث.ا.ط.ع.ت. نحوه صدور گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری را تعیین کرده است هر دعوی حقوقی یا کیفری‌ای در این خصوص مطرح شود در صلاحیت مراجع قضایی تهران است ولو اینکه موضوع دعوا ارتكاب جعل این گواهی باشد که لاجرم باید مواد قانونی حاکم بر ماهیت را از قانون دیگری یعنی قانون مجازات اسلامی وام بگیریم. هرچند این عقیده مناسب‌ترین راه‌حل برای توجیه دادنامه اصداری است با این حال، مصون از اشکالات هم نیست:

نخست آنکه، برخلاف صراحت ماده ۵۹ ق.ث.ا.ط.ع.ت. و دایره شمول آن می‌باشد. در ماده مرقوم تنها «اختلافات» ناشی از «اجرای قانون» موصوف در صلاحیت محاکم تهران قرار گرفته است و نه هر موضوع مورد اشاره در آن. همان‌گونه که در ادامه خواهد آمد، آنچه از واژه «اختلافات»، به ذهن متبادر می‌شود انکار یا تضییع حقی معین در روابط میان دو یا چند مدعی خصوصی^۱ است. تفسیر فوق به کلی وجود واژه مذکور را در ماده ۵۹ نادیده می‌گیرد. **دوم**، مستفاد از ظاهر ماده مزبور آن است که هر جا ق.ث.ا.ط.ع.ت. یا آیین‌نامه آن، «اجرا» شد و در پی آن، اختلافی در گرفت رسیدگی به موضوع، در صلاحیت مراجع قضایی تهران است. حال آنکه در مانحن‌فیه محور اصلی بحث این است که اساساً در صدور گواهی‌نامه موصوف، این قانون و آیین‌نامه آن اجرا نشده است. **سوم** آنکه، در رسیدگی‌های کیفری، اصل بر صلاحیت مرجع قضایی‌ای است که جرم در حوزه آن واقع یا کشف می‌شود.

۱. باید توجه داشت که در اینجا مقصود از واژه «خصوصی»، مفهومی که در برابر عمومی و دولتی بودن قرار می‌گیرد نیست، بلکه هر شخصی است که وفق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مستقیماً از عمل دیگری متحمل زیان می‌شود.

صلاحیت سایر مراجع اختصاصی استثناء محسوب می‌شود، لذا در موارد تردید ضمن پرهیز از توسعه صلاحیت مراجع اخیر باید به اصل تمسک جست و به‌قدر متیقن اکتفا کرد. گسترش این میزان صلاحیت اختصاصی مراجع قضایی تهران علاوه بر آنکه با منطق حقوقی سازگار نیست، نظر به اینکه شدیداً محل تردید می‌باشد برخلاف اصل فوق است. **چهارم**، تفسیر یادشده برخلاف هدف از وضع ماده ۵۹ قانون می‌باشد؛ چراکه به نظر می‌رسد علت پیش‌بینی این حکم استثنایی، رسیدگی تخصصی و تجمیعی در مراجع قضایی تهران به موضوعات نوینی است که در این قانون راجع به ایجاد و بهره‌برداری از مالکیت‌های صنعتی مقرر شده‌اند. جعل یک سند رسمی و استفاده از آن موضوع خاص و نوینی نیست که ضرورتی به رسیدگی تخصصی به آن و کنار گذاشتن اصل صلاحیت مرجع قضایی محل وقوع داشته باشد. ضمن آنکه در عمل نیز می‌تواند دشواری‌هایی را در تحقیق و تعقیب فراهم آورد و موجب اطاله دادرسی شود. **پنجم**، استدلال به‌عمل آمده برخلاف ظاهر دادنامه اصداری است و بعید است که قضات محترم شعبه سی و هفتم دیوان‌عالی کشور، نظری به آن داشته باشند چراکه موضوع محل بحث در پرونده را صراحتاً و با قوت از «مصادیق بارز» ق.ث.ا.ط.ع.ت. به‌شمار آورده‌اند و در دادنامه هیچ اشاره‌ای به قانون مجازات اسلامی ننموده‌اند.

۳. عدم توجه به مفاد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ - ۱۳۹۴/۸/۱۹:

حسب رأی وحدت رویه فوق: «در مواردی که مجازات بزه حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده، کیفر حبس ملاک تشخیص درجه مجازات و بالنتیجه صلاحیت دادگاه است. این رأی مطابق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان‌عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است». از آنجا که مجازات مقرر در ماده ۶۱ ق.ث.ا.ط.ع.ت. حداکثر شش ماه حبس یا پنجاه میلیون ریال جزای نقدی یا هر دو می‌باشد، لذا بنا بر یک عقیده با رعایت ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی و رأی وحدت رویه فوق بزه موضوع قانون مرقوم از جرایم تعزیری درجه ۷ می‌باشد. بنابراین، حتی اگر قضات محترم شعبه دیوان‌عالی کشور در پرونده مورد بحث به هر نحو عقیده

بر شمول ق.ث.ا.ط.ع.ت. بر موضوع مطروحه و صلاحیت مراجع قضایی تهران داشتند در راستای اعمال ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری بر فرض پذیرش باور فوق که تمایل به تفسیر موسع قلمرو رأی وحدت رویه دارد می‌بایست رسیدگی به موضوع را مستقیماً به محاکم کیفری دو تهران محول می‌کردند و نه دادسرای تهران. البته، این اشکال ممکن است با سه استدلال پاسخ داده شود:

الف) همان گونه که در بخش قبلی اشاره گردید ممکن است عقیده قضات محترم شعبه فوق بر این باشد که قانون ماهوی حاکم بر موضوع پرونده مواد ۵۳۳ و ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی است و تنها از منظر شکلی رسیدگی به آن به حکم ماده ۵۹ ق.ث.ا.ط.ع.ت. در صلاحیت مراجع قضایی تهران می‌باشد. با توجه به مجازات مقرر در مواد فوق که بزه ارتكابی را در درجه ۵ قرار می‌دهند صلاحیت رسیدگی به موضوع با دادسرای تهران می‌باشند. اشاره گردید که این موضع با منطق و اصول حقوقی سازگار به نظر نمی‌رسد.

ب) اگر بپذیریم که قلمرو رأی وحدت رویه صرفاً ناظر بر مواردی است که مجازات جرمی، حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده و به خارج از این قلمرو تسری ندارد بنابراین، در مواردی که مجازات جرمی حبس یا جزای نقدی یا هر دو به نحو تخییری و نه توأمان، تعیین شده نمی‌توان با استناد به رأی فوق، مجازات حبس را ملاک تعیین درجه قرار داد ۱. در این صورت، چون در ماده ۶۱ ق.ث.ا.ط.ع.ت. دادگاه در تعیین مجازات حبس یا جزای نقدی یا هر دو مختار است لذا جزای نقدی مقرر که در درجه ۶ قرار می‌گیرد حسب تبصره ۳ ماده ۱۹ مجازات شدیدتر محسوب شده و ملاک تعیین درجه جرم قرار می‌گیرد.

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: ابوالقاسم فلاحی، "ملاک تشخیص درجه در مجازات‌های متعدد (نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹)"، **فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)**، دوره ۳، شماره ۹ (زمستان ۱۳۹۳)، صص ۶۶ به بعد.

ج) تاریخ تشکیل و ثبت پرونده مورد بحث در دادسرای کاشان ۹۴/۳/۵ می باشد. با توجه به لازم الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۳۴۰ آن در تاریخ ۹۴/۴/۱، تشکیل پرونده پیش از این زمان صورت گرفته است. بنابراین، با توجه به تبصره ۳ ماده ۲۹۶ قانون اخیرالذکر که برخی آن را مخصص مواد ۳۴۰ و ۱۱ قانون مجازات اسلامی تصور می کنند، لذا رسیدگی به موضوع با تنقیح مناط کماکان در صلاحیت دادسرا (تهران) می باشد. اگرچه، در متن رأی مورد نقد اشاره ای به این استدلالات نشده است اما به نظر می رسد با تمسک به استدلال دوم و سوم بتوان از بین دادگاه کیفری دو و دادسرا، تعیین مرجع دوم را به عنوان مرجع ذی صلاح در این پرونده مورد تأیید قرار داد. عقیده اکثریت مندرج در بند ۳ نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۳۵۰۰ مورخه ۹۴/۱۲/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید استدلال اخیر است.

۴. مقایسه با نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۳۵۰۰ مورخه ۹۴/۱۲/۱۹ اداره

حقوقی قوه قضاییه:

بند ۴ نظریه مزبور چنین اشعار می دارد: «با توجه به اینکه در ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری، صلاحیت دادگاه عمومی تهران ناظر به رسیدگی به اختلافات ناشی از قانون مزبور و آیین نامه های اجرایی می باشد و کلمه «اختلافات» ناظر به امر توافقی و حقوقی است که لزوماً نیاز به مدعی خصوصی دارد، منصرف از دعاوی کیفری است که واجد جنبه عمومی بوده و ممکن است بدون حدوث اختلاف هم قابل طرح باشند. بنابراین، صلاحیت یادشده معطوف به صلاحیت دادگاه های عمومی حقوقی است. مضافاً به اینکه رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای آیین نامه اجرایی نیز منصرف از بحث جرم است و تنها در قانون قابل پیش بینی است. بنابراین، رسیدگی به جرایم مذکور در قانون فوق الذکر مطابق قواعد حاکم بر صلاحیت مراجع قضایی کیفری خواهد بود».

همان گونه که ملاحظه می شود در فهم و تفسیر ماده ۵۹ قانون فوق میان شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور و اداره حقوقی قوه قضاییه فرسنگ ها فاصله است و باید اذعان داشت هر دو راه افراط و تفریط را پیموده و هر کدام، از یک سوی

بام افتاده اند. اگر پذیرفته شود که حسب مواد ۱۵، ۲۸ و ۴۰ ق.ث.ا.ط.ع.ت. تنها مالکین اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری ثبت شده در راستای اعمال ماده ۶۱ قانون مزبور حق اقامه دعاوی کیفری بابت نقض حقوق خود را دارند. بنابراین، طرح دعاوی کیفری فوق الذکر صرفاً با شکایت مدعی خصوصی (به مفهوم ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری) ممکن است. از این رو، این دعاوی کیفری به نوعی جنبه توافقی داشته (هرچند نه به معنای دقیق کلمه) و به موضوع پرونده ای که بدین ترتیب میان مالک یک دارایی صنعتی و متهم مظنون به نقض حق انحصاری وی تشکیل می گردد، اختلاف قابل اطلاق می باشد. ضمن آنکه اطلاق اصطلاح اختلافات، مفاد ماده ۱۷۹ آیین نامه اجرایی ق.ث.ا.ط.ع.ت. و رویه مسلم قضایی که سابقه آن به قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰^۱ بازمی گردد، مردود بودن نظریه مشورتی اداره حقوقی را در این خصوص القاء می کند.

۱. ماده ۴۶ قانون منسوخه فوق چنین مقرر می داشت: «رسیدگی به دعاوی حقوقی یا جزایی مربوط به اختراع یا علامات تجاری در محاکم تهران به عمل خواهد آمد اگرچه درمورد دعاوی جزایی جرم در خارج تهران واقع یا کشف و یا متهم در خارج تهران دستگیر شده باشد که در این موارد تحقیقات مقدماتی در محل وقوع یا کشف جرم یا دستگیری متهم به عمل آمده و دوسیه برای رسیدگی به محاکم تهران ارجاع می شود».

نتیجه گیری

در تفسیر ماده ۵۹ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری شاهد دو برداشت متفاوت هستیم. به منظور تعیین قلمرو و حدود اعمال ماده مذکور به نظر می رسد از یک سو، شعبه سی و هفتم دیوان عالی کشور راه افراط را پیموده و از سوی دیگر، اداره حقوقی قوه قضاییه تفریط را در پیش گرفته است. حسب این مقرر: «رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای این قانون و آیین نامه اجرایی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه های عمومی تهران می باشد ...». مستفاد از دادنامه صادره از شعبه محترم فوق الذکر که در این نوشتار مورد نقد و بررسی قرار گرفت، در ارتباط با هر موضوعی که به نوعی قانون یادشده متعرض آن شده و مقرراتی پیرامون آن وضع کرده است چنانچه دعوائی اعم از حقوقی و کیفری مطرح شود به حکم ماده ۵۹ در صلاحیت مراجع قضایی تهران (اعم از دادگاه و دادسرا) می باشد. بر مبنای همین رویکرد، این شعبه دعوای کیفری اقامه شده از سوی یک مرجع دولتی راجع به جعل یک فقره گواهی نامه ثبت علامت تجاری اداره مالکیت صنعتی را صرف نظر از محل وقوع و کشف آن، در صلاحیت مراجع قضایی تهران دانسته است. در مقابل، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی خود ماده ۵۹ را تنها ناظر بر دعوای حقوقی مرتبط با موضوعات مطرح در ق.ث.ا.ط.ع.ت. به شمار آورده و دعوای کیفری را ولو آنکه مشمول ماده ۶۱ قانون موصوف قرار گیرند به کلی از شمول آن خارج پنداشته است.

در مقام داوری میان این دو رویکرد متفاوت در اینجا نیز به نظر می رسد راه صواب همان اعتدال است. در خصوص دعوای حقوقی راجع به مالکیت، انتقال، استفاده، نقض و سایر موضوعات مربوط به مالکیت های صنعتی با توجه به اینکه قانون فوق الذکر، ثبت در اداره مالکیت صنعتی را محور عمل قرار داده است به لحاظ استقرار اداره مذکور در پایتخت با رعایت مفاد مواد ۱۷۹-۱۸۴ آیین نامه اجرایی، مشکل خاصی در پذیرش صلاحیت دادگاه های حقوقی تهران وجود ندارد، اما در بحث از دعوای کیفری باید توجه داشت که حکم ماده ۵۹ استثناء و برخلاف اصل صلاحیت مراجع قضایی محل وقوع یا کشف بزه می باشد لذا در تفسیر آن باید جانب

احتیاط را، رعایت و به قدر متیقن اکتفا کرد. در ق.ث.ا.ط.ع.ت. تنها یک ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده است؛ بدین معنا که وفق ماده ۶۱، نقض حقوق مالکین اختراعات، طرح های صنعتی و علائم و نام های تجاری - آن گونه که در مواد ۱۵، ۲۸، ۴۰ و ۴۷ مقرر گردیده - جرم انگاری شده است. مستنبط از مواد اخیر و برخی مواد مندرج در آیین نامه اجرایی آن است که تنها مالکین این دارایی ها می توانند علیه اشخاصی که مدعی اند حقوق انحصاری آنان را در استفاده از این اموال نقض کرده اند طرح شکایت کیفری کنند. بنابراین، برخلاف نظریه اداره حقوقی دعوای کیفری موضوع ماده ۶۱ جنبه توافقی داشته و فرض بروز اختلاف در آنها می رود. شایان ذکر است که بجز در فرض نام های تجاری، اشخاصی، مالک دارایی های فوق الذکر تصور می شوند که آنها را به نام خود در اداره مالکیت صنعتی قانوناً به ثبت رسانده باشند. از این رو، در رسیدگی های کیفری قدر متیقن آن است که دعوای مشمول ماده ۶۱ که مجازات فعل ارتكابی متهم بر مبنای این ماده تعیین خواهد شد در دایره شمول ماده ۵۹ قرار داشته و در صلاحیت مراجع قضایی تهران می باشد. اما در این که دادسرای تهران یا دادگاه کیفری دو تهران مستقیماً صلاحیت رسیدگی به این بزه را دارد رای وحدت رویه شماره ۷۴۴ - ۱۳۹۴/۸/۱۹ ایجاد اختلاف کرده است. از یک سو با توجه عمومات و مبانی آن، می توان گفت ملاک تعیین درجه جرایم در وهله اول حبس است لذا در مانحن فیه تیز مرجع صالح دادگاه کیفری دو تهران خواهد بود ولی از سوی دیگر با تشکیک در قلمرو رای مذکور می توان عقیده داشت که در موارد تعدد مجازات ها که به نحو تخییری مقرر گردیده اند مجازاتی که واجد درجه بالاتر است درجه جرم را تعیین می کند. بر این مبنا، صلاحیت رسیدگی در جرایم مالکیت صنعتی بدو با دادسرای تهران است. به هر روی، برخلاف عقیده شعبه سی و هفتم دیوان، سایر دعوای کیفری که مجازات آنها در قوانین دیگری بجز ق.ث.ا.ط.ع.ت. آمده است ولو آنکه به هر نحو مرتبط با مقررات مندرج در قانون اخیر باشند (نظیر جعل گواهی نامه ثبت علامت تجاری) باید خارج از حدود ماده ۵۹ و وفق عمومات، مشمول اصل صلاحیت رسیدگی مراجع قضایی محل وقوع یا کشف دانست.

فهرست منابع و مآخذ

- زندوکیلی، علی و صادقی، محسن، "نام تجاری و تمیز [تمییز] آن از مفاهیم مشابه"، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۶۸ (پاییز ۱۳۹۲).
- شمس، عبدالحمید، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی (تهران: سمت، ۱۳۸۲).
- صادقی، محمود و شیخی، مریم، "اقدامات تامینی و ضمانت اجرای مدنی حقوق مالکیت صنعتی"، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۳ (پاییز ۱۳۸۸).
- فلاحی، ابوالقاسم، "ملاک تشخیص درجه در مجازات های متعدد (نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۹۴/۸/۱۹)"، فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، دوره ۳، شماره ۹ (زمستان ۱۳۹۳).
- کریمی، محمدحسین، علائم تجاری در حقوق ایران (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۹).
- کسنوی، شادی، مبانی حقوق علائم تجاری (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴).
- میرحسینی، حسن، حقوق علائم تجاری (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰).

رأی دادگاه

«درخصوص دادخواست آقای ... علیه آقای ... به خواسته صدور حکم بر فسخ قرارداد شماره ... مورخ ۹۴/۵/۱۱ مقوم به ۵۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال و محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت ثمن معامله و خسارت ناشی از عدم ایفای تعهد به مبلغ ۱۳۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال. جبران خسارات دادرسی دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده نظر به اینکه مطابق مادتين ۲ و ۳ از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ دادگاهها فقط مجازند به دعاوی رسیدگی نمایند که دعوا برابر قانون اقامه شده باشد درحالی که در این پرونده، دعاوی خواهانها بر طبق موازین قانونی اقامه نشده است. درنتیجه، قابل استماع نبوده است. توضیح اینکه مستفاد از مواد ۳۹۶ و بعد از قانون مدنی این است که صاحب خیار فسخ در یک عقد صحیح با رعایت شرایط قانونی می تواند با اراده خود نسبت به اعمال خیار اقدام نماید و در صورت حدوث اختلاف از دادگاه درخواست تأیید فسخ انجام شده را بنماید نه اینکه از دادگاه درخواست صدور حکم فسخ را بنماید. دادگاه قانوناً مرجع صدور حکم بر فسخ نمی باشد و اساساً چنین رسالتی ندارد درحالی که خواهان، در این پرونده از دادگاه درخواست صدور حکم فسخ را نموده است که چنین خواسته ای بنا به مراتب مذکور منطبق با موازین قانونی نمی باشد به علاوه اینکه خواهان برابر متن دادخواست تقدیمی مدعی بطلان معامله مطرح نماید نه فسخ که از آثار عقد صحیح می باشد. بر این اساس، دعاوی استرداد ثمن نیز تا قبل از ابطال معامله منطبق با موازین قانونی نمی باشد، چه اینکه برابر ماده ۲۲۳ از قانون مدنی هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود. و تا قبل از ابطال معامله دعاوی استرداد ثمن صحیح نمی باشد چونکه از آثار عقد صحیح مالکیت بایع بر ثمن و مشتری مبیع است مگر اینکه فساد عقد بیع به طرق پیش بینی شده در قانون، احراز و اثبات گردد و تا قبل از ابطال بیع، اصل بر صحت معاملات است. بنا به مراتب مذکور و با عنایت به اینکه خواهان نسبت به معامله اصلی دعوایی مبنی بر بطلان معامله مطرح ننموده است و اینکه حق خواهان برای افزایش یا تغییر خواسته تا جلسه اول رسیدگی مقید به این است خواسته ابتدایی مطرح شده مطابق قانون مطرح

یک رأی و دو دیدگاه متفاوت در موضوع ضرورت یا اختیار برای تشکیل جلسه دادرسی

توضیح مجله: رأی مورد بحث، دادنامه ای است از شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که در دعوایی به خواسته صدور حکم به فسخ قرارداد صادر شده است. در دعاوی مزبور، دادگاه به دلیل اینکه خواسته خواهان را واجد ایراد دانسته و ایراد مزبور را از موارد رفع نقص تلقی نکرده، بدون دستور تعیین وقت و تشکیل نخستین جلسه دادرسی، در وقت فوق العاده اقدام به صدور قرار عدم استماع دعوا نموده است. استدلال دادنامه مبتنی بر مادتين ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و این موضوع است که دعوا مطابق قانون اقامه نشده و از این حیث تشکیل جلسه رسیدگی، منطبق با موازین قانونی نخواهد بود. با توجه به اهمیت موضوع و خلاف رویه بودن تصمیم دادگاه، دو تن از نویسندگان و صاحب نظران، موضوع و استدلال مندرج در دادنامه را، یکی با موضع رد و دیگری با موضع تأیید، دست مایه ی نقد قرار داده و اقدام به نگارش مقالاتی نموده اند که ذیلأ پس از ارائه ی متن رأی اصلی، هر دو مقاله در معرض مطالعه خوانندگان مجله قرار خواهد گرفت.

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۰۲۰۰۸۲۶

تاریخ صدور رأی: ۹۴/۱۰/۱

خواسته: ۱- تأیید فسخ قرارداد (مالی) ۲- مطالبه وجه بابت ... ۳- مطالبه خسارت

۴- مطالبه خسارت دادرسی

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر تهران

گردد. استدلال مخالف، مستلزم این خواهد بود که دادگاه‌ها به صدور دستور تعیین وقت برای خواسته‌های غیراخلاقی و مخالف نظم عمومی نیز ملتزم گردند که مورد پذیرش هیچ قانون و عرف و منطقی نخواهد بود. در نتیجه، برابر مادّین ۲ و ۳ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، فرض عدم استماع دعوا تا قبل از جلسه اول رسیدگی نیز مسموع می‌باشد و حقوق خواهان مربوط به جلسه اول رسیدگی ناظر به دعاوی غیرقانونی [نیست]. بر این اساس، دادگاه، دعاوی مطرح‌شده را منطبق با موازین قانونی ندانسته مستنداً به مواد مذکور قرار عدم استماع دعوی، صادر و اعلام می‌دارد. رأی دادگاه ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد».

۲. نقد و بررسی

۱- قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۲ و ۳ خود به ترتیب به اصل «ابتکار عمل خصوصی»^۱ و اصل «لزوم حل و فصل دعوا مطابق قانون»^۲ اشاره کرده است. اصل ابتکار عمل خصوصی بدان معناست که تنها ذی‌نفع، مبتکر طرح دعوا شناخته می‌شود و دادگاه از نزد خود چنین توانایی‌ای ندارد. این اصل در پی تضمین رعایت قانون در هنگام طرح دعوا هم از منظر شکل و هم از جهت مواعد و عدم سوءاستفاده از مقررات آیین دادرسی است. اصل حاضر، دعوایی را قابل رسیدگی اعلام می‌نماید که شرایط طرح آن رعایت شده باشد. این شرایط در آیین دادرسی عبارتند از: **نفع و سمت و اهلیت**. اصل لزوم حل و فصل دعوا برابر قانون (اصل ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) نیز در پی تضمین حاکمیت قانون در دادخواهی‌ها بوده است که کارکردهای زیادی در جامعه دارد؛ خواه قانون از قوانین آیینی (شکلی) باشد و خواه ماهوی. نخستین ایراد به دادنامه صادره ناظر به همین امر است که دادگاه با استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نتیجه و کارکرد عکس گرفته است؛ توضیح اینکه از توجه به ماده فوق، تکلیف رعایت قانون در مقام حل و فصل دعوا از سوی دادگاه به‌دست می‌آید حال آنکه شعبه ۳۷ با استناد به این ماده، خلاف قوانین ناظر به دستور تعیین وقت راجع به دادخواست کامل (ماده ۶۴)، قواعد دادرسی اختصاری (مواد ۹۵ و ۲۰۰) و حقوق خواهان در جلسه اول دادرسی (ماده ۹۸) عمل نموده و آن را مجوزی برای عدم استماع دعوا پیش از «تثبیت دعوا» قلمداد نموده است؛ درحالی‌که همان ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مهم‌ترین مستمسک دادگاه است برای اعمال توصیف صحیح یا بازتوصیف وقایع دعوایی به فرض نامگذاری یا

دیدگاه اول - نقض اصول دادرسی و سلب حقوق اصحاب دعوا با تشکیل ندادن نخستین جلسه دادرسی

حسن محسنی*

۱. وقایع پرونده

دعوی‌ای در شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران طرح می‌شود که یکی از خواسته‌های آن، صدور حکم به فسخ قرارداد است. رئیس شعبه مزبور به ایراد و اشکالی که به‌زعم خود در عنوان خواسته دعوی خواهان برخورد نموده، بدون تشکیل جلسه رسیدگی، ترتیب اثر داده و در پی آن رأساً مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوی خواهان‌ها نموده است. از مزایای این دادنامه که پیوست نوشتار حاضر است بی‌گمان مستدل و مستند بودن آن می‌باشد که حکایت از این استدلال دارد که خواسته قانونی «درخواست تأیید فسخ قرارداد» است و عنوان خواسته خواهان‌ها «صدور حکم به فسخ قرارداد» قانونی نیست و از آنجا که دادگاه برای رسیدگی به خواسته‌های غیرقانونی، مکلف به تشکیل جلسه دادرسی نمی‌باشد قرار عدم استماع دعوی خواهان‌ها صادر می‌شود. به عقیده نگارنده، این رأی و استدلالات مبنای آن از منظر حاکمیت دادگاه در حل و فصل دعوا به‌موجب قانون، ماهیت و آثار دادرسی اختصاری و اصول دادرسی همچون اصل ابتکار عمل خصوصی، اصل تسلط طرفین بر قلمرو امور موضوعی و نیز اصل دور از دسترس بودن دعوا، برابری سلاح‌ها، اصل بی‌طرفی و اصل تقابلی بودن دادرسی قابل نقد و بررسی است.

۱. نک: مجید غمami و حسن محسنی، «اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و استثنائات و قیدهای آن»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۴۲، ش ۱ (۱۳۹۱): صص ۲۰۱-۲۱۶.

۲. نک: عباس کریمی و همایون رضایی‌نژاد، «نقش دادرسی در احراز قاعده ماهوی (در حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران)»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۴۲، ش ۳ (۱۳۹۱): صص ۲۵۱-۲۷۰.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

توصیف اصحاب دعوا از وقایع اشتباه. به بیان دیگر، حتی اگر توصیف خواسته خواهان (حکم بر فسخ قرارداد) به واقع اشتباه باشد و این اشتباه حتی پس از سپری شدن مقطع جلسه اول دادرسی، به قوت خود باقی بماند ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با الزام قضات به رسیدگی مطابق قانون، می‌تواند مهم‌ترین مستندی باشد برای بررسی و بازتوصیف خواسته دعوا.^۱ به دیگر سخن، ماده ۳ که می‌تواند موجب توانایی دادگاه برای اعمال قواعد حقوقی صحیح باشد، در این پرونده کارکردی وارونه پیدا نموده و به دادگاه اجازه داده است در عین استناد به ماده ۲ - که از اصل ابتکار عمل خصوصی سخن گفته - دعاوی و خواسته‌ها را غیرقانونی توصیف نماید.

۲- رأی صادره خلاف قواعد دادرسی‌های اختصاری است. دادرسی اختصاری به معنای دادرسی براساس رسیدگی شفاهی و تشکیل جلسه عادی، نوعی از دادرسی است که مقابل دادرسی عادی قرار می‌گیرد و اساساً به صورت کتبی و مبتنی بر تبادل لوایح است. مقنن با وضع ماده ۱۱ «لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی» مصوب شورای انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۸، دادرسی عادی را کنار نهاده و آیین دادرسی اختصاری را به عنوان شیوه اصلی محاکمات برگزیده است.^۲ براساس قواعد این نوع دادرسی، در صورت کامل بودن دادخواست، دادگاه باید دستور تعیین وقت رسیدگی بدهد و این وقت به طرفین ابلاغ شده و جلسه رسیدگی عادی تشکیل می‌شود (ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی).^۳ پیرامون ماهیت و اساس دادرسی‌های

۱. پیرامون مسئله توصیه و بازتوصیف نک: حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی (بر پایه

همکاری و در چارچوب اصول دادرسی)، با دیباچه ناصر کاتوزیان، (تهران: شرکت سهامی انتشار،

چاپ سوم، ۱۳۹۳)، صص ۲۰۰ به بعد.

۲. «رسیدگی به کلیه دعاوی حقوقی با رعایت قواعد دادرسی اختصاری به ترتیب مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی به عمل خواهد آمد. مع‌الوصف اموری که سابقاً به طریق اختصاری و یا بدون تشریفات آیین دادرسی رسیدگی می‌شده به همان ترتیب رسیدگی خواهد شد. احکام غیابی قابل واخواهی در دادگاه صادرکننده حکم است.»

۳. پرواضح است که حکم قابل تأمل و انتقاد ماده ۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ مقنن که به دادرسی اجازه می‌دهد دادخواست اشخاص حقوقی و اشخاصی را که تاجر بودن آنان مسلم است بدون اخطار به خواهان رأساً رد نماید به هیچ‌روی موجب عدول از مقررات رسیدگی‌های

اختصاری همین بس که شعبه سوم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۶۳۱ مورخ ۱۳۷۱/۹/۳۰ چنین حکم نموده است که: «اساساً در دادرسی اختصاری، رسیدگی می‌بایست در جلسه دادرسی صورت گیرد نه در وقت فوق‌العاده».^۱ با وجود این، در این پرونده علی‌رغم اینکه تنها نوع دادرسی در حقوق دادرسی مدنی ایران دادرسی اختصاری است، دادگاه از تشکیل جلسه رسیدگی امتناع نموده و رأساً، علی‌القاعده در وقت فوق‌العاده، با استدلالاتی که جملگی واجد ایراد و اشکال است، دعاوی خواهان را قابل استماع ندانسته است. به واقع، دادگاه با این استدلال که «فرض عدم استماع دعوا تا قبل از جلسه اول رسیدگی نیز مسموع می‌باشد و حقوق خواهان مربوط به جلسه اول رسیدگی ناظر به دعاوی غیرقانونی [نیست]»، ماهیت و آثار دادرسی اختصاری و رویه قضایی مؤید آن را در نظر نگرفته است که به شرح آتی، ناقض اصول دادرسی و حقوق اصحاب دعواست.

۳- دادگاه در رأی خود استدلالاتی ارائه نموده که قابل بررسی است. اینکه گفته شد «دادگاه، قانوناً مرجع صدور حکم بر فسخ نمی‌باشد و اساساً چنین رسالتی ندارد»، استدلالی غیرحقوقی و نادرست است. در تبیین نادرستی آن، همین بس که در قوانین، نمونه‌های حکم به فسخ دیده می‌شود. برای نمونه، ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی از «امکان انحلال نکاح با فسخ» سخن گفته و بند ۹ ماده ۴ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۲) نیز «فسخ نکاح» را علی‌الاطلاق در صلاحیت دادگاه خانواده قرار داده است بی‌آنکه از مقوله «صدور حکم به فسخ» یا «صدور حکم به تأیید فسخ» سخن گفته باشد. پرسش این است که: آیا در دعاوی فسخ نکاح، دادگاه نمی‌تواند حکم به فسخ نکاح بدهد؟ بی‌گمان در این مورد دادگاه مبادرت به صدور حکم فسخ نکاح می‌نماید. پس، این سخن که عنوان حکم به فسخ همواره

← اختصاری نیست و در این بحث قابل استفاده و بکارگیری نمی‌باشد. پیرامون این ماده و انتقادات وارد

بر آن نک: حسن محسنی، اجرای مؤثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، با دیباچه دکتر

محمدعلی شاه‌حیدری پور (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۴)، صص ۹۹-۱۰۶.

۱. رأی شماره ۶۳۱-۱۳۷۱/۹/۳۰ شعبه ۳ دیوان عالی کشور، به نقل از: یدالله بازگیر، تشریفات دادرسی

مدنی در آراء دیوان عالی کشور، ج ۲ (تهران: فردوسی، ۱۳۸۱)، صص ۲۶۵.

نادرست است و مردم بالاچار باید در دادخواست خود عبارت «تأیید فسخ» را بنویسند وگرنه دعوایشان خلاف قانون است، مبنایی ندارد. اگرچه به عقیده پژوهنده، اختلاف واقعی، میان این دو عبارت وجود ندارد و «صدور حکم به فسخ قرارداد» با «صدور حکم به تأیید فسخ قرارداد» هم‌معناست چراکه ذهن حقوقی هیچ‌گاه همچون اذهان غیرحقوقی تصور نمی‌کند که منظور خواهان از عبارت «صدور حکم به فسخ قرارداد» تقاضای اعمال حق فسخ دادگاه است و چون برای دادگاه‌ها در قراردادهای مردم چنین حقی شرط یا قانوناً منظور نشده، آن خواسته غیرقانونی است! با وجود اینکه به‌زعم نگارنده، تفاوت عبارات صرفاً در «لفظ» است و نه در «معنا»، ناگزیر به توضیح بیشتر هستیم. به‌راستی، مبنای این بحث نحوه نگارش عنوان خواسته نیست بلکه تقسیم‌بندی‌ای است که از انواع آراء انجام شده است؛ آراء به «تأسیسی» و «اعلامی» بخش شده است. اکثر حقوقدانان رأی فسخ را رأیی اعلامی می‌دانند و عده‌ای دیگر، تأسیسی^۱. مقنن در ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی که تلاش کرده برخی آراء اعلامی را برشمرد، اشاره‌ای به رأی فسخ قرارداد به عنوان رأیی اعلامی ننموده است و این امر موجب شده تا اندیشه تأسیسی بودن فسخ، قوت یابد. بر این بنیاد، حتی اگر دادگاه، رأی فسخ را اعلامی می‌داند معنای دادگاه، خود قرارداد را فسخ نمی‌کند بلکه فسخ انجام‌شده از سوی ذی‌نفع را تأییداً اعلام می‌کند، نباید قبل از تشکیل جلسه رسیدگی و بررسی این امر که فسخ به چه نحو انجام و اراده آن ابراز شده، مبادرت به صدور قرار عدم استماع نماید. دادگاه با این رأی شتابزده، وجوه و بقای حق فسخ خواهان را مسلم انگاشته حال آنکه ممکن است درباره اصل وجود حق فسخ برای خواهان، گفتگویی مطرح شود و اگر دادگاه بدون تشکیل جلسه در این باره تصمیم بگیرد، بی‌گمان به علت شتاب در داوری راه صواب را نپیموده است.

۴- «دعوا، شیء متعلق به طرفین است»؛ بر پایه این ضرب‌المثل حقوقی بوده است که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۰ - ۱۳۸۳/۹/۱۰ خود مقرر نموده: «دادگاه، دعوا را فقط با توجه به صورتی که مدعی برای آن قائل است مورد رسیدگی قرار می‌دهد».^۲ پر واضح است که این «صورت» آنچنانکه گفته خواهد شد، تحت تسلط اصحاب دعواست. اصل تسلط طرفین بر قلمرو امور موضوعی بر همین مدار به خواهان حق می‌دهد از امکانات قانونی برای اعمال حق دادخواهی خود به شکل و صورتی که مدنظر دارد بهره‌مند شود، اما این صورت تا چه هنگام یا مقطع در تسلط طرفین است؟ مقنن در مواد ۵۴ و ۹۸، دو مقطع «تقدیم دادخواست» و «تا پایان اولین جلسه دادرسی» را مورد توجه قرار داده که گویای این واقعیت است که خواهان از لحظه تقدیم دادخواست تا پایان جلسه اول دادرسی می‌تواند با تغییر خواسته یا درخواست یا نحوه دعوا در «صورت» آن تصرف کند، ولیکن در این پرونده، دادگاه در رأی خود با استدلال زیر، این حق خواهان را از وی سلب نموده و اجازه نداده است که خواهان بتواند از اصل تسلط استفاده نماید: «اینکه حق خواهان برای افزایش یا تغییر خواسته تا جلسه اول رسیدگی مقید به این است خواسته ابتدایی مطرح‌شده مطابق قانون مطرح گردد». چنین استدلالی مسلماً مصادره به مطلوب و خلاف صریح ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی است، زیرا اولاً دقت در این ماده به هیچ‌وجه نشانگر این نیست که مقنن چنان اراده‌ای داشته است بلکه نیک نشان می‌دهد که خلاف آن منظور مقنن است چراکه به خواهان برای تصحیح و تغییر خواسته خود تا پایان جلسه اول دادرسی فرصت و مجال داده است (کاری که در مواد ۳۳ و ۴۹ قانون دیوان عدالت اداری با رنگ و لعاب روشن‌تری منظور مقنن هویدا شده است). وانگهی، همان‌طور که بیان شد اصل این سخن که عنوان حکم به فسخ قرارداد،

۱. نک: ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوای مدنی (تهران: نشر میزان، چاپ ششم،

۱۳۸۳)، صص ۲۰۸ به بعد؛ برای اطلاع بیشتر نک: عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۲ (تهران:

انتشارات دراک، چاپ بیستم، ۱۳۸۷)، صص ۲۱۷-۲۱۸.

1. Le litige est la chose des parties.

۲. آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، سال‌های ۱۳۲۳ - ۱۳۸۷، جلد اول - آراء حقوقی، (تهران:

اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۸)، صص ۵۱۴-۵۱۶.

غیرقانونی است محل بحث و گفتگوست و نمی‌توان از آن برای چنین استدلالی استمداد نمود. بر این بنیاد، پس از گذشت مقطع جلسه نخست رسیدگی است که «اصل دادخواهی یا دعوا دور از دسترس»^۱ خواهان قرار می‌گیرد و زمینه اجرای «اصل تغییرناپذیری دعوا»^۲ فراهم می‌شود^۳ که در حقوق ایران اصطلاحاً با پیروی از برخی آراء دیوان‌عالی کشور بدان «تثبیت شدن دعوا» می‌گویند.^۴ امری که در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۰ دیوان‌عالی کشور به «صورت دعوا» تعبیر شده است و مقصود هیأت عمومی دیوان‌عالی کشور از صورت دعوا، به باور پژوهنده، صورت تثبیت‌شده دعواست. اقدام دادگاه در صدور قرار عدم استماع دعوا قبل از تثبیت صورت آن، بی‌گمان خلاف صریح ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی است که به خواهان تا پایان جلسه اول دادرسی اجازه طرح دعوای اضافی را داده است.

۵- بررسی رأی نشان می‌دهد که دادگاه میان «طرح دعوا مطابق قانون» و «قانونی بودن مورد دعوا» خلط نموده است. چنانکه گذشت شرایط قانونی طرح دعوا عبارت است از: اهلیت، نفع و سمت. مقصود مقنن از «رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند» در ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، همین شرایط

1. Le principe d'indisponibilité du litige

2. Le principe d'immutabilité du litige

3. Jacques Miguet, **Immutabilité et évolution du litige**, Préface de M. Pierre Hébraud, (Paris: L.G.D.J., 1977).

۴. نک: حسن محسنی، پیشین، ص ۱۶۰؛ مجید غمامی و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰)، ص ۱۸۰ به بعد؛ و همچنین می‌توان به رأی شماره ۶۳۱ مورخ ۱۳۷۱/۹/۳۰ اشاره نمود: «قرار تجدیدنظرخواسته شماره ۱۳ - ۱۳۷۱/۱/۱۸ صادره از دادگاه حقوقی یک زرین‌شهر، مخدوش است، زیرا: اولاً [...] در جلسه ۱۳۶۵/۱۰/۱۳ دادگاه حقوقی فلاورجان و اولین جلسه دادرسی دادگاه حقوقی یک زرین‌شهر (جلسه ۱۳۶۸/۹/۷) خواهان همان خواسته را تأیید و تکرار کرده است با این وصف و با لحاظ مفاد ماده ۱۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی [ماده ۹۸ کنونی] خواسته دعوا تثبیت شده و دادگاه مکلف بوده در حدود این خواسته به دعوی رسیدگی نماید [...]». (تأکیدها افزوده شده است). به نقل از: یدالله بازگیر، پیشین، ص. ۲۶۵.

قانونی طرح دعوا و اصل درخواست از سوی ذی‌نفع دارای اهلیت یا شخص واجد سمت است. به بیان دیگر، از ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی که گویای اصل ابتکار عمل خصوصی است نمی‌توان دریافت که مقنن برای دعوای، عناوین از پیش تعیین‌شده‌ای وضع نموده که عدم ذکر آن‌ها در عناوین خواسته‌ها برابر است با عدم رعایت شرایط قانونی طرح دعوا. همچنین از این ماده نمی‌توان قانونی بودن مورد دعوا را برداشت کرد. باری، اگر مورد دعوا قانونی یا مشروع نباشد نیز نمی‌توان گفت درخواست رسیدگی، مطابق قانون انجام نشده است؛ درخواست برابر قانون با مورد درخواست قانونی متفاوت است که اولی ناظر به شرایط (شکلی) اقامه دعواست و دومی مربوط به شرایط رسیدگی (ماهوی) بدان. در این پرونده، دادگاه برای صدور قرار عدم استماع دعوای با استناد به ماده ۲، تصور نموده که شرایط قانونی اقامه دعوا (نفع و سمت و اهلیت) رعایت نشده است حال آنکه (قبل از ایراد و بررسی)، فرض بر این است که خواهان‌ها هم نفع داشته‌اند و هم اهلیت. وانگهی، قانونی نبودن مورد درخواست نیز در این پرونده، محل تردید است. حتی اگر دادگاه، میان آن دو تفکیکی قائل نباشد و معتقد باشد که قانونی بودن مورد درخواست به معنای درخواست رسیدگی برابر قانون است، باز مقنن در بندهای ۷ و ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی هم درمورد دعوایی که بر فرض ثبوت اثر قانونی ندارد و هم درمورد مشروعیت مورد دعوا، انجام رسیدگی را برای دادگاه تکلیف نموده است. پس، هنگامی که درخصوص بندهای فوق‌الذکر ماده ۸۴، دادگاه، مکلف به صدور دستور تعیین وقت رسیدگی عادی است و به خواننده فقط حق ایراد بدان اعطاء شده، به طریق اولی درمورد فرض پرونده حاضر - که مسئله تنها نوعی اختلاف در بکارگیری الفاظ است (در اینجا خواهان «حکم به فسخ» را به جای «تأیید فسخ» نوشته است) و عناوین موضوعه‌ای وجود ندارد - دادگاه بایستی دستور تعیین وقت می‌داد (ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی) و با تشکیل جلسه رسیدگی (مواد ۹۵ و ۲۰۰ آن قانون) مبادرت به رسیدگی می‌کرد و با این کار به اصحاب دعوا فرصت اجرای کامل حق دادخواهی را می‌داد. صرف‌نظر از مشروعیت مورد دعوا که بی‌گمان ملحق به مباحث نفع است و گذشته از این‌که اگر مقنن، ایراد به آن را در

بند ۸ ماده ۸۴ پیش‌بینی نمی‌نمود باز هم دادگاه می‌توانست از رهگذر شرایط قانونی طرح دعوا بدان ورود کند. از آنجا که قانونگذار پیرامون اثر قانونی دعوا بر فرض ثبوت (بند ۷ ماده ۸۴)، دادگاه را مکلف به رسیدگی می‌داند نمی‌توان پذیرفت که رسیدگی به خواسته دعوی حاضر (مورد دعوا) - که به‌زعم دادگاه غیرقانونی است - در وقت فوق‌العاده ممکن است، زیرا وقتی درمورد بند ۷ ماده ۸۴ تردیدی نیست که شرایط قانونی طرح دعوا (نفع قانونی، موجود و باقی) وجود دارد و تنها دعوا فاقد اثر قانونی است، دادگاه باید رسیدگی کند. فلذا به قیاس اولویت اگر مورد دعوا قانونی نباشد این امر شایسته رسیدگی است.

۶- سلب حق ایراد به مورد دعوا از سوی خواننده و نیز سلب حق خواهان در طرح دعوی اضافی با عدم تشکیل جلسه نخست دادرسی، به نظر برابری سلاح‌ها در آیین دادرسی را نیز نقض نموده و برای خواننده نسبت به خواهان با سلب حق طرح دعوی اضافی، نوعی امتیاز ایجاد نموده که البته مخالف اصل بی‌طرفی است. به بیان ساده‌تر، دادگاه با عدم استماع دعوا پیش از سپری شدن مقطع جلسه نخست دادرسی، به نوعی پیش‌داوری تن داده است که می‌تواند دادرسی مدنی را از یک دادرسی اتهامی و توافقی، به دادرسی قیم‌آبانه و تحت حکومت قاضی تنزل دهد. پس، وقتی فهرستی از عناوین دعوای در قوانین وجود ندارد و برداشت قضایی دادگاه این است که عنوان دعوا باید چنین یا چنان باشد، نمی‌توان از مردم انتظار داشت که رویکرد دادگاه را حدس بزنند و همچنین نمی‌توان از دادگاه پذیرفت که نظر قضایی خود را معیار قانونی بودن یا نبودن عناوین دعوای بداند که هنوز در مقطعی میان تقدیم دادخواست و جلسه نخست دادرسی هستند و تثبیت نشده‌اند. باری، اگر دادگاه پس از تثبیت دعوا همچنان عنوان خواسته را واجد اشکال بداند و موضوع مشمول قدرت دادگاه در بازتوصیف عنوان دعوا نباشد می‌تواند آن دعوا را رد کند که در هر صورت مستلزم تشکیل جلسه و انجام رسیدگی است. وانگهی، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۰ حکم نموده است که «دادگاه، دعوا را فقط با توجه به صورتی که مدعی برای آن قائل است مورد رسیدگی قرار می‌دهد» و مقصود از رسیدگی، اجرای فرایند قانونی (اصول و قواعد

دادرسی اختصاری) ازجمله دستور تعیین وقت و برگزاری نخستین جلسه رسیدگی و فراهم آوردن زمینه اعمال حق طرح دعوی اضافی است.

۷- اینکه دادگاه در رأی خود مرقوم نموده «استدلال مخالف، مستلزم این خواهد بود که دادگاه‌ها به صدور دستور تعیین وقت برای خواسته‌های غیراخلاقی و مخالف نظم عمومی نیز ملتزم گردند که مورد پذیرش هیچ قانون و عرف و منطقی نخواهد بود» دست‌کم اگر نگوییم نادرست است، نوعی قیاس مع‌الفارق است. پیش از هر چیز باید پیرامون اشکال نگارشی این بخش از رأی سخن گفت. دادگاه در این قسمت از رأی، عبارت «استدلال مخالف» را به کار برده است که در بادی امر چنین القاء می‌نماید که گویا در این پرونده، کسی استدلال مخالف ارائه کرده و دادگاه هم آن استدلال را مدنظر قرار داده، حال آنکه در این پرونده اساساً دادگاه فرصت استدلال مخالف به احدی نداده است. از این‌رو، این اشکال ادبی نیز در این رأی هست چراکه خواننده را به سمت باور وجود تزلزل در اندیشه دادگاه به هنگام صدور رأی، سوق می‌دهد؛ نحوه نگارشی که بایسته است دادرسان از آن دوری کند. و اما درخصوص نادرستی این استدلال - چنانکه گفته شد - مقوله اخلاقی بودن یا نبودن خواسته از ملحقات بحث نفع و مشروع یا قانونی بودن یا نبودن آن است که مقنن آن را در بند ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی تحت عنوان ایراد به نامشروع بودن مورد دعوا پیش‌بینی نموده است. موعد طرح این ایراد نیز تا پایان جلسه نخست دادرسی است، اگرچه آن را می‌توان ایراد امری دانست که حتی بی‌نیاز از ایراد است و دادگاه رأساً می‌تواند بدان ترتیب اثر دهد. با این وجود، توجه و استناد علی‌الرأسی دادگاه به نامشروع بودن مورد دعوا، موجب آن نخواهد بود که شخص از حق دادخواهی باز ماند یا اینکه حق نداشته باشد مشروعیت ادعای خود را ثابت کند؛ امری که بی‌گمان مستلزم رسیدگی است. مقصود از رسیدگی - چنانکه پیش‌تر اشاره شد و شعبه سوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۶۳۱ مقرر نمود - در نظام دادرسی اختصاری، رسیدگی توافقی و با تشکیل جلسه است. درخصوص نظم عمومی نیز مقایسه دادگاه، نادرست است چراکه هستی و چیستی این نظم نیز نیازمند رسیدگی است و دادگاه نمی‌تواند از نزد خود دعوایی را موافق نظم عمومی

بداند یا نداند. اینچنین است که درمورد دعاوی مخالف نظم عمومی، قرار عدم استماع صادر نمی‌شود و پرونده، شایسته تعیین تکلیف ماهوی است. مع‌الفارق بودن این قیاس نیز با توضیح فوق به‌راحتی هویدا می‌شود چراکه علت عدم پذیرش درمورد خواسته‌های غیراخلاقی و مخالف نظم عمومی، در اولی، فقدان نفع قانونی و مشروع و در دومی، فقدان حق است حال آنکه در فرض خواسته دعاوی موضوع دادنامه حاضر، خواهان، هم مدعی نفع است و هم مدعی حق. و صحت و سقم این ادعاها جز با رسیدگی به معنای بالا، قابل بررسی و ارزیابی نیست.

۸- اگرچه در رأی، چنین استدلالی نیامده اما ممکن است گفته شود همان‌طور که دادگاه، قبل از تشکیل جلسه می‌تواند درخصوص صلاحیت ذاتی و یکی از جهات رد دادرسی اظهارنظر کند، در فرض پرونده حاضر نیز قادر به انجام این کار است. مقایسه موضوع دعاوی حاضر با صلاحیت دادگاه یا ایراد رد دادرسی که مرجع قضایی می‌تواند قبل از تشکیل جلسه رسیدگی و ایراد، بدان بپردازد نیز مع‌الفارق و مصادره به مطلوب است؛ بدان معنا که ورود دادگاه و قاضی به مسئله صلاحیت ذاتی و شخصی پیش از ایراد را نمی‌توان به ایراد و اشکال لفظی عنوان خواسته سرایت داد؛ چراکه درمورد صلاحیت ذاتی دادگاه و صلاحیت شخصی قاضی، اساساً دادگاه و قاضی حسب مورد به نفع ساختار و سازماندهی قضایی (که وابسته به نظم عمومی است) و اصول استقلال دادگاه و بی‌طرفی قاضی (که ضامن دادرسی عادلانه است)، قادر به اظهارنظر پیرامون دعوا نیست حال آنکه در فرض دعاوی حاضر، دادگاه، ذاتاً صالح است و به قاضی ایرادات رد دادرسی توجهی ندارد. به عبارت دیگر، پیش‌فرض صلاحیت ذاتی و ایراد رد دادرسی، پاسداشت نظم عمومی و اصول بنیادین دادرسی است درحالی‌که در فرض پرونده حاضر بر فرض اینکه عنوان خواسته خواهان، اشتباه یا خلاف قانون باشد - که به‌زعم نگارنده چنین نیست - خدشه‌ای به نظم عمومی یا اصول مبنایی دادرسی وارد نیامده است. بر این اساس، هنگامی‌که دو موضوع با یکدیگر قابل مقایسه نیستند نمی‌توان حکم یکی را به دیگری سرایت داد و اگر چنین شود قیاس مع‌الفارق خواهد بود. در راستای بیان علت مصادره به مطلوب، باید گفت حتی می‌توان به ورود دادگاه در مقوله صلاحیت

ذاتی و ایرادات رد دادرسی قبل از تشکیل جلسه اول دادرسی نیز خرده گرفت، زیرا اگر نیک نگریسته شود صلاحیت دادگاه و علل رد دادرسی نیز وابسته به «صورت دعوا» می‌باشد که تا پیش از تثبیت (پایان یافتن جلسه اول دادرسی)، قابل تغییر از سوی خواهان است. برای نمونه، اگر خواهان، خواسته خود در دادخواست را اثبات تخلفات حرفه‌ای پزشک نوشته باشد پرواضح است که رسیدگی به این دعوا از صلاحیت ذاتی دادگاه عمومی خارج است و به آن باید در دادسرا و دادگاه انتظامی پزشکی رسیدگی شود (مواد ۳۰ به بعد قانون نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳)، اما اگر خواهان، صورت این خواسته خود را در جلسه نخست دادرسی به جبران خسارت ناشی از تخلف حرفه‌ای پزشکی تغییر دهد، صلاحیت ذاتی برای دادگاه عمومی ایجاد می‌شود. همچنین است وضعیت جهات رد دادرسی که ممکن است با تغییر صورت دعوا تغییر نموده یا مرتفع شود. پس، امکان رسیدگی فوق‌العاده به صلاحیت ذاتی و ایراد رد دادرسی، خود امر مسلمی نیست که بتوان از آن نتیجه پرونده حاضر را استنباط کرد.

۹- «اصل تقابلی بودن دادرسی»^۱ که برخی استادان بدان «اصل تناظر»^۲ گفته‌اند وجوه و آثار مهمی دارد.^۳ این اصل میان خواهان و خوانده، خوانده و خواهان، خواهان و قاضی و خوانده و قاضی با اجرای تقابلی فرایند دادرسی، برابری ایجاد می‌کند. فلذا همان‌طور که اگر هریک از متداعیین بخواهند با اقدامی، به یک امتیاز یا فایده‌ای برسند قاضی باید اصل تقابلی بودن دادرسی را میان آنان اجرا نماید، متقابلاً

1. Le principe de la contradiction.

۲. عبدالله شمس، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی،

شش ۳۵ - ۳۶ (۱۳۸۱): صص ۶۱ - ۷۶.

۳. «دادرسی باید در تمام اوضاع و احوال، اصل تقابل را در نظر گرفته و خود شخصاً آن را رعایت کند. او نمی‌تواند در تصمیم خود به جهات، توضیحات و مدارک مورد استناد قرار گرفته یا مطرح‌شده طرفین توجه کند مگر اینکه این موارد به نحو تقابلی مورد گفتگو قرار گرفته باشند. او نمی‌تواند تصمیم خود را بر جهات حکمی که خود رأساً به آن‌ها استناد کرده متکی نماید بدون اینکه پیش از این طرفین را برای ارائه نظرات دعوت نموده باشد». نک: حسن محسنی، پیشین، صص ۲۲۱ به بعد.

قاضی هم در اقدام به عملی یا اتخاذ تصمیمی که در حق یکی از متداعیین مؤثر است خود، اصل تقابلی بودن دادرسی را رعایت کند. به عبارت دیگر، قاضی ضمن اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی میان متداعیین، باید خود نیز آن را نسبت به خویش و اصحاب دعوا اجرا نماید تا از یکسو میان طرفین و از سوی دیگر میان آنان و قاضی حسب مورد، برابری و تعادل ایجاد شود. فرانسویان حدود این اصل را هم ناظر به امور موضوعی می‌دانند و هم مربوط به امور حکمی. بنابراین، حتی اگر قاضی قصد داشته باشد از نزد خود، به امر حکمی در تصمیم خود استناد نماید باید بدو نظر طرفین را درخصوص آن جهت حکمی بشنود (ماده ۱۶ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه).^۱ به باور پژوهنده، در حقوق ایران نیز این تحلیل پذیرفتنی است. در اینکه قاضی، مکلف است با تشکیل جلسه رسیدگی به امور موضوعی (از جمله دلایل مورد اختلاف طرفین) در جلسه دادرسی رسیدگی نماید با حکم صریح مقنن در ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی تردیدی نیست، اما: آیا این الزام درخصوص امور حکمی که به طور سنتی در حاکمیت دادرسی است، نیز وجود دارد؟ عموم و اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز صراحت و ظاهر اصل ۱۶۶ قانون اساسی، ظاهراً مؤید این دیدگاه است که دادگاه‌های ایرانی نیز ملزم به رعایت اصل تقابلی بودن دادرسی در هنگام استناد به جهات حکمی هستند که مورد استناد طرفین نبوده است، به‌ویژه آنجا که این جهت حکمی (همانند فرض پرونده حاضر) در توصیف عناصر دعوایی و حل و فصل اختلاف (درمورد پرونده حاضر تفسیر دادگاه از مواد ۳۹۶ به بعد قانون مدنی در قانونی یا غیرقانونی بودن خواسته) مؤثر است. به هر روی، براساس این تحلیل نیز اقدام دادگاه در توسل رأساً به جهات حکمی (مواد ۲ و ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر بر مواد ۳۹۶ به بعد قانون مدنی)، پیش از اجرای مقتضیات اصل تقابلی بودن دادرسی، نادرست است. اگر دادگاه محترم، دادخواست را

کامل می‌دید بایسته بود دستور تعیین وقت صادر می‌کرد و در جلسه دادرسی، غیرقانونی بودن خواسته دعوا را به سمع طرفین رسانیده و متعاقباً، مبادرت به صدور رأی مورد نظر می‌نمود تا شائبه خروج او از بی‌طرفی نیز فراهم نشود، اما اگر دادگاه دادخواست را کامل نبیند باز هم قانون، فاقد راهکار و راه حل نیست. او می‌تواند با اتکا به رویه و تفسیری که در دادگستری نیز رایج است پرونده را به دفتر دادگاه عودت داده و از آن بخواهد برای رسیدن به مقصود «**واضح و روشن**» موضوع بند ۴ ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی، به خواهان اخطار نماید تا چنانچه خواهان در جهت تنقیح، تبیین و تحریر صحیح خواسته اقدامی ننمود، مطابق ماده مزبور این قانون رفتار شود. به‌ویژه آنکه در ابتدای رأی، شاهد نوشتن عبارت «تأیید فسخ قرارداد (مالی)» هستیم و دادگاه می‌توانست از دفتر، خواستار جستجوی علت تفاوت واژگان ثبت‌شده در رایانه و نوشته‌شده در دادخواست، و بررسی آن باشد. دادگاه با صدور قرار عدم استماع به شرح مذکور، حتی این فرصت را نیز از خواهان سلب نموده است که بی‌گمان از منظر اصول و مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، آثار مالی و اقتصادی (هزینه‌های مادی و معنوی) برای وی (خواهان) به همراه دارد که باید در جستار و نوشتار دیگری مورد بررسی قرار بگیرد. به سخن دیگر، محاکم نباید حتی با این پندار که تصمیمشان «حکم» نیست و مانع دادخواهی مجدد نمی‌شود، دعوایی را که حتی اصل امکان رد آن به شرح فوق محل تردید است با «قرار» رد نموده یا غیرقابل استماع اعلام نمایند و از این رهگذر هزینه‌های مادی و معنوی تجدید دعوا را برخلاف اصول و معیارهای عدالت آیینی به دوش متداعیین قرار دهند.

۱. حسن محسنی، (پژوهشگر و برگردان)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، ج ۱، با دیباچه دکتر عباس کریمی و مقدمه پروفیسور لویی کادیه (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵)، صص ۸۲ - ۸۳.

دیدگاه دوم - تشکیل جلسه: ضرورت یا اختیار

علی صابری*

۱. وقایع پرونده

در دادنامه صادره از شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱، خواهان به خواسته نگاشته‌شده در دادخواست، ادعای خویش را مطرح می‌کند. با تکمیل دادخواست، پرونده به نظر دادرسی دادگاه رسیده، ولیکن بدون دستور تعیین وقت و پیش از جلسه نخست دادرسی بی‌آنکه موضوع ایراد را از موارد رفع نقص بداند، دعوی را رد می‌کند. این تصمیم که خلاف‌آمد رویه و عادت است درخور نگرش و سنجش دقیق است که ذیلاً به تحلیل و بررسی آن و ذکر نکاتی چند پرداخته خواهد شد.

۲. نقد و بررسی

آیین دادرسی مدنی‌دانان، شرایط دادخواست را از شرایط دعوی دگرسان دانسته‌اند. برای نظارت اولیه (دادخواست)، مدیردفتر دادگاه شایسته است، اما در وهله دوم، دادرسی به نظاره می‌نشیند. ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی با بکارگیری واژه «دادخواست» ظاهراً این دو مقوله را به هم آمیخته است ولی هم مواد بعدی و هم اصول آیین دادرسی مدنی و نیز آموزه‌های دانشمندان این رشته، ما را به عبور از این ظاهر و می‌دارد. تقریباً هیچ اختیاری از مجموع اختیارات مدیردفتر دادگاه نیست که دادرسی، شایسته بازبینی آن نباشد. دقت در شرایط دادخواست بیان‌شده در ماده فوق‌الذکر نشان می‌دهد برخی از آنها خارج از حد اختیار مدیردفتر است اما عکس آن صادق نیست. برای نمونه، حتی اگر ثبت نشدن

* وکیل پایه یک دادگستری و عضو شورای اسلامی شهر تهران

نشانی خواهان را ازجمله مواردی بدانیم که در اختیارات نامه مدیردفتر برای رد دادخواست است، پیشینه نشان می‌دهد که قرار ناظر به این موضوع بیشتر به فرض اعتراض، به نظر دادرسی می‌رسد. به هر حال، قانونگذار عمداً اختیار مدیردفتر را صدور قرار رد دادخواست می‌داند اما برای دادرسی، هم اختیار تأیید این قرار (یا نقض آن) را برقرار کرده است و هم رد دعوی را.

افزون بر موردی که در دادنامه بیان شد به‌سادگی می‌توان از قانون موارد همسانی که دادرسی بدون لزوم تشکیل جلسه نخست دادرسی تصمیم‌گیری می‌کند، نمونه آشکار رسیدگی دادرسی به شایستگی خویش در ورود به دعوی است. شایستگی ذاتی و محلی دادگاه و همچنین شایستگی شخصی دادرسی موضوع مواد ۲۶ و ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی، مواردی هستند که دادرسی بدون ایراد طرف دعوی می‌تواند بدان پرداخته و تصمیم قانونی اتخاذ کند و این بدان معناست که تشکیل جلسه نخست دادرسی، الزامی نبوده و دراین‌باره دادگاه مختار است. تا زمانی که شرایط دعوی فراهم نشده باشد دادگاه، تکلیفی به دستور تعیین وقت ندارد.

ماده ۶۴ آیین دادرسی مدنی کنونی - که جانشین ماده ۱۴۴ قانون پیشین است - ادعای پیشین را استوار می‌سازد. با این بیان که دادرسی، هنگامی دستور تعیین وقت رسیدگی را صادر می‌کند که پرونده، کامل باشد. تکمیل بودن پرونده هم شرایط دادخواست را دربرمی‌گیرد که مدیردفتر، مسئولیت اولیه آن را به عهده داشته و هم شرایط دعوی را. ماده ۶۶ آیین دادرسی مدنی گواه بر این ادعاست که حتی پس از جلسه نخست دادرسی، خواه با ایراد طرف، خواه تشخیص علی‌الرأس دادگاه ممکن است دادخواست ناقص تلقی شده و برای رفع نقص به دفتر بازگردانده شود. هنگامی که دادرسی تا این حد اختیار بازبینی شرایط دادخواست را دارد به قیاس اولویت باید او را دارای صلاحیت بر بازبینی شرایط دعوی دانست (حتی پیش از جلسه نخست دادرسی).

در این دادنامه، دادگاه به‌درستی از این اختیار هوده برده است. شخص دادرسی نیز به احتمال قوی تصمیم خود را خلاف رویه می‌داند، زیرا برای اثبات درستی اندیشه خویش ناگزیر از بیان استدلال می‌شود. در این راه بر دو شیوه تکیه می‌کند: نخست، روش سلبی؛ به قول منطقیون آوردن مثال نقض، آنجا که با ذکر نمونه،

غیرمشروع بودن و جلسه دعوی را رد کند. دوم، روش ایجابی؛ بدین معنا که استدلال دادگاه صرفاً به مثال نقض، بسنده و ختم نمی‌شود، بلکه نگاهی ایجابی نیز به موضوع دارد. دادرسی می‌داند که جلسه نخست دادرسی دربرگیرنده ویژگی‌هایی است. حقوقی را برای طرفین دعوی به همراه می‌آورد و... البته در موارد اینچنینی که دادگاه آهنگ رد دعوی را پیش از جلسه نخست در سر دارد حقوق خوانده مطرح نیست، زیرا از عدم تشکیل جلسه، ضرری متوجه او نمی‌شود اما حقوق خواهان را باید در نظر داشت و قانوناً پاسخگوی این پرسش بود که: چرا و چگونه این حقوقی که متمرکز بر تشکیل جلسه نخست دادرسی هستند اساساً به وجود نیامده و موجود نیستند تا رد دعوی موجب از میان رفتن آنها باشد. دادرسی دادگاه افزایش تأخیر خواسته را، شرح و به پشتوانه مدلول دادرسی پاسخ دقیق را ارائه می‌دهد. به لحاظ نظری این تقسیم مبتنی بر بخش بندی دادخواست و شرایط دعوی است. دادگاه با داشتن درک درستی از موضوع از عهده استدلال نیز به خوبی برآمده است.

چنانکه ملاحظه شد وارد بحث تفصیلی دگرسانی‌های دادخواست و دعوی نشدیم، چه معتقدیم دادگاه عملاً با استدلال شایسته خویش بر آنها تکیه کرده و درست نتیجه‌گیری نموده است. همین بس که بندهای ۴، ۵ و ۶ ماده ۵۱ مواردی را دربرمی‌گیرد که ماهیتاً خارج از نظارت مدیردفتر می‌باشد و نیز ازجمله شرایط دعوی است گرچه باید در برگی به نام دادخواست نگاشته شود. چنانکه دادرسی دادگاه نیز بیان کرده است در موردی که دعوی شرایط لازم را برای شنیده شدن نداشته باشد مورد از موارد رفع نقص نیست چراکه رفع نقص ناظر به جایی است که در شکل یا ماهیت امری صحیح پیش نهاده شده لیکن یک یا چند مورد از ملزومات تکمیل پرونده موجود نیست. قانونگذار برای حفظ حق دادخواهی خواهان، دفتر دادگاه و شخص دادرسی را مکلف می‌کند با دادن فرصت، قانون امکان برطرف شدن ایراد را فراهم نماید، ولی هنگامی که اساساً شرایط دعوی موجود نبوده و خواسته در فرض صحت و اثبات، بی‌اثر باشد دادگاه مجاز است - و شاید بتوان گفت مکلف است - پیش از جلسه نخست، دعوی را مردود اعلام کند.

متن رأی دادگاه بدوی

«درخصوص دادخواست خواهان آقای س. الف. فرزند ر. با وکالت آقای ذ.م. به طرفیت خواندگان: ۱- آقای ح. ر. ۲. آقای س.ح. ۳- شرکت الف. مسئولیت محدود با وکالت خانم ل. الف. مبنی بر تأیید و تنفیذ وقوع عقد و الزام خواننده ردیف اول به حضور در یکی از دفاتر اسناد رسمی و تنظیم سند رسمی و الزام خواننده ردیف سوم به انجام تشریفات شکلی انتقال سهم‌الشرکه به خسارت و هزینه‌های دادرسی و حق‌الوکاله با توجه به محتویات و اوراق پرونده و مفاد دادخواست و اظهارات وکلای طرفین به شرح صورتجلسه مورخ ۹۰/۱۰/۲۵ و لوائح آنان مضبوط در پرونده عنایتاً به اینکه انتقال سهم‌الشرکه شرکت با مسئولیت محدود به موجب سند رسمی از لحاظ قانونی موضوعیت داشته و به عبارتی بدون سند رسمی هیچ‌گونه انتقال سهم‌الشرکه قابل تصور نبوده و قانونی نمی‌باشد، لذا دادگاه با توجه به مراتب دعوی، خواهان را غیروارد، تشخیص و مستنداً به ماده ۱۰۳ قانون تجارت و ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی ... حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید ...».

متن رأی دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی آقای س. الف. به طرفیت: ۱- شرکت الف. مسئولیت محدود ۲- آقای س.ح. ۳- آقای ح. ر. نسبت به دادنامه شماره ۸۲۱ مورخ ۹۰/۱۰/۲۶ صادره از شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران که براساس آن حکم به بطلان دعوی تجدیدنظرخواه به خواسته تأیید و تنفیذ وقوع عقد بیع و الزام تجدیدنظرخواننده ردیف اول به حضور در دفتر اسناد رسمی و ردیف سوم به انجام تشریفات شکلی انتقال سهم‌الشرکه و خسارت دادرسی صادر گردیده است وارد و موجه نمی‌باشد، زیرا دادنامه تجدیدنظرخواسته وفق مقررات و براساس محتویات پرونده صادر شده و از ناحیه تجدیدنظرخواه علل و جهات موجهی که موجبات نقض و از هم گسیختن دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید ابراز و اقامه نشده است. براین اساس، تجدیدنظرخواهی خارج از شقوق مندرج ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تشخیص به استناد ذیل ماده ۳۵۸ همان قانون با رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌شود. رأی صادره قطعی است.

اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد عادی انتقال سهم‌الشرکه

در شرکت با مسئولیت محدود

محمد رضا محمدی *

۱. وقایع پرونده

شخصی به طرفیت دو شخص حقیقی و یک شخص حقوقی (شرکت با مسئولیت محدود) دادخواستی مبنی بر تأیید و تنفیذ وقوع بیع سهم‌الشرکه شرکت با مسئولیت محدود و الزام انتقال‌دهنده به تنظیم سند رسمی انتقال سهم‌الشرکه، تقدیم دادگاه عمومی تهران کرده ولی دادگاه با این استدلال که در شرکت با مسئولیت محدود انتقال سهم‌الشرکه با سند رسمی موضوعیت داشته و در مواردی که سند رسمی تنظیم نشده، مالکیت انتقال‌یافته تلقی نمی‌شود، حکم به بطلان دعوی خواهان صادر کرده و دادنامه مذکور توسط دادگاه تجدیدنظر استان نیز تأیید شده است.

مشخصات آراء بدوی و تجدیدنظر

شماره دادنامه بدوی: ۸۲۱

تاریخ صدور رأی بدوی: ۹۰/۱۰/۲۶

مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۲۸۲

تاریخ رسیدگی تجدیدنظر: ۹۱/۱۰/۱۲

مرجع رسیدگی تجدیدنظر شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

* دکتر حقوق خصوصی و قاضی دادگستری

m.mohamadi56@gmail.com

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۱، پژوهشکده

استخراج و مطالعات رویه قضایی (تهران: قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۹۳)، ص ۶۰۳.

۲. نقد و بررسی

۱. در شرکت‌های با مسئولیت محدود برای انتقال سهم‌الشرکه به اشخاص دیگر دو شرط پیش‌بینی شده است: یکی، رضایت عده‌ای از شرکاء که لااقل سه ربع سرمایه متعلق به آنها بوده و اکثریت عددی نیز داشته باشند (ماده ۱۰۲ ق. ت.) و دیگری انتقال سهم‌الشرکه به‌موجب سند رسمی (ماده ۱۰۳). بنا به تفسیری که از واژه «غیر» در ماده ۱۰۲ شده است، رضایت شرکاء با اکثریت اشاره‌شده در سطر فوق، تنها برای انتقال سهم‌الشرکه به اشخاصی غیر از شرکاء ضرورت دارد و انتقال سهم‌الشرکه توسط شرکاء به همدیگر مشروط به موافقت دیگر شرکاء نیست.^۱ شرکاء می‌توانند موافقت خود را در ابتدای تشکیل شرکت یا در زمان انتقال اعلام کنند و این اعلام موافقت می‌تواند در مواد اساسنامه یا صورتجلسات شرکت اعلام شود اما انتقال سهم‌الشرکه الزاماً باید با تنظیم سند رسمی صورت گیرد و در صورت انتقال با سند عادی، منتقل‌الیه شریک شرکت محسوب نخواهد شد. سؤالی که در این باره مطرح می‌شود این است که: آیا قرارداد عادی انتقال سهم‌الشرکه به کلی بی‌اعتبار است یا در حدود خود دارای اعتبار بوده و حداقل تعهد به انتقال را ایجاد می‌کند؟

۲. پاسخی که در دو دادنامه دادگاه بدوی و تجدیدنظر به پرسش مذکور داده شده این است که نه تنها با انتقال عادی سهم‌الشرکه، منتقل‌الیه، شریک شرکت محسوب نمی‌شود، بلکه قرارداد عادی میان انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده هیچ‌گونه اعتباری ندارد. بنابراین، حکم بر بطلان دعوا، هم در مورد خواسته خواهان مبنی بر تأیید و تنفیذ وقوع عقد بیع صادر شده است و هم در خصوص خواسته الزام یکی از خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال؛ در صورتی که سهم‌الشرکه برخلاف مقررات ماده ۱۰۲ ق. ت. بدون موافقت دیگر شرکاء با رعایت نصاب مذکور به آن ماده منتقل شده باشد، بی‌اعتباری قرارداد عادی کاملاً قابل دفاع خواهد بود، اما اگر

شرکای دیگر با حد نصاب پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۰۲ با انتقال سهم‌الشرکه به غیر، موافق باشند بی‌اعتبار تلقی کردن قرارداد عادی بین انتقال‌دهنده سهم‌الشرکه و انتقال‌گیرنده، به‌طور مطلق، محل تأمل جدی است اگرچه نویسندگان حقوق تجارت نیز بدون تفکیک دو حالت اشاره‌شده در سطور فوق به اعتباری انتقال عادی سهم‌الشرکه نظر داده‌اند.^۱

۳. با توجه به حکم امری مندرج در ماده ۱۰۳ قانون تجارت شکی نیست که منتقل‌الیه سهم‌الشرکه با استناد به قرارداد عادی نمی‌تواند شریک شرکت با مسئولیت محدود تلقی شود و برای این امر، تنظیم سند رسمی ضروری است اما ماده مذکور دلالتی بر بطلان قرارداد عادی به‌طور کلی ندارد. علاوه بر آن باید توجه کرد که مقررات ماده ۱۰۳ ق. ت. بی‌شبهت به مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک نیست؛ طبق مواد مذکور انتقال املاک ثبت‌شده باید به‌موجب سند رسمی باشد با این حال حتی حقوقدانانی که انتقال مال غیرمنقول ثبت‌شده بدون تنظیم سند رسمی را نپذیرفته‌اند، به‌طور مطلق بر بطلان قرارداد عادی میان فروشنده و خریدار مال غیرمنقول نظر نداده و آن را قراردادی صحیح که مدلول آن تعهد به انتقال است، پذیرفته و حتی معامله معارض با قولنامه را قابل ابطال دانسته‌اند.^۲

۴. در مورد انتقال سهم‌الشرکه به‌موجب قرارداد عادی نیز در فرض رعایت شدن مقررات ماده ۱۰۲ ق. ت. می‌توان اظهار کرد که انتقال‌دهنده به‌موجب قرارداد عادی، متعهد به انتقال سهم‌الشرکه خود به انتقال‌گیرنده شده است و این قرارداد اگرچه ناقل مالکیت سهم‌الشرکه به انتقال‌گیرنده نیست اما انتقال‌دهنده را متعهد به انتقال رسمی سهم‌الشرکه به او می‌کند. انتقال‌گیرنده نیز با استناد به قرارداد عادی می‌تواند الزام متعهد به انجام تعهد یعنی انتقال به‌موجب سند رسمی را از دادگاه بخواهد و پذیرش این ادعا بر فرض اثبات، مخالفی با ماده ۱۰۳ قانون

۱. همان، ص ۲۶۴؛ ربیعا اسکینی، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری، ج ۱ (تهران: سمت، ۱۳۷۷)، ص ۲۴۹.

۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱ (تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶)، ۶۳-۶۵.

۱. حسن ستوده‌تهرانی، حقوق تجارت، ج ۲ (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۵)، ص ۲۶۱.

تجارت و دیگر قوانین ندارد، بلکه می‌توان این استدلال را با استناد به ماده ۲۲۳ ق.م. که طبق آن، اصل بر صحت معاملات است مگر اینکه فساد آن معلوم شود و نیز با استناد به ماده ۲۱۹ ق.م. که اصل را بر لزوم معاملات قرار داده تقویت کرد. علاوه بر آن قراردادهای حقوق مشروع و قانونی برای طرفین آن به وجود می‌آورند که لازم است این حقوق توسط دادگاه‌ها نیز مورد حمایت قرار گیرند. قرارداد عادی میان طرفین در این قضیه نیز، حداقل این حق را برای متعهدله ایجاد می‌کند که متعهد را به انجام تعهد خود الزام کند.

۵. نتیجه اینکه رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر که قرارداد عادی انتقال سهم‌الشرکه را به‌طور مطلق بی‌اعتبار تلقی کرده‌اند، قابل انتقاد به نظر می‌رسند.

اصل غیر عقلایی بودن: از جهات نظارت قضایی در نظام حقوقی استرالیا

مایکل بارکر و آلیس نیگل *

ترجمه و تلخیص: خدیجه شجاعیان **

مقدمه مترجم

در حقوق اداری مدرن، قاعده حقوقی حاکم بر اداره، منحصر به قانون موضوعه مصوب پارلمان نیست. در نظام‌های حقوقی مختلف در کنار قوانین و مقررات، از اصول کلی حقوقی به عنوان سنجه‌هایی برای نظارت بر اعمال اداره بهره می‌گیرند. به بیان دیگر، امروزه با مفهومی موسع از قانونمندی اعمال اداری روبرو هستیم که صرفاً برخاسته از قوانین موضوعه نبوده و از آراء و استانداردهای شکل‌گرفته در رویه محاکم قضایی و اصول حقوق عمومی نشأت می‌گیرد. اصل غیر عقلایی بودن یکی از این اصول است که نخستین بار در رویه قضایی انگلستان ایجاد و رشد یافته و به سایر کشورهای نظام کامن‌لا نیز وارد شده است. غیر عقلایی بودن گاهی معادل «غیر عقلانیت»^۱ به کار می‌رود و گهگاه به «غیر عقلایی بودن ونزبری»^۲ اطلاق می‌گردد. البته بررسی رویه قضایی نشان می‌دهد که مفهومی وسیع‌تر از هر دو عنوان مذکور دارد و در واقع، دربرگیرنده آنهاست. ونزبری اشاره به پرونده‌ای دارد که غیر عقلایی بودن به عنوان جهت نظارت قضایی، برای اولین بار مورد بحث قرار گرفت. در این دعوا، شاکی پرونده که یک

مؤسسه سینمایی بود، محدودیت ایجادشده از سوی شرکت ونزبری را به چالش کشید. شرکت مزبور براساس قانون سرگرمی‌های روز یکشنبه (مصوب ۱۹۳۲)، به شرکت سینمایی مجوز فعالیت در روزهای یکشنبه را اعطاء کرده بود، اما مشروط بر ممنوعیت ورود کودکان زیر ۱۵ سال در این روزها. خواهان، شرط عدم ورود کودکان زیر ۱۵ سال را به علت خروج از صلاحیت، غیر عقلایی می‌دانست. قاضی «گرین»^۱ تصریح کرد که صلاحیت اختیاری باید به نحو عقلایی اجرا شود. وی می‌پرسد: منظور از عقلایی بودن چیست؟ سپس در پاسخ بیان می‌کند: «حقوقدانان در رابطه با اجرای صلاحیت‌های قانونی اغلب کلمه «غیر عقلایی» را در معنای جامع و عام آن به کار می‌برند. منظور آن‌ها از وصف غیر عقلایی، توصیف کلی از امور ممنوعه است. شخصی که به او صلاحیتی واگذار گردیده است باید آن را به نحو صحیح و شایسته به انجام رساند. او باید به ملاحظات توجه کند که ملزم به بررسی آن‌هاست، همچنین باید از ملاحظات که به اجرای صلاحیتش ربطی ندارند، چشم‌پوشی نماید؛ بدین ترتیب در صورت عدم پیروی از قواعد، غیر عقلایی رفتار کرده است. علاوه بر این، ممکن است تصمیمی چنان نامعقول باشد که هیچ مقام عاقلی آن را اتخاذ نکند». در این پرونده، دو معنای مضیق و موسع برای اصل غیر عقلایی بودن ذکر گردید. معنای موسع غیر عقلایی بودن، در مقام یک موضوع عام برای انواع خطاهایی که معمولاً تحت عنوان «خروج از صلاحیت» مورد بررسی واقع می‌شوند به کار می‌رود. در این معنا، اصل مذکور شامل چندین معیار از قبیل ابتدای تصمیم بر ملاحظات غیرمرتبط، عدم تعادل میان ملاحظات مرتبط، سوءنیت و غیرعقلانیت است.

معنای مضیق غیر عقلایی بودن، غیر عقلایی بودن فاحش است. بر این اساس، صرف اشتباه بودن تصمیم کافی نیست بلکه نادرستی آن می‌بایست به اندازه ای باشد که هیچ مقام متعارفی آن را نپذیرد. در معنای خاص، تصمیمات غیر عقلایی، تصمیماتی هستند که به علت بی‌توجهی به استانداردهای اخلاقی و منطقی چنان

* The Hon Justice Michael Barker and Ms Alice Nagel, Legal unreasonableness: Life after Li, 2014 AIAL National Conference, 25 July 2014

** عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد شیراز

Khadijeh.shojaeian@gmail.com

1. Irrationality

2. Wednesbury Unreasonableness

ناموجه‌اند که هیچ مقام عمومی متعارف و عاقلی آنها را اتخاذ نمی‌کند. این معنا به اصل «ونزبری» معروف شده است.

البته قضات انگلیسی از تعریف ارائه‌شده در این پرونده فراتر رفته، به تناسب زمینه‌ای که مورد بررسی قرار می‌دهند، معنای این اصل را متحول ساخته‌اند. براساس رویه قضایی، معمولاً تصمیمات مقام اداری به سه دلیل غیرعقلایی هستند: الف) در صورت وجود نقص در فرایند تصمیم‌گیری؛ برای مثال، از جهت توجیه و ارائه دلیل، یا عدم قطعیت و عدم توجه به ملاحظات مرتبط در اتخاذ تصمیم یا در نظر گرفتن ارزش نامناسب برای این ملاحظات؛ ب) عدم رعایت ارزش‌های حاکم بر نظام کامن‌لا از قبیل اصل برابری و حاکمیت قانون که مصداق تصمیمات غیرعقلایی هستند؛ ج) ظالمانه بودن و تحمیل سختی و تکلیف غیرمنصفانه این تصمیمات که از سوی دادگاه‌ها نقض می‌شوند.

مقاله حاضر با ذکر مقدماتی از نظام حقوقی انگلستان، توسعه این معیار را در نظام حقوقی استرالیا بیان می‌کند. اصل غیرعقلایی بودن در استرالیا با احتیاط و بدون تغییرات رخ داده در نظام حقوقی انگلستان اعمال شده است. تا سال ۲۰۱۳ بر معنای مضیق اصل مذکور برای ارزیابی تصمیمات اداری تکیه می‌شد. در این سال پرونده «لی» تحولی را در این زمینه رقم زد. در این پرونده تأکید شد که استاندارد غیرعقلایی بودن صرفاً به معنای خاص و مضیق بیان‌شده در پرونده ونزبری محدود نمی‌شود و برای ارزیابی عقلایی بودن تصمیم، باید به معنای عام و موسع این اصل نیز توجه شود.

۱. منبع غیرعقلایی بودن

- در پرونده ونزبری^۱ تکلیف اتخاذ تصمیمات عقلایی به تصمیم‌گیرانی که صلاحیت‌های اختیاری را اجرا می‌کنند، تحمیل شده است. در این پرونده،

قاضی گرین بیان کرد که تصمیم‌گیرنده، مرتکب تخلف خواهد شد اگر تصمیمی اتخاذ کند چنان غیرعقلایی، که هیچ مقام معقولی این گونه عمل نمی‌کند.

- از این حکم می‌توان چند اصل را استخراج کرد که حاکم بر قلمرو تصمیم‌گیری با اعمال صلاحیت اختیاری است:

اول، قاضی دادگاه در ونزبری تصدیق نمود که ممکن است تصمیم مقام عمومی در معنای عام غیرعقلایی دانسته شود. در مواردی که اشتباهات خاصی در فرایند تصمیم‌گیری نشان داده شوند دادگاه ممکن است تصمیمی را به دلیل غیرعقلایی بودن بی‌اعتبار سازد. برای مثال، در صورتی که تصمیم‌گیرنده همه ملاحظات مربوطه را مورد توجه قرار نداده، یا اختیار خود را برای هدف درستی اعمال نکرده یا انصاف رویه‌ای را اعمال نکرده باشد.

- دوم، دادگاه‌ها پذیرفته‌اند که غیرعقلایی بودن، ابزاری برای جایگزینی حکم قاضی دادگاه به جای تصمیم مقام اداری مسئول تصمیم‌گیری نیست. چنانکه لرد گرین در ونزبری اذعان نمود، مسئله این نیست که دادگاه چه چیز را غیرعقلایی می‌داند. این امر، موضوعی متفاوت است. بدین وسیله، نظریه ونزبری قلمرو خاصی برای استقلال تصمیم‌گیری حفظ می‌کند با اذعان به اینکه تصمیم‌گیرنده ممکن است دیدگاه‌های متفاوتی داشته باشد، ولی این تفاوت دیدگاه به تنهایی برای اثبات غیرعقلایی بودن کفایت نمی‌کند.

- ونزبری برای غیرعقلایی بودن، آستانه بالایی را در نظر می‌گیرد. برای کاهش نگرانی درخصوص اینکه این معیار به دادگاه‌ها اجازه نظارت بر ماهیت تصمیم را بدهد یا باعث عدم قطعیت برای تصمیم‌گیران اداری شود، غیرعقلایی بودن، به عنوان یک جهت استثنایی تلقی می‌شود که به‌راحتی قابل تحقق نیست. طبق گفته لرد گرین در ونزبری، اثبات غیرعقلایی بودن کار دشواری است.

- تصمیم ونزبری به‌دفعات در نظام حقوقی کامن‌لا اعمال شده است. تصمیم مذکور در استرالیا تا زمان طرح پرونده «لی»^۱ به‌مراتب اهمیت زیادی

1. Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 K. B. 223.

نزد دادگاه‌ها کسب کرده بود. به‌طوری‌که قاضی دیوان‌عالی در پرونده مزبور تأکید کرد که ونزبری اولین یا تنها پرونده اعمال‌کننده این معیار نیست.

• در پرونده «Sharp v Wakefield»، «لرد هالسبوری»^۱ مقرر نمود صلاحیت اختیاری، محدود به قانون است و باید طبق قواعد خرد و عدالت و نه مطابق با نظر شخصی و سلیقه‌ای اعمال شود. در پرونده «Rooke» دادگاه بیان کرد که صلاحیت مأموران فاضلاب، محدود و مقید به حکم خرد و قانون است.

• در پرونده لی^۲ با ارجاع به تصمیمات قبلی تصدیق شد که عقلایی بودن، یکی از عناصر اساسی تصمیمات اداری است و به عنوان یک شرط قانونی برای اجرای صلاحیت اختیاری لازم است. قاضی «فرنچ»^۳ در این زمینه مقرر داشت عقلانیت به این دلیل لازم است که پارلمان هیچ‌گاه تصمیم غیرعقلایی را معتبر نمی‌داند. به همین ترتیب، قاضی «گگلر»^۴ اذعان نمود که غیرعقلایی بودن ریشه‌هایی در مفهوم قانون دارد که از سوی قوای سه‌گانه حکومت به خوبی استنباط می‌شود. بنابراین، اکثریت تأکید کردند که از نظر پارلمان، صلاحیت اختیاری باید به نحو عقلایی اجرا شود.

• بنابراین، از آنجا که غیرعقلایی بودن دارای ریشه‌های کامن‌لایی است الزام به اعمال آن، امروزه به عنوان یک مفهوم قانونی تلقی می‌شود و مانند الزامات انصاف رویه‌ای در تصمیم‌گیری اداری، اصول تفسیر قانونی نقش مهمی ایفا می‌کند.

• با این حال، تأکید بر غیرعقلایی بودن به عنوان یک مفهوم قانونی، این سؤال را مطرح می‌کند که: آیا با بیان قانونی صریح، این شرط، قابل چشم‌پوشی است؟ آیا پارلمان می‌تواند به تصمیم‌گیرنده مجوز اتخاذ تصمیمات

1. Lord Halsbury
2. "Minister for Immigration and Citizenship v. Li [2013] HCA 18". Available at: http://www.hcourt.gov.au/cases/case_b68-2012
3. French.
4. Gageler

خودسرانه یا غیرعقلایی دهد؟ آیا محدودیت‌های قانون اساسی هم در این خصوص نقشی دارند؟

• در پرونده «Minister for Immigration and Border Protection v Singh» دادگاه فدرال پذیرفت که عقلایی بودن به عنوان یک فرض قانونی، مشروط به ملاحظه قانون اساسی، با بیان روشن قانونی قابل اصلاح یا نسخ است.

• دادگاه‌ها پذیرفته‌اند که قوه مقننه ممکن است اعمال اصول عدالت طبیعی را با بیان صریح قانونی محدود کنند. نقطه آغاز، همیشه این فرض است که قانونگذار درصدد است چنین اصولی اعمال شوند مگر اینکه قصد مخالف صریحی بیان شود. از این دیدگاه، عقلایی بودن همواره به عنوان پیش‌فرض در تصمیمات اداری باقی می‌ماند.

۲. منطق غیرعقلایی بودن

• پذیرش غیرعقلایی بودن به عنوان یکی از جهات نظارت قضایی، مسائل مهمی را درباره رابطه میان قوای مختلف حکومت و شدت نظارت قابل اعمال بر صلاحیت اختیاری مطرح می‌کند. در نظام حقوقی و حکومتی استرالیا، این مسئله پذیرفته شده است که صلاحیت‌های اختیاری باید به طریقی محدود شوند. درواقع، مفهوم صلاحیت اختیاری بی‌مهار و بی‌قید، در تضاد با حاکمیت قانون است. هنوز هم به محض اینکه پذیرفته شود صلاحیت‌های اختیاری باید کنترل شوند مسئله اصلی، حد مداخله قوه قضاییه در اعمال عقلایی بودن فرایند یا نتیجه تصمیم و میزان (حدود) آزادی باقی مانده برای مقام تصمیم‌گیرنده است.

• مفاهیم عقلایی بودن تصمیم‌گیری در اندیشه فلسفی و سیاسی و حقوقی رخنه کرده است. در قوانین، افلاطون، خرد را به عنوان ریسمان مقدس و طلایی کامن‌لایی دولت می‌داند.

• استانداردهای عقلایی بودن در برخی حوزه‌های تصمیم‌گیری وارد شده است. برای مثال، در زمینه مجوز ساختمان، دیوان‌عالی، معیار تدوین‌شده از سوی مجلس اعیان در پرونده «Council v Secretary Newbury District»

of State for the Environment» را مورد تأیید قرار داد و مقرر داشت شرط منضمّ به مجوز، در صورتی معتبر است که:

(۱) در راستای هدف ساخت و ساز وضع شده باشد.

(۲) به نحو عقلایی به توسعه مجاز مربوط باشد.

(۳) شرطی که هیچ مقام معقولی تحمیل نکند، عقلایی نیست.

• معیار مضیق غیرعقلایی بودن تدوین شده در ونزبری، در بخش پنجم «قانون نظارت قضایی بر تصمیمات اداری ۱۹۷۷» به صراحت بیان شده است. این بخش مقرر می‌دارد که شخص متضرر از یک تصمیم اداری می‌تواند تصمیم مذکور را به این دلیل مورد اعتراض قرار دهد که اجرای آن، چنان غیرعقلایی است که هیچ انسان عاقلی به آن نحو، صلاحیت خود را اجرا نمی‌کند.

• غیرعقلایی بودن همچنین تشابهاتی با دلایل نظارت استینافی دارد. در پرونده «House v The King»، قاضی «ستارک»^۱ اذعان کرد که صلاحیت قضایی باید مطابق با قواعد خرد و عدالت اجرا شود و نه خودسرانه یا بوالهوسانه یا مطابق با نظر شخصی. اکثریت به نحو مشابهی مقرر داشتند در مواردی که اعمال صلاحیت قضایی نتیجه‌ای غیرعقلایی یا آشکارا ناعادلانه ایجاد می‌کند، بحث نظارت استینافی مطرح می‌شود.

• عقلایی بودن در تصمیمات اداری به عنوان یک ارزش، به کرات مورد استناد قرار می‌گیرد. به باور یک قاضی نیوزیلندی^۲ حکومت خوب مطابق با قانون، هدف عدالت اداری است که باید متضمن عقلایی بودن، انصاف، قانونیت، انسجام و رفتار برابر باشد. به این ترتیب، قاضی «فرنچ»، عقلایی بودن را در اعمال حکومت به مثابه یکی از ابعاد حاکمیت قانون دانست.

• نظریه غیرعقلایی بودن برای بهبود اعتبار، شفافیت و پاسخگویی در تصمیمات حکومتی، مشروعیت و توجیه اعطای اختیار به تصمیم‌گیران اداری عمل

1. Starke.
2. Dame Sian Elias.

می‌کند. در دولت مدرن، تعداد زیادی از کارکردها و صلاحیت‌های اختیاری به تصمیم‌گیران بخش خصوصی و عمومی واگذار شده است و پاسخگویی به نحو فزاینده‌ای پیچیده شده است. عنصر اصلی حاکمیت قانون این است که تصمیمات اداری باید مطابق با موضوع، قلمرو و هدف تصویب قانون - که شامل الزام عقلایی بودن است - اتخاذ شوند. سرانجام، این چارچوب عقلانیت، سطحی از پاسخگویی غیرمستقیم را برای تصمیم‌گیران اعمال‌کننده صلاحیت‌های اختیاری فراهم می‌کند. چنانکه «گالیگان»^۱ بیان داشته صلاحیت اختیاری، یکی از ارکان اصلی حکومت مدرن است.

• برای این هدف، غیرعقلایی بودن امکان اعمال کنترل جدی بر تصمیم‌گیری اداری را فراهم می‌سازد؛ درحالی‌که غیرعقلایی بودن تاکنون به عنوان یک جهت استثنایی نظارت در استرالیا بوده است، ولی وجود آن اهمیتی را که نظام حقوقی و حکومت استرالیا برای تصمیم‌گیری معقول و منطقی قائل است، تأیید می‌کند. اصل عقلایی بودن به عنوان یکی از عناصر تصمیم‌گیری مطلوب و یک بعد از پاسخگویی، مورد حمایت قوای مقننه و مجریه است و در طول زمان، قطعیت و ثبات را در تصمیم‌گیری اداری ایجاد می‌کند.

• با این حال، اعمال غیرعقلایی بودن در نظارت قضایی، به علت نگرانی‌هایی که درخصوص از میان رفتن تفکیک میان نظارت بر شایستگی تصمیم^۲ (نظارت اقتضایی)^۳ و نظارت قضایی وجود دارد اغلب بحث‌برانگیز است. لازم به ذکر است

1. Galligan

2. Merits review

۳. توضیح مترجم: نظارت اقتضایی (ارزیابی شایستگی و درستی تصمیم) و نظارت قضایی (ارزیابی قانونی بودن تصمیم) با هم تفاوت دارند. در ارزیابی شایستگی تصمیم، مقام ناظر، خود را در جایگاه مقام تصمیم‌گیرنده قرار می‌دهد و از دیدگاه وی مدارک و مستندات تصمیم را مورد بررسی قرار می‌دهد و از خود می‌پرسد: آیا تصمیم مورد ایراد همان تصمیمی است که من اتخاذ می‌کردم؟ اما ارزیابی قانونی بودن تصمیم، بررسی قانونی بودن فرایند تصمیم‌گیری است و پاسخ به این سؤال است که: آیا یک مقام عمومی متعارف در شرایط مشابه، همان تصمیم را اتخاذ می‌کرده است؟

تصمیم غیرعقلایی و تصمیم عقلایی - که فرد با آن مخالف است - از یکدیگر متمایزند. دادگاه عالی بارها تأکید کرده است غیرعقلایی بودن، ابزار قوه قضاییه برای بیان مخالفت با یک تصمیم اداری نیست. مسئله هر نظام حقوقی این است که چگونه صلاحیت‌های اختیاری را کنترل نماید و تضمین کند که قضات در زمان بررسی و ارزیابی عقلایی بودن تصمیمات اداری، متعصب و کوتاه‌فکر نیستند. هنوز هم حفظ انعطاف، اساس صلاحیت اختیاری است و مطابق با تخصص، پاسخگویی دموکراتیک و محدودیت‌های قانون اساسی برای تصمیم‌گیران مختلف در نظر گرفته می‌شود.

پرونده لی

• تصمیم دیوان عالی در پرونده لی مبنای مناسبی برای مقایسه معیار غیرعقلایی بودن در استرالیا ارائه می‌دهد. همان‌طور که قاضی «مک‌دونالد»^۱ مقرر داشت این پرونده، یکی از معدود پرونده‌هایی است که تصمیمی صرفاً به علت غیرعقلایی بودن نقض شده است. وی این پرونده را با این جمله توصیف کرد: «پرنده نادر غیرعقلایی بودن در حال پرواز رؤیت شد».

• خانم لی به شغل آشپزی در استرالیا مشغول بود و در سال ۲۰۰۷ تقاضای ویزای مهارت نمود که مستلزم ارزیابی این مسئله بود که: آیا مهارت‌های وی برای شغل مورد نیاز مناسب هستند؟ نماینده وزیر ابتدائاً به دلیل غیرواقعی بودن برخی از تاریخ‌های استخدامی ادعا شده، درخواست ویزای او را رد کرد. خانم لی از دیوان نظارت پناهندگی، تقاضای نظارت اقتضایی (نظارت بر درستی تصمیم) نمود. تا این زمان، وی تجربه کار دیگری را کسب کرده بود و تقاضای ارزیابی مهارت جدید را نیز مطرح کرد. ارزیابی مهارت، دیگر ناموفق بود اما وکیل خانم لی در دیوان بیان کرد که اشتباهاتی در ارزیابی مهارت‌ها رخ داده است و از دیوان، تعلیق جلسه نظارت را (تا انجام ارزیابی مجدد از سوی مقام ارزیاب)، تقاضا کرد. با وجود این، دیوان درخواست وی را بر این اساس استنکاف نمود که

1. McDonald.

به وی فرصت کافی برای ارائه پرونده‌اش داده شده است، اما دادگاه فدرال استرالیا به دلیل عدم اعمال انصاف رویه‌ای نسبت به خانم لی، نظر وزیر را رد کرد و نظارت را پذیرفت. دیوان، رد درخواست تعلیق از سوی وزیر را به علت عدم ارائه مستندات و توجیه قابل فهم غیرعقلایی دانست و مقرر داشت در صورتی که دلایل جامعی از سوی مقام تصمیم‌گیرنده ارائه نشود، صلاحیت به صورت صحیح اجرا نشده است. بنا به عقیده قاضی فرنچ در این خصوص، عقلانیت برای قانونی بودن تصمیمات، لازم است.

• همه اعضای دیوان عالی تشخیص دادند که رد تعلیق در این شرایط، خودسرانه بوده و منجر به غیرعقلایی بودن تصمیم مذکور شده است. برای رسیدن به این نتیجه، دادگاه، معیار غیرعقلایی بودن را مورد بازبینی قرار داد و مقرر داشت که اظهارات لرد گرین در ونزبری (معیار مضیق)، به‌طور جامع، همه اشتباهاتی را که تصمیم مقام عمومی را غیرعقلایی می‌سازد، پوشش نمی‌دهد و تنها یک بعد از اصل غیرعقلایی بودن است و در مواردی اعمال می‌شود که مقام تصمیم‌گیرنده همه قواعد تصمیم‌گیری قانونی را اعمال کرده اما صلاحیت را به شیوه‌ای خودسرانه و یا بوالهوسانه و به دور از عقل سلیم اجرا کرده است.

• قاضی فرنچ اذعان نمود به‌طور کلی به مقام عمومی اجراکننده صلاحیت اختیاری، آزادی عمل داده شده است. با این حال، تصمیم وی محدود به رعایت قواعد خرد و قانون می‌باشد و در صورتی که تصمیم خودسرانه یا بوالهوسانه‌ای اتخاذ نماید، فاقد اعتبار و قابل نقض است.

• اکثریت قضات تأکید کردند که غیرعقلایی بودن محدود به یک تصمیم غیرمنطقی یا عجیب و غریب نیست یا تصمیمی است چنان غیرعقلایی که هیچ تصمیم‌گیرنده معقولی، آن را اتخاذ نمی‌کند. ونزبری، نقطه شروع استاندارد غیرعقلایی بودن نیست و نباید نقطه پایان آن تلقی گردد. به‌علاوه، تصمیمی که فاقد توجیه آشکار و قابل فهم باشد نیز با اعمال این معیار، نقض خواهد شد.

• در بررسی توجیهات تصمیم، قلمرو و هدف قانون اعطاء‌کننده صلاحیت باید مورد بررسی قرار گیرد.

• به نظر می‌رسد اکثریت پذیرفته‌اند که حداقل در شرایط خاص، تناسب^۱ تصمیم به عنوان یک موضوع مرتبط، باید مورد ارزیابی قرار گیرد و خاطرنشان کردند که یکی از مصادیق غیرعقلایی بودن - که در پرونده «Fares Rural Meat and Livestock Co Pty Ltd v Australian Meat v Live-stock Corporation» مقرر شده، این است که تناسب تصمیم اتخاذشده، با ارجاع به قلمرو صلاحیت مورد بررسی قرار گیرد.

• به‌ویژه، با ارجاع به پرونده لی گفته شد که با توجه به قلمرو و هدف صلاحیت اعطای تعلیق و عدم صدور حکم باید این مسئله بررسی شود که: آیا دیوان، ارزشی بیش از ضرورت معقول به این واقعیت داده است که به خانم لی فرصت ارائه پرونده‌اش داده شده است؟ قضات مقرر داشتند که تصمیم نامتناسب دیوان، منجر به تصمیمی غیرعقلایی شده است.

• قاضی فرنچ همچنین پذیرفت که اجرای نامتناسب یک صلاحیت اختیاری ممکن است غیرعقلایی و غیرمنطقی شناخته شود؛ بر این اساس که بیش از حد ضرورت برای هدفی است که باید تحقق یابد.

۱. توضیح مترجم: اصل تناسب از اصول نظارت قضایی اتحادیه اروپاست و در انگلستان در پرونده‌های حقوق بشری اعمال می‌شود. براساس اصل مزبور، اقدامات و تصمیماتی که حقوق و منافع شهروندان را تحت تأثیر قرار می‌دهند یا مستلزم تحمیل هزینه بر آنان است، باید به‌گونه‌ای متعادل و در حد ضرورت و متناسب و دارای ارتباط عقلانی با هدف موردنظر باشد. در فرایند اتخاذ تصمیمات، تصمیم گیران باید تعادلی منصفانه و معقول میان منافع، حقوق و آزادی‌های شهروندان با منافع عمومی و مقتضیات نظم عمومی برقرار کنند. اتخاذ هرگونه اقدام مداخله جویانه نباید بیش از حد ضرورت، غیرمعقول یا سخت‌گیرانه باشد. میان دو اصل «تناسب» و «غیرعقلایی بودن» هم‌پوشانی وجود دارد. تناسب به معنای دستیابی به تعادل منصفانه، همیشه یک بعد از غیرعقلایی بودن بوده است. دادگاه‌ها تعادل برقرارشده میان ملاحظات مرتبط را مورد بررسی قرار خواهند داد تا ببینند که: آیا به عوامل مختلف، ارزش متناسبی اعطاء شده؟ آیا محدودیت شدید و نامتناسبی بر منافع و حقوق افراد وجود داشته است؟ همچنین ابعادی از معیار تناسب جزو مفهوم سنتی غیرعقلایی بودن است؛ از جمله این موارد، لزوم وجود ارتباط عقلانی میان ابزارهای انتخاب‌شده و اهداف موردنظر است. درواقع، اصل غیرعقلایی، دو عنصر تناسب را دربرمی‌گیرد. یک عنصر، الزام به برقراری تعادل منصفانه میان ارزش ملاحظات مرتبط و عنصر دیگر، ممنوعیت و ابطال تصمیمات ظالمانه و محدودکننده حقوق و منافع شهروندان است. مفهوم ارتباط عقلانی میان شیوه‌ها و هدف، عامل دیگر نزدیکی این دو اصل است...

• در مقابل، قاضی گگلر بر معیار دقیق ونزبری، تأکید و همچنین بیان کرد که تحقق این جهت نظارتی دشوار است به‌ویژه زمانی که تصمیم اتخاذشده از سوی تصمیم‌گیرنده اداری تحت تأثیر موضوعات سیاست عمومی باشد. به باور وی، اعمال موفق غیرعقلایی بودن ونزبری، به‌ندرت اتفاق افتاده است.

۳. چگونه معیار غیرعقلایی بودن در پرونده لی تدوین شد؟

• قانون اساسی، روابط نهادی و حقوق بشر تأثیر زیادی بر تکامل مداوم غیرعقلایی بودن دارند؛ درحالی‌که پرونده لی، معیار غیرعقلایی بودن را در استرالیا گسترش داده است، اکثر قضات ازجمله قاضی فرنچ به‌صراحت، استاندارد متغیر^۱ نظارتی را تأیید نکرده‌اند. دیوان‌عالی، این مفهوم را در پرونده‌های قبلی رد نمود. در پرونده «SHJB v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs» دادگاه بیان کرد که کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در ارتباط با حقوق بشر و تصویب قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ تأثیر تدریجی و مهمی بر حقوق اداری در انگلستان داشته است. همچنین بر این نکته تأکید نمود که اگرچه

۱. توضیح مترجم: با توجه به بالا بودن آستانه معیار غیرعقلایی بودن و دشوار بودن اثبات آن برای خواهان، از یک‌سو و نیاز به گسترش نظارت بر اعمال مقام اداری از سوی دیگر، قضات دادگاه‌های انگلستان، رویکرد خود را در این زمینه تغییر دادند. آنان به این نتیجه رسیدند که سطح نظارت را در هر پرونده با توجه به موضوع مورد بحث تنظیم کنند. به بیان دیگر، زمینه، تعیین‌کننده میزان شدت نظارت باشد. برای مثال، در مواردی که پرونده، مربوط به سیاست حکومت باشد معیار غیرعقلایی بودن با احتیاط اعمال شود. در این موارد معمولاً نظر مقام اداری پذیرفته می‌شود، اما در صورتی که پرونده، مربوط به نقض حقوق بنیادین باشد نظارت شدیدتری براساس معیار سختگیرانه اعمال گردد و مقام عمومی باید توجیه کند که اقدام وی که منجر به نقض حق شده، براساس منفعت عمومی صورت گرفته است. بنابراین، مسئله این نوع پرونده‌ها این مورد است که: آیا تصمیم‌گیرنده عاقل و متعارف می‌تواند تصمیم اتخاذشده را توجیه کند؟ با اعمال این معیار، آستانه نظارت پایین آورده می‌شود و امکان اعمال نظارت شدیدتر فراهم می‌شود. همچنین در این پرونده‌ها بار اثبات تغییر یافت. در رویکرد سنتی، اثبات غیرعقلایی بودن تصمیم بر عهده خواهان بود. وی باید وجود یکی از شاخصه‌های غیرعقلایی بودن را برای ابطال تصمیم اثبات کند. در رویکرد جدید در پرونده‌های مربوط به نقض حقوق بنیادین، خواننده باید توجیهی برای تصمیم خود ارائه دهد و دادگاه را متقاعد سازد که تصمیم خود را به‌طور صحیح و در راستای یک منفعت مهم اتخاذ نموده است.

تعدادی از پرونده‌های دادگاه عالی مربوط به حقوق بشر هستند، اما دادگاه مذکور مفهوم شدت متغیر نظارت را در این پرونده‌ها نپذیرفته است. غیرعقلایی بودن به عنوان یک استثناء در استرالیا تلقی می‌شود و نه به عنوان معیاری که براساس ماهیت حقوق و منافع متأثر از تصمیم مورد بحث، شدت آن افزایش یابد.

• هنوز هم، دادگاه‌های استرالیا شدت متغیر نظارت را تأیید نکرده‌اند. البته این امر به این معنا نیست که در استرالیا تصمیم اداری کمتر بر مبنای غیرعقلایی بودن یا جهت نظارتی دیگری به نحو موفقی به چالش کشیده می‌شود. در پرونده لی، اکثریت دادگاه‌ها پذیرفتند که اشتباهات خاصی در تصمیم‌گیری با غیرعقلایی بودن هم‌پوشانی دارد. مک‌دونالد اذعان نمود که تصمیمات و سیاست‌های غیرانسانی یا بی‌رحمانه (خسونت‌آمیز) اغلب از طریق معیارهایی غیر از غیرعقلایی بودن در استرالیا ابطال می‌شوند.

• اظهارنظر اکثر دادگاه‌ها در پرونده مورد بحث درخصوص غیرعقلایی بودن نشان می‌دهد که جهت غیرعقلایی بودن ممکن است در ارتباط با هرگونه صلاحیت اختیاری اعمال شود چه بر حقوق بنیادین تأثیر داشته باشد چه نداشته باشد. شایان ذکر است ندادن فرصت به خانم لی به‌منظور متقاعد کردن دیوان، بی‌تردید مسئله بزرگی برای او محسوب می‌شد اما هیچ دلیلی وجود ندارد که فکر کنیم ارزش خاص داده‌شده به حق یا منفعتی که به نحو مؤثر یا بالقوه از سوی تصمیم‌گیرنده انکار شده است، باید بر اعمال معیار غیرعقلایی بودن تأثیرگذار باشد. هیچ چیز در پرونده مزبور حاکی از این تکلیف نیست. با این حال، ارزش در معرض خطر، در جریان احراز قلمرو، موضوع و هدف صلاحیت اختیاری مورد بحث برای هدف تصمیم‌گیری در این خصوص که آیا اجرای آن صلاحیت غیرعقلایی بوده، باید مورد بررسی قرار گیرد و به این مسئله پرداخته شود که: آیا تصمیم اتخاذشده از سوی مقام عمومی، فاقد توجیه آشکار و قابل فهم است؟

• پرونده‌های مطرح‌شده بعد از پرونده لی، رویکرد زمینه‌ای و واقعیت‌مدار به غیرعقلایی بودن را تأیید کردند و مقرر داشتند که فهرست مشخص و دقیقی از مسائلی که باعث غیرعقلایی بودن تصمیم می‌شوند، وجود ندارد.

• در پرونده «سینگ»^۱ دادگاه مقرر داشت که خودداری دیوان نظارت بر مهاجرت در این شرایط، از نظر قانونی غیرعقلایی بوده است. آقای سینگ به‌منظور شرکت در آزمون مجدد زبان انگلیسی و کسب نمره، تقاضای تعلیق جلسه رسیدگی را مطرح نموده بود که از سوی دیوان رد شد. دادگاه مقرر داشت که دیوان برای تصمیم خود توجیه عینی یا قابل فهمی ارائه نداده است؛ چراکه مدت لازم برای کسب نمره مجدد، طولانی نبوده و رد تقاضای آقای سینگ به‌منزله پیش‌دآوری نسبت به او بوده است. دادگاه خاطرنشان کرد اگر به متناسب بودن تصمیم دیوان پرداخته شود، تصمیم به خودداری از تعلیق در صدور رأی، با شیوه انجام نظارت در این خصوص نامتناسب بوده است. این مسئله برای سینگ اهمیت زیادی داشت و امید وی برای کسب آن از طریق ارزیابی مجدد عقلایی بود.

• در پرونده‌های «SZRHL» و «SZSNW» دادگاه دریافت که استدلال تصمیم‌گیرنده، غیرعقلایی است. در پرونده SZRHL با ارجاع به نظر قاضی گگلر در پرونده لی مقرر شد که کارکرد دیوان، غیرعقلایی است. وی در آن پرونده گفته بود عقلایی بودن، مفهومی است که عمیقاً ریشه در نظام کامن‌لا دارد. بنابراین، در این پرونده‌ها دادگاه اختیار دارد که تعیین کند: آیا یک تصمیم خاص، مطابق با خرد است یا خیر؟ نظارت دادگاه بر عقلایی بودن تصمیم عمدتاً براساس وجود توجیه، شفافیت و قابل فهم بودن فرایند تصمیم‌گیری سنجیده می‌شود. علاوه بر این، دادگاه بررسی می‌کند که: آیا تصمیم اتخاذشده با توجه به واقعیات و قانون در طیف تصمیمات ممکن و قابل قبول قرار می‌گیرد؟

• به نحو مشابه، در پرونده SZSNW قاضی «دراپور»^۲ مقرر داشت شیوه‌ای که ناظرین مستقل، ماهیت موضوع حساس و مهم ادعای آزار جنسی خواهان را

1. Singh.

2. Driver.

مورد بررسی قرار دادند غیرعقلایی است. دیوان، ادعای خواهان مبنی بر شکنجه جنسی را با بی‌اعتنایی و بی‌توجهی مورد بررسی قرار داده و شرایط منحصر به فرد او به عنوان یک شخص آسیب‌پذیر را لحاظ نکرده است؛ بدین ترتیب به یک فرض غلط تکیه کرده است. با ملاحظه اهمیت این مسئله، قاضی درایور نتیجه گرفت که گزارش ناظرین به شدت ناقص بوده است.

• این تصمیمات نشان می‌دهند که دادگاه‌ها فرایند استدلال و نتیجه اجرای یک صلاحیت اختیاری را مورد بررسی دقیق قرار می‌دهند؛ درحالی‌که دادگاه‌ها درصدد جایگزینی دیدگاه خود با ماهیت تصمیم نیستند، پرونده لی تأیید می‌کند که تصمیم‌گیرنده باید مواظب باشد که تصمیم به نحو قانونی اتخاذ شده باشد، حتی در صورتی که صلاحیت موسعی به وی اعطاء شده باشد.

• تصمیم پرونده لی دال بر این است که دادگاه‌ها در اعمال غیرعقلایی بودن، نسبت به زمینه قانونی خاص و شرایط واقعی (واقعیات) هر مورد، حاشیه تشخیص و ارزیابی دارند. و همچنین بیان می‌دارند که مفهوم تصمیم‌گیری عقلایی در طول زمان تغییر می‌کند.

نتیجه‌گیری

• دیوان‌عالی در پرونده لی رویکرد منعطف و زمینه‌محوری^۱ را درمورد غیرعقلایی بودن تأیید نموده است که قابلیت پاسخگویی به طیفی از تصمیمات اداری را دارد و همچنین به‌صراحت تصدیق نموده است که در برخی شرایط، ارزیابی تناسب فرایند اتخاذ تصمیم ممکن است برای تعیین اینکه آیا تصمیم عقلایی اتخاذ شده یا خیر، مناسب باشد.

• چنانکه قاضی «بیستن»^۲ بیان می‌کند که پرونده لی نخستین گام بزرگی است در جهت تدوین مجدد مفاهیم حقوق عمومی در استرالیا. اعمال حکم این پرونده در شمار زیادی از پرونده‌ها گویای این واقعیت است. درواقع، می‌توان گفت غیرعقلایی بودن تدوین‌شده در پرونده مذکور به نحو عقلایی، موجد قاعده قانونی نهایی حاکم بر اجرای صلاحیت است. براین اساس، مقام تصمیم‌گیرنده باید بررسی نماید که: آیا تصمیم وی مبنای قابل فهم و آشکاری دارد یا خیر؟ و آیا پاسخ متناسبی برای مسئله مورد بحث می‌باشد؟ آیا به قلمرو و هدف صلاحیت اختیاری مورد بحث توجه نموده است یا خیر؟

1. Contextual approach

2. Basten

ج) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۴۰۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۳۰ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

• پرداخت وجه به دیگری؛ اماره ایفای تعهد پرداخت کننده یا اشتغال ذمه دریافت کننده؟

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درباره دلالت ماده ۲۶۵ قانون مدنی، اختلاف نظر داشته و آراء متضاد صادر نموده‌اند. توضیح آنکه برخی دادگاه‌ها اعتقاد دارند «دادن مال به دیگری»، اماره وجود دین پرداخت کننده بوده و او باید در دعوای استرداد وجه، برائت ذمه خویش را ثابت کند تا بتواند مال پرداخت شده را مسترد نماید. از سوی دیگر، بعضی دادگاه‌ها بر این باورند که اصل، برائت ذمه و عدم دین است و دریافت کننده باید اشتغال ذمه پرداخت کننده را اثبات نموده و الا محکوم به استرداد مال دریافت شده می‌شود.

۱. دیدگاه نخست: پرداخت وجه اماره ایفای تعهد

الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۴۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲ صادره از شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (رأی شعبه ۸۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران متضمن این استدلال که «... این دادگاه ... واریز وجه به حساب خواننده را ناشی از اعتقاد به {ایفای} دین می‌داند ...»، توسط شعبه یادشده تأیید شده است.

ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۶۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۶/۶ صادره از شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ (... مستنبط از ماده ۲۶۵ قانون مدنی اگر کسی وجهی به دیگری می‌پردازد اصل، بر پرداخت دین و ایفای تعهد است و غلبه

۱. منبع پیشین، ص ۸۴۰.

۲. منبع پیشین، صص ۳۰۲ - ۳۰۱.

۳. منبع پیشین، ص ۴۹۸. مستشاران دادگاه تجدیدنظر (آقایان صادقی - توکلی).

وحدت و تهاافت رویه قضایی در امور مدنی (دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران - سال ۱۳۹۲)

تهیه و تنظیم: مهدی فتاحی*

• اعتراض ثالث به دستور فروش مال مشاع

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درباره دلالت ماده ۲۶۵ قانون مدنی، اعتراض ثالث به دستور فروش مال مشاع را با این استدلال که اعتراض ثالث، فقط نسبت به رأی امکان پذیر است و به دلیل اینکه دستور فروش مال مشاع، رأی تلقی نمی‌شود، لذا اعتراض ثالث نسبت به دستور فروش مال مشاع قابل استماع نمی‌دانند.
آراء مربوطه:

الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۸۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۷ صادره از شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (... نظر به اینکه دستور فروش به ترتیب مزبور یک اقدام و دستور اداری است...) بنابراین طرح دعوای اعتراض ثالث نسبت به آن قابل استماع نیست.

ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۰۱۰۰۱۱۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۴ صادره از شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲

* دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران و پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه

mfatahil@gmail.com

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) سال ۱۳۹۲، پژوهشگاه استخراج و مطالعات رویه قضایی (تهران: قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات، چاپ اول، ۱۳۹۵)، ص ۴۷۱.

۲. منبع پیشین، صص ۷۱۲-۷۱۱.

و ظهور عرفی نیز مؤید این معناست و این خواهان استرداد است که باید خلاف آن را ثابت نماید...).

۲. دیدگاه دوم: پرداخت وجه دلیل اشتغال ذمه دریافت کننده

الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۰۰۳۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۶ صادره از شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (... بنا بر تصریح ماده ۲۶۵ از قانون مدنی هرکس مالی به دیگری می دهد ظاهر در عدم تبرع است و می تواند وجهی را که به دیگری داده است مسترد نماید و عدم استرداد آن منوط به احراز استحقاق دریافت کننده وجه می باشد...).

ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۰۴۰۰۴۰۷ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۴ صادره از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (... از سوی تجدیدنظرخوانده {دریافت کننده وجه}، دلیلی حاکی از اینکه مستحق دریافت وجه مزبور بوده یا وجه واریزی ثمن کالا و محموله ای بوده که به واریز کننده تسلیم شده، اقامه نگردیده است. از سویی اصل، بر عدم تبرع و امکان بازیافت وجه و مال از سوی تأدیه کننده می باشد...).

• تجدیدنظرخواهی از دستور فروش مال مشاع

دادگاه های تجدیدنظر استان تهران درباره قابل تجدیدنظر بودن یا نبودن دستور فروش مال مشاع، اختلاف نظر داشته و آراء متهاافتی صادر نموده اند. برخی دادگاه ها معتقدند دستور فروش مال مشاع قابل تجدیدنظرخواهی است. از سوی دیگر، به باور بعضی دادگاه ها این دستور قابل تجدیدنظرخواهی نیست.

۱. دیدگاه نخست: قابل تجدیدنظر بودن دستور فروش مال مشاع

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۴۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲ صادره از شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (... از آنجا که دستور فروش، فاقد وصف حکم و قرار است و اینکه دادگاه «حکم» نامیده، درواقع دستور فروش محمول بر سهو است؛ به اصلاح حکم به فروش به دستور فروش پلاک های یادشده و توجهاً به قطعیت دستور فروش، قرار رد دادخواست تجدیدنظرخواهی از دستور یادشده، صادر و اعلام می گردد...).

۲. دیدگاه دوم: قابل تجدیدنظر نبودن دستور فروش مال مشاع

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۴۹۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱ صادره از شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (در این رأی به دعوای تجدیدنظرخواهی از دستور فروش مال مشاع رسیدگی شده است).

• خوانندگان دعوای فک رهن

دادگاه های تجدیدنظر استان تهران درباره موضوع اختلاف نظر داشته و آراء متهاافتی صادر نموده اند. توضیح آنکه برخی دادگاه ها بر این عقیده اند که در دعوای فک رهن از ملک، نیازی به طرف دعوای قرار دادن مرتهن نیست و دعوای به طرفیت بایع متعهد به فک رهن، طرح می شود. از سوی دیگر، بعضی دادگاه ها بر این باورند که در دعوای الزام به فک رهن علاوه بر راهن، باید مرتهن نیز به لحاظ حفظ حقوق و امکان تدارک دفاع از ناحیه وی طرف دعوای قرار گیرد.

۱. دیدگاه نخست: لزوم طرح دعوای علیه مرتهن

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۳۶۹ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (دادگاه از این حیث که بانک مرتهن، طرف

۱. منبع پیشین، ص ۴۱۸.

۲. منبع پیشین، ص ۸۴۲.

۱. منبع پیشین، ص ۴۲. مستشاران دادگاه تجدیدنظر (آقایان امانی - کریمی).

۲. منبع پیشین، ص ۴۲۰.

دعوی واقع نگردیده است به لحاظ حفظ حقوق مرتهن و امکان تدارک دفاع از ناحیه وی، اعتراض معترض را منطبق بر بندهای (ج) و (ه) ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی دانسته، لذا مستنداً به ماده ۳۵۸ همان قانون ضمن نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته، قرار رد دعوی خواهان بدوی را صادر و اعلام می‌دارد.

۲. دیدگاه دوم: عدم لزوم طرح دعوا علیه مرتهن

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۰۲۹۰ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۶ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (در رأی بدوی، درباره عدم ذکر مرتهن در شمار خواندگان آمده است «... مطابق ماده ۷۹۳ قانون مدنی، هرگونه اقدام منافی با حقوق مرتهن، مواجه به مانع قانونی است. این در حالی است که تقاضای الزام به فک رهن در جهت حفظ حقوق مرتهن بوده که این امر پس از صدور حکم دادگاه با هزینه متعهد و فعل او و یا فعل ثالث با هزینه راهن انجام می‌پذیرد و در مغایرت با مدلول ماده مذکور و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نخواهد بود خصوصاً آنکه مطابق ماده ۳۴ اصلاح قانون ثبت اسناد املاک، مرتهن از تملک مرهونه ممنوع است و صرفاً مورد رهن محل استیفای وجه مرتهن می‌باشد...»).

• دعوی الزام خوانده به رفع بازداشت (توقیف) ملک

دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران درباره موضوع اختلاف نظر داشته و آراء متهاافتی صادر نموده‌اند. توضیح آنکه بنا به نظر برخی دادگاه‌ها دعوی یادشده قابل استماع نیست. از سوی دیگر، بعضی دادگاه‌ها برآنند این دعوی، قابل استماع است.

۱. منبع پیشین، صص ۱۷۷-۱۷۶.

۲. منبع پیشین، صص ۲۰۳-۲۰۲.

۱. دیدگاه نخست: قابل استماع نبودن دعوای الزام خوانده به رفع بازداشت (توقیف) ملک

الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۰۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۴ صادره از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (استدلال دادگاه بدوی متضمن «... طی پاسخ استعلام ثبتی، ملک، بازداشت گردیده است مراجع قضایی و دادگاه هم‌عرض حق رفع بازداشت از ملک را نداشته و صرفاً همان مرجع بازداشت‌کننده می‌تواند دستور رفع بازداشت بدهد...»، مورد تأیید مرجع مزبور واقع شده است.

ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۵۰۱۵۳۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۵ صادره از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (استدلال دادگاه بدوی متضمن «... رفع بازداشت نیز از اموری نیست که خواندگان توان انجام آن را داشته باشند بلکه بر عهده مرجع بازداشت‌کننده می‌باشد لذا دعوی خواهان اصلی را به کیفیت مطروحه قابل استماع ندانسته...»، مورد تأیید مرجع مذکور واقع شده است.

۲. دیدگاه دوم: قابل استماع بودن دعوای الزام خوانده به رفع بازداشت (توقیف) ملک

دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۵۸۸ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۱ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ (در رأی بدوی، با استماع دعوای رفع موانع تنظیم سند (بازداشت ملک)، حکم بر ثبوت دعوی، صادر شده است. این رأی در دادگاه تجدیدنظر تأیید شده است.

۱. منبع پیشین، صص ۴۵.

۲. منبع پیشین، صص ۸۷۱-۸۷۰.

۳. منبع پیشین، صص ۳۸۹-۳۸۸.

• دعوای فسخ قرارداد

به موجب آراء دادگاه تجدیدنظر استان تهران، فسخ قرارداد، عمل حقوقی (ایقاع) بوده و مبتنی بر اراده ذی نفع است و نه رأی دادگاه. از آنجا که رأی دادگاه در این خصوص ماهیت اعلامی و کشفی دارد و نه تأسیسی، درخواست فسخ قرارداد از دادگاه قابل استماع نیست. النهایه، ذی نفع می تواند طی دادخواستی، تنفیذ فسخ را از دادگاه مطالبه نماید.

آراء مربوطه:

- الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۰۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۱ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱
- ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۰۰۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۷ صادره از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲
- ج) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۴۶۰۰۶۴۴ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۳ صادره از شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳
- د- دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۰۶۹۴ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۹ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴

• رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در خصوص

مطالبه ارش البکاره

رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در خصوص مطالبه ارش البکاره به این شرح است: در صورتی که زنا با میل و رضایت زانیه صورت گرفته باشد مهرالمثل و ارش البکاره به وی تعلق نمی گیرد.

۱. منبع پیشین، ص ۴۱.
۲. منبع پیشین، ص ۴۲.
۳. منبع پیشین، صص ۴۳۵ - ۴۳۴.
۴. منبع پیشین، صص ۵۱۶ - ۵۱۵.

در این باره آراء زیر قابل ذکر است:

- الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۳۹۴ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۷ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱
- ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۵۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۲ صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲
- ج) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۰۵۴۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۵ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳

• اختلاف نظر دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در خصوص

شرایط لازم جهت تجویز ازدواج مجدد

دادگاههای تجدیدنظر استان تهران پیرامون شرایط لازم جهت اجازه به زوج به منظور ازدواج مجدد، اختلاف نظر داشته و آراء متعاقبی صادر نموده اند. با این توضیح که برخی دادگاهها اعتقاد دارند «در صورت عدم تمکین زوجه»، زوج می تواند نسبت به ازدواج مجدد اقدام نموده و در این باره، لزومی به احراز ملائت زوج و توانایی و تمکن مالی او جهت اداره دو زندگی مستقل وجود ندارد. از سوی دیگر، بعضی از دادگاهها هم بر این باورند که حتی در فرض عدم تمکین زوجه نیز، اثبات تمکن مالی زوج در راستای رعایت عدالت مالی میان همسران و پرداخت هزینه های ضروری زندگی، لازم و از شرایط بایسته تجویز درخواست ازدواج مجدد زوج است.

۱. دیدگاه نخست: عدم لزوم احراز ملائت و تمکن مالی زوج

- الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۲۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۸/۵ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴ (...استدلال دادگاه {بدوی}، در جهت ابطال

۱. منبع پیشین، ص ۲۲۶.
۲. منبع پیشین، ص ۳۳۸.
۳. منبع پیشین، صص ۳۳۹ - ۳۳۸.
۴. منبع پیشین، ص ۶۹.

دادخواست، درآمد زوج را برای اداره دو همسر کافی ندانسته، حال آنکه زوج به استناد دادنامه شماره ۱۸۸۴ مورخ ۹۱/۱۰/۱۲ صادره از شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ملزم به تمکین شده است و در این بند نیازی به تکافوی دارایی ندارد... (ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۱۱۰۲۰۶۸ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۱ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱

۲. دیدگاه دوم: لزوم احراز ملات و تمکن مالی زوج

(الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۴۰۰۹۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۳ صادره از شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (...دادگاه باملاحظه لوائح طرفین آنچه در ازدواج مجدد شرط است دو شرط که مجتمعاً بایستی تحقق داشته باشد: ۱) عدم تمکین زوج؛ ۲) استطاعت مالی برای اداره دو خانواده. هرچند شرعاً تنها ملاک، شرط دوم می باشد ولیکن صرف عدم تمکین موجب اجازه ازدواج مجدد نمی گردد و شرط بنایی و عرفی و عقلایی است که زوج برای ازدواج دوم باید تمکن اداره دو خانواده را داشته باشد...).

(ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۴۰۰۱۶۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰ صادره از شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ (... با توجه به دادخواست تجدیدنظرخواهی و لوائح تقدیمی از ناحیه اصحاب دعوی و اینکه تمکن مالی زوج (تجدیدنظرخوانده) جهت اداره دو خانواده به اثبات نرسید...)

• مسئولیت مدنی قاضی

درباره این مسئله، اگر شخصی مدعی است که در اثر تخلف قاضی، خسارتی متوجه او شده، چگونه می تواند دعوی مطالبه خسارت طرح کند. رویه قضایی دادگاه های تجدیدنظر استان تهران بر این نحو است که خواهان باید قبل از طرح

دعوی مطالبه خسارت، تقصیر قاضی را در دادسرا و دادگاه انتظامی قضات به اثبات رساند و الا دعوا قابل استماع نیست.

آراء مربوطه:

(الف) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۴۳۰۰۰۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ صادره از شعبه ۴۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۱ (استدلال دادگاه بدوی متضمن «... به موجب ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات از حیث اشتباه یا تقصیر قاضی، اجرای احکام مستلزم احراز آن از سوی دادگاه عالی انتظامی قضات می باشد...»، در مرجع مزبور تأیید شده است.

(ب) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۱۳۰۰۴۴۱ مورخ ۱۳۹۲/۴/۸ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۲ (استدلال دادگاه بدوی متضمن «... «... خواهان، دلیل و مدرکی که تقصیر خواندگان را و محکومیت انتظامی آنان را ثابت نماید ارائه نداده است...»، در مرجع مذکور تأیید شده است.

(ج) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۰۶۴۲ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۳ صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۳ (استدلال دادگاه بدوی متضمن «... طرح دعوی مطالبه خسارت از سوی خواهان در این مرحله از دادرسی، به لحاظ عدم وجود رأی محکمه عالی انتظامی، برخوردار از استماع نیست...»، در مرجع مزبور تأیید شده است.

(د) دادنامه شماره: ۹۲۰۹۷۰۲۲۲۹۰۰۵۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۵/۵ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۴

۱. منبع پیشین، ص ۶۰.

۲. منبع پیشین، ص ۳۳۶.

۳. منبع پیشین، ص ۴۳۶ - ۴۳۵.

۴. منبع پیشین، ص ۴۳۶.

۱. منبع پیشین، ص ۱۰۵۰.

۲. منبع پیشین، ص ۵۳۱.

۳. منبع پیشین، ص ۷۵۷.

از جهت ارتکاب جرایم توهین و تهدید، مجازات حبس مرتکب از جهت مزاحمت تلفنی را استوار نمود.

ب) رأی شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۹۰۰۳۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۹ شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با تأیید رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۱۲۵۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۹ شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی فیروزکوه در رسیدگی به جرایم مزاحمت تلفنی و فحاشی، با پذیرش استدلال دادگاه بدوی مبنی بر اینکه ارسال پیامک‌های حاوی الفاظ توهین‌آمیز به جهت تعدد و دفعات ارسال، مصداق مزاحمت تلفنی نیز قلمداد می‌گردد، حکم به اجرای مجازات اشد تعیین‌شده را استوار و تأیید نمود.

ج) رأی شماره: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۴۰۱۱۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در راستای تأیید رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۱۱۰۰۵۳۱

۱. منبع پیشین ص ۲۳۴.

۲. درخصوص تجدیدنظرخواهی آقای م. پ. نسبت به دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۱۱۰۰۵۳۱ مورخ ۱۳۹۳/۷/۹ صادرشده از شعبه ۱۱۴۵ دادگاه جزایی تهران که به‌موجب آن به اتهامات توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی موضوع شکایت خانم ب. ق. ف. و الف. ق. ف.، به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت بابت توهین و تحمل دو فقره نود و یک روز حبس تعزیری بابت هریک از اتهامات تهدید و مزاحمت تلفنی محکوم گردیده است. با توجه به محتویات پرونده، نظر به اینکه بر دادنامه معترض‌عنه از حیث احراز بزه‌کاری تجدیدنظرخواه بابت اتهامات توهین و تهدید ایراد و اشکالی مترتب نیست و موافق موازین اصدار یافته و اینکه اعتراض مؤثری که نقض و بی‌اعتباری دادنامه را ایجاد نماید به‌عمل نیامده است دادگاه با رد تجدیدنظرخواهی مستنداً به بند (الف) ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، دادنامه تجدیدنظرخواسته را با حذف مجازات قانونی جداگانه از جهت ارتکاب توهین و تهدید و تعیین نود و یک روز حبس از باب مجازات مزاحمت تلفنی تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است.

۳. درخصوص کیفرخواست صادره از دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران علیه م. پ. دایر بر توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی، موضوع شکایت الف.ق. و م.ب. به وکالت از الف.ق. ف. و ب. ق. ف.، با عنایت به محتویات پرونده ازجمله: ۱- شکایت مطرح‌شده؛ ۲- متن پیامک‌های موجود در پرونده؛ ۳- اقرار متهم به ارسال پیامک‌های توهین‌آمیز و حاوی تهدید برای زوجه؛ ۴- بی‌اثر بودن رفتار و گفتار تحریک‌آمیز شاکیه در رفع مسئولیت کیفری متهم (در فرض صحت ادعا) و با توجه به سایر قرائن و امارات، بزه‌کاری وی

وحدت رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در تعیین مجازات جرایم تهدید و توهین از طریق ارسال پیامک

مریم ممنون*

رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در رسیدگی به ارتکاب جرایم تهدید و توهین از طریق ارسال پیامک و تعیین مجازات برای آن بر این امر استقرار یافته است که چنانچه ارتکاب جرایمی همچون تهدید (موضوع ماده ۶۶۹ قانون مجازات اسلامی)، توهین (موضوع ماده ۶۰۸ قانون مذکور) و مزاحمت تلفنی (موضوع ماده ۶۴۱ همان قانون)، هر سه از طریق ارسال پیامک انجام گیرد نظر به تعدد و دفعات ارسال پیامک‌های توهین‌آمیز که نوعی مزاحمت تلفنی تلقی می‌گردد و از سویی دیگر، بکارگیری الفاظی که متضمن تهدید می‌باشد مصداق تعدد معنوی جرم از باب ارتکاب فعل واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد بوده و در تعیین مجازات جرایم ارتكابی مذکور با در نظر گرفتن ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجازات جرمی مورد اجرا قرار خواهد گرفت که اشد از دیگر مجازات‌هاست.

آراء مربوطه:

الف) رأی شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۰۳۵۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در راستای تأیید رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۹۱۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۶ شعبه ۱۰۳۵ دادگاه عمومی جزایی تهران درخصوص رسیدگی به جرایم توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی، از باب ارتکاب فعل واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد، ضمن حذف مجازات‌های جداگانه

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

maryammamnoun@gmail.com

۱. مجموعه آراء قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری) سال ۱۳۹۲، پژوهشگاه

قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۲۳۳.

مورخ ۱۳۹۳/۷/۹ شعبه ۱۱۴۵ دادگاه عمومی جزایی تهران در رسیدگی و تعیین مجازات جرایم توهین، تهدید و مزاحمت تلفنی که هر سه از طریق ارسال پیامک ارتکاب یافته بود با حذف مجازات‌های جداگانه برای هریک از عناوین مجرمانه، مرتکب را به نود و یک روز حبس به جهت ارتکاب مزاحمت تلفنی محکوم نمود.

← محرز است. مطابق مواد ۶۰۸ ، ۶۶۹ و ۶۴۱ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) و با رعایت ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، متهم موصوف را از بابت توهین به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت و از بابت تهدید به تحمل ۹۱ روز حبس تعزیری و از بابت مزاحمت تلفنی به تحمل ۹۱ روز حبس تعزیری محکوم می‌نماید. رأی صادره، حضوری تلقی و ظرف ۲۰ روز بعد از ابلاغ به طرفین دعوی قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران است.

نگهداری سلاح در داخل کشور، قاچاق محسوب نمی‌شود» اعتقاد به صلاحیت دادگاه عمومی جزایی داشته است.

ج) دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۹۰۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۰ صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور^۱ در راستای پذیرش درخواست اعاده دادرسی از دادنامه صادره از شعبه ۱ دادگاه انقلاب گنبد که به تأیید شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان رسیده است، با این استدلال که «طبق ماده یک قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز و رأی وحدت رویه ۱۳۹۱/۹/۲۱ هیأت محترم عمومی دیوان عالی کشور، حمل و نگهداری سلاح در داخل کشور قاچاق محسوب نمی‌شود» اعتقاد به صلاحیت دادگاه عمومی جزایی داشته و رأی به تجویز اعاده دادرسی داده است.

وحدت رویه قضایی شعب دیوان عالی کشور در سال ۱۳۹۱ در خصوص مرجع صالح رسیدگی به بزه نگهداری سلاح غیرمجاز

ابوالفضل یوسفی*

رویه شعب دیوان عالی کشور درباره تشخیص مرجع صالح رسیدگی به بزه نگهداری سلاح غیرمجاز کدام دادگاه است بر این امر استوار شده است که به دلیل قاچاق محسوب نشدن حمل و نگهداری سلاح غیرمجاز در داخل کشور، دادگاه عمومی صلاحیت رسیدگی دارد نه دادگاه انقلاب. برخی از آراء صادره به شرح ذیل است:

الف) دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۶۰۰۴۳۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ صادره از شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور^۱ در راستای حل اختلاف در صلاحیت بین شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی اسدآباد و دادگاه انقلاب اسدآباد، با این استدلال که «صرفاً وارد کردن سلاح و مهمات به کشور یا خارج نمودن آن از کشور، قاچاق تلقی می‌شود و سایر عناوین از جمله حمل و نگهداری سلاح، قاچاق تلقی نمی‌شود و خارج از حدود صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی است»، اعتقاد به صلاحیت دادگاه عمومی جزایی داشته است.

ب) دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۳۰۰۶۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۵ صادره از شعبه ۲۹ دیوان عالی کشور^۲ در راستای حل اختلاف در صلاحیت بین شعبه ۱۰۱ دادگاه عمومی جزایی اسدآباد و دادگاه انقلاب همدان با این استدلال که «حمل و

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

Yusefi_9@yahoo.com

۱. مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (حقوقی و کیفری) پاییز سال ۱۳۹۱، پژوهشگاه

قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۲۴۷.

۲. همان. ص ۲۴۸.

۱. همان. ص ۲۴۸.

گزارش نشست نقد رأی: اعتبار امر قضاوت شده (نقد رأی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران)

تنظیم: حمیدرضا نجفی*

اعتبار امر قضاوت شده موضوع سومین جلسه نقد رأی آرای دادگاه تجدیدنظر استان تهران بود که در تاریخ ۲۳ تیرماه ۱۳۹۳ در سالن ولایت آن دادگاه برگزار شد. مهمان این نشست دکتر عبدالله شمس - عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی، مؤلف و حقوقدان - بود.

آرای دادگاه‌ها:

مشخصات رأی اول

شماره دادنامه نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۹۶۸

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۷/۲۶

مرجع رسیدگی: شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۹۰

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۱/۹/۱۳

مرجع رسیدگی: شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

طرح دعوی موضوع دادنامه اخیرالذکر ابطال قرارداد مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۷ به لحاظ اکراهی بودن آن بوده درحالی که در پرونده حاضر، ابطال قرارداد مذکور به سبب نامشخص و نامعلوم بودن ثمن معامله، موضوع خواسته تجدیدنظرخواه می‌باشد. بنابراین، هرچند دعوی سابق و فعلی از حیث طرفین و موضوع یکسان می‌باشد، لکن به سبب طرح دعوی متفاوت است، لذا موضوع واحد، خصیصه اعتبار امر مختوم نبوده، با پذیرش تجدیدنظرخواهی به استناد ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض قرار صادره، پرونده جهت رسیدگی در ماهیت به دادگاه بدوی اعاده می‌شود. این رأی قطعی است.

مستشاران شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

قمی - عطارد

تجدیدنظرخواهی آقایان: ۱- ف. ۲- ک. شهرت هر دو س. ۳- غ. س. ۴- خانم م. ج. با وکالت آقایان: ۱- م. ح. ۲- الف. ف. به طرفیت خانم ز. ه. با وکالت خانم‌ها: ۱- م. الف. ۲- ل. ن. نسبت به دادنامه شماره ۳۷۰-۱۳۹۱/۶/۲۶ صادره از شعبه ۹۱ دادگاه حقوقی تهران که به موجب آن حکم به تنفیذ مبایعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۵ و احراز و اثبات مالکیت خواهان و الزام خواندگان به تحویل و تسلیم مبیع و تنظیم سند رسمی شش دانگ به نام خواهان صادر گردیده موجه و صحیح به نظر می‌رسد چراکه از سوی شعبه ۸۴ دادگاه بدوی و اول تجدیدنظر، حکمی درخصوص الزام به تنظیم سند رسمی پلاک مذکور بین همین اصحاب دعوی صادر گردیده و به لحاظ قطعیت از اعتبار قضیه محکوم‌بها برخوردار شده، رسیدگی مجدد به دعوی مزبور، صحیح و منطبق با موازین قانونی نیست، دفاعیات وکیل محترم تجدیدنظرخوانده مبنی بر اینکه دعوی حاضر با پرونده مطروحه در شعبه ۸۴ بدوی و اول تجدیدنظر مشابه نبوده چراکه مستند دعوی مزبور قرارداد تکمیلی مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۲ بوده درحالی که مستند این دعوی مبایعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۵ می‌باشد نیز موجه و صحیح نیست چراکه قانونگذار در بند ۶ ماده ۸۴ قانون

درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ف. پ. به طرفیت آقای م. ج. نسبت به دادنامه شماره ۰۰۴۹۳ مورخ ۱۳۹۱/۳/۳۰ شعبه ۲ دادگاه عمومی شهر قدس که به موجب آن درمورد دعوی تجدیدنظرخواه به طرفیت تجدیدنظرخوانده مبنی بر بطلان و بی اعتباری قرارداد عادی مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۷ نسبت به سه دانگ قطعه زمین به مساحت ۲۱۸ متر مربع قرار رد دعوی صادر شده است. دادگاه با توجه به محتویات پرونده نظر به اینکه استدلال دادگاه محترم بدوی در صدور قرار تجدیدنظرخواسته، استناد به بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی به جهت سابقه طرح موضوع و صدور حکم قطعی طی دادنامه شماره ۲۰۲۰۳۹ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۸ بوده که این استدلال فاقد توجیه قانونی است، زیرا سبب

* پژوهشگر و عضو دفتر ارتباطات و همکاری‌های علمی پژوهشگاه قوه قضاییه

آیین دادرسی مدنی صریحاً عنوان نموده «دعوی طرح‌شده سابقاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوی قائم‌مقام آنان هستند رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد». بنابراین، صرف وحدت اصحاب دعوی و موضوع دعوی کافی، برای داشتن اعتبار امر مختومه است. بدیهی است قانونگذار برای چنین مواقعی که سند جدیدی یافت شود و از طرفی حکم قطعی هم صادر شده باشد راه حل و ارائه طریق نموده به‌طوری که در بند ۷ ماده ۴۲۶ در فصل سوم در مبحث جهات اعاده دادرسی عنوان داشته: «پس از صدور حکم، اسناد و مدارکی بدست آید که دلیل حقانیت نبوده است»، لذا از نظر این دادگاه حکم صادره از سوی دادگاه محترم بدوی درخصوص الزام به تنظیم سند مطابق با مقررات و موازین قانونی صادر نشده دادگاه به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه درخصوص الزام به تنظیم سند به استناد بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را، صادر و اعلام می‌نماید. درخصوص خواسته‌های دیگر خواهان مبنی بر تحویل و تسلیم میبع و اثبات مالکیت چون خواسته الزام به تحویل و تسلیم ملازمه با تنظیم سند رسمی دارد و به عبارتی تا زمانی که تنظیم سند صورت نگیرد و مالکیت رسمی و قانونی خریدار محرز نگردد صدور چنین حکمی خلاف مقررات و ماده ۲۲ قانون ثبت می‌باشد و از طرفی دعوی اثبات مالکیت نیز ملازمه با رسیدگی به دعوی تنظیم سند داشته و درواقع نتیجه هر دو دعوی یکی است و اگر دادگاه، حکم به تنظیم سند صادر نمود درواقع به دعوی اثبات مالکیت نیز رسیدگی نموده. بنابراین، طرح دعوی مزبور نیز به نحو مذکور قابلیت استماع نداشته دادگاه قرار عدم استماع دعاوی مزبور را ضمن نقض دادنامه، صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است.

رئیس شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مستشار دادگاه

حضرتی - کیازاد

نظرات حضار در جلسه نقد رأی

دکتر عبدالله شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

«اعتبار امر قضاوت‌شده» هرچند در فقه هم مورد توجه قرار گرفته، اما از حقوق فرانسه وارد نظام قانونی ایران شده است با این تفاوت که در مواد ۱۳۵۰ و ۱۳۵۱ قانون

مدنی فرانسه، به عنوان یک اماره مطلق، تلقی شده که در حال حاضر در کشور فرانسه استادان و پژوهشگران حقوق مدنی به بررسی و تحقیق آن می‌پردازند، ولیکن در قانون قدیم نظام حقوقی کشورمان، آیین دادرسی مدنی به عنوان یکی از ایرادات، ذکر شده بود چنانکه در یکی از بندهای ماده ۱۹۸ (قانون قدیم) آمده بود: «اگر دعوا، مشمول اعتبار امر قضاوت‌شده باشد و خوانده ایراد کند، دادگاه قرار رد دعوا صادر می‌کند».

در بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) یکی از ایراداتی که خوانده می‌تواند ضمن پاسخ به ماهیت دعوا مطرح نماید، «ایراد امر قضاوت‌شده» است. دادگاه برای پذیرش ایراد، باید احراز کند که قبلاً به این دعوا، رسیدگی و نسبت به آن، حکم قطعی صادر شده است، اما در دو رأیی که از محاکم تجدیدنظر استان تهران صادر شده، اختلاف نظر درخصوص تفسیر دعوا بر این امر استوار است که: چه موقع می‌توان گفت دعوا همان دعوایی است که نسبت به آن در گذشته حکم قطعی صادر شده است؟

پاسخ این است که باید میان این دو دعوا از سه جهت، وحدت وجود داشته باشد:

۱- وحدت اصحاب دعوا: که شامل وکیل و مورث طرف دعوا نیز می‌شود، خواه وارث و قائم‌مقام عام (جانشین مورث از هر لحاظ) باشد خواه قائم‌مقام خاص (منتقل‌علیه)، لذا اگر قبلاً دعوایی نسبت به یک مال، اقامه و حکم قطعی درمورد آن صادر شده و سپس این مال انتقال داده شده باشد منتقل‌آلیه، قائم‌مقام خاص است. بنابراین، مجدداً نمی‌تواند این دعوا را اقامه کند و اگر دعوایی در این مورد علیه او اقامه شد، می‌تواند ایراد امر قضاوت‌شده نماید.

۲- وحدت موضوع دعوا: شامل خواسته خواهان و دفاعیات خوانده است. وقتی گفته می‌شود دعوی پیشین یعنی «آنچه دادگاه نسبت به آن در دعوی پیشین، حکم قطعی صادر کرده است». بنابراین، وقتی فردی درباره یک ملک، اقامه دعوی مالکیت کند و حکم قطعی، صادر و در آن محکوم شود و سپس وی راجع به همان ملک، علیه همان خوانده پیشین درمورد حق عبور یا دیگر حقوق ارتفاقی اقامه دعوا نماید خوانده نمی‌تواند ایراد امر قضاوت‌شده کند.

۳- وحدت سبب دعوا: اگر فردی علیه شخص دیگری اقامه دعوا کند و موضوع دعوا «حق مالکیت نسبت به ملک به سبب ارث» باشد و بعداً نسبت به

همان ملک و همان خواننده با موضوع «حق مالکیت نسبت به ملک به سبب خرید» اقامه دعوا نماید، از آنجا که در دعوی پیشین، سبب ارث بوده ولی در دعوی فعلی سبب بیع است نمی‌توان ایراد امر قضاوت‌شده نمود. در یکی از آراء صادرشده (آراء مورد نقد)، دادگاه با این استدلال که خواهان قبلاً علیه همان وارثین، همان دعوا را اقامه کرده و محکوم شده است، به استناد بند ۶ ماده ۸۴ وارد رسیدگی نمی‌شود. وکیل خواهان در دفاع از موکل خود اظهار می‌دارد که قبلاً اقامه دعوا به استناد سند دیگری صورت گرفته است. دادگاه نیز در رأی خود آورده است: «درست است که خواهان به سند جدید استناد کرده، ولی استناد به سند جدید یعنی پیدا شدن اسناد جدید که راهکار خودش را دارد». از منظر دادگاه، سند جدید به خواهان، حق اقامه دوباره دعوا نمی‌دهد و در صورت امکان، باید راه صحیح (یعنی اعاده دادرسی) را طی کند. و ظاهراً این رأی متضمن ایراد است و من با آن همداستان نیستیم. به نظر می‌رسد رأی دیگر از شعبه دیگر دادگاه تجدیدنظر استان، بیشتر با مطالب گفته‌شده و اصول حقوقی موافق است.

قضات در این موضوع با این نکته بسیار مهم روبرو هستند که: در کدام بخش از رأی دادگاه، اعتبار امر قضاوت‌شده لحاظ شده است؟ برای پاسخ بدان باید رأی دادگاه را به سه بخش تقسیم کرد:

الف) مقدمه رأی: خواهان و خوانده را معرفی و اظهارات اصحاب دعوا را بیان می‌کند. **ب) اسباب موجهه:** که در آن ادعاهای رودررو و دلایل آن‌ها بررسی و راستی و درستی آن‌ها تأیید یا تکذیب می‌شوند.

ج) منطوق یا مفاد رأی: زمانی که دادگاه قضاوت می‌کند.

حال پرسش اینجاست که: اعتبار امر قضاوت‌شده در کدام یک از سه بخش مذکور به چشم می‌خورد؟ آنچه تاکنون در فرانسه و ایران منجر به اختلاف نظر شده این است که: اگر در بخش اسباب موجهه، دلیلی، ذکر و بر مبنای آن دلیل، حکمی صادر شود و سپس راجع به دلیل حکم پیشین، دعوی اقامه گردد آیا دادگاه دوم باید ایراد امر قضاوت‌شده را بپذیرد یا خیر؟ بنا به گفته پوتیه فرانسوی، باید آن را پذیرفت، زیرا آنچه در اسباب موجهه رأی آمده، به هیچ‌وجه موضوع رسیدگی دادگاه قرار نگرفته است.

و پرسش دیگر آن است که: آیا رأی سابق می‌تواند دلیل در دعوی جدید باشد یا خیر؟ و آیا دادگاه، به رسیدگی به دعوی دوم وارد بشود یا خیر؟ باز هم پاسخ و نظر پوتیه مثبت و مساعد است، اما برخلاف نظر وی، در پرونده‌های چند سال اخیر، رأیی است با این مضمون که: «اگر اسباب موجهه به کیفیتی باشد که منطوق رأی، متکی به آن باشد باید گفت اعتبار امر قضاوت‌شده یافته است».

و در طرح پرسش دیگر باید گفت: کدام یک از تصمیمات دادگاه، اعتبار امر قضاوت‌شده دارد؟ در اینکه نظام حقوقی کشور ما دارای «حکم» اعتبار امر قضاوت‌شده می‌باشد هیچ تردیدی نیست، اما هیچ «قرار»ی اعتبار امر قضاوت‌شده ندارد، جز «قرار سقوط دعوا». بنابراین، چنانچه شخصی اقامه دعوا کند و قرار سقوط دعوا، صادر و قطعی شد و باز هم اقامه دعوا صورت گرفت (وحدت اصحاب، موضوع و سبب هم وجود داشت) و خواننده ایراد کرد که اعتبار امر قضاوت‌شده است، دادگاه باید ایراد را بپذیرد.

آقای اهورکی، رئیس شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

دعوی دادگاه، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی بوده، با مستندی که دادگاه، بررسی و درنهایت آن را رد کرد. دعوی جدیدی میان همان اصحاب دعوا، همان خواسته و با یک سند جدید طرح شده است. استدلال خواهان بر این امر استوار بوده است که چون سبب متفاوتی ارائه شده، ایراد امر قضاوت‌شده وارد نیست. دادگاه با استدلال مذکور، نتیجه گرفت که این همان دعواست. در اینجا سبب (که در هر دو دعوا بیع است) تغییر نکرده و و تنها دلیلی که خواهان برای اثبات دعوی خود مطرح نموده، متفاوت است، لذا با استناد به رأی پیشین دادگاه، باید گفت او همین دعوا را قبلاً طرح کرده و تنها سند جدیدی پیدا شده است. در نتیجه، این امر از مصادیق اعاده دادرسی است و نمی‌تواند طرح مجدد دعوا کند. بنابراین، از رأی صادرشده دفاع می‌کنم.

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

برای اینکه رأی مزبور و نظر شما قابل دفاع گردد باید دو امر «سبب» و «دلیل» را از هم تفکیک نمود. در قانون قدیم بیان شده بود: «در مرحله تجدیدنظر، ادعای جدید پذیرفته نیست اما دلیل جدید پذیرفته است».

دلیل چیست؟ سبب چیست؟ دلیل برای اثبات سبب است. دلیل جدید، حق دوباره اقامه دعوا نمی‌دهد مگر اینکه مبین سبب جدیدی باشد. آنچه از رأی دادگاه تجدیدنظر تهران برداشت می‌شود وجود دو سبب می‌باشد نه یک سبب؛ بدین معنا که دو بار بیع و قرارداد تنظیم شده است. سند دوم، مبین سبب جدید است، زیرا تاریخ قرارداد و بیع دوم، با تاریخ قرارداد و بیع نخستین متفاوت است.

دکتر قربان‌وند، رئیس شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

آیا خواهان، مکلف نیست تمامی اسبابی را که موجب طرح دعواست در زمان طرح دعوا اعلام کند؟ ظاهراً در این باره، مسئله سوءاستفاده از حق اقامه دعوا مطرح می‌شود. حال، چون دعوا «دعوی الزام به تنظیم سند رسمی» است آیا خواهان، مکلف به طرح تمامی اسباب آن نیست؟ و یا هر زمان که به نتیجه نرسید، ملزم به طرح سبب جدید نیست؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

سوءاستفاده از قوانین، همیشه محتمل است اما در تمام نظام های حقوقی به این نتیجه رسیده اند که این کار در اقلیت محض می‌باشد. آیا اینکه شخص، ملکی را که گفته بدو به ارث رسیده و محکوم به بی حقی شده، سپس خریدار آن باشد غیرمحتمل است؟ اینکه در ماده ۵۱ آمده «خواهان باید تمام اسباب و جهاتی که خود را مستحق مطالبه می‌داند مطرح کند»، بدین معنا نیست که اسباب مختلف را مطرح نماید. برای مثال، فردی، ضمن طرح دعوی تخلیه چنانچه بگوید «براساس قانون سال ۵۶، نیاز شخصی دارد» وی محکوم به بی حقی می‌شود، اما اگر خواهان، مدعی باشد که پیش از اقامه دعوی نیاز شخصی، تعدی و تفریط شده است، دادگاه باید به دعوی او رسیدگی کند. در بسیاری از موارد، از جمله در آیین دادرسی جدید مقتبس از حقوق فرانسه، در جایی ثبت نشده است که اگر در زمان اقامه دعوا سبب دیگری هم وجود داشته باشد که در دادخواست نوشته نشده، دیگر به آن سبب نمی‌توان رسیدگی کرد.

آقای حسینی دستجردی، رئیس شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در بحث «فائده مقام خاص و عام»، آقای الف. ده نفر ورثه دارد. یکی از وراث، اقامه دعوا کرده است. با توجه به این مورد مذکور، وضعیت اصحاب دعوا در اینجا چگونه توجیه و دفاع می‌شود؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

شخصی، ملکی را خریده و فوت کرده است. او ده وارث دارد؛ یکی از ورثه، علیه فروشنده ملزم به تنظیم سند رسمی، و همچنین محکوم به بی حقی می‌شود. اگر وراث دوم، اقامه دعوا نمایند، خوانده می‌تواند ایراد امر قضاوت‌شده کند؟ بدیهی است که پاسخ، منفی است، زیرا وراث اول، فقط یک دهم آقای الف. (اصحاب دعوا) بوده است نه کل او.

آقای حسینی دستجردی، رئیس شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

آیا «مورث» و «وارث» از نظر اصحاب دعوا یکی هستند؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

خیر! زیرا موضوع دعوا، یکی تلقی نمی‌شود. اگر یکی از وراث نسبت به یک دهم، اقامه دعوا نمود و سهم خود را مطالبه کرد و محکوم به بی حقی شد، وراث بعدی که اقامه دعوا کنند، خوانده نمی‌تواند ایراد امر قضاوت‌شده نماید؛ چراکه او هم سهم خود را مطالبه کرده است.

آقای حسینی دستجردی، رئیس شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

پس مشمول امر قضاوت‌شده نمی‌شود، چون آنها وحدت اصحاب دعوا ندارند؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

تنها در این فرض (مشمول امر قضاوت‌شده) ممکن است هر ده نفرشان یا با هم اقامه دعوا کنند یا با هم طرف دعوا قرار گیرند، ولی اگر به غیر از یک نفر از وراث، بقیه اقامه دعوا نمایند نسبت به آن یک نفر، اعتبار امر قضاوت‌شده صدق نمی‌کند.

آقای حمزه شریعتی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

مع الوصف آیا اسباب موجود، اسباب طولی هستند یا عرضی؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

موضوع بر سر طولی و عرضی سبب نیست، بلکه محور بحث این است که هر دعوایی می‌تواند تنها یک سبب داشته باشد. بنابراین، می‌توان به خواهان گفت چنانچه قصد اقامه دعوا داشته باشد و خود را به چند سبب، مستحق مطالبه بداند باید به سببی که بنا به تصورش، قوی‌تر و احتمال دستیابی به حق خود بیشتر است، اقامه دعوا کند. بدیهی است اگر دعوا دو سبب داشته باشد دادگاه، استیضاح می‌کند که به کدام یک رسیدگی کند؟

دکتر طاهری، رئیس شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

لازم به ذکر است بیان سه نکته حائز اهمیت است:

۱- تأثیر برخی از قرارها کمتر از سقوط دعوا نیست؛ مانند قرار مرور زمان یا بند دیگری از ماده ۸۴ درخصوص نامشروع بودن جهت دعوا که قراری که صادر می‌شود همان اثر سقوط دعوا را دارد. در بند ۶ که می‌گوید: «نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد»، منظور از این «حکم»، موضوع بخش اول ماده ۲۹۹ نیست که «رأی ماهیتی» باشد، بلکه مقصود، حکم عمومی و کلی است؛ یعنی شامل هر دو بخش می‌باشد. بنابراین، قرارهای دیگر هم می‌توانند مشمول آن شوند.

۲- آیا منظور، سبب فلسفی است یا سبب حقوقی؟

۳- یک حکم، علاوه بر سه بخش (مقدمه، اسباب موجهه و منطوق و مفاد رأی) که پیش‌تر بیان شد، ممکن است بخش‌های دیگری را هم دربرداشته باشد. تصور من این است که تمام اجزای یک حکم باید در صدور قرار نسبت به امر مختومه لحاظ شود، چون احراز خواهان و خوانده، از مقدمه رأی آورده می‌شود و احراز اسباب موجهه، از قسمت اسباب موجهه رأی. درمورد منطوق رأی، اگر بر آن باشید که فقط رأی ماهیتی (و نه شکلی) می‌تواند مشمول قرار باشد، طبیعتاً رأی، فقط از بخش آخر می‌تواند استنباط شود. بنابراین، این مهم را چگونه می‌توان توجیه نمود؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

۱- در حقوق فرانسه اگر دادگاه به ایراد «مرور زمان و عدم توجه خوانده» یا به اعتبار «امر قضاوت‌شده» یا «ذی‌نفع بودن مدعی»، قرار عدم استماع دعوا را

صادر کند، این قرارها هم اعتبار امر قضاوت‌شده دارند. در نظام حقوقی ما مرحوم متین‌دفتری از همان ابتدا در سال ۱۳۱۸ شاید به آن نزدیک شده، اما تصریح نکرده است. چنانچه مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی قدیم با هم مقایسه شوند، تفاوت دو دسته ایرادات مشخص می‌گردد. ایراد «مرور زمان» را باید در ماده ۱۹۸ و ایراد «عدم صلاحیت» را در ماده ۱۹۷ جستجو کرد.

به نظر می‌رسد منظور از حکم در بند ۶، همان «حکم به معنای اخص» یعنی «حکم در مقابل قرار» است. اگر معتقد باشیم «قرارها» اعتبار امر قضاوت‌شده دارند و یک قاضی قصد داشته باشد دعوایی را - که قبلاً در آن، قرار عدم استماع یا قرار رد دعوا صادر شده است - رد کند، به استناد چه ماده‌ای می‌تواند این کار را انجام دهد؟ به‌علاوه، طبق گفته شما که «بعضی از قرارها اعتبار امر قضاوت‌شده دارند»، واژه «بعضی» از کجا نشأت می‌گیرد؟

بنابراین، در قوانین ما «اعتبار امر قضاوت‌شده برای قرارها» به دلایلی که گفته شد باید صددرصد پیش‌بینی شود و تا زمانی که پیش‌بینی نشده، به نظر می‌رسد معنای بند ۶، حکمی است که در بخش اول ماده ۲۹۹ آمده، کمالینکه شرایط امر قضاوت‌شده در ماده ۱۷۱ در بحث فرجام‌خواهی نیز ذکر شده است.

۲- درمورد قرار سقوط دعوا، دعوا به معنای action است و در اینجا یعنی «حق مراجعه». «سبب»، رابطه‌ای حقوقی است که در پی واقعه حقوقی یا عمل حقوقی یا قانون به‌وجود می‌آید و به اتکای آن، خواهان، خود را مستحق مطالبه می‌داند. بر این اساس، سبب، یک رابطه حقوقی میان خواهان و خوانده است. منشأ این رابطه حقوقی ممکن است عمل حقوقی (عقود و ایقاعات) واقعه حقوقی (غصب، اتلاف، تسبیب) یا خود قانون باشد. و ظاهراً ملموس‌ترین و ساده‌ترین تعریف برای سبب همین است.

آقای فاضل حسینی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در بحث وراثت، اگر سبب اقامه دعوا یکی باشد و یکی از وراثت، سندی ارائه نماید که به‌موجب آن، مورث، ملکی را خریده است اگر به اعتبار همین سند هر کدام از وراثت دیگر طرح دعوایی کند که به عنوان «اعتبار امر مختومه» پذیرفته نشود آیا لازم است سندی را که یک بار بررسی شده و اصالت ندارد بررسی مجدد گردد؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

در اینجا باید میان دو نکته، تفاوت قائل شد. اگر فردی علیه خواننده‌ای اقامه دعوا کرده و محکوم شده باشد، دادگاه نمی‌تواند بگوید: چون ملک را پدر خریده و یکی از وراث نسبت به سهم خود اقامه دعوا کرده، در دعوای برادر، خواهان قبلی وارد رسیدگی به دعوا نمی‌شود، اما حکم پیشین می‌تواند به عنوان دلیل در این دعوا مورد استناد قرار بگیرد. همچنین نمی‌توان گفت چون برادر خواهان، اقامه دعوا کرده و محکوم شده است او نیز ممکن است پیروز یا محکوم شود. بنابراین، دادگاه باید رسیدگی کند.

آقای زجاجی، مستشار دادگاه تجدیدنظر استان تهران

آیا آرای که مشمول اعتبار امر مختومه می‌شوند ناظر به صدور از دادگاه‌های کشور هستند یا آراء صادرشده از دادگاه‌های خارج از کشور هم می‌توانند شامل اعتبار این امر باشند؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

با توجه به بررسی‌های به‌عمل آمده، مبحث اجرای آراء محاکم خارجی در ایران، تنها بحث موجود در امور حقوقی ماست و تاکنون به این مورد که اگر امری در دادگاه‌های خارجی مورد رسیدگی قرار گرفته و نسبت به آن، حکم قطعی صادر شده، دادگاه به این استناد، قرار رد دعوا را صادر کرده باشد، برخورد نکرده‌ام اما در قانون جدید حمایت خانواده، دادگاه ایران باید حکم را تنفیذ نماید و این نشان می‌دهد که احکام خارجی در محاکم ما نمی‌توانند مستند ایراد امر قضاوت‌شده قرار گیرند.

دکتر رحیمی، دادیار دیوان عالی کشور

بسیار اتفاق می‌افتد که دادگاه صادرکننده رأی، نام رأی خود را نادرست انتخاب کرده. به‌طور مثال نوشته است: چون خواهان، ذی‌نفع نیست حکم به بی‌حقی خواهان صادر می‌شود؛ درحالی‌که باید رأی به صورت قرار صادر می‌شد. درخصوص اعتبار امر قضاوت‌شده وقتی چنین پرونده‌ای نزد قاضی پرونده جدید آورده شود، آیا رأی، مأخوذ به نامی است که دادگاه صادرکننده رأی بر رأی خود نهاده است یا رأی باید با آنچه قاضی در پرونده جدید برداشت می‌کند (که حکم است یا قرار) مورد استناد قرار گیرد؟

دکتر شمس، عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

در این مورد در مقررات، هم در مرحله تجدیدنظر و هم در مرحله فرجام، پیش‌بینی شده است. ماده ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌گوید: «اگر رأی مورد درخواست فرجام، از نظر احتساب محکوم‌به یا خسارات یا مشخصات طرفین دعوا و نظیر آن متضمن اشتباهی باشد که به اساس رأی لطمه وارد نکند، دیوان‌عالی کشور آن را، اصلاح و رأی را ابرام می‌نماید. همچنین اگر رأی دادگاه به صورت حکم صادر شود ولی از حیث استدلال و نتیجه، منطبق با قرار بوده و متضمن اشکال دیگری نباشد دیوان‌عالی کشور آن را «قرار» تلقی و تأیید می‌نماید». در فرض اینکه دادگاه به اشتباه گفته است: «رأی قطعی است»، به نظر می‌رسد چون برای مرجع عالی، این صلاحیت پیش‌بینی شده است که نوع رأی دادگاه تالی را اصلاح کند، با توجه به پیامدهای سوء احتمالی، تصور می‌کنم باید به آن چیزی که به عنوان سند ارائه می‌شود توجه کنیم.