

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

# مادرسه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۳۹، شهریور ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: نفیسه مستقل

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد

جوادی نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، مینا سالمی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجاوند، علی اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان - محمد حمید سلیمانی

آرای نویسندگان، دیدگاه **مادرسه حقیقی** نیست.

نشریه **مادرسه حقیقی** در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

[www.isfahanbar.org](http://www.isfahanbar.org)

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

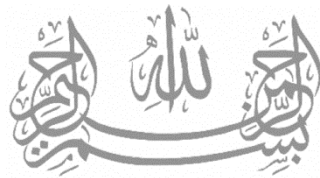
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: [madreseyhoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyhoghough@isfahanbar.org)



## شيوه‌نامه «مارس، حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
  - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
  - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
  - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
  - ذکر فهرست منابع استفاده‌شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
    ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
    - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
    ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
    - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
  - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
  - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyehoghough@isfahanbar.org)
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
  - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
  - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.



## فهرست مطالب

سرمقاله؛ مشق عشق..... ۴

### مقالات

جستاری فلسفی بر مسأله استفاده از شعر و  
متون مشابه در آرای قضایی..... ۱۰

دکتر عبدالله خدابخشی

اعتراض ثالث به تصمیم مرجع قضایی در امور  
حسبی..... ۱۸

حسن وثیق زاده انصاری

نحوه اجرای آراء خارجی در ایران..... ۲۵

محمدتقی خداپرست

داغ نامه‌ای بر پیشانی عدالت با موضوع وفای به  
عهد..... ۴۸

مرضیه رستگار

بررسی مرجع صالح در رسیدگی به دعوی ابطال  
عملیات اجرایی ثبت، با توجه به رای وحدت

رویه شماره ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ هیات عمومی

دیوان عالی کشور ..... ۶۰

منصور انجم شعاع

قراره‌های تأمین کیفری اطفال و نوجوانان  
در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب

۱۳۹۲/۱۲/۴..... ۷۴

سارا بهادران

نقدی بر رویه قضایی مرجع صالح و امکان

# مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
پانزدهم

شماره  
۱۳۹



کانون وکلای دادگستری ایران

ابطال پروانه ساختمانی..... ۸۵

امید محمدی

مسئولیت مدنی ناشی از آتش سوزی..... ۹۵

دکتر هادی احتشامی

نسیم کرمی فرد

### گزیده سخنرانی‌ها

آشنایی با قانون کاهش مجازات حبس

تعزیری..... ۱۰۸

دکتر سید محسن قائم فرد

### بایسته‌های حرفه وکالت

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه

قضائیه..... ۱۱۶

منشور اخلاق حرفه‌ای وکالت..... ۱۱۸

پند استاد؛ درسی از استاد دکتر عبدالله شمس

..... ۱۲۵

نگار جلیلی

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۲۹

هاجر قاسمی

معرفی کتاب..... ۱۳۴

مینا سالمی

### زنگ تفریح

موکل چینی من..... ۱۳۸

دکتر علی رادان جلیلی



# سر مقاله

## مشق عشق

«حق الطاعه» اصطلاحی است که صاحب حلقات الاصول در مقابل نظریه متعارف و مرسوم «اصل برائت از تکلیف» طرح و تبیین نموده است. براساس این نظریه، مکلف از آنجا که فی الجمله می‌داند تکالیفی از سوی شارع برای او وجود دارد، نمی‌تواند به صرف عدم یقین به هر تکلیفی، خویش را یله و رها از انجام تکلیف بداند. با برداشتی آزاد از این نظریه و اینکه انسان را در رسیدن به هر هدف و آرمانی، اسوه‌ای هست و وصول به هدف را نیاز به اطاعت و پیروی از پیشوا و راهبری است، متن زیر به مناسبت ایام به پیشگاه سرور آزادگان حضرت ابا عبدالله الحسین (علیه السلام) و یاران باوفای ایشان، با نگاهی به وظیفه‌ی خطیر اهالی حقوق، تقدیم می‌گردد؛

ای سرور آزادگان!

با چنین از خودگذشتگی و جاننازی در اوج خلوص و صفا و تقدیم تمام هستی خود به خداوند هستی، تا همیشه‌ی هستی به والاترین درجات عظمت و قرب رسیده‌ای و همین درجه از قرب به معبود و کسبگی از ماسوی است که هر انسان آزاد و آزاده و هر دیندار و مومنی را با اختیار و اشتیاق، وادار ساخته تا اطاعت از شمارا برای رسیدن به اوج آمال و آرزوی خویش، تکلیف خود بداند و به راستی که فرمانبرداری و «حق طاعت» حق جاودانه‌ی شماست.



در عین حال؛

اگر مسلمین و شیعیان به عنوان فرزند پیامبر و امام مقرر ض الطاعه، جهاد و دفاع شمارا ستایش و تمجید می کنند و اقدامات شمارا لازم الاطاعه می دانند؛

و اگر همه ی فطرت های پاک و حقیقت جو، این واقعه ی عظیم و حرکت آزادی خوانند، عدالت طلبانه و انسان ساز شمارا می ستایند، می جویند و نجات بخش می دانند؛

و اگر آزاد مردان جهان و آزادگان کیتی، در برابر جاننازی و از خود گذشتگی شما و خاندان و یارانتان، سر تعظیم و تکریم فرود آورده و بر بیان های کوناگون آن را بزرگ می شمارند و پیروزی خود را مبرهن پیروی از سیره موروثی شما دانسته اند؛

و اگر ندای آسمانی شما که «اگر آیین ندارید و شمارا از روز واپسین حراسی نیست، در زندگی دنیایی خویش آزاده باشید» در گوش جهان برای همیشه طنین انداز است؛

و اگر اسلاف و اخلاف ما ایرانیان به دلایل مختلف سببی، نسبی، دینی و فرهنگی، پرچم افتخار آفرین نام و یاد شمارا بچنان برای اعتلای مادی و معنوی خویش در اهتراز نگه داشته و به آن می بالند؛

و اگر خرد و کلان، زن و مرد، عالم و عامی، گذشتگان و آیندگان، همه و همه شاکوی جانفشانی شما

بوده و خواهند بود؛



اما؛

مادر کسوتِ مدافعانِ حق، برای رسیدن به هر درجه و هر نقطه از موفقیت در علم و عمل و در کار و حتی کسبِ خود، نیازمند اطلاع و دقت و بررسی در اقدام حکیمان، شجاعانه، عالمانه، عاشقانه و مهرورزانه‌ی شائیم تا پس از علم و عشق به سیره و شیوه‌ی شما، بدان تاسی جوئیم و در راه انجام وظیفه خویش توفیق یابیم.

به راستی اگر هر قوم و ملت و هر دسته و رسته‌ای را اسوه و الگویی هست که بدان اوج خدمت و قدی اعتلای خویش را به بگمان و دیگران می‌نمایاند، چه شخصیتی والاتر و بالاتر از شما و جان فشانای شامی تواند سرمشق و راهنمای اهل حق و تحقیقت و وکیل و نهاد و کالت در رسیدن و رساندن خود و دیگران به سرمترل مقصود باشد.

و اگر به هر دلیل و بهانه‌ای شما و راه شما را از دست دهیم، چه سرمشقی برای مشق عشق خدمت و رسیدن و رساندن به مقصود خواهیم داشت و کدام شخصیت و کدام نهاد و سیره و شیوه را برای خویش در راه رسیدن به هدف بر خواهیم گزید؟

گر برکنم دل از تو و بردارم از تو مهر  
آن مهر بر که افکنم آن دل کجا برم؟



ماراد گفتار و رفتار آموختی که:

- ایستادن در برابر ستم و ستمگر محوده‌ای ندارد و کوچک و بزرگ، حاکم و محکوم، دور و نزدیک و غیره نمی‌شناسد...

- بر پایی عدل و داد نیازمند از خود گذشته‌گی کامل است و ادعای اقامه‌ی عدل، باتن پروری و تن آسانی سازگاری ندارد...

- درجات امر به معروف و نهی از منکر و دفاع از حق، مرحله به مرحله و از دل و زبان تا جان استمرار می‌یابد...

- مدعیان حق و یاوران یاران حق ممکن است در هر مرحله، از پشتیبانی حق شانه خالی کنند و این موجب رفع تکلیف از حق جویان نمی‌گردد...

- پیوستن به حق و پیروی از حقیقت، زمان و مکان و موقعیت و سابقه نیز نمی‌شناسد؛ چه بسیار نزدیکانی که دورند و دورانی که زود نزدیک می‌شوند و تا بد به حق ملحق می‌گردند...

- گاه هست که مقابلد با ستمگری نیازمند همراهی خانواده و همراهان است و نباید انتظار داشت که به تنهایی حق به سرانجام رسد...

- مقابلد با ظلم و اقامه‌ی قسط، نیازمند نیتی پاک و باطنی وارسته و پیراسته از مظاهر دنیوی است و هرگاه اساس فکر و نیت مادی باشد، نتیجه‌ای معنوی و مطلوب به همراه نخواهد داشت...



- اقامه‌ی قسط و مبارزه با استکبار، نیازمند استمرار است و چنانچه مقاومت و استقامت در آن  
استمرار نیابد، نتیجه‌ی چذانی در بر نخواهد داشت...  
این‌ها و ده‌ها بلکه صدها آموزه‌ی دیگر، تعالیمی است که از شما و اصحاب شما می‌توان و باید آموخت  
و آن را سرمایه‌ی مادی و معنوی و این جهانی و آن جهانی برای موفقیت در هر راه حقی و از جمله  
راه وکالت قرار داد و آنرا معتقدان به کار بست.

سلام بر تو

سلام بر فرزندان

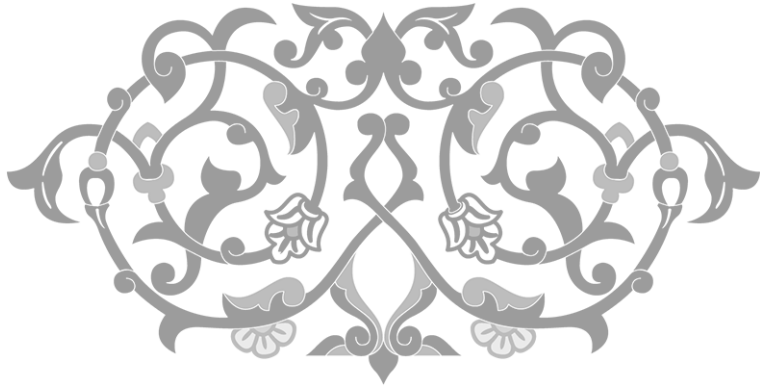
سلام بر یاران

و سلام بر پیروان

تا همیشه هستی

مدیر مسئول





# مقالات





# جستاری فلسفی بر مسأله استفاده از شعر و

## متون مشابه در آرای قضایی

عبدالله خدابخشی<sup>۱</sup>

### مقدمه

آیا استفاده از شعر و عناوین نزدیک به آن - مانند متون ادبی - در آرای قضایی مورد تأیید و مفید است؟ گاه آرای در این خصوص از دادگاه‌ها می‌بینیم که مورد مخالفت برخی یا تأیید برخی دیگر قرار گرفته است. این آراء هرچند به لحاظ تعداد زیاد نیست ولی هیچ یک نقض نشده، مورد تعرض مراجع بالاتر قرار نگرفته و گاه، دادگاه تجدیدنظر نیز در این زمینه پیشرو بوده است! با توجه به اینکه چنین آرای، ممکن است مورد استقبال دیگر دادگاه‌ها نیز قرار گیرند و خارج از محاکم نیز برخی با آن مخالفند، برآن شدیم به اختصار نگاهی فلسفی به استفاده از شعر در این آراء داشته باشیم و نظر خویش را در باب تأیید یا نقض، اعلام کنیم. امید که به رویه قضایی کمک نماید. پرسش‌ها به حدود و قلمرو ادبیات در آرای قضایی مربوط می‌شود؛ آیا دادرس باید صلابت رای را ترجیح دهد یا متن اقناعی و چه بسا احساسی آن را؟ مفهوم «موجه بودن» رای با «ادیانیه» نگاشتن آن، ارتباطی دارد؟ برای آرایش رای، بین نثر و نظم، تفاوتی است؟

### نقل برخی از آرای محاکم نخستین و تجدیدنظر

به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۷۰۳۲۰۰۳۷۶ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی شیراز، موضوع پرونده شماره ۹۷۰۹۹۸۰۷۰۳۲۰۰۱۹۰: «...خواسته مطالبه خسارت تاخیر تادیه قیمت اموال مسروقه و خسارت معنوی وارده ناشی از عدم استرداد و فقدان اموال مسروقه...در خصوص خسارات معنوی، نظر به اینکه اولاً در دادنامه قطعی کیفری، نوع

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای خراسان، عضو هیأت علمی دانشگاه فردوسی



اموال مسروقه قید نشده است، ثانیاً معلوم نیست چه اموالی بوده که خواهان به آن تعلق خاطر داشته باشد، ثالثاً بر فرض اموالی باشد که خواهان در شکایت اولیه قید کرده باشد و در مرحله اجرای احکام، همان اموال ارزیابی و قیمت آن به خواهان پرداخت شده باشد؛ با توجه به سن خواهان که قریب ۸۵ سال می‌باشد، دیگر نمی‌تواند تعلق خاطری نسبت به آنان داشته باشد که خسارت معنوی به وی وارد شده باشد، لذا دعوای خواهان وارد و ثابت نیست».

شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۰۷۱۷ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۳ موضوع پرونده شماره ۹۷۰۵۰۵، با نقض رأی مذکور، بیان می‌کند: «در مورد تجدیدنظر خواهی...نسبت به آن بخش از دادنامه شماره ۹۷-۳۶۶ شعبه ۱۸ دادگاه [عمومی] حقوقی شیراز که به موجب آن، حکم به بی‌حقی تجدیدنظر خواه به خواسته مطالبه خسارت معنوی ناشی از عدم استرداد و فقدان اموال مسروقه صادر شده است؛ نظر به این که استدلال دادگاه محترم بدوی با این مضمون که: «با توجه به سن خواهان که ۸۵ سال می‌باشد، دیگر نمی‌تواند تعلق خاطری نسبت به اموال داشته باشد»، صحیح نیست؛ چه آن که همان گونه که بزرگان ادب فارسی از جمله صائب تبریزی گفته‌اند: «ریشه نخل کهنسال از جوان افزون‌تر است / بیشتر دل‌بستگی باشد به دنیا، پیر را» علقه خاطر نامبرده به اموال مسروقه محرز است؛ خصوصاً آن که نظریه سوگواری ناشی از بزه دیدگی در جرایم مالی و ترس از تکرار بزه دیدگی در جرم شناسی، مؤید آن است که ارتکاب اعمال مجرمانه مذکور، موجب ورود تألمات روحی و روانی برای بزه دیده می‌گردد، فلذا ضرورت داشته که دادگاه با ورود در ماهیت دعوا و با ارجاع به پزشکی قانونی، میزان خسارات وارده به عنوان ارش را تعیین نماید. از این حیث و از آنجا که ورود در ماهیت دعوا نشده [است]، با تلقی حکم صادره به عنوان قرار و مستنداً به ملاک ماده ۴۰۳ قانون آئین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و پرونده را جهت رسیدگی به ماهیت دعوا اعاده می‌نماید».

شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان مولوی خوانی را می‌پسندد و به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۳۵۲۴۰۲۱۰۲ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۸ می‌گوید: «نظر به اینکه دادگاه رای داور را از جهت حکمی مورد بازبینی قرار می‌دهد و به جز مواردی که موضوعات مؤثر در جهات حکمی باشند، دادگاه فارغ از بررسی آنهاست و ایراد خواهان در این خصوص وارد نمی‌باشد، اما راجع به عدم رعایت مهلت داور و اصول دادرسی، داور به عنوان قاضی



خصوصی طرفین اگرچه پای بند به تشریفات دست و پاگیر آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد، لیکن مکلف به پاسداشت اصول بنیادین دادرسی که ضامن حقوق اصحاب دعواست، می‌باشد و در این راستا اصل تناظر، حافظ برقراری عدالت و سبب ایجاد اقناع داور از مناظره طرفین می‌شود (حق به من گفته است هان‌ای دادور/مشنو از خصمی تو بی‌خصم دگر/تا نیایند هر دو خصم اندر حضور/حق نیاید پیش حاکم در ظهور/خصم تنها گر برآرد صد نفیر/هان و هان بی‌خصم قول او مگیر). مولانا جلال الدین بلخی - مثنوی معنوی دفتر سوم) و نیز سایه سنگین نسل اول حقوق بشر بر هر نوع رسیدگی ترافعی و به ویژه داوری که از کنترل ماهوی دادگاه خارج است، سنگینی می‌کند و وجوب ناشی از رعایت اصول دادرسی، از این جهت متکی به اولویت حکم است، لذا دادگاه مستفاد از اصول یاد شده و نیز بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان رای داور صادر و اعلام می‌نماید.<sup>۲</sup>

رای زیر در شبکه‌های اجتماعی از یکی از دادگاه‌های استان فارس، بدون مشخصات، صادر شده است: «در خصوص اتهام... دائر بر چرای دام در مراتع بدون پروانه... دادگاه با ملاحظه اوراق و مندرجات پرونده... بزهکاری وی را محرز و مسلم تشخیص می‌دهد، مستنداً به ماده ۲۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، حکم بر محکومیت مرتکب به پرداخت ۲۰ درصد ارزش متوسط هر واحد دامی... در حق صندوق دولت صادر و اعلام می‌دارد نظر به اینکه خسارت وارده جبران گردیده است؛ در حمایت از اقشار کم درآمد کشور و نقش مؤثر عشایر در تولید و چرخه اقتصادی جامعه و با لحاظ نمودن اصل فردی کردن مجازات‌ها، عدم اجرای مجازات مرتکب در اصلاح وی پیش بینی می‌گردد، زیرا با تأسی از ادبیات عشایر و به تعبیر شاعر حبیب خداوردیلو: «من قوانین طبیعت را خوب می‌دانم/من وسواس پرنده‌ها را در ساختن لانه شان می‌بینم/من مسئولیت پدرا نه کوه و بیشه را در حفظ جهان می‌دانم/من اشتیاق شقایق را به هنگام تولد در نگاه می‌خوانم/من دلواپسی کبکی را از صدایش می‌فهمم/من از بوسه باران عاشقانه خاک و آب دلم می‌لرزد/قوانین بشر را شاید نه، قانون طبیعت را من نیک می‌دانم/کودکانم باید به یک غنچه چنان بنگرند که فیلسوفی به نوکتابی از فلسفه خیره است/کودکانم باید قانون

۲. همچنین به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۳۵۲۴۰۰۸۶۲ مورخ ۱۳۹۹/۵/۱۹ این شعبه.



طبیعت را پیش از ارکان الفبا بیاموزند/من با طبیعت زنده ام/من به دیوارهای خانه اعتنا ندارم، خانه‌ای آزاد می‌خواهم/من عشایر زاده ام». بنابراین...قرار تعلیق اجرای مجازات نامبرده برای مدت یک سال صادر می‌گردد...».

## شعر از منظر فلسفه و ادبیات

### - نگرش کلی

شعر در منطق، متفاوت از شعر در ادبیات است. در منطق ارسطویی، شعر یکی از «صناعات خمس» (برهان، جدل، خطابه، شعر، مغالطه) است که به باور برخی، هیچ معرفتی به طرف مقابل نمی‌رساند، بلکه تنها عواطف او را تحریک می‌کند (ملکیان، ۱۳۷۷، ص ۲۲۸).

ادبیات همیشه زیبا بوده است و کسی نیست که انسی با آن نداشته باشد. از دقایق علمی تا اشعار کوچک و بازار مشحون از شعر است. با این حال، استفاده از آن در تاریخ فلسفه، مورد موافقت همگان نبوده است؛ برخی ادبیات را با علوم عقلی نظیر فلسفه نیز ترکیب می‌کنند. «ایوان سل»<sup>۳</sup> فیلسوف امریکایی در مقدمه کتاب «کشف ذهن» می‌گوید: «در سنت آلمانی، آنانی که آثار ادبی می‌آفرینند و کسانی که کتاب فلسفه به رشته تحریر در می‌آورند، به طور مداوم آثار هم را می‌خوانند و از یکدیگر برای تکوین کار خویش، در تدوین مطلبی میان ادبیات و فلسفه بهره می‌برند و الهام می‌گیرند. کانت تنها مورد استثناء است؛ اگر چه او به نحوی وسیع به وسیله ادیبان مورد بررسی قرار می‌گرفت ولی شخصا آثار ادیبان را نمی‌خواند» (کوفمان، ۱۳۹۸، ص ۲۲). باید گفت‌ای کاش می‌خواند و کتاب «نقد عقل محض» را که به منزله‌ی بمب هسته‌ای برای تمام فلسفه‌های بعد از خود است، طور دیگر می‌نوشت!

فیلیپ مالوری پیوند ادبیات و حقوق را در مقدمه کتاب «ادبیات و حقوق» به زیبایی بیان می‌کند؛ هرچند در متن کتاب، از میان ارتباط چهارگانه حقوق و ادبیات، تنها به ادبیات حقوقی پرداخته است. به باور دیوید هیوم نیز در فلسفه عملی، از ادبیات و هنر برای تهییج عواطف و رسیدن به هدفی خاص، بهره گرفته می‌شود (هیوم، ۱۳۹۷، ص ۵).



## – نظر گاه افلاطون

در میان فلاسفه، نزاع افلاطون با شعرا قابل توجه است. او با شعر بیگانه نبود، زیرا اشعاری داشت و تنها وقتی با سقراط آشنا شد، همه را سوزاند و به فلسفه روی آورد. همچنین سقراط تا پیش از زندان با شعر بیگانه بود و در زندان به شعر روی آورد! (افلاطون، ۱۳۶۷، الف، ص ۴۸۶). شعر در تاریخ یونان نقش مهمی داشته است، به نحوی که محاکم قضایی در سکوت قوانین به اشعار هومر استناد می‌کردند و مردم نیز می‌بایست رفتار خود را براساس اشعار او و افراد شاخص دیگر، تطبیق می‌دادند. افلاطون در مقابل، به هومر حمله می‌کند. (همان، ص ۵۰۹)

نکات مفصلی در نگرش افلاطون است. مختصر اینکه به باور او، سرودن شعر مبتنی بر معرفت و دانایی نیست بلکه شعر الهامی است که وقتی عقل به جای خود درست کار نکند، به ذهن وارد می‌شود. در واقع شعر، یک استعداد طبیعی و جذبه الهی است که در همه وجود ندارد تا مانند عقل به درستی قابل ارزیابی باشد و به تعبیر دکارت، مانند عقل نیست که بیش از هر چیز بین اشخاص، به صورت مساوی تقسیم شده است! همچنین افلاطون معتقد بود که از شعر، معانی مختلفی برداشت می‌شود که دیگران بسیار متفاوت و بهتر از خودِ شاعر، آن معانی را می‌فهمند! «شاعر با کلمه‌ها و جمله‌ها، نقشی از ظواهر فن‌ها و هنرها می‌سازد، بی آنکه خود، آن هنرها را بشناسد و آنچه به وجود می‌آورد، شبی بیش نیست. کسانی هم که شعر او را می‌خوانند با می‌شنوند، از روی کلمه‌ها و جمله‌ها داوری می‌کنند» (افلاطون، ۱۳۶۷، ب، ص ۵۱۱).

## نیچه و هایدگر

اندیشه و ادبیات نیچه، عجیب است. برخی او را متفکر و برخی نیز فیلسوف می‌دانند. او خود را «پتک» و گاه «دینامیت» می‌داند که برای تخریب کلی اخلاق و رسوم جاری آمده است و سعی دارد با ابرانسان خویش، طرح تازه‌ای بریزد. او در کتاب «چنین گفت زرتشت» از شاعران به بدی یاد می‌کند و می‌گوید: «بیزارم از شاعران؛ چه کهنه و چه نو... اندیشه شان نه چندان که باید به ژرفا فررفته است، از این رو احساسشان در ژرفنا غوطه زده است» (نیچه، ۱۳۹۷، ص ۱۴۳). در نقطه‌ی مقابل، مارتین هایدگر است که از شعر به عنوان اصیل‌ترین شکل زبان یاد می‌کند. به نظر او، انعکاس حقیقت در زبان، از طریق شعر است. با این وصف، او شعر و شاعران را بخش مهمی از انتقال مفاهیم می‌داند.



## تحلیل نهایی مسأله

در فقه، از حکم دادگاه به عنوان عمل حقوقی یاد می‌دانند که باید به صورت الزام آور، انشاء و نوشته شود مانند «حکمت بکذا»، «قضیت» یا «الزمت» یا «أدفع الیه مال» و به باور برخی، اگر به این صورت نوشته شود که «ثبت عندی» یا «ثبت حَقِّک» و... در این صورت، حکم محسوب نخواهد شد (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۳۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۱۵). در مقابل، صاحب جواهر در نظری قابل توجه می‌گوید: «هیچ دلیلی بر لزوم الفاظ خاص نداریم و هر آنچه معنای حکم را داشته باشد، کافی است... در واقع، معیار در این زمینه، آن است که عرفاً و لغتاً دلالت بر حکم داشته باشد» (صاحب جواهر، جلد ۴۰، بی تا، ص ۱۰۱). باید دانست که موجه بودن رأی از اوصاف مهم آن در دادرسی‌های متمدن است. این رویکرد، از جمله بر اساس اهمیت «فرایند» بر «نتیجه» است که مورد توجه جامعه شناسان نیز قرار دارد. برای مثال بر اساس اندیشه‌های گئورگ (جورج) زیمل،<sup>۴</sup> جامعه‌شناس آلمانی، می‌توان دو پرسش را مطرح کرد:

آیا دادرسی و رأی حاصل از آن، باید نتیجه محور باشد یا فرایند محور؟  
 آیا رعایت اصول دادرسی و تحقق یک دادرسی موجه و مدلل، اولی است یا همین که دادرسی با واقع منطبق، هر چند خالی از فرایند صحیح یا دارای عملکرد ناقص باشد، کافی است؟

زیمل به نظریه کانت و نوکانتی‌ها در مورد طبیعت و شناخت آن معتقد است. «از نظر کانت، بشر هرگز نمی‌تواند به شناخت حقیقت درونی امور نائل آید، بلکه صرفاً قادر است به شناختی دست یابد که مقوله‌های خاص و بنیادین یا همان «داده‌ها»، آن را تعدیل کرده‌اند» (دیلینی، ۱۳۹۷، ص ۱۷۳). زیمل با نگرش نسبی گرایانه، بین «شکل» و «محتوا» تمایز می‌گذارد. از نظر او جامعه، بافتی متشکل از کنش‌های متقابل است و با شناخت شبکه گسترده‌ای از این کنش‌ها، می‌توان به شناخت جامعه پی برد و در این راه باید از استدلال‌های جزمی که مانع از دست یابی به حقیقت می‌شود، دست شست! او با



طراحی جامعه‌شناسی صوری، درصدد بود که انواع مختلف اتفاقات و داده‌های پیرامون را به جای بررسی جداگانه، در قالب «صورت‌های» منظم درآورد. «محتوا» شامل انگیزه‌ها، منافع و مقاصد هستند که افراد در ارتباط و کنش با دیگران، از آنها بهره‌مند می‌شوند. صورت‌ها، اما به معنای بازتاب الگوها و روال‌های عادی رفتارند که افراد در خلال کنش‌های متقابل اجتماعی خود، انتخاب می‌کنند و برای رسیدن به مقاصد خود و عینیت بخشیدن به علایق و منافع‌شان، طراحی و انتخاب می‌کنند. صورت‌ها، وجود عینی ندارند بلکه روش‌هایی به منظور سامان‌دهی بهتر برای بهره‌مندی از امکانات محدود محسوب می‌شوند؛ همان‌ها که دیگر جامعه‌شناسان به جای این عبارت (صورت)، از عناوینی مانند «ساختار»، «نقش» یا «منزلت» استفاده کرده‌اند.

وقتی دادرسی و صدور رأی را با این تحلیل تطبیق دهیم، به نظر می‌رسد که فرایند و عملکرد یا صورت دادرسی، مورد توجه جامعه‌شناس قرار می‌گیرد و همو، به حقوق دان توصیه می‌کند که فرایند و صورت دعوا را مقدم بر محتوا و مقاصد طرفین بدارد یا ارزشی هم سنگ محتوا به آن بدهد. بدین سان همیشه باید بهترین صورت و فرایند را ترسیم کرد. موجه بودن در این نگرش، از ابتدا تا انتهای اقدامات دادگاه را دربرمی‌گیرد و از جمله، رأی باید به گونه‌ای قانع‌کننده، دلنشین، با صلابت و همراه با رویکرد شهودگرایی، صادر شود تا طرفین دعوا از آنچه در ذهن قاضی است، به خوبی آگاه شوند.

هگل به لزوم آگاهی از فرایندها و استدلال‌های قضایی تأکید دارد، زیرا آن را برای «اجرای علنی عدالت» لازم می‌دانست. از نظر او هرچند هر دعوا، ویژه‌ی طرفین است ولی محتوای کلی آن، متعلق به همگان است. در واقع، قضات تا جایی که برای رأی مشورت می‌کنند، بیان دیدگاه‌های ویژه آنهاست ولی تبدیل آن به یک رأی و شناسایی آن توسط جامعه، امری دیگر و متعلق به همگان است (هگل، ۱۳۹۸، ص ۲۷۱). به عبارت دیگر، هگل دعاوی فردی و موردی را تنها متعلق به افراد نمی‌داند، بلکه جامعه بطور کلی نیز در این میان اهمیت دارد. لذا باید طوری اقدام کرد که منتهی به عدالت نوعی شود. علنی بودن فرایند دادرسی در دادگاه‌ها و مفهوم «موجه بودن» که در دادرسی نیز از اصول مهم است، با این ایده، عیان تر می‌شود زیرا تنها نباید به اجرای یک حق در یک رابطه ویژه امید داشت، بلکه فرایندها باید بطور کلی، موجه باشند و با معیارهای عینی، سنجیده شوند.

دیدیم که مارتین هایدگر نیز هرچه را که به انتقال مفاهیم و زبان کمک کند-از





جمله بر شعر-تأکید می‌کند. بدین سان، می‌توان دریافت که استفاده از شعر و متون مشابه (نظم یا نثر)، نه تنها ممنوع نیست که پسندیده و گاه بایسته خواهد بود. در این میان، باید اشعاری را برگزید که به جای سبک‌های مجازی و غیرحقیقی، از واقعیت‌ها سخن بگویند، که مولوی و سعدی از آن موارد است. در عین حال، تناسب شعر با مفاد رأی و اکتفا به رعایت کمینه‌ی آن، مورد تأکید است زیرا رأی در درجه‌ی نخست، بیان یک دعوا و متن رسمی است و نباید آن را با متن ادبی قیاس کرد و استفاده از شعر را به سمت افراط کشاند. از نظر عرفی و فهم مطلب نیز همانطور که کنایه، گاه از صراحت شدیدتر است، استفاده از ابیات مناسب در انتقال عدالت و انصافی که در ذهن دادرس است، کمک بیشتری می‌کند.

### فهرست منابع

- افلاطون، ۱۳۶۷ (الف)، رساله فایدون، ترجمه محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، انتشارات شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، تهران.
- افلاطون، ۱۳۶۷ (ب)، جمهور، ترجمه محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، انتشارات شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، تهران.
- دیلینی، تیم، ۱۳۹۷، نظریه‌های کلاسیک جامعه‌شناسی، ترجمه صدیقی، بهرنگ؛ طلوعی، وحید، نشر نی، چاپ دهم، تهران.
- عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ.ق، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱۳، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، قم.
- علامه حلی، ۱۴۱۳ هـ.ق، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم.
- کوفمان والتر، ۱۳۹۸، کشف ذهن، جلد یک، ترجمه فریدالدین رادمهر و ابوتراب سهراب، نشر چشمه، چاپ ششم، تهران.
- نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۴۰، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.
- نیچه، فریدریش، ۱۳۹۹، چنین گفت زرتشت، ترجمه داریوش آشوری، نشر آکه، چاپ اول، تهران.
- هگل، گئورگ ویلهلم هگل، ۱۳۹۸، عناصر فلسفه حق، ترجمه مهبد ایرانی طلب، نشر قطره، چاپ ششم، تهران.
- هیوم، دیوید، ۱۳۹۷، کاوشی در خصوص فهم بشری، ترجمه کاوه لاجوردی، نشر مرکز، چاپ چهارم، تهران.
- ملکیان، مصطفی، ۱۳۷۷، تاریخ فلسفه غرب، جلد اول، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۷، چاپ نخست، تهران.



# اعتراض ثالث به تصمیم مرجع قضایی

## در امور حسبی

حسن وثیق زاده انصاری<sup>۱</sup>

### طرح مساله

اگر اموال شخصی در صورتمجلس (حکم) تقسیم ماترک یا در صورتمجلس (گواهی) مهر و موم متوفایی قید شده باشد، یا نام او در گواهی انحصار وراثت قید نگردیده باشد، یا با محجوری در تاریخ اعلام شده در حکم حجر (قبل از آنکه حکم حجر او صادر شده باشد) معامله‌ای کرده و امثال اینگونه موارد که شخص (ثالث) از تصمیم مرجع قضایی در امور حسبی متضرر شده باشد، چگونه و با استناد به چه موادی می‌تواند در صدد احقاق حق خود برآید؟

### مواد قانونی مرتبط

مواد ۴۱۸ و ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی (اعتراض شخص ثالث) و مواد ۴۴ و ۴۰ و ۳۸ قانون امور حسبی به صور مختلف (در پاسخ به این سوالات) قابل استناد و ارزیابی می‌باشند. با توجه به اینکه اعتراض شخص ثالث در آیین دادرسی مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد، در این مقاله به تحقیق سه ماده مذکور (در امور حسبی) با محوریت تحلیل ماده ۴۴ و مقایسه آن با اعتراض شخص ثالث در آیین دادرسی مدنی و نهایتاً نتیجه‌گیری در مورد کارایی و کاربرد خاص هر کدام از مواد مذکور خواهیم پرداخت.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس دانشگاه



## تحلیل ماده ۴۴ قانون امور حسبی

ماده فوق-که عنوان مقاله از آن گرفته شده- دارای عبارات و اصطلاحات ویژه و مبهمی است که لازم است مختصری در مورد آنها صحبت شود:

**(الف)** تصمیم امور حسبی: ماده ۱ قانون مذکور ضمن تعریف امور حسبی، خروجی دادگاه‌ها در رسیدگی به این امور را تصمیم امور حسبی نامیده است. با استقصا در مواد قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ و سایر قوانین و مقررات مرتبط، انواع تصمیمات امور حسبی و مراجع صالح ذاتی رسیدگی به آنها را می‌توان در سه دسته جای داد:

۱. آراء مربوط به تقسیم ترکه و وصیت که با توجه به مواد ۳۲۴ و ۳۷۵ امور حسبی و مواد دیگر و سایر مقررات توسط دادگاه‌های حقوقی صادر می‌شوند.

۲. آراء مربوط به موضوعات رشد، حجر و رفع آن، ولایت، قیمومت، امور مربوط به ناظر، امین، وصایت در امور محجوران و امور راجع به غایب مفقودالثر، که با توجه به ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ توسط دادگاه‌های خانواده صادر می‌شوند.

۳. گواهی‌های حصر وراثت، تحریرترکه، مهر و موم ترکه و رفع آن، که با توجه به ماده ۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ توسط شوراها صادر می‌شوند.

لذا در مقایسه‌ی مواد مورد بحث و توجهها به ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی-که ناظر به آراء صادره از دادگاه‌ها می‌باشد- و مواد ۱ و ۵۲۹ قانون مذکور، می‌توان نتیجه گرفت که اعتراض (شخص ثالث) به آراء حسبی صادره از محاکم از طریق مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی (در فصل اعتراض شخص ثالث) صورت می‌گیرد، حال آنکه اعتراض به گواهی‌های امور حسبی (صادر و قطعیت یافته در شوراها) از طریق مواد مذکور ممکن نبوده و باید از طریق قانون امور حسبی، به ویژه ماده ۴۴ صورت گیرد. البته اگر همان گواهی‌ها نیز مطابق ماده ۲۷ قانون شوراها مورد رسیدگی تجدید نظر در دادگاه‌های حقوقی قرار گیرند و پس از صدور رای قطعی از مرجع مذکور، مورد اعتراض (ثالث) واقع شوند، مشمول مقررات اعتراض شخص ثالث قانون آیین دادرسی مدنی خواهند بود. بدین ترتیب با توجه به مقررات فعلی، باید بجای واژه «دادگاه» مذکور در ماده ۴۴ از «مرجع صالح قضایی» (که با توجه به موارد مذکور، فقط شورای حل اختلاف است) استفاده شود.



امور حسبی، اولاً و بالذات، ماهیت ترافعی و تنازعی ندارند ولی ثانیاً و بالعرض، ممکن است جنبه‌ی ترافعی پیدا کنند. به همین جهت گفته شده است در قانون حسبی، مواردی که موضوع رسیدگی، آمیخته با دعوی نیست از واژه «تصمیم» استفاده و مواردی که توأم با دعوی است لفظ «حکم» استعمال شده است (پاورقی شماره ۱). ضمناً مواردی مانند «دعاوی بر میت» یا «ورثه»، هر چند در قانون امور حسبی مطرح شده اند، اما چون اساساً از امور حسبی محسوب نمی‌شوند، لذا اعتراض به این گونه آرا (از قبیل آنچه در ماده ۲۳۳ آمده است) با استناد به مقررات خاص خود و آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد.

**ب)** کلمه «کسانی که» مذکور در ماده ۴۴ ممکن است این توهم را در ذهن ایجاد کند که اعتراض موضوع این ماده برای همه‌ی اشخاص حتی طرفین دعوی نیز ممکن است. زیرا اگر اختصاص به ثالث داشت (همچنانکه در قانون آیین دادرسی مدنی در فصل اعتراض شخص ثالث، به عبارت شخص ثالث، تصریح شده است) اینجا نیز تصریح می‌شد. جملات بعدی ماده نیز ممکن است این برداشت ابتدایی را در ذهن تقویت کند، ولی این برداشت با توجه به اینکه در مواد ۲۷ تا ۳۷ حسبی از امکان پژوهش نسبت به آرای بدوی صحبت شده است و نیز در جمله پایانی ماده، امکان پژوهش و فرجام برای حکم صادره ناشی از اعتراض، پیش بینی شده است می‌توان با جرات، کلمه «کسانی که» را منحصر به اشخاص ثالث دانست و منظور از ثالث نیز، با توجه به صراحت ماده ۴۱۷، شخص یا اشخاصی اند که خود یا نماینده‌ی قانونی شان در دادرسی منتهی به رای معترض عنه، به عنوان اصحاب دعوی دخالت نداشته اند. بنابراین اگر در رسیدگی به حجر، همسر و فرزندان محجور به عنوان معرفی کننده‌ی وی به اداره سرپرستی دخالت داشته یا در مسیر تحقیق دادستانی و دادگاه مورد تحقیق قرار گرفته باشند (چون آنان به عنوان اصحاب دعوی محسوب نمی‌شوند)، حق اعتراض به رای قطعی مذکور در راستای اعمال ماده ۴۴ را دارند. خصوصاً آنکه ماده ۶۶ امور حسبی، حق تجدیدنظرخواهی از آرای مرتبط با حجر را منحصرآ برای دادستان، محجور و قیم داده است. یعنی سایرین اعم از همسر، فرزندان، اقوام محجور و نیز طرف‌های معامله با محجور، حق تجدیدنظر ندارند (زیرا آنها اصحاب اصلی پرونده محسوب نمی‌شوند) بنابراین باید به عنوان ثالث در راستای ماده ۴۴ حق اعتراض به رای قطعی یافته را داشته باشند تا حقی از آنها ضایع نشود.

لازم به توضیح است با توجه به رای وحدت رویه شماره ۷۲ مورخ ۴ آذر ۱۳۵۳ هیات



عمومی دیوانعالی کشور، اگر نامبرندگان (اعم از همسر، فرزندان و...) مستقیماً به دادگاه مراجعه و درخواست حجر شخص را بنمایند، چون در این وضعیت به عنوان اصحاب دعوی محسوب می‌گردند، از حق تجدیدنظر برخوردار شده ولی دیگر امکان اعمال ماده ۴۴ که ویژه‌ی ثالث هست برای آنها وجود نخواهد داشت. بدین لحاظ انحصار اشخاص مذکور در ماده ۶۶ فقط شامل مواردی است که دادستان از دادگاه درخواست حجر نماید. (پاورقی شماره ۲)

**ج** عبارت «مضربودن» تصمیم دادگاه برای ثالث، در ماده ۴۴ مشابه عبارت «ورود خلل» به حقوق شخص ثالث در ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان رکن اصلی اعتراض شناخته می‌شود، اما تشخیص ضرر با مرجع قضایی است. چنانچه مثلاً اگر دادگاه، کسی را به عنوان امین غایب مفقودالاثری معین کرد، برادر شخص غایب می‌تواند به استناد ناصالح دانستن امین و صالح دانستن خود، به حکم مذکور اعتراض نماید (پاورقی شماره ۳) و نیز در دادگاه بدوی، استدلال فرزندان محجور در تبیین ذی ضرر بودن به منظور اعتراض به حکم حجر پدرشان را مبنی بر اینکه «حکم حجر، ایجاد محدودیت در روابط فیما بین می‌کند» قابل قبول ندانسته، ولی دادگاه تجدیدنظر همان تبیین را به این دلیل که فرزندان محجور با وی علقه مالی و معنوی دارند قابل قبول دانسته است. (پاورقی شماره ۴)

آنچه لازم است آنکه وجود ضرر، باید حتمی باشد و نه ظنی و احتمالی؛ چنانچه اگر فرزندان محجور به حکم حجر پدرشان به این دلیل اعتراض کنند که در آینده، وارث او خواهند بود و از حکم حجر متضرر خواهند شد، این استدلال پذیرفته نمی‌شود چرا که وارث بودن آنها احتمالی بوده و حتمی نیست. اما شخصی که سابق بر تاریخ صدور حکم حجر با محجور معامله کرده می‌تواند به حکم حجر به دلیل ضرری که ثبوتاً و قطعاً به وی وارد شده اعتراض کند.

لازم به توضیح است ماده ۷۲ حسیبی راه کار دیگری افزون بر ماده ۴۴ پیش روی متضرر از حکم حجر یا رفع حجر گذاشته است که چون عنوان اعتراض بر آن صدق نمی‌کند از محل بحث خارج است.



در مقایسه ماده ۴۴ مذکور با ماده ۴۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی لازم به توضیح است که مقصود از جمله‌ی «خواه تصمیم از دادگاه نخست صادر شده و یا از دادگاه پژوهشی باشد»، "تصمیم قطعی" است که ممکن است از دادگاه نخستین صادر شده باشد یا از دادگاه تجدید نظر. لذا اگر اعتراض به تصمیم قطعی دادگاه نخستین باشد، حکمی که در نتیجه اعتراض صادر می‌شود قابل پژوهش (تجدیدنظر) است (البته به شرط اینکه خود حکم معترض عنه نیز ذاتاً قابلیت پژوهش را داشته باشد) و اگر اعتراض به حکم قطعی دادگاه تجدید نظر باشد، حکم صادره ممکن است قابلیت فرجام خواهی داشته باشد، چنانچه در تصمیمات حسبی فقط احکام حجر چنین قابلیت را دارند (۳۶۷ و ۳۶۸ ق.آ.د.م). سایر موارد مذکور (در فصل اعتراض شخص ثالث ق.آ.د.م) در مورد سایر تصمیمات حسبی نیز ساری و جاری است.

## ماده ۳۸ حسبی و رویه اصلاح گواهی انحصار وراثت و اعتراض به آن (ماده ۳۶۹ حسبی)

به نظر می‌رسد ماده ۳۸ قانون امور حسبیکه از امکان اصلاح و تصحیح تصمیم حسبی سخن می‌گوید- و شباهت نسبتاً کاملی با مواد ۳۰۹ و ۳۶۰ و ۴۰۳ ق.آ.د.م دارد- ویژه‌ی اشتباه مادی دادرسی است و نباید دستاویز رفع خطاهای حقوقی او شود پس نباید اجازه داد تصحیح حکم، به خبط و خطاهای قانونی و معنوی دادگاه سرایت کند (پاورقی شماره ۵). بنابراین ماده فوق و مواد مشابه، ناظر بر مواردی است که اشتباه در حدود شرایط آن ماده صورت گرفته باشد و نمی‌توان این مواد را، بهانه‌ای برای تغییر در اساس تصمیم حسبی- که ناشی از پشیمانی مرجع قضایی و یا ناشی از اعتراض اصحاب دعوی و اشخاص ثالث می‌باشد- قرار داد (پاورقی شماره ۶).

با این حال مشاهده می‌شود با توجه به توجه به تسامح در مقررات امور حسبی، در بعضی آرا و نظریات مشورتی، عملاً درخواست وارثی را که وراثت دیگر، نام وی را در تقاضای گواهی انحصار وراثت نیاورده‌اند و گواهی نیز بر همین منوال صادر شده، با استناد به این ماده مورد ترتیب اثر قرار داده و گواهی سابق اصلاح و تصحیح گردیده است (پاورقی شماره ۷). شاید علت این رویکرد قضایی، خلا قانونی در ارتباط با اعتراض به گواهی انحصار وراثت مازاد بر مبلغ یک میلیون تومان (اخیراً ۵۰ میلیون تومان) (پاورقی



شماره ۸) مذکور در مواد ۳۶۱ و ۳۶۲ حسبی در مقایسه با مبلغ مادون آن مذکور در مواد ۳۶۴ و ۳۶۹ امور حسبی است، که عملاً گواهی انحصار وراثت صادره را مبتنی بر نشر آگهی عمومی تقاضای تصدیق انحصار وراثت در روزنامه کثیرالانتشار و انقضای مهلت قانونی یک ماهه اعتراض به تقاضا و طی شدن مراحل قانونی ماده ۳۶۲ غیر قابل اعتراض دانسته است. (تخصیص حکم مذکور در ماده ۳۶۹ به موضوع ماده ۳۶۴ موید این دیدگاه است)، لذا راهکاری برای تغییر مندرجات گواهی مذکور (اعم از اضافه و کم کردن اسامی وراثت) بجز تمسک به ماده ۳۸ حسبی بنظر نمی‌رسد.

رای وحدت رویه اخیر هیات عمومی دیوانعالی کشور (شماره ۷۸۹ مورخ ۳ تیر ۹۹) در ارتباط با عدم امکان اعتراض شخص ثالث به حکم اعلان توقف و ورشکستگی مازاد بر اعتراض مذکور در ماده ۵۳۷ قانون تجارت، دیدگاه فوق در مورد عدم امکان اعتراض ثالث به گواهی انحصار وراثت (مازاد بر ۵۰ میلیون تومان) را تقویت می‌کند.

ماده ۴۰ حسبی: هرچند این ماده بعنوان یکی از امتیازات و ویژگیهای قانون امور حسبی شناخته شده (زیرا مخالف قاعده فراغ دادرس در مقررات دادرسی می‌باشد) و به موجب این ماده، مرجع رسیدگی حسبی در صورت وجود شرایط مذکور، حق تغییر تصمیم خود را دارد. ولی به نظر اینجانب، این ماده را باید بطور کل منسوخ و متروک دانست زیرا با توجه به مقررات فعلی، شرط غیرقابل پژوهش بودن مذکور در ماده، غیرقابل تحقق است چرا که اولاً بموجب مواد ۱ و ۵۲۹ ق.آ.د.م، آرای حسبی صادره از دادگاهها مشمول آیین دادرسی است و چون امور حسبی از سنخ دعاوی غیرمالی هستند، لذا مشمول بند ب ماده ۳۳۱ ق.آ.د.م و قابل تجدیدنظر می‌باشند و ثانیاً آرای حسبی صادره از شوراهای حل اختلاف به موجب ماده ۲۷ قانون شوراها، قابل تجدیدنظر هستند بنابراین اساساً تصمیم حسبی غیرقابل پژوهش وجود ندارد که مشمول ماده ۴۰ گردد. این توجیه هم که منظور از «غیر قابل پژوهش» در این ماده، عدم پژوهش باشد بر خلاف ظهور عبارت قانونی مذکور و غیر موجه است.

### نتیجه گیری نهایی

۲۳

اعتراض متضرر به آرای حسبی صادره از دادگاهها بر اساس مقررات اعتراض شخص ثالث قانون آیین دادرسی مدنی ممکن است ولی اعتراض نسبت به آرای بدوی (قطعی)



شده) شوراها فقط به موجب مواد ۴۴ و ۳۶۹ قانون امور حسبی امکان پذیر است. هرچند اعمال ماده ۳۸ حسبی از سوی مرجع قضایی با تذکر ذینفع اجازه داده شده است، اما نباید محدوده‌ی آن ماده را فراتر از شرایطش تفسیر نمود، مگر در موارد اندکی که اعتراض متضرر با عدم امکان قانونی استفاده از ماده ۴۴ مواجه باشد. در مورد ماده ۴۰ حسبی نیز با توجه به مقررات فعلی، باید قائل به نسخ این ماده بود.

## پاورقی‌ها

- دکتر عبدالحسین علی آبادی، موازین قضایی هیات عمومی دیوانعالی کشور، جلد اول، بخش آرائی کیفری ص ۱۷۹
- نقد و بررسی چند نمونه آرائی متفاوت و متعارض در این خصوص در کتاب تحلیل فقهی، حقوقی قانون امور حسبی و تاثیر آن در رویه قضایی، دکتر عبدالله خدابخشی، ص ۱۲۴ تا ۱۳۴
- احمدمتین مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ص ۷۸
- دادنامه‌های صادره از دادگاه حقوقی و تجدید نظر مشهد و استان خراسان، دکتر خدابخشی، همان، ص ۱۲۲
- دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، بند ۳۶ - دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، بند ۴۳۲
- نگارنده، مقاله "تغییر نظر به بهانه تصحیح رای": ماهنامه مدرسه حقوق، شماره ۹۴ (شهریور ۹۴)
- نظر کمیسیون حقوقی معاونت آموزش قوه قضاییه در مجموعه نشست‌های قضایی، جلد اول، مسائل مدنی، ص ۷۷۰ و ۷۷۱
- نامه شماره ۳۸۳۸۴ مورخ ۷ مهر ۹۹ وزیر محترم دادگستری به معاونت محترم قوه قضاییه و رییس مرکز توسعه شوراها با توجه به اختیار قانونی ذیل ماده ۳۶۴ اصلاحی قانون امور حسبی.



# نحوه اجرای آرای خارجی در ایران

محمدتقی خداپرست<sup>۱</sup>

## چکیده

هرچند از دیرباز دولت‌ها در قلمروهای حاکمیتی، به جهت اقتدار و استقلال خود، فقط قانون کیفری خویش را به رسمیت شناخته و اعتبار چندانی برای قوانین دیگر کشورها قائل نبودند، اما امروزه با پدیده جهانی شدن و تأثیر آن بر حقوق کیفری-که نمونه بارز آن جهانی شدن جرم است-همچنین برخی ملاحظات حقوقی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی دیگر، دولت‌ها ناگزیر شده‌اند در برخی موارد با به رسمیت شناختن قوانین و احکام قضایی خارجی، اعتبار حقوقی برای آنها قائل شوند. اگر یکی از دادگاه‌های داخل کشور در خصوص موضوعی، حکمی صادر کند، واحد اجرای احکام-که در معیت دادگاه حقوقی محل فعالیت می‌کند-حکم صادره را به موقع اجرا می‌گذارد. اما اگر دادگاه یک کشور خارجی، در خصوص موضوعی یا مالی یا قراردادی، رای یا حکمی صادر کند که اجرای این حکم، باید در داخل مرزهای ایران انجام شود، تکلیف چیست؟ اینکه هیچ کشوری اجازه‌ی اجرای بی قید و شرط احکام خارجی را در کشور خود نمی‌دهد و آنرا مشروط به احراز شرایطی می‌کند، یک اصل عام و کلی در مبانی حقوق بین الملل است. در ایران برای اجرای احکام خارجی مجموعی از شرایط وجود دارد که در صورت موجود بودن یا مفقود بودن یکی از آن شرایط، ممکن است اجرای حکم دچار مانع دائمی یا موقتی گردد، هر چند ممکن است اصل حکم شناسایی شود. اما برای تحلیل هر کدام از این موانع، باید ابتدا حکم صادره شناسایی شود و برای شناسایی این حکم، نیازمند این هستیم که بدانیم ایران بر طبق کدام روش شناسایی حکم، حکم خارجی را شناسایی می‌کند.

## کلید واژه‌ها

شناسایی احکام، موانع اجرا، شرایط اجرای احکام، قانون اجرای احکام مدنی



## مقدمه

یکی از مسائل حقوق بین الملل خصوصی-که در مبحث تعارض قوانین مطرح می‌شود-مسئله اجرای قانون خارجی در دادگاه‌های ایران است (الماسی، ۱۳۷۸). در دعاوی خصوصی بین الملل، قاضی باید با استفاده از مقررات صلاحیت داخلی موجود، برای احراز صلاحیت بین المللی اقدام کند. آن چه در تعیین صلاحیت قضایی، مورد توجه دادگاه قرار می‌گیرد وجود عوامل ارتباط میان دعوا با نظام قضایی ایران است. برای اعمال صلاحیت، باید ارتباط بین موضوع دعوا و دادگاه ایران وجود داشته باشد (مافی، ۱۳۹۳). در این زمینه قضای داخلی، با یک سلسله مسائل نظری و عملی مواجه است که بی تردید برای حل هر کدام از آن‌ها باید مبانی نظری را مورد توجه قرار داد (الماسی، ۱۳۷۸). وقتی که به موجب قواعد حل تعارض یک کشور، اعمال قانون کشور دیگر (خارجی) مجاز یا الزامی می‌گردد، قواعد قانون خارجی ممکن است به دلایل متعدد در دادگاه‌های آن کشور پذیرفته نشوند، مثلاً ممکن است آنها خلاف اصول اخلاقی یا فرهنگی-اجتماعی یا کلا مغایر اصول بشری مقرر دادگاه باشند، مانند قوانینی که برای نژاد یا گروه خاصی از افراد جامعه تبعیض ناروا قائل هستند، از بعضی حقوق و مزایای قانونی نظیر بعضی از عقود و قراردادهای منع نماید، یا استفاده‌های غیراخلاقی و غیربشری از انسان را مجاز شمارد، یا ممکن است قانون خارجی مغایر منافع ملی یا منافع دولت مقرر دادگاه باشد مانند قوانینی که تحریم صادرات یا واردات را برای کشور مقرر دادگاه برقرار می‌کند، یا قوانینی که نظم و کنترل اقتصاد ملی را برهم می‌زند یا به میراث ملی خلل وارد می‌آورند، یا قانون خارجی ممکن است ناقض حاکمیت مقرر دادگاه محسوب شود، مانند قوانینی که حقوق را در اموال غیرمعمول یا املاک یا منافع و ذخایر طبیعی در مقرر دادگاه ایجاد می‌کند، یا اینکه قانون خارجی ممکن است با منافع قشر خاصی از جامعه مانند کارگران یا مصرف کنندگان، که در مقرر دادگاه برای آن‌ها قوانینی حمایتی وجود دارد، مغایرت داشته باشد (نیکبخت، ۱۳۸۵). بنابراین ضرورت دارد در سیستم‌های تعارض قوانین مختلف، گرچه اعمال قانون خارجی را به طور مستقیم (مانند ماده ۶ قانون مدنی ایران) یا غیرمستقیم با به رسمیت شناختن آزادی یا حاکمیت اراده‌ی طرفین دعاوی (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ ق.م.ا) می‌پذیرند (نیکبخت، ۱۳۷۹)، اما در عین حال برای زمانی که اعمال قانون خارجی در مواردی مثل موارد فوق با قواعد و اصول گذشت ناپذیر مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، تمهیداتی بیندیشند. از این رو مشاهده می‌گردد که در سیستم‌های حقوقی کشورهای



مختلف قواعدی پیش بینی شده است که به موجب آن‌ها چنانچه قانون خارجی اساساً با قواعد آمره و یا نظم عمومی کشور مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، آن قانون که اصولاً باید اعمال می‌شد، اعمال نخواهد شد.

در واقع اعمال قانون خارجی در انواع و اشکال مختلف ظاهر می‌شوند؛ بعضی به صورت قانون و مدون هستند و بعضی به طور قضایی اعمال می‌شوند و ریشه در عرف و رسوم و نظم و اخلاق جامعه دارند، مثلاً در قانون مدنی ایران از یک طرف مقرر گردیده است که قانون خارجی در صورتی که مخالف با قوانین مخصوصه نباشد به اجرا گذاشته خواهد شد (ماده ۹۷۴ قانون مدنی ایران) و از طرف دیگر نیز مقرر گردیده است که چنانچه قانون خارجی برخلاف اخلاق حسنه و یا مخالف با نظم عمومی باشد به موقع اجرا گذاشته نخواهد شد (ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران).

هنگامی که موضوع مورد اختلاف طرفین با چند کشور مرتبط باشد، صلاحیت قضایی دادگاه‌های متعدد مطرح می‌گردد. اما این تنها یک طرف قضیه است، زیرا امکان دارد پس از صدور و انشای رأی از سوی یک دادگاه صالح، مشکل دیگری آغاز گردد و آن زمانی است که رأی صادر شده از سوی محکمه یک کشور باید در کشور دیگری به اجرا درآید. بخشی از حاکمیت هر کشور در قوه قضاییه آن کشور تبلور می‌یابد و بدین لحاظ است که حاکمیت یک کشور مانع حضور محکمه کشوری دیگر در سرزمین خود می‌گردد؛ زیرا رأی صادر شده از سوی محکمه یک کشور بیگانه، قصد اعمال قدرت تبیین شده از سوی قاضی صادرکننده رأی را در کشور محل اجرا دارد که این امر با حاکمیت محل اجرا در تناقض است. از این‌روست که برای اجرای رأی صادر شده از یک کشور در دیگر کشورها مقدمات و شرایطی لازم است.

بحث اجرای احکام خارجی در یک کشور، اصولاً همراه با شناسایی آرا و احکام مطرح می‌گردد. هدف این نوشتار شناسایی احکام خارجی نبوده و صرفاً نحوه اجرای احکام خارجی در یک کشور موضوع بحث است. در این راستا به بررسی شرایط اجرای احکام خارجی در ایران پرداخته می‌شود. اما با توجه به این که کشورهای جهان در مقابل آرای خارجی دو دیدگاه مختلف دارند، به لحاظ شناسایی نحوه برخورد کشورمان و سیستم انتخاب شده در اجرای احکام خارجی، نگاهی به این سیستم بی‌تأثیر نیست. بنابراین در این بخش به طرز تلقی و نگاه کشورهای جهان به نحوه اجرای احکام پرداخته می‌شود.



## اصل عدم قابلیت اجرای احکام خارجی

کشورهایی مانند فرانسه، اجرای احکام خارجی را در ابتدا به آسانی نمی‌پذیرفتند و حتی برای اجرای حکم یک ایالت دیگر، صدور مجوز توسط دادگاه ایالت محل اجرا را ضروری می‌دانستند. به تدریج رویه قضایی این کشور ضمن توجه به حاکمیت قضایی تغییر کرد و زمینه اجرای احکام خارجی را -البته با حق رسیدگی ماهوی در آرا- فراهم نمود. علت پیش‌بینی اختیار رسیدگی ماهوی به آرای صادر شده از محاکم خارجی در فرانسه ماده ۲۱۲۳ قانون مدنی این کشور است تا این آرا از سوی یک دادگاه فرانسوی قابل اجرا گردند. اگرچه رویه رسیدگی ماهوی به آرای خارجی در فرانسه اکنون وجود ندارد، اما امکان اجرای این آرا در فرانسه با محدودیت مواجه است.

## اصل قابلیت اجرای احکام خارجی

نظام‌های تابع سیستم حقوقی کامن‌لا از جمله آمریکا و انگلیس، اصل را بر اجرای حکم خارجی می‌دانند. این سیستم معتقد است که با صدور رأی در یک کشور، محاکم دیگر کشورها صلاحیت ورود مجدد به آن را ندارند. به عبارت دیگر، موضوع رسیدگی شده در یک کشور خارجی برای دیگر کشورها از اعتبار امر مختومه برخوردار است. از این رو با صدور رأی از محاکم یک کشور، این رأی در کشورهای دیگر همانند کشور صادرکننده آن قابلیت اجرا دارد. به این ترتیب، اجرای آرای صادر شده از سوی محاکم خارجی نباید در این کشورها با مانعی مواجه باشد؛ اما همین کشورها برای اجرای آرا شرایطی را قائل هستند که تعداد این شرایط از شرایط مقرر شده توسط کشورهای گروه اول بیشتر می‌باشد و این امر با اصل پذیرفته شده توسط آنان مغایرت دارد.

برای اینکه به جایگاه اجرای احکام خارجی در ایران پی ببریم لازم است خلاصه‌ای از سیستم قضایی ایران بدانیم؛

نظام قضایی ایران براساس حقوق نوشته شده است. بر این مبنا بالاترین واحد قضایی، دیوان عالی کشور است که در راس دادگاه‌های حقوقی، کیفری و انقلاب و انتظامی و نظامی قرار گرفته است. دیوانعالی کشور دارای ۳۸ شعبه است که هر شعبه از دو قاضی معتبر تشکیل می‌گردد. دیوان کشور در عمل به شعبه‌های کیفری و حقوقی تقسیم گردیده و صلاحیت آن به طور مختصر در ذیل آمده است، اما چه دلیل یا توجیهی در توزیع صلاحیت میان حوزه‌های مختلف قضایی وجود دارد؟ هدف مقررات در بحث صلاحیت



باید نزدیک کردن هرچه بیشتر قاضی به قضاوت شونده از نظر محلی باشد. (شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی جلد اول میزان ۱۳۸۰، ص ۳۹۵). برای تعیین مصادیق و معیارهای جزئی این اصل کلی در کشورهای مختلف، از قاعده‌های متفاوتی استفاده می‌شود. اقامت اصحاب دعوا در قلمرو دادگاه، تابعیت اصحاب دعوا، انعقاد قرارداد یا اجرای قرارداد در قلمرو محل دادگاه از جمله قواعدی است که دادگاه‌های داخلی برای اعمال صلاحیت قضایی به کار می‌برند (مقصودی، ۱۳۹۴)

### ۱- مرجع رسیدگی پژوهشی

الف) آراء دادگاه کیفری استان در مورد جرایمی که مجازات آن‌ها قصاص عضو، قصاص نفس، اعدام، جرایم مطبوعاتی-سیاسی و حبس دایم می‌باشد.  
ب) آراء دادگاه‌های عمومی حقوقی در زمینه اصل نکاح و طلاق، نسب، وصیت، وقف، حجر و احکامی که خواسته آن بیش از بیست میلیون ریال باشد.  
ج) آراء دادگاه‌های انقلاب در مورد جرایم علیه امنیت، جاسوسی، قاچاق مواد مخدر، عملیات تروریستی و توهین به مقامات.

### ۲- رسیدگی فرجامی به آرای دادگاه‌ها

رسیدگی فرجامی به آراء دادگاه‌های عمومی حقوقی که از آن در شعبه تجدید نظر، نظر خواهی نشده است (آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹).  
در مرتبه دوم دادگاه تجدید نظر استان قرار گرفته است که در مرکز هر استان با دو قاضی تشکیل می‌شود و رای آن با امضای دو قاضی معتبر بوده است.  
صلاحیت دادگاه تجدید نظر استان به شرح زیر است:

الف) مرجع رسیدگی پژوهشی به آراء دادگاه‌های عمومی که در مورد دعاوی غیرمالی و دعاوی مالی که ارزش خواسته آن بیش از سه میلیون ریال باشد.  
ب) مرجع رسیدگی پژوهشی به آراء دادگاه‌های عمومی کیفری و انقلاب که در مورد جرایم ضبط اموال بیش از یک میلیون ریال، جرایمی که حداکثر مجازات قانونی آن بیش از سه ماه حبس یا شلاق یا جزای نقدی بیش از پانصد هزار ریال و انفصال از خدمت باشد (آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸).



### ۳- دادگاه‌های بدوی

در مرتبه سوم دادگاه‌های بدوی هستند که به تعداد کافی در بخشف شهرستان و مرکز استان مستقر بوده و به دو گروه تقسیم می‌شوند:

الف) دادگاه کیفری استان متشکل از پنج قاضی که رای آن‌ها با اکثریت قضاوت معتبر است و صلاحیت آن به شرح زیر است: رسیدگی بدوی به جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو، قصاص نفس، اعدام، رجم، حبس ابد و جرایم مطبوعاتی و سیاسی و رسیدگی به اتهامات وزرا، نمایندگان مجلس، سفراء، استانداران، فرمانداران، قضاوت و مدیران کل اطلاعات و شورای نگهبان و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام.

ب) دادگاه عمومی حقوقی با یک قاضی و صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوی حقوقی  
ج) دادگاه عمومی کیفری با یک قاضی و صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوی و شکایات کیفری

د) دادگاه انقلاب با یک قاضی و صلاحیت رسیدگی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی و توهین به مقامات عالی رتبه جمهوری اسلامی، اقدامات تروریستی، جاسوسی، قاچاق مواد مخدر و اصل ۴۹ قانون اساسی (پور نوری، ۱۳۸۲).

دادگاه کیفری استان و دادگاه عمومی پس از صدور کیفرخواست به جرایم رسیدگی می‌کنند. کشف جرم، تعقیب متهم و انجام تحقیقات مقدماتی و تشکیل پرونده و صدور کیفرخواست با دادرسی می‌باشد که در راس آن دادستان قرار گرفته و به تعداد کافی دادیار یا بازپرس دارد.

### سایر دادگاه‌ها

مانند دادگاه نظامی که به دادگاه نظامی یک و نظامی دو تقسیم می‌شود که به جرایم خاص نظامیان رسیدگی می‌کند و مرجع پژوهشی بعضی از آرای آنها، دیوانعالی کشور است و همچنین دیوان عدالت اداری با صلاحیت رسیدگی به شکایات اشخاص علیه دولت و شهرداری‌ها و کمیسیون‌های مالیاتی و ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و بعلاوه شورای حل اختلاف که به اختلافات حقوقی رسیدگی می‌کند.



## شرایط اجرای احکام خارجی در ایران

با جمع مواد ۹۷۲ و ۹۷۴ قانون مدنی و مواد ۱۶۹۱ به بعد قانون اجرای احکام مدنی می‌توان تحقق شرایط زیر را برای اجرای احکام خارجی در ایران ضروری دانست:

### ۱- حکم صادر شده از احکام مدنی باشد

به موجب ماده ۱۶۹۱ قانون مدنی، احکام مدنی صادر شده از دادگاه‌های خارجی در ایران قابل اجرا هستند. از این‌رو احکام جزایی با وجود دارا بودن شرایط ماده مذکور، به تصریح این ماده از آن خروج موضوعی دارند. اگرچه ماده ۹۷۲ کلمه احکام را به طور مطلق به کار برده است؛ اما با لحاظ مکان وضع آن (قانون مدنی) مقنن توجهی به احکام جزایی نداشته و با وجود این که مواد ۱ تا ۱۰ قانون مجازات اسلامی در خصوص نحوه مجازات، اجرا و استرداد مجرمان شرایطی را پیش‌بینی نموده، احکام جزایی صادر شده از خارج در ایران قابلیت اجرا ندارند. بنابراین در صورتی که حکمی از کشور خارجی دایر به مطالبه جزای نقدی صادر شود، این حکم در ایران قابلیت اجرا ندارد.

### ۲- معامله متقابل

دولت‌ها در برخورد با یکدیگر برای رفتار متقابل اهمیت بسیاری قائل هستند. بر این اساس، در صورتی که یک دولت در امری که مربوط به کشوری خاص باشد، رفتار ویژه‌ای نشان دهد، کشور مقابل نیز تلاش می‌نماید همان برخورد را داشته باشد. اهمیت رفتار متقابل تا آن اندازه است که به یکی از اصول حقوق بین‌الملل تبدیل شده و در بند ۲ قانون اجرای احکام مدنی مورد توجه مقنن ایران نیز قرار گرفته است. این ماده حکمی را در ایران قابل اجرا می‌داند که از سوی کشوری صادر شده باشد که به موجب قوانین خود یا عهد و یا قراردادهای، احکام صادر شده از دادگاه‌های ایران در آن کشور قابل اجرا باشد یا در مورد اجرای احکام، معامله متقابل نماید.

هیچ کشوری حاضر نیست احکام صادر شده از سوی دادگاه‌های کشوری دیگر را در سرزمین خود اجرا نماید، در حالی که احکام صادره از محاکم اشد در آن کشور به اجرا در نمی‌آیند. در خصوص امکان اجرای آرای محاکم فرانسه در ایران، از دایره مشورتی دادگستری پرسش شده که در پاسخ به آن آمده است: در خصوص اجرای رأی صادر شده از فرانسه، تاکنون در ایران قراردادی منعقد نشده است؛ اما به موجب قرارداد دریانوردی



بین ایران و فرانسه، به طور ضمنی با شرایطی قابل اجرا بودن رأی پیش‌بینی شده است.

### ۳- حکم صادر شده مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد.

در هر کشوری قواعدی وجود دارد که به منظور حفظ منافع عمومی و جریان امور وضع شده‌اند و قواعد امری یک کشور را تشکیل می‌دهند و افراد نمی‌توانند برخلاف آنها عمل یا توافق نمایند. بنابراین همان گونه که شهروندان یک کشور نمی‌توانند اموری را که جزو نظم عمومی آن کشور یا مربوط به اخلاق حسنه است زیر پا بگذارند، احکام خارجی مخالف این امور نیز قابلیت اجرا ندارند.

بند ۲ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی در مقام بیان همین محدودیت می‌باشد: مفاد حکم مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد. برای مثال، اگر در کشوری ازدواج بین محارم ممنوع شمرده نشود و در این خصوص حکمی از کشور خارجی صادر گردد و آن کشور خواستار اجرای حکم مذکور در ایران شود، به لحاظ این که در کشورمان ازدواج بین محارم ممنوع می‌باشد، از اجرای چنین حکمی جلوگیری به عمل می‌آید؛ چنان که احکام صادر شده از کشورمان در مورد تعدد زوجات ممکن است در کشور فرانسه مواجه با محدودیت گردد. اما پرسشی که مطرح می‌شود این است که نظم عمومی و اخلاق حسنه چه کشوری مورد نظر مقنن ما قرار گرفته است؟ از آنجا که بند ۲ ماده ۱۶۹ این اصطلاحات را به طور مطلق به کار برده، این توهّم ایجاد می‌شود که حکمی که با هرگونه نظم عمومی و اخلاق حسنه (برابر قوانین کشور صادرکننده رأی، کشور ثالث و یا ایران) مغایرت داشته باشد، قابل اجرا نخواهد بود. ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز موانع اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین را اخلاق حسنه و نظم عمومی - به طور مطلق - اعلام می‌نماید. اما قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی هستند که هدف از وضع آنها حفظ منافع عمومی می‌باشد و تجاوز به این قوانین، نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی و اقتصادی و حفظ خانواده است، برهم می‌زند. اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی است که هنوز در قوانین نفوذ نکرده و ضامن اجرای آن تنها وجدان اجتماعی است. از این رو نظم عمومی و اخلاق حسنه‌ای که یک کشور در مقام اجرا و احترام نهادن به آن است و اجازه مخالفت با آن را نمی‌دهد، مربوط به کشور محل اجرای حکم می‌باشد، و نه نظم عمومی کشور ثالث و یا کشور محل صدور رأی. بنابراین محاکم ایران در مقام اجرای احکام خارجی در ایران، نظم عمومی و اخلاق





حسنه کشورمان را مدنظر قرار می‌دهند. این شرط مورد توجه نظام حقوقی فرانسه و کامن‌لا نیز قرار گرفته است؛ چنان‌که دادگاهی در انگلیس از اجرای حکمی که در آن دستور پرداخت نفقه از سوی پدر به فرزند ناشی از رابطه نامشروع صادر شده بود، خودداری نمود و آن را مخالف نظم عمومی آن کشور دانست. شاید به همین لحاظ بوده است که مقنن کشورمان نیز شرط عدم مخالفت حکم صادر شده از سوی محکمه خارجی با نظم عمومی ایران را از شرایط اجرای احکام مدنی خارجی مقرر در بند دوم ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی تلقی نموده است، در حالی که این بند به ایران اشاره‌ای نکرده است؛ بلکه باید آن را با استفاده از روش‌های دیگر استنباط کرد.

#### ۴- عدم مخالفت رأی با عهود بین‌المللی

ممکن است کشورمان عهدنامه‌ای بین‌المللی را امضا کرده باشد که در آن عهدنامه مقرراتی درخصوص نحوه اجرای احکام خارجی وضع شده باشد. در این صورت حکم صادر شده از محکمه خارجی نباید با عهدنامه مورد امضا مغایرت داشته باشد، همچنین است زمانی که در کشورمان قوانین مخصوصی وضع شده‌اند که با احکام صادره در تعارض هستند. از این رو احکام صادر شده باید در اجرا با این دو نیز منطبق باشند. بند ۳ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی این شرط را مقرر می‌دارد: اجرای حکم، مخالف با عهود بین‌المللی که دولت ایران آنها را امضا کرده یا مخالف قوانین مخصوص نباشد. ماده ۹۷۴ قانون مدنی که در مقام بیان شرایط ماده ۹۷۲؛ یعنی شرایط اجرای حکم خارجی در ایران وضع شده، همین عبارت را بیان نموده است: مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران آنها را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.

عهدنامه لازم نیست تنها بین دولت ایران و دولت کشور محل صدور رأی تنظیم شده باشد. منظور از قوانین مخصوص مانند قانون کار (در برخی موارد) و قوانین مربوط به ارث و ازدواج در ایران قوانینی هستند که برای حل مشکل خاص ایرانیان وضع شده‌اند.

#### ۵- حکم صادر شده قطعی و لازم‌الاجرا باشد.

مقنن قصد دارد بر این شرط تأکید نماید احکامی در کشورمان دستور اجرای آنها صادر می‌گردد، که لازم‌الاجرا هستند. در غیر این صورت این احکام در ایران قابلیت اجرا ندارند؛ زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند در کشور ما بیش از آنچه در کشور خود دارای حق است، دارای



حقوقی گردد. بدین ترتیب، وقتی شخصی نمی‌تواند در کشور خود آرای غیر لازم‌الاجرا را اجرا نماید، در کشور ما نیز چنین حقی را ندارد؛ اگرچه در برخی موارد به‌خصوص اهلیت در قراردادهای مقنن کشورمان ممکن است شخصی را اهل محسوب نماید؛ حتی اگر در کشور خود فاقد اهلیت باشد. اما این پیش‌بینی مقنن به منظور حمایت از تبعه ایرانی است، نه دادن حق بیشتر به تبعه خارجی. مقنن یک شرط دیگر را نیز اضافه نموده که به ظاهر ایجاد اشکال می‌نماید و آن این‌که حکم باید قطعی باشد. در حقوق کشور ما مطابق قواعد آیین دادرسی مدنی و نیز ماده یک قانون اجرای احکام مدنی، تنها احکام قطعی قابلیت اجرا دارند؛ هرچند مقنن در ادامه ماده یک همین قانون، اجازه اجرای احکام غیرقطعی را -در صورتی که قرار اجرای موقت صادر شود- داده است و به‌علاوه در مواردی از جمله تصرف عدوانی و تأمین خواسته و دستور موقت، این آرا پیش از ابلاغ و قطعی شدن نیز قابلیت اجرا دارند.

شاید منظور مقنن از در کنار هم قرار دادن دو شرط قطعیت و قابل اجرا بودن این بوده است که خارجیان یا احکام صادر شده از محاکم خارجی در کشورمان نمی‌توانند از این موارد خاص پیش‌بینی شده برای تبعه ایران استفاده نمایند و در هر صورت احکام صادره از محکمه‌ی خارجی باید قطعی گردند تا لازم‌الاجرا شوند (مرتضوی، ۱۳۹۱).

### **شناسایی و اجرای احکام خارجی در کنوانسیون لاهه ۱۹۷۱ میلادی**

در کنوانسیون اول فوریه ۱۹۷۱ میلادی لاهه، مساله مهم شناسایی و اجرای احکام مدنی و تجاری خارجی مشخص شده است.

### **الف - حدود شناسایی احکام خارجی و اجرای آن**

این کنوانسیون، نسبت به احکام خارجی تجاری و مدنی قابل اجرا است و بر اساس ماده اول آن، احکام خارجی صادره در مواردی به شرح زیر از مقررات این کنوانسیون خارج می‌باشد.

۱. احوال شخصیه اشخاص حقیقی
۲. اهلیت و اختیارات اشخاص حقوقی
۳. حضانت فرزندان توسط والدین
۴. حقوق ارثیه
۵. ورشکستگی



۶. بیمه تأمین اجتماعی

۷. ضرر و زیان ناشی از تشعشعات رادیو اکتیو و انرژی هسته ای

۱. عوارض و جرایم نقدی

احکام صادره توسط محاکم قضایی کشورهای عضو کنوانسیون، بدون توجه به تابعیت اصحاب دعوا در قلمرو کشورهای عضو معتبر خواهند بود. البته، احکام خارجی لازم است بر اساس ماده ۴ کنوانسیون لاهه دارای شرایطی به شرح ذیل باشد:

۱. محکمه صادر کننده حکم، دارای صلاحیت قضایی در حیطه کنوانسیون لاهه باشد.

۲. احکام صادره توسط محاکم خارجی باید قطعی و لازم الاجرا باشند و نیازمند مراحل استینافی و پژوهشی نباشند.

۳. احکام خارجی بایستی همراه با صدور قرار اجرای احکام باشد.

افزون براین، در مواردی پذیرش و اجرای احکام خارجی امکان پذیر نمی باشد:

۱. در صورت وجود تعارض احکام خارجی با نظم عمومی یکی از کشورهای عضو کنوانسیون.

۲. در صورتی که دعوی توسط همان اصحاب دعوا با موضوع مشابه در برابر یکی از محاکم کشورهای متعاقد در حال رسیدگی باشد؛ یا اینکه منجر به صدور حکم توسط محاکم آن کشورها شده باشد.

۳. در صورتی که حکمی در مقابل رأی خارجی توسط محاکم کشورهای غیر عضو صادره شده باشد و مراجع قضایی کشور عضو، آنرا معتبر و قابل اجرا اعلام نموده باشد.

در مورد احکام غیابی صادره توسط محاکم خارجی، این گونه احکام، در صورتی معتبر خواهند بود و قابل اجرا می باشند که خواننده از مفاد حکم مطلع شده باشد و زمان کافی جهت دفاع از خود را داشته باشد. هیچ کشوری از اعضای معاهده نمی تواند به دلیل تعارض احکام خارجی با قواعد حل تعارض آنها، از شناسایی احکام خارجی جلوگیری کند. مگر، در مورد احکام خارجی در قلمرو احوال شخصیه اشخاص که رعایت قواعد داخلی حل تعارض کشورهای عضو کنوانسیون الزامی است.

## ب- نحوه احراز صلاحیت محاکم خارجی

بر طبق ماده ۹ کنوانسیون لاهه، جهت احراز صلاحیت محاکم خارجی، بررسی



شرایط صوری صلاحیت آن محاکم کفایت می‌کند. البته این موارد شامل احکام غیابی نمی‌شود؛ و بر مبنای ماده ۱۰ کنوانسیون مزبور، در موارد زیر صلاحیت محاکم صادر کننده احکام قضایی احراز شده تلقی می‌شود:

۱. در صورتی که خوانده در هنگام تسلیم دادخواست در کشور دادگاه رسیدگی کننده، دارای محل سکونت دائم باشد یا اینکه شرکت اصلی متعلق به اشخاص حقوقی در کشور متبوع قضات محاکم واقع باشد.
۲. در صورتی که خوانده در هنگام تسلیم دادخواست در کشور دادگاه رسیدگی کننده دعوا دارای موسسه تجاری، صنعتی یا غیره باشد و جهت حل اختلافات خود، دوایر نمایندگی در آن کشور داشته باشد.
۳. اگر موضوع دعوی مربوط به اموال غیر منقولی باشد که در کشور دادگاه صادر کننده حکم واقع باشد.
۴. اگر ضرر و زیان مادی در کشور صادر کننده حکم واقع شده باشد و عامل ضرر و زیان در آن هنگام در آن کشور حضور داشته باشد.
۵. اگر توافق کتبی یا شفاهی اصحاب دعوی جهت تعیین صلاحیت آن دادگاه حاصل شده باشد.
۶. اگر خوانده نسبت به دادرسی توسط دادگاه صادر کننده حکم مخالفتی نداشته باشد.
۷. در صورتی که حکم صادره علیه خواهان باشد؛ مگر اینکه، کشور شناسایی کننده حکم مزبور، صلاحیت دادگاه صادر کننده را بپذیرد.

همچنین، در مورد انتخاب دادگاه صالح توسط اصحاب دعوا، کنوانسیون لاهه ۲۵ نوامبر ۱۹۶۵ میلادی مقرراتی را تدوین کرده است.

### مبحث دوم:

**توافق اصحاب دعوا در انتخاب دادگاه صالح در کنوانسیون ۱۹۶۵ لاهه**  
جهت تدوین قواعد مشترک حقوقی برای پذیرش توافق اصحاب دعوا در انتخاب دادگاه صالح در حل اختلافات میان آنان، کنوانسیون ۲۵ نوامبر ۱۹۶۵ لاهه با ۲۲ ماده منعقد گردید.

### الف- شرایط انتخاب صلاحیت دادگاه توسط اصحاب دعوا

بر اساس ماده ۱ معاهده، در اموری به شرح ذیل اصحاب دعوا می‌توانند با توافق میان خود، دادگاهی صالح را جهت حل اختلافات آنان انتخاب نمایند؛ دادگاه مورد تراضی می‌تواند:



۱. دادگاه یکی از کشورهای متعاقد باشد؛ در این صورت دادگاه صالح توسط حقوق داخلی کشور عضو این کنوانسیون معین می‌گردد.

۲. یا دادگاه مورد نظر در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون واقع باشد؛ مشروط بر اینکه آن دادگاه توسط قوانین داخلی آن کشور صالح به رسیدگی قضایی باشد. بر طبق ماده ۲ این کنوانسیون، در مورد حل و فصل دعاوی بین‌المللی در امور مدنی و تجارت میان اشخاص قانون مقرر در معاهده صلاحیت دارد. مواردی که از صلاحیت این کنوانسیون خارج است و امکان انتخاب دادگاه صالحه توسط اشخاص میسر نیست عبارتند از:

(۱) احوال شخصیه اشخاص، حقوق خانواده، تکالیف والدین نسبت به فرزندان.

(۲) حقوق ارثیه.

(۳) ورشکستگی اشخاص.

(۴) حقوق عینی اموال غیر منقول.

اجرای مفاد معاهده لاهه و انتخاب دادگاه صالح توسط اصحاب، دعوا بر اساس ماده ۳ کنوانسیون، صرف نظر از تابعیت متداعیان برای کشورهای متعاقد الزامی می‌باشد.

**بررسی یک رأی در مورد حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی راجع به**

**ایرانیان مقیم خارج از کشور**

بسیاری از زوج‌های ایرانی که برای زندگی به خارج از کشور رفته و در فراز و نشیب زندگی، دچار اختلافات خانوادگی شده و در همان محل تصمیم به طلاق می‌گیرند، به دلیل ناآشنا بودن با موارد قانونی به ویژه مقررات قانون مدنی نمی‌دانند که به چه صورت باید عمل کنند تا به حقوق قانونی خود برسند. طبق قوانین ایران، اگر زن و شوهر ایرانی مقیم خارج از کشور برای اخذ طلاق به دادگاه محل اقامت خود مراجعه کنند و طبق قانون آن کشور از هم جدا شوند، این طلاق از نظر دادگاه‌های داخلی ایران فاقد اعتبار است.

در رأی یکی از شعب دادگاه عمومی، این دادگاه حکم طلاق صادره در یکی از محاکم ایالات متحده آمریکا را به استناد ماده ۶ قانون مدنی، ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و ماده ۹۷۲ قانون مدنی قابل تنفیذ و اجرا در ایران ندانسته و حکم به رد دعوی خواهان در مورد تنفیذ حکم طلاق صادره در خارج از کشور صادر نموده است. در اینجا سؤالات متعددی مطرح می‌شود، از جمله این که شرایط قبولی حکم طلاق صادره



در خارج از کشور ایران کدام است؟ با توجه به عدم وجود دفاتر رسمی ازدواج و طلاق در خارج از کشور و همچنین عدم وجود دادگاه‌های صالحه مورد تأیید قوه قضائیه، ثبت طلاق در خارج از کشور چگونه است؟ تحقیق اخیر، با تجزیه و تحلیل شرایط قانونی پذیرش طلاق ایرانیان در خارج از کشور از جهت دادگاه صالح برای رسیدگی و قانون حاکم بر دعوی و چگونگی ثبت و تنفیذ حکم طلاق در نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور قصد دارد به این سؤالات پاسخ دهد:

**الف -** شرح دعوی بر اساس ترجمه رأی یک دادگاه آمریکایی: زوجین ایرانی مقیم یکی از ایالات آمریکا در سال ۱۳۸۱ با مراجعه به دادگاه محل سکونت خود با توافق یکدیگر قصد طلاق دارند. با توجه به قوانین آمریکا که احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه می‌داند، این دعوی بر اساس قوانین آمریکا مورد رسیدگی واقع و در همان سال حکم طلاق صادر می‌شود. در حکم دادگاه آمریکایی، هر کدام از زوجین مالک اموال یگانه خود شناخته شده و زن از ۱۳۸۰ تا ۱۳۸۴ ماهیانه سه هزار دلار و از ۱۳۸۴ لغایت ۱۴۰۷ شمس‌ی هر ماه ۴۰۰۰ دلار مستحق نفقه می‌باشد که از اموال شوهر پرداخت خواهد شد و بیمه بهداشت وی نیز به عهده شوهر خواهد بود. در حکم راجع به طلاق مسلمانان و ایرانیان (نصیری، ۱۳۷۸) آمده است که زوج موظف است فرم‌ها و اوراق مربوط به طرفین طلاق را طبق قوانین اسلامی و یا ایرانی براساس درخواست زوجه طی ده روز تکمیل و امضا نماید و کلاً هرگونه فرم لازم جهت طلاق زوجه از زوج را طبق قوانین اسلامی یا ایرانی تکمیل نماید. صحت مهر دادگاه توسط دفتر حافظ منافع جمهوری اسلامی ایران در واشنگتن بدون توجه به مندرجات آن تأیید شده است. در سال ۱۳۸۵، زوج با مراجعه به ایران قصد ازدواج مجدد دارد، لیکن متوجه می‌شود که با وجود نام همسر سابقش در شناسنامه و عدم درج طلاق در شناسنامه از نظر قانون امکان ازدواج مجدد ندارد. پس از مراجعه به اداره ثبت احوال و ارائه ترجمه مصدق حکم طلاق در آمریکا برای ثبت طلاق تازه متوجه می‌شود که این طلاق مطابق قوانین ایران امکان ثبت ندارد. به همین دلیل با مراجعه به دادگاه عمومی تقاضای ثبت واقعه طلاق را ارائه و در جلسه اول رسیدگی خواسته خود را به تنفیذ طلاق صادره از محکمه خارجی تغییر می‌دهد.

دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می‌نماید:

با توجه به این که ۱- طرفین دعوی هر دو مسلمان هستند و ایرانی و هر طلاق



یا ازدواجی که واقع می‌گردد، مطابق قانون حاکم بر احوال شخصیه افراد می‌باشد و طبق ماده ۶ قانون مدنی قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل طلاق و ازدواج و... در مورد کلیه اتباع ایرانی ولو این که مقیم خارج از کشور باشند، مجری خواهد بود. ۲- طبق ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق زوج‌هایی که قصد طلاق دارند، باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص (دادگاه خانواده) مراجعه کنند. ۳- طبق ماده ۹۷۲ قانون مدنی، احکام صادره از محاکم خارجی را نمی‌توان در ایران اجرا نمود، مگر اینکه مطابق قوانین ایران امر به اجرای آنها شده باشد. (ارفع نیا، ۱۳۶۹) لذا با عنایت به موارد فوق چون طلاق صادره از آمریکا مطابق قوانین و مقررات ایران صادر نشده و رعایت اصول قانونی و شرعی در آن نگردید، قابل تنفیذ و اجرا در ایران نمی‌باشد و حکم به رد دعوی خواهان صادر شود.

در این دعوی خواهان پس از صدور رأی دادگاه مجبور است دادخواست طلاق را مجدداً در یکی از شعب دادگاه خانواده در ایران اقامه و متحمل ضررهای شدید مادی و معنوی شود، زیرا اولاً دادگاه وی را موظف به پرداخت مهریه و اجرة المثل ایام زوجیت و نفقه ایام عده و هزینه کارشناسی مبالغ مزبور خواهد شد، ثانیاً با توجه به عدم اطلاع وی از محل سکونت همسرش در آمریکا باید هزینه‌های مربوط به نشر آگهی خوانده از طریق جراید و ابلاغ رأی دادگاه و غیره را متحمل شود، ثالثاً پس از صدور حکم باید تمام مبالغ معینه بابت مهریه و اجرت المثل و نفقه ایام عده را در صندوق سپرده دادگستری تودیع نماید، در حالی که وی قبلاً بسیاری از بدهی‌های خود را در سال ۸۱ و بر اساس رأی دادگاه آمریکایی به همسرش پرداخت نموده است. با توجه به مشکلات موجود در این پرونده لازم است که چگونگی و تشریفات طلاق مجاز برای ایرانیان مقیم در خارج از کشور مورد بررسی قرار گیرد.

**ب- شرایط قانونی پذیرش طلاق ایرانیان در خارج از کشور:** ماده ۶ قانون مدنی، احوال شخصیه ایرانیان را تابع قانون ملی آنان می‌داند ولو اینکه مقیم خارج از کشور باشند. قوانین مربوط به احوال شخصیه مانند قوانین خانواده، ازدواج، طلاق و... در ایران جزو قوانین برون مرزی هستند و در خارج از کشور نیز در مورد اتباع کاربرد دارند. این قوانین روابط اتباع کشور را در داخل کشور و خارج از کشور تنظیم می‌کنند و اشخاص را در هر کشوری، زندگی کنند، تابع قوانین کشور متبوع می‌دانند. دلیل این قاعده این است که قوانین مربوط به احوال شخصیه برای حمایت از افراد وضع شده و باید جنبه دوام و



استمرار داشته باشند و با جا به جا شدن اشخاص، این حقوق نباید دستخوش تغییر و تبدیل قرار گیرند. (رنجبر، ۱۳۸۵) براین اساس، چون طلاق جزو احوال شخصیه است، لذا اتباع ایران که مقیم خارج از کشور هستند، در صورت درخواست طلاق و برای صحت آن باید مقررات ایران را رعایت کنند. در این رابطه دادگاه صالح برای رسیدگی و قانون حاکم بر دعوی باید مورد بررسی قرار گیرد.

۱- دادگاه صالح برای رسیدگی در خصوص صلاحیت محاکم و نحوه رسیدگی به دعاوی خانوادگی، ماده ۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که هنوز منسوخ نشده، مقرر می‌دارد: «هرگاه زن و شوهر دعاوی ناشی از اختلافات خانوادگی را علیه یکدیگر طرح نمایند، دادگاهی که دادخواست به آن داده شده، صلاحیت رسیدگی خواهد داشت و هرگاه دو یا چند دادخواست در یک روز به دادگاه تسلیم شده باشد، دادگاه حوزه محل اقامت زن، صالح به رسیدگی خواهد بود. در صورتی که یکی از زوجین مقیم خارج از کشور باشد، دادگاه محل اقامت طرفی که در ایران مقیم است، صلاحیت رسیدگی دارد و اگر طرفین مقیم خارج باشند، دادگاه شهرستان تهران صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. طبق تبصره ماده فوق الذکر، در موارد مذکور در این قانون اگر طرفین اختلاف، مقیم خارج از کشور باشند، می‌توانند به دادگاه یا مرجع صلاحیتدار محل اقامت خود نیز مراجعه کنند. در این مورد هرگاه ذینفع نسبت به احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی معترض و مدعی عدم رعایت مقررات و قوانین ایران باشد، می‌تواند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ حکم یا تصمیمات قطعی، اعتراض خود را با ذکر دلایل و پیوست مدارک و مستندات آن از طریق کنسولگری ایران در کشور محل توقف به دادگاه شهرستان تهران ارسال نماید. دادگاه به موضوع رسیدگی کرده و رأی مقتضی صادر می‌کند و به دستور دادگاه، رونوشت رأی برای اقدام قانونی به کنسولگری مربوط ارسال می‌شود. ثبت احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی در مواردی که طبق قانون باید در اسناد سجلی یا دفتر کنسولگری ثبت شود، در صورت توافق طرفین یا در صورت عدم وصول اعتراض در مهلت مقرر بدون اشکال است، وگرنه موکول به اعلام رأی دادگاه شهرستان تهران خواهد بود.

باید اشاره کنیم که طبق ماده واحده قانون «اصلاح مقررات مربوط به طلاق» (مورخ ۱۳۷۱) در مجمع تشخیص مصلحت نظام، از تاریخ تصویب این قانون، زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی





خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه‌اند حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق هابی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. در غیر این صورت از سر دفتر خا طی سلب صلاحیت خواهد شد. قانون اخیر تنها مرجع صالح برای رسیدگی به طلاق ایرانیان را دادگاه مدنی خاص (دادگاه خانواده) با شرایط فوق الذکر میداند، لیکن چون در مورد ایرانیان خارج از کشور امکان مراجعه به چنین دادگاهی در خارج از کشور وجود ندارد، لذا حکم دادگاه خارجی در کنار جاری شدن صیغه شرعی طلاق و مراجعه به نمایندگی ایران در کشور محل وقوع طلاق می‌تواند شرایط صحت طلاق را فراهم آورد. گر چه در دعوی فوق الذکر، نظر به اینکه دولت ایالات متحده روابط دیپلماتیک و کنسولی با دولت ایران ندارد، برای طرفین دعوی فوق الذکر امکان مراجعه به نمایندگی‌های کنسولی ایران وجود نداشته، لیکن براساس مقررات حقوق بین الملل می‌توانستند به نمایندگی دولت حافظ منافع ایران در ایالات متحده مراجعه یا از دادگاه خارجی درخواست رعایت شرایط مقرر در قوانین ایران را نمایند.


۲- قانون حاکم بر دعوی طبق ماده ۶ قانون مدنی که احوال شخصیه ایرانیان را تابع قانون ملی آنان می‌داند، قانون ایران در مورد دعاوی طلاق خارج از کشور حاکم است. از این نظر، زوجین ایرانی یا باید برای طلاق به دادگاه‌های ایرانی مراجعه کنند و یا در صورت مراجعه به دادگاه کشور محل اقامت، این دادگاه باید قانون کشور ایران را رعایت کند. البته در اینجا شرایط صوری یا تشریفاتی طلاق را باید از شرایط ماهوی آن تفکیک کرد. (نصیری، ۱۳۷۸) زیرا طبق ماده ۹۶۹ قانون مدنی اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود هستند بنابراین در صورت رسیدگی دادگاه خارجی شرایط شکلی طلاق تابع قانون محل رسیدگی خواهد شد، اما در امور ماهوی از جمله شرایط صحت طلاق و غیره باید قانون ایران اجرا شود. در غیر این صورت زوجین دچار مشکلاتی می‌شوند که نهایتاً باید به وسیله دادگاه‌های ایران رفع شود. برای مثال اگر زن و شوهر مقیم خارج از کشور برای اخذ طلاق به دادگاه محل اقامت خود مراجعه و طبق قانون آن کشور از هم جدا شوند، چنین طلاقی از نظر دادگاه‌های داخلی ایران فاقد اعتبار است. برای اعتبار یافتن احکام طلاق دادگاه‌های خارجی در ایران، صیغه شرعی طلاق باید در خارج از کشور در حضور دو شاهد عادل و به وسیله افرادی که مورد تأیید وزارت خارجه جمهوری



اسلامی ایران باشند، اجرا شود. در غیر این صورت دادگاه‌های ایران زوجین را هنوز زن و شوهر دانسته و این دادگاه‌ها الزامی به اجرای حکم دادگاه خارجی ندارند. در دعوی فوق الذکر در صورت پذیرش شرایط طلاق طبق قانون ایالت محل اقامه دعوی، علیرغم آن که در حکم دادگاه خارجی به طلاق اسلامی و ایرانی اشاره شده لیکن چون رعایت شرایط اسلامی طلاق مورد تأیید دادگاه قرار نگرفته، از این جهت در مورد رعایت شرایط ماهوی طلاق بر اساس قوانین ایران به نتیجه‌ای نخواهیم رسید. افزون بر این، دولت آمریکا جزو دولت‌هایی است که احوال شخصیه را تابع قانون اقامتگاه می‌داند، لذا به شرایط صحت طلاق در قانون ایران توجه چندانی نداشته است.

**ج - ثبت و تنفیذ حکم طلاق در نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور طبق ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی و همچنین ماده ۳۱ قانون ثبت احوال، بخش کنسولی نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور به منزله دوایر ثبت احوال و دفاتر رسمی ازدواج، نسبت به ثبت واقعه ازدواج اقدام می‌نمایند.** در گذشته طلاق توافقی زوجین با ارائه حکم دادگاه خارجی و صیغه شرعی طبق تبصره ذیل ماده قانون حمایت خانواده به عمل می‌آمد، لیکن پس از تصویب ماده واحده قانون «اصلاح مقررات مربوط به طلاق» در مجمع تشخیص مصلحت نظام (الماسی، ۱۳۶۹) کلیه طلاق‌ها منوط به حکم دادگاه مدنی خاص شد. در نتیجه ثبت طلاق در خارج از کشور متوقف شد، لیکن به دلیل بروز مشکلاتی برای خانواده‌ها مقرر گردید که در چهار مورد طلاق در نمایندگی‌ها به ثبت برسد. این چهار مورد از موارد ثبت طلاق عبارتند از:

**مورد اول:** توافق زوجین و حضور آنان در نمایندگی و ارایه حکم دادگاه خارجی و صیغه نامه شرعی و شناسنامه‌های معتبر آنان. در مواردی زوجین مقیم خارج از کشور با مراجعه به دادگاه خارجی تقاضای طلاق نموده و حکم طلاق از این دادگاه صادر می‌شود. سپس زوجین به یکی از مراکز اسلامی مراجعه نموده صیغه طلاق شرعی جاری می‌شود و هر دو به اتفاق به کنسولگری ایران در آن کشور مراجعه می‌کنند و با ارایه حکم صادره و گواهی جاری شدن صیغه طلاق شرعی تقاضای ثبت طلاق در دفتر کنسولگری و اسناد سجلی خود را می‌کنند. در این مورد بر اساس ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مأمورین قونسولی ایران در خارجه باید نسبت به ایرانیان مقیم حوزه مأموریت خود وظایفی را که به موجب قوانین و نظامات جاریه به عهده دوایر سجل احوال مقرر است،



انجام دهند» و نیز به استناد قسمت اخیر ماده ۹۷۲ قانون مدنی و همچنین به موجب قسمت اخیر ماده قانون حمایت خانواده که مقرر داشته «ثبت احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی در مواردی که قانوناً باید در اسناد سجلی یا دفتر کنسولگری ثبت شود، در صورت توافق طرفین بلاشکال است»، لذا طلاق مورد تقاضا در دفتر کنسولگری و اسناد سجلی زوجین ثبت می‌شود و در ایران نیز قابل قبول است.

**مورد دوم:** عدم حضور زوجه در نمایندگی و وجود حکم دادگاه خارجی و صیغه نامه شرعی، در این صورت با تقاضای کتبی زوجه و اخطار یک ماهه به زوج ثبت طلاق به عمل می‌آید. در مواردی زوجین مقیم خارج از کشور پس از مراجعه به دادگاه محل اقامت خود و اخذ حکم طلاق از این دادگاه با مراجعه به یکی از مراکز اسلامی صیغه شرعی طلاق جاری می‌نمایند و زوج برای ثبت طلاق به دفتر نمایندگی جمهوری اسلامی ایران در آن کشور مراجعه می‌کند. در این مورد اگر زوجه طبق ماده قانون حمایت خانواده نسبت به احکام و تصمیمات دادگاه خارجی معترض و مدعی عدم رعایت مقررات و قوانین ایران باشد، می‌تواند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ حکم یا تصمیم قطعی، اعتراض خود را با ذکر دلایل و پیوست نمودن مدارک و مستندات آن از طریق کنسولگری ایران در کشور محل توقف خود به دادگاه شهرستان تهران ارسال نماید که در این صورت دادگاه شهرستان تهران با توجه به در نظر گرفتن مواد ۶ و ۹۷۱ و ۹۷۲ قانون مدنی به موضوع رسیدگی کرده و رأی مقتضی صادر می‌نماید. به دستور دادگاه رونوشت رأی برای اقدام قانونی به کنسولگری مربوطه ارسال می‌گردد و در صورت عدم وصول اعتراض در مهلت مقرر قانونی یک ماه، دفاتر نمایندگی جمهوری اسلامی ایران در آن کشور خارجی با توجه به قسمت اخیر ماده قانون حمایت خانواده که مقرر می‌دارد: «ثبت احکام و تصمیمات دادگاه‌ها و مراجع خارجی در مواردی که قانوناً باید در اسناد سجلی یا دفتر کنسولگری ثبت شود، در صورت عدم وصول اعتراض در مهلت مقرر قانونی (یک ماه از تاریخ ابلاغ حکم یا تصمیم قطعی به دادگاه شهرستان تهران) بلاشکال است»، به شرح ذیل اقدام می‌نمایند. چنانچه زوج متقاضی ثبت طلاق بوده و زوجه از حضور در نمایندگی امتناع کند، ضمن اخذ درخواست کتبی و رؤیت حکم قطعی طلاق صادره از دادگاه کشور متوقف فیه و گواهی جاری شدن صیغه طلاق شرعی از سوی یکی از مراجع قابل قبول نمایندگی با ابلاغ مراتب به زوجه غایب و رعایت مهلت قانونی (یک ماه) و عدم دریافت اعتراض زوجه نسبت به ثبت واقعه طلاق اقدام و موضوع از طرف نمایندگی به اطلاع زوجه خواهد



رسید.

**مورد سوم:** عدم حضور زوج در نمایندگی و وجود حکم دادگاه خارجی و صیغه شرعی هر گاه زوجه متقاضی ثبت طلاق باشد و زوج از حضور در نمایندگی امتناع ورزد، در صورتی که صیغه طلاق با حضور زوجین جاری شده باشد، نمایندگی می‌تواند با رؤیت حکم قطعی طلاق از دادگاه کشور متوقف فیه و گواهی جاری شدن صیغه طلاق شرعی از سوی یکی از مراکز قابل قبول نمایندگی و اخذ درخواست کتبی زوجه مانند مورد فوق، مراتب ابلاغ به زوج غایب را انجام و پس از انقضای مهلت یک ماه و عدم دریافت اعتراض زوج نسبت به ثبت طلاق در دفاتر نمایندگی اقدام نموده و موضوع را به اطلاع زوج برسانند. در این موارد با تقاضای زوجه و اخطار یک ماهه به زوج اقدام به ثبت طلاق می‌شود.

**مورد چهارم:** چنانچه زوج و زوجه شخصاً از دادگاه خارجی حکم طلاق گرفته باشند ولی زوج برای جاری کردن صیغه شرعی و حضور در نمایندگی امتناع نماید، پس از اخطار یک ماهه به زوج و تنظیم وکالت به نام نمایندگی، توسط زوجه مدارک طلاق به مرکز ارسال و نزد روحانی مأذون از قوه قضاییه به موضوع رسیدگی و دستور ثبت داده می‌شود و پس از آن نمایندگی نسبت به ثبت طلاق اقدام می‌کند. در مواردی زوجین مقیم خارج از کشور، دعوی طلاق خود را در دادگاه خارجی محل اقامت اقامه و این دادگاه حکم طلاق صادر می‌نماید و صیغه شرعی طلاق نیز با حضور دو شاهد عادل با مراجعه یکی از زوجین به مراکز اسلامی جاری می‌شود و به تأیید مقامات صلاحیتدار ایرانی (رنجبر، ۱۳۸۵) می‌رسد و سپس مورد تأیید وزارت امور خارجه ایران قرار می‌گیرد، لیکن هیچ کدام از زوجین جهت ثبت طلاق به دفاتر نمایندگی ایران در آن کشور مراجعه نکنند، در این حالت طبق مقررات، زوج یا زوجه یا وکلای آنان می‌توانند با مراجعه به دادگاه خانواده در ایران، دعوی تنفیذ حکم طلاق صادره در دادگاه خارجی را جهت ثبت آن مطرح نمایند. دادگاه خانواده ایران با احراز اصول اسناد و اجرای صیغه طلاق انجام شده توسط مرکز اسلامی و شرایط صحت طلاق، پس از تنفیذ حکم طلاق صادره اجازه ثبت آن را توسط یکی از دفترخانه‌های رسمی طلاق صادر می‌کند. در مواردی نیز پس از اخذ حکم طلاق از دادگاه خارجی شهر محل اقامت خود هیچ کدام از زوجین جهت جاری شدن صیغه طلاق شرعی به مراجع اسلامی مراجعه ننموده و یکی از آنان با اقامه دعوی در ایران، تقاضای تنفیذ



حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی را می‌نماید. در این مورد قاضی ایرانی پرونده چنانچه ملاحظه نماید که قاضی رسیدگی کننده خارجی به طلاق، قوانین دولت متبوع شخص یعنی قوانین جمهوری اسلامی ایران را در صدور حکم رعایت کرده باشد، مانعی برای تنفیذ طلاق به منظور جاری شدن صیغه طلاق و ثبت آن ندارد، لیکن چنانچه قاضی رسیدگی کننده به طلاق، قوانین جاری کشور خارجی را در صدور حکم طلاق مورد استناد قرار داده باشد و به لحاظ عدم احراز شرایط صحت طلاق، دعوی مطروحه را رد خواهد نمود. پرونده طلاق زوجین ایرانی فوق الذکر در ایالات متحده در این حالت قرار می‌گیرد و قاضی نیز با علم به عدم اجرای قانون ایران در دعوی، حکم رد درخواست تنفیذ را صادر می‌کند. چنانچه زوج یا زوجه منفرداً حکم طلاق خارجی بگیرند، قابل ثبت در نمایندگی نبوده و باید در دادگاه خانواده در داخل کشور تنفیذ و ثبت گردد. باید اشاره نماییم که در بعضی موارد، زوج یا زوجه بدون مراجعه به دادگاه محل اقامت فقط به مراکز اسلامی مراجعه و صیغه شرعی طلاق جاری می‌شود و به تأیید مقامات ایرانی اعم از کنسولگری یا سفارت جمهوری اسلامی ایران در آن کشور نمی‌رسد. در این مورد طبق ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق، دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق هایی که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است را ندارند، در غیر این صورت از سردفتر خاطی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.

طلاق مورد اشاره در دعوی فوق الذکر با هیچکدام از موارد چهارگانه ثبت طلاق در نمایندگی‌های ایران در خارج از کشور منطبق نمی‌باشد، لیکن در صورت جاری شدن صیغه شرعی با توجه به قطع روابط دیپلماتیک و کنسولی ایران و آمریکا و بسته بودن کنسولگری‌های ایران در آمریکا، طرفین می‌توانستند به دفتر نمایندگی دولت حافظ منافع ایران در آمریکا مراجعه و با ارائه مدارک لازم تقاضای تأیید حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی صادر کننده حکم را بنمایند که چنین عملی را انجام نداده و صرفاً به حکم طلاق صادره از دادگاه آمریکایی اکتفا نموده‌اند.

### نتیجه گیری

بررسی یکی از آرای صادره از محاکم حقوقی ایران در مورد حکم طلاق ایرانیان مقیم خارج از کشور به ما نشان می‌دهد که ایرانیان خارج از کشور برای صحت طلاق و برخورداری از آثار آن باید نکاتی را رعایت نمایند. اول اینکه، طلاق جزو احوال شخصیه



بوده و طبق ماده ۶ قانون مدنی احوال شخصیه ایرانیان تابع قانون ملی آنان است ولو اینکه مقیم خارج از کشور باشند. طبق ماده واحده قانون «اصلاح مقررات مربوط به طلاق» (مورخ ۱۳۷۱) در مجمع تشخیص مصلحت نظام: از تاریخ تصویب این قانون، زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. لیکن اگر طرفین اختلاف، مقیم خارج از کشور باشند، می‌توانند به دادگاه یا مرجع صلاحیتدار محل اقامت خود نیز مراجعه کنند. این دادگاه از نظر شرایط صوری یا تشریفاتی طلاق قانون متبوع خود و از نظر شرایط ماهوی باید قوانین و مقررات ایران را رعایت کند تا طلاق صحیح باشد؛ اما اگر دادگاه خارجی قوانین ایران را رعایت نکند، طرفین می‌توانند به یکی از مراکز اسلامی مراجعه نموده، صیغه طلاق شرعی را جاری نموده و هر دو به اتفاق به نمایندگی سیاسی و یا کنسولگری ایران در آن کشور مراجعه و با ارائه حکم طلاق صادره و گواهی جاری شدن صیغه طلاق شرعی، تقاضای ثبت طلاق در دفتر کنسولگری و اسناد سجلی خود را ارائه نمایند. در این صورت پس از ثبت، طلاق زوجین در ایران نیز دارای اعتبار خواهد بود؛ اما مشکل این جاست که بسیاری از زوج‌های ایرانی مقیم خارج از کشور به دلیل ناآگاهی از موارد قانونی به ویژه مقررات قانون مدنی صرفاً به حکم طلاق صادره از دادگاه خارجی اکتفا نموده و در زمان استناد به طلاق خود در ایران آن را فاقد اثر می‌یابند، لذا لازم است که با اطلاع رسانی بیشتر از جانب وزارت امور خارجه و نمایندگی‌های سیاسی ایران در خارج از کشور، زوجین ایرانی مقیم خارج از کشور در احقاق حقوق قانونی خود بیشتر یاری داده شوند.

## منابع

- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، چاپ ششم، ۱۳۷۸.
- ارفع نیا، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، تهران، چاپ مروی، چاپ اول، ۱۳۶۹.
- الماسی نجاد، علی، تعارض قوانین، تهران، انتشارات مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ اول، ۱۳۶۹.
- رنجبر، زینب، ازدواج و طلاق ایرانیان مقیم خارج از کشور، روزنامه ایران، پنجشنبه ۷ اردیبهشت ۱۳۸۵، شماره ۳۴۵۴.
- رنجبر، زینب، ازدواج و طلاق ایرانیان مقیم خارج از کشور، روزنامه ایران، پنجشنبه ۱۳۸۵/۲/۷، شماره ۳۴۵۴.
- اعم از سفارت جمهوری اسلامی ایران، بخش کنسول سفارت ایران یا دفتر حفاظت منافع در آن کشور.



- الماسی نجاد علی. "اجرای قانون خارجی در دادگاه داخلی." مجله مجتمع آموزش عالی قم ۱۳۷۸، ص ۳۹-۵۹.
- مافی، همایون، همایون، ادبی فیروزجایی. "صلاحیت دادگاه‌های ایران در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی." دوفصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی ۳.
- حمیدرضا نیکبخت. "محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین." تحقیقات حقوقی ۴۴.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی جلد اول میزان ۱۳۸۰، ص ۳۹۵.
- مقصودی رضا، "صلاحیت قضایی در حقوق بین‌الملل خصوصی" مجله‌ی حقوقی بین‌الملل ش ۵۶، بهار و تابستان ۱۳۹۶.
- پور نوری، منصور. شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌ها خارجی در ایران، تیرماه ۱۳۸۲.
- مرتضوی، موازین حاکم بر اجرای داوری خارجی در دادگاه ایران. کنفرانس پژوهش در فقه، حقوق و علوم اسلامی. ۱۳۹۱.
- قانون «اصلاح مقررات مربوط به طلاق» مصوب ۷۰/۱۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی که تبصره آن مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان قرار گرفته بود، در اجرای اصل یک صد و دوازدهم قانون اساسی در جلسه مورخ پنج شنبه ۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی و تبصره ۶ مصوبه مذکور با اصلاحاتی به تصویب رسید.
- وضعیت ایرانیان خارج از کشور در گفت و گو با دکتر محمدعلی هادی معاون کنسولی و پارلمان وزارت امور خارجه، روزنامه همشهری‌ریا، سه شنبه ۱۳۸۳/۴/۲۳، شماره ۳۴۳۶.
- «مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود.»
- «احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجرا تنظیم شده در خارجه را نمی‌توان در ایران اجرا نمود مگر این که مطابق قوانین ایران امر به اجرای آن‌ها صادر شده باشد.»



# داغ نامه‌ای بر پیشانی عدالت

## با موضوع وفای به عهد

مرضیه رستگار<sup>۱</sup>

### ۱- شرح ماقع

آقایان «ف-ر» فرزند رحیم و «م-م» فرزند ستار(خواهان ها) به موجب مبیعه نامه عادی در قالب عقد بیع مورخ ۱۵/۱۰/۸۶ مالکیت خود بر زیرزمین مسکونی - تجاری پلاک ثبتی ۳۰۱/۴۹۹۳۶ را به ازای سه دانگ از آپارتمان‌های واقع در خیابان چمران اصفهان و رجایی شاهین شهر را به آقای «س-م» (خوانده) منتقل می‌نمایند، مشتری(خوانده) در همان تاریخ آپارتمان‌های مذکور را که یک روز قبل حسب مبیعه نامه عادی از آقای «ح-ص» خریداری کرده است طی مبیعه نامه عادی به خواهان‌ها واگذار می‌نماید و مبیع تحویل ایشان می‌شود.

هنگام تسلیم مورد معامله معلوم می‌شود که آپارتمان‌های مذکور که اکنون در مالکیت مشاعی خواهان‌ها و خوانده پرونده فوق الذکر بوده است غیر قابل واگذاری است و اصلاً وجود خارجی ندارد، طی توافق جدیدی که مابین مالکین مشاعی و آقای «ح-ص» رخ می‌دهد، در تاریخ‌های ۱۰/۴/۸۷ و ۱۵/۶/۸۷ آقای «ح-ص» در ازای آپارتمان‌های واقع در خیابان چمران اصفهان و رجایی شاهین شهر که وجود خارجی نداشتند به آقای «ف-ر» فرزند رحیم یک واحد و به آقای «م-م» فرزند ستار یک واحد و دو واحد را به آقای «س-م» به مساحت ۹۰ متر مربع از مجموعه ۹ واحدی واقع در خیابان شهید رجایی واگذار و توافق‌هایی در مورد نحوه ساخت و واگذاری آنها با مالکین جدید می‌نماید، ولیکن توافق جدید توسط احد از مالکین مشاعی آقای «م-م» فرزند ستار امضا نشده است.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان





آقای «ح-ص» مجموعه ۹ واحدی را به ۱۳ نفر فروخته و به موجب دادنامه شماره ۶۲۶ مورخ ۸۹/۸/۱۳ که به تایید شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان طی دادنامه شماره ۷۰۶ مورخ ۹۰/۵/۱۸ رسیده است به مجازات بزه فروش مال غیر و کلاهبرداری محکوم شده است.

خانم «ر-ب» به وکالت از خواهان‌ها آقایان «ف-ر» فرزند رحیم و «م-م» فرزند ستار با تقدیم دادخواستی به طرفیت خوانده آقای «س-م» فرزند هوشنگ تقاضای صدور حکم بر تایید و تنفیذ فسخ قرارداد مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۵ به دلیل عدم انجام شروط قرارداد به انضمام مطلق خسارات دادرسی و استرداد مبیع و خلع ید از پلاک ۳۰۱/۴۹۹۳۶ واقع در بخش ۱۶ حوزه ثبت اصفهان و ابطال سند رسمی پلاک ثبتی ۳۰۱/۴۹۹۳۶ واقع در بخش ۱۶ حوزه ثبت اصفهان را می‌نماید.

بدین ترتیب پرونده در جریان رسیدگی قرار می‌گیرد، شعبه دو دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شاهین شهر به ترتیب ذیل مبادرت به انشای رای می‌نماید:

در خصوص دادخواست خانم «ر-ب» به وکالت آقایان «ف-ر» فرزند رحیم و «م-م» فرزند ستار به طرفیت آقای «س-م» فرزند هوشنگ با وکالت آقای «ر-ع» به خواسته تقاضای صدور حکم بر تایید و تنفیذ فسخ قرارداد مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ به دلیل عدم انجام شروط قرارداد به انضمام مطلق خسارات دادرسی و استرداد مبیع و خلع ید از پلاک ثبتی ۳۰۱/۴۹۹۳۶ واقع در بخش ۱۶ حوزه ثبت اصفهان و ابطال سند رسمی پلاک ثبتی ۳۰۱/۴۹۹۳۶ واقع در بخش ۱۶ اصفهان بدین توضیح از سوی وکیل خواهان به شرح دادخواست: موکلین به موجب قرارداد مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ یک باب منزل مسکونی خدماتی به پلاک ثبتی ۳۰۱/۴۹۹۳۶ به خواننده فوق الذکر فروخته تا به موجب توضیحات قبل قرارداد مشارالیه در ازای آن به مقدار سه دانگ از آپارتمان‌های خریداری شده از آقای حسین صدری واقع در چمران اصفهان و خیابان شهید رجایی شاهین شهر را به نام موکلین واگذار و تحویل نماید در واقع مطلوب و قصد طرفین از معامله مذکور تحویل شش دانگ منزل مسکونی مقدماتی در قبال آپارتمان‌های فوق الذکر بوده تا هر دو طرف از این معاوضه سود مطلوب را تحصیل نمایند که متأسفانه نه تنها آپارتمان‌های مسکونی موجودیت نداشته بلکه انجام شرط فعل مندرج در قرارداد به دلیل دادنامه کیفری استنادی اساساً ممتنع می‌باشد دادگاه با عنایت به محتویات پرونده نظر به اینکه مطابق رونوشت مصدق مبیعه نامه شماره ۰۴۶۳ مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ خواهان‌ها شش دانگ عرصه و



اعیانی یک باب منزل مسکونی خدماتی به مساحت ۱۵۰ متر مربع را به خواننده در قالب عقد بیع واگذار می‌نمایند مشروط بر اینکه ثمن معامله سه دانگ از آپارتمان‌های خریداری شده از آقای «ح-ص» واقع در چمران اصفهان و خیابان شهید رجایی شاهین شهر به نام فروشنندگان هر کدام به مقدار یک و نیم دانگ واگذار نماید و وکیل خواننده در جلسه مورخ ۹۵/۱۲/۱۴ اظهار داشت موکل حسب شرطی که فروشنندگان (خواهان‌ها) برای موکل مبنی بر خرید آپارتمان‌ها قید نموده بودند را موکل انجام داده و حسب مبیعه نامه‌ای که رونوشت آن پیوست پرونده می‌گردد در مورخه ۸۶/۱۰/۱۴ از آقای «ح-ص» خریداری و در مورخ ۱۵ / ۱۰ / ۸۶ به خواهان‌ها حسب شرط آنها در ثبتي قرارداد واگذار می‌نماید و حال اگر آپارتمان‌ها مستحق للغير درآمد هیچگونه ربطی به موکل ندارد و خواهان‌ها بر اساس توافق که خود مجدداً با آقای صدری در مورخ ۸۷/۴/۲۰ می‌نمایند آپارتمان‌های خریداری شده توسط موکل را با واحدهای دیگری از آقای «ح-ص» جابجا می‌نماید در حالی که قرارداد مورخ ۸۷/۴/۲۰ به امضای آقای «م-م» احد از خواهان‌ها نرسیده است و آپارتمان‌های توافق شده فی مابین خواهان‌ها و خواننده مستحق للغير درآمد است و حتی خواننده در اجرای قرار معاینه محلی و تحقیق محلی قادر به معرفی آن نبوده است بنابراین دادگاه با توجه به مراتب فوق و نظر به اینکه بعد از عقد انجام شرط موضوع قرارداد شماره ۴۶۳ مورخ ۱۵ / ۱۰ / ۸۶ ممتنع گردیده لذا دادگاه دعوای خواهان را ثابت و وارد تشخیص و مستنداً به ماده ۲۴۰ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم به تایید و تنفيذ فسخ قرارداد مورخ ۱۵ / ۱۰ / ۸۶ و الزام خواننده به استرداد مبیع موضوع قرارداد مذکور از باب تسبیب به پرداخت مبلغ نهصد و نود هزار ریال بابت هزینه دادرسی و همچنین حق الوکاله وکیل طبق تعرفه قابل محاسبه در واحد اجرای احکام مدنی در حق خواهان صادر و اعلام می‌گردد و اما در خصوص خواسته دیگر خواهان مبنی بر ابطال سند رسمی موضوع پلاک ۳۰۱/۴۹۹۳۶ واقع در بخش ۱۶ حوزه ثبت اصفهان و خلع ید از پلاک ثبتی موضوع دعوی دادگاه با عنایت به محتویات پرونده صرف نظر از اینکه ابطال سند رسمی فوق‌الذکر با توجه به مراتب فوق قابل ابطال می‌باشد و منظور ابطال سند انتقال می‌باشد لیکن نظر به اینکه حسب تحقیقات به عمل آمده در اجرای قرار و معاینه و تحقیق محلی خواننده هم متصرف ملک مذکور نبوده و حسب اظهارات وی به شخص دیگری واگذار نموده است که طرف دعوا واقع نشده است لذا دادگاه با کیفیت مطروحه دعوای خواهان‌ها را در این



قسمت قابل استماع ندانسته و مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم استماع دعوا خواهان‌ها را صادر و اعلام می‌نماید رای صادره ظرف مدت ۲۰ روز بعد از ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های محترم تجدیدنظر استان اصفهان می‌باشد.

با تجدیدنظر خواهی پرونده به شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان ارجاع و دادنامه بدوی نقض می‌شود:

گردش کار، دادگاه با بررسی اوراق و محتویات پرونده و انجام مشاوره ختم رسیدگی را اعلام و با استعانت از خداوند متعال به شرح ذیل مبادرت به انشای رای می‌نماید:

تجدیدنظر خواهی آقای «س-م» به طرفیت آقایان «ف-ر» و «م-م» با وکالت بعدی خانم «ر-ب» و آقایان «ع-ح» و «ب-م» نسبت به قسمتی از دادنامه شماره ۱۰۲۱ مورخ ۹۷/۹/۸ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شاهین شهر که به موجب آن حکم به تایید و تنفیذ فسخ مبایعه نامه عادی مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ به لحاظ عدم انجام شروط قرارداد و الزام تجدید نظر خواه به استرداد مبیع به انضمام خسارات دادرسی صادر گردیده با توجه به محتویات پرونده و رسیدگی‌های انجام شده و محتویات پرونده استنادی کلاسه ۹۰۱۷۰۲ اجرای احکام کیفری دادرسی عمومی و انقلاب شاهین شهر وارد است زیرا اولاً توضیحات ذیل مبایعه نامه عادی شماره ۴۶۳ مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ مستند دعوا که به موجب آن آقایان «ف-ر» و «م-م» مالکیت خود در زیر زمین مسکونی تجاری پلاک ۳۰۱/۴۹۹۳۶ را به آقای «س-م» فروخته‌اند شرط فعل نیست بلکه توافق طرفین در نحوه پرداخت ثمن معامله و معوض مبیع و تعهد خریدار آقای «س-م» به انتقال سه دانگ از آپارتمان‌های واقع در خیابان چمران اصفهان و شهید رجایی شاهین شهر از آقای «ح-ص» خریداری کرده، به عنوان ثمن معامله بوده است که تجدید نظر خواه به شرح ظهر مبایعه نامه‌های شماره ۲۹ مورخه ۸۶/۱۰/۱۴ و ۳۱ مورخ ۸۶/۱۰/۱۴ مقدار یک و نیم دانگ از هر کدام از آپارتمان‌های خیابان شهید چمران اصفهان و شهید رجایی شاهین شهر که در قبال فروش زیرزمین مسکونی خدماتی به آقای «ص» خریداری کرده است را به تجدیدنظر خواندگان واگذار نموده و تعهد خود مندرج در ذیل مبایعه نامه عادی ۸۶/۱۰/۵ را انجام داده است ثانیاً متعاقب مشکلاتی که در واگذاری آپارتمان واقع در خیابان‌های شهید چمران اصفهان و شهید رجایی شاهین شهر به وجود آمده تجدیدنظر خواه و تجدید نظر خواندگان به عنوان مالکین آپارتمان‌های مذکور توافق



جدیدی با آقای «ح-ص» نموده‌اند و آقای «ح-ص» و هر کدام از تجدید نظر خواندگان یک واحد آپارتمان مسکونی به مساحت ۹۰ متر مربع از مجموعه ۹ واحدی واقع در خیابان شهید رجایی و دو واحد آپارتمان نیز به تجدید نظر خواه واگذار نموده است و پس از آن نیز طرفین در تاریخ های ۸۷/۴/۱۰ و ۸۷/۶/۱۵ توافق هایی در مورد نحوه ساخت و واگذاری ۴ واحد آپارتمان اخیرالذکر در مجموعه ۹ واحدی با آقای «ح-ص» انجام داده‌اند ثالثاً پس از اینکه مشخص می‌شود آقای «ح-ص» مجموعه نه واحدی را به ۱۳ نفر فروخته و مرتکب فروش مال غیر شده است آقایان «ف-ر» و «م-م» و «س-م» با انتخاب وکیل واحد نسبت به طرح شکایت کیفری علیه آقای «ح-ص» با موضوع فروش مال غیر و کلاهبرداری و تحصیل مال از طریق نامشروع در دادسرای عمومی و انقلاب شاهین شهر به استناد قراردادهای خرید ۴ واحد آپارتمان از مجموعه ۹ واحدی واقع در خیابان شهید رجایی نموده‌اند که پس از رسیدگی در شعبه اول بازپرسی دادسرای مذکور و ارسال به دادگستری شاهین شهر به موجب دادنامه شماره ۶۲۶ مورخ ۱۳/۸/۸۹ صادره از شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی شاهین شهر که به تایید شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان طی دادنامه شماره ۷۰۶ مورخ ۵/۱۸/۹۰ رسیده است آقای «ح-ص» به اتهام کلاهبرداری در انتقال مال غیر به تحمل هفت سال حبس و جزای نقدی و رد مال به ۶۲ نفر از شکات از جمله آقایان «ف-ر» و «م-م» و «س-م» محکوم شده است با توجه به مراتب به نظر این دادگاه تعهد تجدیدنظر خواه در ذیل مبایعه نامه عادی مورخ ۱۵/۱۰/۸۶ انجام و سپس با توافق تجدید نظر خواندگان با آقای «ح-ص» تبدیل و توافق های بعدی که تجدید نظر خواندگان با آقای «ح-ص» داشته‌اند و چون اثر تبدیل تعهد سقوط تعهد بعدی و ایجاد تعهد ثانوی است بنابراین تعهد آقای «س-م» در ذیل مبایعه نامه مورخ ۸۶/۱۰/۱۵ ساقط و تجدید نظر خواندگان حق مراجعه به تعهد سابق را ندارند از این روی این دادگاه با انطباق تجدیدنظر خواهی تجدیدنظر خواه با بنده ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته را شایسته نقد دانسته و به استناد مواد ۲ و ۳۵۸ همان قانون دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و قرار عدم استماع خواهان بدوی صادر می‌نماید صادر و اعلام می‌نماید و در خصوص تجدیدنظر خواهی آقایان «ف-ر» و «م-م» و «س-م» با وکالت خانم «ر-ب» نسبت به قسمت دیگر داد نامه مذکور که به موجب آن قرار عدم استماع دعوی ابطال سند رسمی موضوع پلاک ثبتی فلان بخش ۱۶ ثبت اصفهان و خلع ید از ملک



موضوع دعوا صادر گردیده با توجه به محتویات پرونده وارده نبوده و با رد آن مستند به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی دادنامه نامه تجدید نظر خواسته در این بخش تایید می‌گردد. این رای قطعی است.

استدلال قضات محترم دادگاههای بدوی و تجدیدنظر و اظهارات وکلای طرفین صحیح نمی‌باشد هر چند رای دادگاه بدوی در نتیجه صحیح است و به موجب آن رای زیرزمین به صاحبانش بازگردانده می‌شود ولی استدلال مخدوش و غلط است. موارد سقوط تعهدات در ماده ۲۶۴ قانون مدنی مطرح شده است با مراجعه به قانون مدنی، اصول و مبانی حقوقی و نظریات دکترین حقوقی رای نهایی صادر شده از دادگاه بدوی و دادگاه تجدیدنظر صحیح نمی‌باشد و منجر به تضييع حق شده است. نگارنده ابتدا ماهیت عقد بیع و در قسمت بعد ماهیت تبدیل تعهد<sup>۲</sup> و استدلال دادگاه و وکلای طرفین در هر دو قسمت را مورد نقد و بررسی قرار داده است و در نهایت نتیجه‌ای از مجموعه یافته‌ها مطرح شده است.

## ۲- ماهیت عقد بیع محدود به روابط طرفین

بین طرفین دادرسی و شخص ثالثی که نام ایشان در رای وجود دارد ولیکن جزو طرفین دادرسی نیستند سه مرتبه عقد بیع واقع شده است. و در هر سه مورد آپارتمان‌هایی که هر بار با عنوان ثمن یا مبیع مورد معامله قرار گرفته‌اند وجود خارجی نداشته‌اند.

الف) بیع واقع شده مابین خواننده پرونده آقای «س-م» و آقای «ح-ص» در تاریخ ۸۶/۱۰/۱۴ نسبت به آپارتمان‌های واقع در خیابان شهید چمران اصفهان و خیابان رجایی شاهین شهر.

ب) بیع واقع شده مابین خواهان‌ها و خواننده مورخه ۸۶/۱۰/۱۵ مبیع زیر زمین مسکونی تجاری پلاک ۳۰۱/۴۹۹۳۶ در ازای سه دانگ از آپارتمان‌های واقع در خیابان

---

۲. ماهیت عقد بیع و ماهیت تبدیل تعهد در مقاله حاضر در حدود انطباق تحلیل اعمال حقوقی روابط طرفین بررسی و واکاوی شده است و از تحلیل مفصل و دقیق به دلیل از دوری اطاله کلام اجتناب شده است زیرا مقاله حاضر این تحلیل دقیق را بر نمی‌تابد.



چمران اصفهان و خیابان رجایی شاهین شهر.

پ) بیع واقع شده مابین آقایان «ف - ر» و «س - م» با آقای «ح - ص» که تاریخ آن در دادنامه‌های بدوی و تجدیدنظر مضطرب است<sup>۳</sup>، به موجب این معامله مالکین مشاعی، آپارتمان‌های واقع در خیابان چمران اصفهان و رجایی شاهین شهر را به آقای حسین صدری واگذار و در مقابل آن ۴ واحد از مجموعه ۹ واحدی خیابان رجایی را به عنوان ثمن خریداری می‌نمایند.

۲-۱- بیع عقدی تملیکی و معوض است از اطلاق ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف کرده استفاده می‌شود که عوض در عقد بیع می‌تواند کالا یا خدمات یا حق امتیاز باشد و ضرورتی ندارد در عقد بیع عوض پول باشد (امامی، ۱۳۸۱: ۲۰)، همانگونه که عقد بیع دوم پرونده واقع شده ما بین خواهان‌ها و خوانده مذکور ثمن معامله عین معین است. در میان فقیهان و دکترین حقوقی مورد اتفاق است که بیع عقدی مجانی نیست و عوضین در برابر هم قرار می‌گیرند «وجود ثمن از ارکان ذات و جوهر بیع است، یعنی اگر تملیک عین در برابر ثمن نباشد نمی‌توان قرارداد را بیع نامید» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۰).

۲-۲- استدلال شعبه ۳۱ مبنی بر اینکه خوانده محترم با واگذاری آپارتمان‌ها در ذیل مبیعه نامه تعهد خود را انجام داده است صحیح نیست. زیرا مبیعه نامه تنها سند مثبت بیع است و به مجرد وقوع بیع مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به فروشنده منتقل می‌شود، به موجب بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ... ۳- عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید؛ ۴- عقد بیع مشتری را به تادیه ثمن ملزم می‌کند». تعهد به تسلیم عین معین به عنوان ثمن معامله از تعهدات اصلی عقد بیع است و مشتری ملزم به تسلیم ثمن به عنوان عین معین است.

۲-۳- ماده ۳۶۷ قانون مدنی به بیان مفهوم تسلیم و قبض پرداخته است مطابق این ماده «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء

---

۳. در دادنامه بدوی و کیل «س-م» تاریخ این بیع را ۸۷/۴/۲۰ اعلام نموده در حالیکه دادگاه تجدیدنظر برای این بیع و توافقات بعدی در مورد نحوه ساخت و واگذاری دو تاریخ ۸۷/۴/۱۰ و ۸۷/۶/۱۵ را اعلام کرده است.



تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت از استیلاى مشتری بر مبیع» منظور از تسلیم تنها مفهوم مادی و محسوس آن نیست و قبض مادی نیز اگر همراه با تسلط خریدار بر مبیع نباشد تسلیم محسوب نمی‌شود مفهوم معنوی و عرفی تسلیم این است که مبیع چنان در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف او را مسلط بر مال بداند اگر چه قبض وسیله شایع و عرفی این عمل است. حتی اگر بپذیریم که گاه تسلیم تنها با تراضی طرفین و بدون هیچ اقدام خارجی دیگر محقق می‌شود در پرونده فوق‌الذکر در هنگام معامله این تصور برای فروشندگان وجود دارد که آپارتمان‌های مذکور (ثمن معامله) دارای وجود خارجی و خریدار قادر بر تسلیم آنها است در حالی که این گونه نیست و ثمن هیچ گاه به فروشندگان تسلیم نشده است.

بنابراین اظهار من الشمس است که این استدلال وکیل محترم «...از آقای «ح-ص» خریداری و در مورخ ۱۵/۱۰/۸۶ به خواهان‌ها حسب شرط آنها در ثبتی قرارداد واگذار می‌نماید و حال اگر آپارتمان‌ها مستحق للغير درآمد هیچگونه ربطی به موکل ندارد...» صحیح نیست.

۲-۳- عقد بیع از عقود معاوضی است یعنی عین مالی که فروخته می‌شود با مال دیگر مبادله می‌شود از معوض بودن بیع و پیوستگی دو عوض در آن نتایج مهمی به بار می‌آید که از جمله‌ی آنها است: ۱- در صورتی که تعهد به یکی از دو عوض به صورتی باطل باشد، تعهد به عوض مقابل آن نیز خود به خود از بین می‌رود برای مثال اگر معلوم شود که مبیع ملک دیگری بوده است و فروشنده حق واگذاری آن را نداشته خریدار نیز از دینی که درباره پرداختن قیمت داشته است بری خواهد شد در پرونده مورد مطالعه از بند دوم استدلال شعبه ۳۱ بر می‌آید امکان تسلیم وجود ندارد و بنا بر اظهارات خواهان‌ها و وکیل ایشان اصلاً آپارتمان‌ها وجود خارجی نداشته‌اند و حتی خواننده در اجرای قرار معاینه محلی و تحقیق محلی قادر به معرفی آن نبوده است و ادعای عدم وجود خارجی آپارتمان‌ها در هیچ یک از مراحل دادرسی توسط خواننده یا وکیل ایشان تکذیب نشده است و بلکه حتی توافقی برای برطرف کردن مشکل عدم قدرت بر تسلیم ثمن عین معین وجود دارد و این خود دلیل صحت عدم وجود خارجی ثمن است در چنین شرایطی که یکی از عوضین عقد معاوضی باطل است عقد بیع واقع شده نیز مستند به ماده ۳۶۱ قانون مدنی باطل است و ذمه فروشندگان بری است و خواننده مکلف به بازگردان مبیع از تاریخ آشکار شدن فساد در معامله است.



### ۳- ماهیت تبدیل تعهد محدود به روابط طرفین

طرفین تبدیل تعهد عبارتند: از متعهد و متعهدله و توافق می‌شود که یکی از طرفین تغییر یا موضوع یا منشا تعهد تغییر کند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۵۲-۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۲۶). تبدیل در لغت به معنای بدل کردن و بدل چیزی آوردن است یا بدل کردن چیزی به چیزی و یا عوض کردن چیزی با چیز دیگر است (دهخدا، ۱۳۹۰: ۲۴۲) و تعهد در لغت به معنای عهد، نو کردن، تازه کردن پیمان، سرانجام کار کسی به ذمه خود گرفتن آمده است (دهخدا، ۱۳۹۰: ۲۶۰). یکی از حقوق دانان در تعریف تعهد آورده است «رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری مکلف به انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری می‌شود، خواه سبب ایجاد رابطه عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۰) می‌توان تبدیل تعهد را پایان بخشیدن به تعهد موجود با تراضی طرفین به ایجاد تعهد جدید تعریف کرد. مطابق ماده ۲۹۲ قانون مدنی «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود:

۱- وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود؛

۲- وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید؛

۳- وقتی که متعهد له مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید.»

تعهد دارای چهار رکن است موضوع، منشا یا سبب، متعهد و متعهدله، طرفین می‌توانند با تراضی با تغییر هر یک از این چهار رکن تعهد موجود را ساقط و تعهد جدیدی جایگزین نمایند.

۳-۱- تبدیل تعهد دارای ماهیت قراردادی است و دو طرف تراضی یک عمل حقوقی را انشا می‌کنند که متضمن پیدایش تعهد جدید است فلذا با اراده یک طرف محقق نمی‌شود و نیازمند اراده دو طرف خواهد بود، شعبه ۳۱ در استدلال سوم خود توافق واقع شده مابین آقایان «ف - ر» و «م - م» و «س - م» با آقای «ح - ص» را تبدیل تعهد دانسته است این در حالی است که مطابق تعاریفی که از تبدیل تعهد و انواع آن ارائه شد برای تبدیل تعهد طرفین تعهد موجود با یکدیگر تراضی می‌کنند و تعهد موجود را ساقط و تعهد جدیدی جایگزین تعهد سابق می‌نمایند در حالی که توافق انجام شده مورد اشاره





شعبه ۳۱ مابین طرفین تعهد قبلی نیست و حتی اگر بپذیریم که طرفین همزمان موضوع تعهد و متعهد را تغییر داده‌اند، همانطور که صراحتاً در بند ۲ ماده ۲۹۲ ذکر شده است این روش از تبدیل تعهد نیازمند رضایت متعهدلهم است زیرا ارکان هیچ حقی را نمی‌توان بدون رضایت صاحب آن تغییر داد و وضعیت مالی و شخصیت متعهد موثر در ایفای تعهد و کیفیت آن است این درست در حالی است که عدم رضایت و عدم امضای احد از متعهدلهم (م.م) به صراحت در متن رای بدوی ذکر شده است، پس نمی‌توان مدعی شد که آنچه اینجا رخ داده است تبدیل تعهد است زیرا اولاً مابین طرفین تعهد سابق نیست و ثانیاً بدون ترازی با احد از متعهد لهم واقع شده است.

۳-۲- تبدیل تعهد نوعی قرارداد معوض است که عوضین در آن عبارتند از ۱- سقوط تعهدات سابق ۲- پیدایش تعهد جدید، مانند عوضین در هر معامله معوض دیگری بین آن دو ملازمه وجود دارد یعنی پیدایش تعهد جدید با زوال تعهد قبلی ملازم و همزمان است، بنابراین پس از تشکیل این قرارداد هرگاه آشکار شود که تعهد سابق باطل بوده است و وجود حقوقی نداشته است یا موضوع تعهد جدید باطل بوده است معلوم می‌گردد که یکی از عوضین محقق نشده و در نتیجه تعهد جدید نیز به وجود نیامده است و تعهد سابق کماکان باقی است.

استدلال شعبه ۳۱ از این جهت نیز خدشه بر آن وارد است اولاً همانگونه که در بخش اول نوشتار حاضر مطرح و بررسی شد عقد بیع از عقود معاوضی است و هرگاه آشکار شود یکی از عوضین باطل است عقد نیز باطل است بنابراین تبدیل تعهد مورد استناد شعبه ۳۱ تعهد موجود باطل است و بنابراین تبدیل تعهد انجام شده به این دلیل صحیح نیست، ثانیاً حتی اگر بیع واقع شده ما بین خواهان‌ها و خوانده را صحیح بدانیم با آشکار شدن ابطال موضوع تعهد جدید مستند به رای قطعی کیفری شماره ۷۰۶ مورخ ۹۰/۵/۱۸ مجموعه ۹ واحدی موضوع تعهد جدید مال غیر است و متعهد آقای «ح - ص» حق انتقال آن به غیر را نداشته است و به اتهام کلاهبرداری و انتقال مال غیر به تحمل ۷ سال حبس و جزای نقدی محکوم شده است، باز هم تبدیل تعهد به دلیل ابطال تعهد جدید باطل است و تعهد سابق کماکان باقی است.

۳-۳- تبدیل تعهد از جنبه موضوع نیز صحیح نیست زیرا موضوع تبدیل، مال کلی یا تعهد به انتقال مال معین متعلق به خود متعهد باید باشد ولیکن در پرونده حاضر موضوع تعهد یعنی آپارتمان‌های ثمن معامله به مجرد وقوع بیع به ملکیت متعهدلهم درآمده و



موضوع تعهد وفای به عهد با تسلیم ثمن معین است که مالکیت آن متعلق به متعهدلهم است و مطابق نظریه دکترین در صورتی که مورد تعهد عین معین متعلق به متعهد له باشد و طرفین توافق کنند که به جای آن مال معین دیگری تسلیم شود، مانند اینکه مورد تعهد، تسلیم فرش متعلق به متعهد له باشد و به جای آن، یک دستگاه تلوزیون به متعهد له تسلیم شود، به نظر می‌رسد که قرارداد مزبور، تملیک عین در برابر عین و یک عقد معاوضه و یا در مواردی بیع باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۶؛ بیات، ۱۳۹۸: ۲۴۲)

۳-۴- تبدیل تعهد همان گونه که در بند یک بخش دوم این نوشتار بررسی شد دارای ماهیت قراردادی است بنابراین وجود شرایط کلی مربوط به قراردادها برای تبدیل تعهد و نفوذ آن ضروری است و برای اینکه تعهدی جدید ایجاد شود باید شرایط عمومی و اختصاصی تبدیل تعهد وجود داشته باشد. شرایط عمومی در تبدیل تعهد از طریق موضوع و منشأ، داین و مدیون باید قصد و رضا داشته باشند و در تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد قصد و رضای متعهد جدید و متعهدله لازم است به همین ترتیب موضوع تعهد سابق و جدید باید معلوم و معین مشروع و قابل تصرف باشد و تعهد جدید باید دارای جهت مشروع باشد و نیز موضوع تعهد سابق متعلق حق اشخاص دیگر قرار نگرفته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۰۴-۲۰۵؛ شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۵۳) و در پرونده فوق الذکر هیچ یک از شرایط عمومی جهت ایجاد تعهد جدید و سقوط تعهد سابق وجود ندارد.

از سوی دیگر شرایط اختصاصی تبدیل تعهد نیز وجود ندارد و اولین و مهم ترین گام تبدیل تعهد که وجود تعهد صحیح قبلی است را دارا نمی‌باشد در تبدیل تعهد تعهدی که باید جای خود را به تعهد دیگر بدهد باید صحیح باشد در صورتی که بعداً معلوم شود که تعهد قبلی باطل بوده است کشف خواهد شد که تعهد جدید به وجود نیامده و تبدیل تعهد واقع نگردیده است لذا در صورت کشف بطلان تعهدات قبلی معلوم می‌گردد که آنچه مورد مقصود طرفین بوده است نمی‌توانسته است واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۰۶). حتی پیدایش تعهد جدید نیز با توجه به اینکه عین معین موضوع تعهد جدید مال غیر بوده است غیر ممکن است زیرا در تبدیل تعهد باید همزمان با سقوط تعهد قبلی، یک تعهد جدید به وجود آید بدین معنی که تعهد جدید باید دارای تمام شرایط صحت مربوط به خود باشد. در صورتی که معلوم شود تعهدات جدید به علت فقدان یکی از شرایط به وجود نیامده است کشف می‌گردد که تعهد قبلی ساقط نشده و تبدیل تعهد انجام نگردیده است.



#### ۴- نتیجه گیری

نتیجه گیری که می‌توان از مراتب فوق الذکر بدان دست یافت عبارت است از:  
 الف) وکیل خواهان می‌بایست دعوی ابطال بیع را مطرح می‌کرد نه فسخ قرارداد همانطور که بررسی شد بیع واقع شده به دلیل عدم موجودیت ثمن باطل بوده است، مطابق مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد و هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود، و از طرف دیگر عقدی قابل فسخ است که صحیح منعقد شده باشد و عقد باطل تحقق پیدا نکرده است که قابل فسخ باشد.

ب) تبدیل تعهد عقدی معوض است سقوط تعهد پیشین و ایجاد تعهد ملازم با هم انجام می‌شود و هر یک سبب دیگری است پس سقوط و ایجاد تعهد تجزیه ناپذیر است و بسیط است و وضع هر کدام در دیگری اثر دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۰۷).

از سوی دیگر اصل عدم تبدیل تعهد است و زمانی می‌توان به تبدیل تعهد حکم کرد و وثایق و توابع تعهد را ساقط شده دانست که در ایجاد تعهد جدید تردید نباشد، در پرونده فوق الذکر از هر جهت مساله بررسی شود هیچ تبدیل تعهدی صورت نگرفته است هیچ تعهدی صحیحی وجود نداشته که تعهد جدیدی ایجاد شود، برفرض تعهد صحیح وجود داشته است موضوع تعهد جدید مال متلق به غیر بوده است پس باز هم تعهد جدیدی ایجاد نشده است و از همه مهم تر و اظهر الشمس طرفین تبدیل تعهد در تعهد جدید ایجاد شده با طرفین تعهد سابق متفاوت است و اگر آپارتمانهای خیابان چمران اصفهان و شهید رجایی حتی وجود می‌داشتند باز هم آنچه میان طرفین تحقق یافته بود بیع و یا معاوضه است نه تبدیل تعهد، و این عدم تفکیک اعمال حقوقی طرفین دادرسی و عدم توجه به ماهیت اعمال حقوقی منجر شده تا این دادنامه بیشتر داغی باشد بر پیشانی عدالت تا احقاق حق.

#### منابع و مأخذ:

- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). سقوط تعهدات. ایران. تهران: مجد
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). درس هایی از عقود معین. ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). نظریه عمومی تعهدات. ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار



# بررسی مرجع صالح در رسیدگی به دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبت، با توجه به رای وحدت رویه شماره ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور

منصور انجم شعاع<sup>۱</sup>

## چکیده

از دیرباز یکی از موضوعات مورد اختلاف در میان قضات و وکلا، تعیین مرجع صالح در رسیدگی به دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبت بوده است و معمولاً این اختلاف نظر بر این مسأله متمرکز می‌گردد که آیا صلاحیت یک مرجع غیر دادگستری می‌تواند نافذ صلاحیت عام مراجع دادگستری باشد یا خیر؟ این موضوع در نهایت هیات عمومی دیوان عالی کشور را متقاعد نمود تا با صدور یک رای وحدت رویه، به اختلاف نظرها پایان دهد. اما متأسفانه رای مورد نظر نتوانسته به چنین مقصودی دست یابد و خود با ابهامات جدی روبرو است که اکنون نیاز است از آن گره‌گشایی شود. در این مختصر سعی نمودیم ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف، به بررسی رای وحدت رویه پرداخته و در انتها به ابهامات آن پاسخ دهیم.

کلمات کلیدی: صلاحیت، ابطال عملیات اجرایی، رای وحدت رویه

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان

## مقدمه

به موجب ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲/۰۶/۲۷ ترتیب اجرای مفاد اسناد رسمی و عملیاتی که اجرا متوقف بر آن است... و نیز ترتیب شکایت از طرز عمل و اقدامات اجرایی و مرجع رسیدگی به آن و به طور کلی آنچه برای اجرای اسناد رسمی لازم است، طبق آیین نامه وزارت دادگستری خواهد بود و در این راستا قوه قضاییه به موجب ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۷۸/۰۶/۱۱، مرجع رسیدگی به چنین شکایاتی را تعیین نموده و مقرر کرده است هر کس (اعم از متعهد سند و هر شخص ذینفع) که از عملیات اجرایی شکایت داشته باشد، می تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارایه مدارک به رییس ثبت محل تسلیم کند و رییس ثبت مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل رأی صادر نماید و به نظر می رسد رسیدگی به چنین شکایات و دعاوی در صلاحیت یک مرجع غیر دادگستری (رییس ثبت محل) قرار گرفته است، اما از دیرباز در خصوص صلاحیت مرجع فوق جهت رسیدگی به شکایات نسبت به عملیات اجرایی و تقابل آن با صلاحیت عام مراجع دادگستری، اختلاف نظرهای جدی وجود داشته است. مساله از آنجا نشات می گیرد که رییس اداره ثبت محل در عمل و در مقام رسیدگی، در صورتی شکایت مدعی را وارد تشخیص می دهد که مستند او سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه باشد. در غیر اینصورت به شکایت معترض ترتیب اثر داده نشده و شکایت وی رد می گردد، زیرا ترتیب اثر دادن به مستندات عادی معترض، مستلزم رسیدگی قضایی به دلایل اوست و مسلماً چنین امری از صلاحیت رییس ثبت محل خارج است. به همین دلیل از دیرباز دو نظر متفاوت در این خصوص شکل گرفته است؛ تعدادی از دادگاهها بر این دیدگاه بوده اند که رسیدگی به هرگونه شکایت نسبت به عملیات اجرایی ثبت در صلاحیت رییس اداره ثبت محل است و صلاحیت مرجع مذکور، نافی صلاحیت مراجع دادگستری است اما تعداد دیگری از دادگاهها بر این دیدگاه بوده اند که صلاحیت رییس ثبت محل، نافی صلاحیت عام مراجع دادگستری نیست و در صورتی که مستندات معترض عادی و مستلزم رسیدگی قضایی باشد، می تواند به دادگاهها عمومی حقوقی مراجعه نموده و تقاضای ابطال عملیات اجرایی ثبت را نماید. در نهایت هیات عمومی دیوان عالی کشور با صدور یک رای وحدت رویه، قصد داشته این اختلاف نظر را خاتمه دهد، اما به نظر می رسد در این مقصود موفق



نبوده است. به منظور آشنایی با دیدگاه هر دو گروه در رویه قضایی، ابتدا نمونه‌ای از آرای ایشان را ذکر کرده، سپس به موشکافی رای وحدت رویه فوق می‌پردازیم.

## مبحث اول: نمونه آرای هر دو گروه

### الف) نمونه آرای موافقین با صلاحیت ذاتی رییس اداره ثبت محل و نفی صلاحیت از مراجع دادگستری

۱- در پرونده کلاسه ۹۱۰۷۳۲ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تبریز، وکیل خواهان دعوی به خواسته توقیف و ابطال عملیات اجرایی موضوع اجرائیه ثبتی شماره ۱۳۸۲۸/م راجع به توقیف پلاک ثبتی ۱۹۴۰۷ فرعی از یک اصلی بخش ۹ تبریز طرح نموده و اظهار کرده است، به موجب قرارداد عادی مورخ ۸۵/۷/۱۶ یک واحد آپارتمان به صورت پیش فروش از پلاک ثبتی ۱۹۴۰۷ طبقه سوم غربی ابتدایی از خوانده ردیف اول در ملکیت و تصرف موکل او قرار دارد، لیکن اجرای ثبت از بابت اجرای مهریه خوانده ردیف دوم (همسر فروشنده) بدون بررسی لازم سند شماره ۱۹۴۰۷ را توقیف و تأمین نموده است و چون در تاریخ توقیف (۹۱/۱۰/۴) یک واحد از پلاک موصوف، متعلق به موکل او بوده و ارتباطی به خوانده ردیف اول نداشته است، لذا انجام خواسته مورد تقاضا است. دادگاه در وقت فوق العاده، ختم دادرسی اعلام و به موجب رأی شماره ۹۱/۱۱/۳-۱/۱۰۰۹۷۸ اعلام نموده است: «... نظر به ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا... قرار عدم صلاحیت به شایستگی رییس ثبت اسناد و املاک تبریز صادر و اعلام می‌دارد...» سپس پرونده در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال شده و شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۸۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۲ چنین رأی می‌دهد:

خواسته دعوی، توقیف و ابطال عملیات اجرایی موضوع اجرائیه ثبتی شماره ۱۳۸۲۸/م نسبت به یک واحد آپارتمان مورد خریداری خواهان از پلاک ثبتی شماره ۱۹۴۰۷ فرعی از یک اصلی بخش ۹ تبریز می‌باشد. نظر به اینکه مطابق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷ تکلیف رسیدگی در صلاحیت رییس ثبت اسناد و املاک محل بوده و رأی شماره ۱۰۰۹۷۸-۹۱/۱۱/۳ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تبریز نتیجتاً بر وفق موازین قانونی است، علی‌هذا ضمن تأیید رأی مرقوم و اعلام صلاحیت رییس ثبت اسناد و املاک تبریز در

رسیدگی به قضیه مطروحه، مقرر می دارد دفتر پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مرجع ذی ربط اعاده نماید.

۲- شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران در خصوص دعوی به خواسته ابطال اجرائیه شماره ۳۴۲/ب/۴۶۸ مورخ ۹۰/۴/۳۰ صادره از دفتر اسناد رسمی شماره ۴۶۸ تهران و بطلان عملیات اجرایی مبنی بر تخلیه مورد اجاره موضوع پرونده اجرایی کلاسه ۹۰/۱-۲۶۰۱ اداره اجرای اسناد رسمی با توجه به اینکه دلایل خواهان دلالت بر رابطه استیجاری قبل از سال ۷۶ و حاکمیت قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بر رابطه قراردادی طرفین داشته است، مستنداً به مواد ۱ و ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر ابطال اجرائیه و عملیات اجرایی موصوف صادر می نماید، سپس نسبت به رای صادره تجدید نظر خواهی گردیده و شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب رای شماره ۱۴۰۴-۲۲۳۷۰-۹۱۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ و با این استدلال که «در دعاوی ابطال عملیات اجرایی اداره ثبت و ابطال اجرائیه ثبتی بین این دو خواسته از نظر مرجع رسیدگی و یا تصمیماتی که صورت می گیرد فرق واضح وجود دارد. مطابق ماده یک قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر رسمی مصوب ۱۳۲۲/۶/۲۷ هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا قانون دانسته و یا از جهت دیگری از این دستور شکایت داشته باشد، می تواند اصلاح یا ابطال اجرائیه ثبتی را درخواست نماید اما ابطال عملیات اجرایی ثبت مطابق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۸۷/۶/۱۱ با ذکر دلیل و ارایه مدارک به رییس ثبت محل تسلیم می شود.» در نهایت با استناد به صدر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته در خصوص ابطال عملیات اجرایی ثبت، مستنداً به مواد فوق الذکر و ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم استماع دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبت را صادر و مفاد رای صادره در خصوص بطلان اجرائیه را تایید می نماید.

## ب- نمونه آرای موافقین با صلاحیت عام مراجع دادگستری در رسیدگی به دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبت

۱- شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی ارومیه در دعوی به خواسته صدور دستور موقت بر توقف عملیات اجرایی در پرونده کلاسه ۹۳۰۰۶۰۱ و صدور حکم بر ابطال عملیات



اجرائی ثبت در پرونده مذکور، ضمن اعلام اینکه رسیدگی به دعوی ابطال یا اصلاح اجرائیه ثبتی و توقیف عملیات اجرائی در صلاحیت دادگستری است، لیکن دعوی ابطال عملیات اجرائی و دستور موقت راجع به آن طبق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۸۳ در صلاحیت رییس اداره ثبت محل است، قرار عدم صلاحیت به اعتبار شایستگی صلاحیت اداره ثبت ارومیه صادر و پرونده را جهت تعیین به دیوان عالی کشور ارسال نمود که شعبه ۱ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۵۱۰۰۶۱۰۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۱۷ بدین شرح رای صادر نموده است: «با بررسی مندرجات پرونده امر و گزارش عضو ممیز، نظر به اینکه درخواست ابطال عملیات اجرائی در صلاحیت محاکم دادگستری است، لذا با اصلاح قرار عدم صلاحیت صادره از دادگاه مزبور در این قسمت پرونده امر برای ادامه رسیدگی به دادگاه یاد شده اعاده می‌گردد اما در مورد دیگر قسمت خواسته مبنی بر تقاضای توقف عملیات اجرائی... به شرح مرقوم به استناد مقررات ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به تأیید قرار مورد صلاحیت صادره به شایستگی رییس ثبت مربوطه اصدار رأی می‌نماید.»

۲- شعبه سیزدهم دادگاه عمومی حقوقی ارومیه در پرونده کلاسه ۹۱۰۸۶۳ به‌خواسته ابطال عملیات اجرای ثبت و توقیف عملیات اجرا، با صدور دادنامه شماره ۱۹۴-۹۲/۱۳۰-۱۳۹۲/۲/۳۰ به شایستگی مرجع مقرر در ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای اسناد لازم‌الاجرا از خود نفی صلاحیت نموده و پرونده جهت تشخیص صلاحیت به دیوان عالی کشور ارسال گردیده و پرونده به شعبه اول دیوان عالی کشور ارجاع گردیده و شعبه مذکور به موجب دادنامه شماره ۳۹۷۰۳۰۶۱۰۰۹۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۲۹ بدین شرح رای صادر نموده است:

با ملاحظه مجموع اوراق پرونده و گزارش عضو ممیز در مورد قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی ارومیه، با توجه به اینکه خواسته ابطال عملیات اجرائی در صلاحیت دادگاه می‌باشد نه در صلاحیت مرجع غیرقضایی و موضوع مذکور از شمول مقررات ماده ۱۶۹ قانون مورد استناد و رأی وحدت رویه مستند دادگاه بدوی خارج است، لذا این قسمت از قرار عدم صلاحیت نقض می‌شود و پرونده جهت ادامه رسیدگی در این خصوص به دادگاه بدوی اعاده می‌گردد اما در خصوص درخواست توقیف عملیات اجرائی به استناد مقررات ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به تأیید قرار عدم صلاحیت مذکور اصدار رأی می‌نماید.



## مبحث دوم: تلاش دیوان عالی کشور جهت ایجاد وحدت رویه

دیوان عالی کشور در نهایت و به منظور ایجاد وحدت رویه و ختم اختلاف نظرهای فوق، در تاریخ ۹۸/۹/۲۶ اقدام به صدور رای وحدت رویه شماره ۷۸۴ نمود که با بررسی دقیق این رای مشخص می‌گردد رای صادره با ابهاماتی مواجه است که حل مساله را دشوارتر مینماید. شرح مختصر این رای چنین است: حسب محتویات پرونده ۹۵۰۰۰۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور، در تاریخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۵ دعوی بخواسته صدور حکم به ابطال عملیات اجرایی اداره ثبت شهرستان مرند و توقیف آن طرح گردیده و شعبه چهارم دادگاه عمومی مرند طی دادنامه شماره ۱۳۵۲/۱۳۹۰-۹۴۰۹۹۷۴۱۵۳۹۰-۲۴/۱۱/۹۴ مستنداً به ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مرجع رسیدگی به اعتراض ثالث نسبت به عملیات اجرایی ثبت و ابطال آن را در صلاحیت اداره ثبت مرند دانسته و با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال نموده و شعبه مذکور طبق دادنامه ۱۰۰۰۱۹ - ۲۴/۱/۹۵ چنین رأی می‌دهند: «با توجه به خواسته و توضیحات خواهان در دادخواست تقدیمی قرار صادره از دادگاه منطبق با محتویات پرونده و قوانین موضوعه است و طبق ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از قوانین ثبتی و ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی رسیدگی به شکایت در صلاحیت رییس ثبت اسناد و املاک مربوطه است. مستنداً به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی قرار صادره نتیجتاً تأیید می‌گردد.»

بر اساس محتویات پرونده ۹۸۰۴۶۵ شعبه ۴۳ دیوان عالی کشور، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان طی دادنامه شماره ۱۷۵۳/۱۰/۶/۹۸۲۰ در خصوص دعوی مطروحه از سوی خواهان به طرفیت خواندگان به خواسته اعتراض به توقیف یک دستگاه اتومبیل پراید و با ادعای مالکیت نسبت به آن، با استناد به ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرای، قرار عدم صلاحیت به شایستگی رییس اداره ثبت مریوان صادر و پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال نموده که شعبه ۴۳ دیوان عالی کشور طی دادنامه ۴۹۵ - ۹/۷/۹۸ چنین رای صادر نموده است: «قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی مریوان که طی آن به صلاحیت رسیدگی اداره ثبت مریوان اظهار نظر شده است موجه و صحیحاً صادر نشده است زیرا ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرای اداره ثبت



ناظر به پس از صدور دستور اجرا و در مرحله عملیات اجرایی و نحوه آن است و موضوع منصرف از ادعای خواهان که در واقع درخواست ابطال اجرائیه را نموده و با ادعای مالکیت نسبت به خودرو موضوع دعوی که یک امر ترافعی است و نیاز به بررسی و تحقیق قضایی دارد با مواد قانون اصلاح بخشی از مواد قانون ثبت منطبق است و افزون بر آن با توجه به صلاحیت عام محاکم دادگستری در رسیدگی به دعاوی مطروحه، لذا قرار عدم صلاحیت صادره را قابل تأیید ندانسته و پرونده را جهت ادامه رسیدگی به شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان ارجاع می‌نماید.»

و اگرچه شعبه ۴۳ دیوان عالی کشور موضوع دعوی را ابطال اجرائیه و نه ابطال عملیات اجرایی دانسته و تشابه موضوعی مورد نیاز جهت طرح در هیأت عمومی دیوان عالی کشور وجود نداشته است، اما به نظر می‌رسد هیأت عمومی دیوان عالی کشور که از اختلاف نظرهای طولانی در این خصوص اطلاع داشته با چشم پوشی از این امر چنین رای صادر نموده است: «نظر به این که طبق ماده ۸۵ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲/۶/۲۷ ترتیب شکایت از طرز عمل و اقدامات اجرایی و مرجع رسیدگی به آن و به طور کلی آنچه برای اجرای اسناد رسمی لازم است طبق آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ ریاست قوه قضاییه است و ماده ۱۶۹ این آیین نامه، مرجع صالح برای رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی را رییس ثبت محل تعیین کرده است و در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح و اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست، بنابراین رأی شعبه ۳ دیوان عالی کشور که بر این مبنا صادر شده است، به اکثریت آراء اعضای حاضر صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود و طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»

### مبحث سوم: بررسی رای وحدت رویه

به موجب رای وحدت رویه فوق، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، صلاحیت رییس اداره ثبت محل در رسیدگی به اعتراض نسبت به عملیات اجرایی ثبت را مانع مراجعه‌ی مدعی به محاکم دادگستری جهت اثبات حقانیت خود ندانسته و به نظر می‌رسد رای



مذکور نظر کسانی را تایید می کند که اعتقاد دارند صلاحیت رییس ثبت محل نافعی صلاحیت عام مراجع دادگستری نیست، اما هیات عمومی دیوان عالی کشور در نهایت رای شعبه ی سوم دیوان عالی کشور را تایید نموده که قرار عدم صلاحیت صادره به شایستگی رییس اداره ثبت محل را تایید نموده و دادگاه بدوی را مجاز به رسیدگی به دعوی ابطال عملیات اجرایی ندانسته است و حال این سوال مطرح می شود که اگر هیات عمومی دیوان عالی کشور اعتقاد به صلاحیت ذاتی رییس ثبت محل داشته است، پس منظور از مراجعه مدعی به محاکم دادگستری جهت اثبات حقانیت خود چیست؟ نماینده محترم دادستان کل کشور در این خصوص اعتقاد دارد: «مشکل موجود ناظر بر زمانی است که شخص معترض ثالث به عملیات اجرایی ثبتی فاقد سند رسمی برای اثبات ادعای خویش است و در هر دو پرونده مطروحه این امر محرز است و اصولاً رؤسای ادارات ثبت، چنین اعتراضاتی را رد می کنند و معترضان به محاکم مراجعه و جهت جلوگیری از عملیات اجرایی اقامه دعوی می کنند. راه حل قضیه این است که در چنین وضعیت هایی اشخاص ثالث با اقامه دعوی اصلی مربوط به هر موضوع، از ظرفیت دستور موقت که تأسیسی عام محسوب می گردد استفاده نمایند. مثلاً در موضوعات مطروحه می توانند دعاوی اثبات وقوع بیع و اثبات مالکیت مطرح نمایند.» و شاید منظور هیات عمومی دیوان عالی کشور از مراجعه مدعی به محاکم دادگستری، طرح دعاوی است که نماینده محترم دادستان کل کشور از آن به عنوان دعاوی اصلی یاد کرده است، مانند دعوی اثبات مالکیت یا تنفیذ قرارداد. اما به نظر می رسد چنین پیشنهادی به هیچ عنوان نمی تواند راه حل مناسبی برای حل این مشکل باشد. زیرا رویه محاکم قضایی بر آن است که دعاوی مانند اثبات مالکیت یا اثبات وقوع بیع یا تنفیذ قرارداد مخصوصاً در جایی که موضوع دعوی مال غیر منقول ثبت شده است را نمی پذیرند و حال سوال این است که در چنین شرایطی چه باید کرد؟ برای مثال حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۷۰۱۴۵ مطروحه در شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، به موجب قرارداد مشارکت تنظیمی بین خوانده به عنوان مالک شش دانگ زمین و خواهان ها به عنوان پیمانکار، احداث یک مجتمع تجاری و اداری بر عرصه

۲. متن کامل اظهار نظر نماینده محترم دادستان کل کشور در مقدمه رای وحدت رویه و در

تارنمای روزنامه رسمی کشور قابل ملاحظه است



پلاک ثبتی مذکور در تعهد خواهان‌ها قرار گرفته و به موجب پیوست شماره هشت قرارداد، سهم خواهان‌ها از اجرای قرارداد تعداد ۱۴ واحد مشخص از مجتمع تعیین گردیده و پس از صدور اسناد تفکیلی نسبت به واحدهای احداثی، به موجب تقسیم نامه مضبوط در پرونده پلاک‌های ثبتی هر ۱۴ واحد مشخص گردیده و خوانده موظف بوده النهایه تا تاریخ ۱۳۹۶/۳/۳۰ اقدام به انتقال رسمی واحدهای مذکور به خواهان‌ها نماید اما قبل از انتقال رسمی، تعدادی از پلاک‌های موصوف در ازای دیون خوانده و به موجب اجرائیه‌های صادره از اداره اجرای اسناد رسمی اصفهان توقیف می‌گردد و بر اساس قرارداد مشارکت نیز حل و فصل کلیه اختلاف‌ها به داور مرضی الطرفین سپرده شده است، لیکن با توجه به اینکه ادارات ثبت به رای داوری نیز ترتبی اثر نمی‌دهند، خواهان‌ها دعوی به خواسته تنفیذ قرارداد مشارکت و تقسیم نامه در شعبه ۱۲ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان طرح نموده که شعبه مذکور به موجب دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۳۵۱۲۰۰۵۵۸ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۱۲ با این استدلال که اصل بر صحت هر قراردادی است و مدعی بطلان باید اقامه دعوی نماید، دعوی خواهان‌ها را قابل استماع ندانسته و رای مذکور در شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان تایید می‌گردد و این رای و آرای متعدد مشابه دیگر که از محاکم دادگستری صادر گردیده<sup>۳</sup> جملگی موید این امر است که پیشنهاد نماینده محترم دادستان کل کشور به هیچ عنوان نمی‌تواند راه حلی برای این مساله باشد. اما بهتر است برای یافتن راه حل این موضوع، بررسی نماییم چه دلایلی برای توجیه صلاحیت عام مراجع قضایی در رسیدگی به چنین دعاوی وجود دارد؟

**مبحث چهارم: بررسی ادله توجیه کننده صلاحیت عام مراجع قضایی در رسیدگی به دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبت**  
بطور کلی می‌توان به سه دلیل عمده در این خصوص اشاره کرد:

۳. برای مثال دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۷۹۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۱۲۶۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۴ شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۴۵۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۲ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که جملگی در تارنمای پژوهشگاه قوه قضاییه قابل ملاحظه است.



اول آنکه، به موجب اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری مرجع عام رسیدگی به دعاوی و شکایات است و تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است. به همین دلیل ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، رسیدگی به دعاوی را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و انقلاب دانسته جز آنکه قانون مرجع دیگری تعیین کرده باشد و آیین نامه نمی‌تواند رسیدگی به دعوائی را از صلاحیت مراجع دادگستری خارج نماید و چنین امری صرفاً در صلاحیت قانون و قانون گذار است (فتاحی، ۱۳۹۵: ۱۰۳). البته باید توجه داشت همان طور که پیشتر بیان شد و در رای وحدت رویه نیز به آن اشاره شده است، آیین نامه مورد نظر به تجویز ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲/۰۶/۲۷ مرجع صالح جهت رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی را تعیین نموده است و به نظر می‌رسد این تفویض اختیار از نظر هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز ایرادی نداشته است، اگرچه به نظر نگارنده چنین تفویض اختیاری با اصول قانون اساسی و قوانین موضوعه مغایرت دارد.

دومین دلیل آن است که صلاحیت مراجع غیر قضایی در مقابل مراجع قضایی امری استثنایی است و این مراجع صرفاً صلاحیت رسیدگی به اموری را دارند که صراحتاً در صلاحیت آن‌ها قرار گرفته و صلاحیت ایشان باید محدود و در حدود نص تفسیر شود و هرگاه در رسیدگی به امر معینی در صلاحیت مرجع عمومی تردید شود، با استناد به اصل باید مرجع عمومی را صالح دانست (شمس، ۱۳۸۹: ۷۱). از سوی دیگر صلاحیت هر مرجع ارتباط مستقیم با صلاحیت مقام رسیدگی کننده آن دارد. به عبارت بهتر، قانون گذار همانطور که دادگستری را مرجع عام رسیدگی به دعاوی دانسته است، به قضات اختیارات کامل و کافی جهت رسیدگی به هر دعوی و شکایتی را اعطا نموده است و اگر معتقد باشیم رسیدگی به هرگونه شکایت از عملیات اجرایی ثبت در صلاحیت رییس ثبت محل است، مقام مذکور به منظور رسیدگی باید اختیار لازم جهت بررسی هرگونه دلیل (اعم از عادی و رسمی) را داشته باشد و اگر معتقد هستیم رییس ثبت محل یک مقام قضایی نبوده و حق اظهار نظر قضایی ندارد و نمی‌تواند به دلایل عادی معترض رسیدگی نماید، بنابراین زمانی که رسیدگی به اعتراض مستلزم اظهار نظر قضایی در خصوص دلایل عادی طرفین است، چنین امری از صلاحیت مرجع مقرر در ماده ۱۶۹ آیین نامه مرقوم، خروج موضوعی داشته و با توجه به صلاحیت عام مراجع قضایی، رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه‌های عمومی حقوقی خواهد بود و مسلماً نمی‌توان اعتقاد داشت



رسیدگی به هرگونه شکایت از عملیات اجرایی با رییس ثبت محل است، اما مقام مذکور صلاحیت رسیدگی به مستندات عادی معترض و اظهار نظر در خصوص آن را ندارد! جالب آن است چنین دیدگاهی در آرای وحدت رویه نیز منعکس شده و هیات عمومی دیوان عالی کشور در جایی که رسیدگی به موضوع واجد آثار حقوقی و مستلزم رسیدگی قضایی بوده است، صلاحیت مراجع غیر قضایی را نفی نموده است. به عنوان نمونه هیات عمومی دیوان عالی کشور به موجب رای وحدت رویه شماره ۵۰۴ مورخ ۱۳۶۶/۰۲/۱۰ اعلام نموده است: درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس از مسایلی است که واجد آثار حقوقی می‌باشد و از شمول بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است. هم چنین مرجع فوق به موجب رأی وحدت رویه شماره ۵۱۲-۱۳۶۷/۸/۲ اشعار داشته است: دعوی راجع به ابطال واقعه فوت یا رفع این واقعه از اسناد ثبت احوال علاوه بر اینکه متضمن آثار حقوقی می‌باشد از مشمول ماده ۳ قانون ثبت احوال خارج و رسیدگی به دعوی مزبور در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است.

سومین دلیل که مبتنی بر یک رای وحدت رویه می‌باشد آن است که صلاحیت مراجع غیر قضایی نافعی صلاحیت عام مراجع قضایی نمی‌باشد. هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای شماره ۵۶۶ مورخ ۱۳۸۰/۰۹/۲۷ اعلام نموده است: «طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و همان طوری که هیأت عمومی دیوان عالی کشور قبلاً و در رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹-۱۳۷۰/۱۰/۱۰ اعلام نموده دادگستری مرجع رسمی تظلمات و رسیدگی به شکایات است و صلاحیت مراجع غیردادگستری صلاحیت عام مراجع دادگستری منتفی نمی‌نماید و براین اساس صلاحیت اداره تحقیق اوقاف در رسیدگی به موضوع تعیین متولی مانع از این نیست که دادگاه عمومی به دعوی مزبور رسیدگی نماید. بنابراین دادنامه شماره ۲۲/۲۷۲/۷۸-۱۳۷۸/۵/۳۱- شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص داده می‌شود. این رأی که به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری صادر گردیده برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

و رای وحدت رویه شماره ۵۶۹ که در رای فوق بدان اشاره گردیده است بیان می‌دارد: «دادگستری مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و شکایات می‌باشد و اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر این امر تأکید دارد. الزام قانونی مالکین



به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند بنابراین رأی شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص می‌شود. این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است»

### مبحث پنجم: پاسخ به مساله و نتیجه گیری

اکنون به سوال اول خود بازمی‌گردیم: منظور هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه اخیر خود مبنی بر آنکه «در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح و اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست» چیست؟ به نظر می‌رسد دو پاسخ بیشتر به این پرسش وجود ندارد: اولین پاسخ (همانند نظر معاون محترم دادستان) آن است که معتقد باشیم مدعی می‌تواند با طرح دعوی اصلی مبنی بر اثبات مالکیت یا تنفیذ قرارداد، ادعای خود را از طریق دادگاه ثبات نموده و با رای مذکور به رییس ثبت محل مراجعه کرده و به عملیات اجرای ثبت معترض شود. لیکن همانطور که بررسی شد، چنین دعوی در دادگستری اقبالی نداشته و معمولاً با قرار عدم استماع دعوی مواجه می‌شود و اگر معتقد باشیم پیشنهاد معاون محترم دادستان تنها راه حل موجود است و هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز چنین نظری داشته است، باید بپذیریم از این پس دادگاهها موظف به پذیرش دعوی اثبات مالکیت یا تنفیذ قرارداد حتی در خصوص اموال غیر منقول ثبت شده هستند و البته باید فکری هم به حال دعوی نمود که در گذشته طرح شده و دادگاهها آن را نپذیرفته‌اند (مانند دعوی که در این مقاله شرح آن بیان شد) و مهمتر از همه باید معتقد باشیم می‌توان از طریق دستور موقت مانع ادامه یافتن روند اجرایی پرونده در اداره اجرای اسناد رسمی شد و البته باید فکری هم به حال معترضی کنیم که مجبور است برای اثبات حقانیت خود و جلوگیری از روند اجرای ثبت، مبلغ قابل توجهی جهت صدور دستور موقت به صندوق دادگستری بسپارد و هرکه چنین مبلغی ندارد باید نظاره گر مالی باشد که به راحتی از دست او خارج می‌شود، زیرا تا بخواهد رای به نفع او صادر و قطعی گردد، به احتمال زیاد پرونده‌ی اجرایی در اداره اجرای اسناد رسمی ختم شده و مال به فروش رفته است!



پاسخ دوم که دیدگاه نگارنده این مقاله نیز می‌باشد آن است که معتقد باشیم در رای وحدت رویه مذکور هیات عمومی دیوان عالی کشور علیرغم آنکه رسیدگی به اعتراض نسبت به عملیات اجرایی ثبت را در صلاحیت یک مرجع غیر قضایی اعلام نموده، چنین امری را مانع مراجعه مدعی به محاکم دادگستری ندانسته و نظر به اینکه هیات عمومی دیوان عالی کشور در آرای گذشته خود (من جمله رای وحدت رویه شماره ۵۶۶) صراحتاً اعلام نموده است صلاحیت مراجع غیر قضایی نافه صلاحیت عام مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی نیست و رای وحدت رویه جدید الصدور نیز صراحتاً مغایر با آرای وحدت رویه سابق نبوده که مستنداً به ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مدعی نسخ آرای وحدت رویه سابق باشیم، بنابراین زمانی که معترض چاره‌ای جز مراجعه به محاکم دادگستری نداشته و رییس ثبت محل به دلیل نداشتن صلاحیت لازم، امکان رسیدگی و اظهار نظر در خصوص مستندات معترض را ندارد و حتی امکان طرح دعاوی اصلی نیز وجود ندارد، معترض می‌تواند با مراجعه به محاکم دادگستری دعوایی به خواسته ابطال عملیات اجرایی ثبت طرح نماید و البته این نظر بدین معنی است که خود را صرفاً مقید به استدلال هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه بدانیم و از این نکته که در نهایت هیات عمومی دیوان عالی کشور چه رایی را تایید کرده است چشم پوشی کنیم. لازم به ذکر است هیات عمومی دیوان عالی کشور در وضعیت رای صادره از شعبه ۳ دیوان عالی کشور را تایید نموده که اگر نظری خلاف این داشت هم نمی‌توانست رای صادره از شعبه ۴۳ دیوان عالی کشور را تایید کند، زیرا در رای شعبه ۴۳ دیوان عالی کشور، با این استدلال که دعوی مطروحه ابطال اجراییه بوده، نه ابطال عملیات اجرا و ابطال اجراییه مستنداً به ماده ۱ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی در صلاحیت محاکم قضایی است، اعتقاد به صلاحیت محاکم دادگستری داشته و اساساً در خصوص خواسته ابطال عملیات اجرایی ثبت، آرای متعارضی از شعب دیوان صادر نشده که موجب صدور یک رای وحدت رویه باشد. البته در این میان نباید از رای پر ابهام هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز چشم پوشی کرد که بار این تفسیر و رفع اشکالات ایجاد شده از ظاهر آن را بر عهده‌ی حقوق دانان قرار می‌دهد تا برای یافتن راهی جهت جلوگیری از تضییع حقوق مردم، به هزار و یک دلیل متوسل شوند.





## منابع

### کتاب و مقالات:

- شمس، عبدالله. (۱۳۸۹). آیین دادرسی مدنی دوری پیشرفته. جلد نخست چاپ بیست و دوم، صفحه ۷۱، شماره ۷۹
- فتاحی، مهدی. (۱۳۹۵). مرز تفکیک صلاحیت، در دعاوی راجع به اعتراض به عملیات اجرایی ثبت و ابطال دستور اجرا. فصلنامه قضاوت. شماره ۸۷، صفحات ۹۹ الی ۱۱۸

### سایت:

- سامانه آرا و رویه قضایی پژوهشگاه قوه قضاییه به آدرس:  
▪ <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>



# قرارهای تأمین کیفی اطفال و نوجوانان در قانون آیین دادرسی کیفی

سارا بهادران<sup>۱</sup>

## چکیده

آنچه میان همه سیاست مداران و حاکمان مسلم است، اتخاذ سیاست‌های جنایی افتراقی در جهت حمایت بیشتر از اقشار آسیب پذیر جامعه است. همانا کودکان یکی از این اقشار می‌باشند که حمایت از آنها دولت‌ها را به سمت تصویب و الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی سوق داده است. در راستای سیاست‌های جنایی افتراقی و همسو با خواست‌های بین‌المللی قانون‌گذار ما اقدام به تصویب قوانین جدیدی چه در بعد شکلی و چه در بعد ماهوی برای اطفال و نوجوانان نموده است. از آنجایی که اطفال و نوجوانان نیز در صورت ارتکاب بزه درگیر فرایند دادرسی می‌گردند و صدور قرار تأمین کیفی در مرحله تحقیقات دارای اهمیت فراوان می‌باشد در این تحقیق به بررسی نقاط قوت و ضعف ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفی که در همین راستا به تصویب رسیده است می‌پردازیم.

کلمات کلیدی: اطفال، نوجوانان، فرآیند دادرسی، قرارهای تأمین کیفی

قبل از ورود به سابقه تقنینی قرارهای تأمین کیفی در خصوص اطفال و نوجوانان لازم به ذکر است که اصل لزوم رعایت منافع عالیه کودکان به عنوان اقشار آسیب‌پذیر اجتماع در حقوق موضوعه کشورها به ویژه کشورهای همانند کشور ما که به معاهده حقوق کودک ملحق شده‌اند و از این حیث تعهد بین‌المللی در زمینه اجرای مفاد معاهده دارند ایجاب می‌کند که قوانین کیفی اعم از شکلی و ماهوی آنان متضمن اصول

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانشجوی دکتری حقوق جزا



راهبردی برای حمایت از کودکان باشد. (مؤذن زادگان، ۱۳۸۷: ۳۷-۳۸) از همین روی قانون‌گذار در تمامی دوران همواره از سیاست‌های افتراقی در خصوص اطفال و نوجوانان استفاده نموده است.

یکی از وظایف اساسی و راهبردی مراجع ذیصلاح انتظامی و قضایی در دادرسی ویژه اطفال، قضازدایی یا پرهیز از ورود اطفال و نوجوانان در مرحله دادرسی کیفری یا اجتناب از تحقیقات و محاکمه رسمی و یا در صورت ضرورت ورود ایشان به فرآیند دادرسی کیفری، به حداقل رساندن مواجهه با اطفال و نوجوانان است. (بدری، ۱۳۹۶: ۶۷) از همین روی عده‌ایی از حقوق‌دانان لزوم رعایت قاعده اقتضاء را در خصوص اطفال و نوجوانان ضروری می‌دانند.

قاعده اقتضای تعقیب در قلمرو جرائم اطفال و نوجوانان به معنای آن است که مقام تعقیب می‌تواند بر اساس صلاحدید خود بعضی از پرونده‌های کیفری این قشر را تعقیب نکند و در موقعیتی که شاکیان پرونده به تعقیب قضایی کودکان معارض با قوانین اصرار دارند اهمیت این صلاحدید مقام قضایی صد چندان می‌شود. (نوروزی - مهرا - صفاری - مهدوی ثابت، ۱۳۹۶: ۱۸۱)

با این وجود گاهی ورود اطفال و نوجوانان به فرآیند دادرسی اجتناب‌ناپذیر است. یکی از مراحل مهم رسیدگی‌های کیفری مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد که صدور قرار تأمین کیفری در این مرحله از اهمیت زیادی برخوردار است. در راستای اعمال سیاست‌های افتراقی که بدان اشاره گردید قانونگذار برای صدور قرارهای تأمین کیفری در خصوص اطفال و نوجوانان همواره مقررات خاصی را پیش‌بینی نموده است که با توجه به تغییرات به عمل آمده در این خصوص در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ این مقاله به بررسی نقاط ضعف و قوت آن‌ها خواهد پرداخت.

پیشینه صدور قرارهای تأمین کیفری برای اطفال به ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاه‌های اطفال بزهدار مصوب ۱۳۳۸/۹/۱۰ برمی‌گردد. قانونگذار در این ماده اشعار می‌داشت: «در جریان تحقیقات مقدماتی به تشخیص دادگاه مخصوص اطفال ممکن است طفل به قسمت نگهداری موقت کانون اصلاح و تربیت اعزام گردد یا به ولی یا به سرپرست او تسلیم شود با التزام به این که هر وقت دادگاه اطفال، او را خواست معرفی نماید و در صورت عدم معرفی وجه التزام را بپردازد.»

نگهداری طفل در کانون اصلاح و تربیت و تسلیم به والدین یا سرپرست، دو تصمیم



بود که مقنن آن قانون به عنوان قرار در فرآیند رسیدگی به جرایم ارتكابی اطفال مورد پذیرش قرار داده بود. تبصره همان ماده نیز قرار نگهداری موقت اجباری در کانون اصلاح و تربیت را در خصوص اطفالی که به سبب ارتكاب جنایاتی که مجازات آن حبس موبد یا اعدام بود، پیش‌بینی کرده بود.

بعد از آن قانونگذار در ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ بیان نمود: «در جریان تحقیقات چنانچه ضرورتی به نگهداری طفل نباشد برای امکان دسترسی به او و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن وی با توجه به نوع و اهمیت جرم و دلایل آن حسب مورد با رعایت مقررات مذکور در مبحث دوم از فصل چهارم باب اول این قانون یکی از تصمیمات ذیل اتخاذ خواهد شد:

الف- التزام ولی یا سرپرست قانونی طفل یا شخص دیگری به حاضر کردن طفل در موارد لزوم با تعیین وجه التزام اعتبار افراد مذکور باید احراز گردد.

ب- ولی یا سرپرست طفل یا شخص دیگری برای آزادی طفل وثیقه مناسب (به نظر دادگاه) بسپارد.

**تبصره یک:** در صورتی که نگهداری طفل برای انجام تحقیقات یا جلوگیری از تبانی نظر به اهمیت جرم ضرورت داشته باشد یا طفل ولی یا سرپرست نداشته یا ولی یا سرپرست او حاضر به التزام یا دادن وثیقه نباشند و شخص دیگری نیز به نحوی که فوقاً اشاره شد التزام یا وثیقه ندهد طفل متهم تا صدور رأی و اجرای آن در کانون اصلاح و تربیت به صورت موقت نگهداری می‌شود.

**تبصره دو:** اگر در حوزه دادگاه کانون اصلاح و تربیت وجود نداشته باشد به تشخیص دادگاه در محل مناسب دیگری نگهداری خواهد شد.»

قانونگذار در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی هم در قوانین شکلی و هم در قوانین ماهوی تغییراتی در خصوص اطفال و نوجوانان به عمل آورد از جمله این تغییرات مباحث مربوط به قرارهای تأمین کیفری قابل صدور برای اطفال و نوجوانان می‌باشد رویکرد ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری همسو با ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی در بحث پاسخ دهی به اطفال بزهکار است. لذا در همین راستا دخالت خانواده نه تنها در مرحله اعمال مجازات بلکه در فرآیند دادرسی نیز مورد توجه قرار گرفته است. ناگفته پیداست که خانواده یکی از مهمترین ابزارهای نظام عدالت کیفری اطفال در نیل به اهداف تربیتی و حمایتی است (میرکمالی-حسینی، ۱۳۹۵:



۲۵۷). لذا ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری در این راستا به شرح ذیل به تصویب رسید: «در جریان تحقیقات مقدماتی مرجع قضایی حسب مورد اطفال و نوجوانان موضوع این قانون را به والدین، اولیاء یا سرپرست قانونی یا در صورت فقدان یا عدم دسترسی و یا امتناع از پذیرش آنان به هر شخص حقیقی یا حقوقی که مصلحت بداند می‌سپارد اشخاص مذکور ملتزمند هرگاه حضور طفل یا نوجوان لازم باشد او را به مرجع قضایی معرفی نمایند. افراد پانزده تا هجده سال نیز شخصاً ملزم به معرفی خود به دادگاه می‌باشند. در صورت ضرورت، اخذ کفیل یا وثیقه تنها از متهمان بالای پانزده سال امکان‌پذیر است در صورت عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه یا در مورد جرائم پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۷ این قانون دادرسی یا دادگاه می‌تواند با رعایت ماده ۲۳۸ این قانون قرار نگهداری موقت آنان را در کانون اصلاح و تربیت صادر کند.

**تبصره ۵:** قرار نگهداری موقت تابع کلیه آثار و احکام قرار بازداشت موقت است.»

اولین نوآوری که قانونگذار به عمل آورده است این می‌باشد که قرارهای تأمین نوجوانان را از بزرگسالان جدا نمود و قرارهای تأمین کیفری اطفال و نوجوانان را در یک دسته قرار داده است. قانونگذار در کنار قرارهای تأمین کیفری سه گانه کفالت، وثیقه و نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت که برای اطفال و نوجوانان در نظر گرفته است، اقدام به پذیرش اقدام تأمینی موسوم به سپردن نموده است. با عنایت به پیش‌بینی این امر به عنوان اولین اقدام تأمینی و نیز بیان ضرورت در قسمت دوم ماده ۲۸۷ جهت صدور قرارهای تأمین کیفری در خصوص اطفال و نوجوانان به نظر می‌رسد که سپردن این افراد به اشخاص مذکور در ماده به عنوان اصل و صدور قرارهای تأمین کیفری به عنوان استثناء بر اصل بیان شده است به عبارت اخری صدور هر قراری نیازمند احراز ضرورت است و سپردن تنها اقدامی است که نیازمند توجیه خاصی از سوی مقام قضایی نیست. (مؤذن زادگان - غلامی، ۱۳۹۷: ۱۰۵)

مسأله تناسب نتیجه منطقی اصل ضرورت است چرا که مدلول اصل ضرورت در حوزه حقوق عمومی این است که اعمال قدرت عمومی امری استثنایی و خلاف اصل است که مجاز نیست مگر در مورد ضرورت (رجب، ۱۳۹۶: ۶۶). ضعف این قسمت از ماده این امر می‌باشد که قانونگذار از ماهیت سپردن و ضمانت اجرای عدم معرفی طفل توسط اشخاص مذکور در ماده سخنی نگفته است. عده‌ای معتقدند با عنایت به این که قانون‌گذار در



قسمت دوم ماده ۲۸۷ از قرار کفالت سخن گفته است، بنابراین ماهیت سپردن با قرار کفالت تفاوت دارد از همین روی اشخاص ذکر شده در ماده را نمی‌توان کفیل دانست همچنین آوردن «سپردن» در کنار سایر قرارهای تأمین کیفری به معنای جعل امری جدا از آن‌ها می‌باشد. ضمن آنکه در قرارهای تأمین پس از صدور قرار به شخصی که تأمین را می‌سپارد شرایط صدور قرار تأمین و ضمانت اجرای آن تفهیم و موافقت وی جلب می‌گردد، در حالی که در سپردن، مقید کردن افراد برخلاف قواعد کلی در خصوص قرارهای تأمین است. لذا به نظر می‌رسد ماده ۲۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۸۷ که التزام ولی یا سرپرست قانونی طفل یا اشخاص دیگر را بیان می‌داشت راساً بود زیرا در صورتی که این افراد طفل را حاضر نمی‌نمودند دستور ضبط وجه التزام از سوی دادستان صادر می‌شد، در حالی که اکنون ضمانت اجرایی جهت عدم معرفی و حاضر نمودن طفلی که سپرده شده است پیش‌بینی نگردیده است.

عده‌ای از حقوق‌دانان جهت پر کردن این خلأ قانونی بیان داشتند که در این صورت عمل شخص مشمول ماده ۵۵۳ قانون تعزیرات می‌باشد که اشعار می‌دارد: «هر کس شخصی را که قانوناً دستگیر شده و فرار کرده یا کسی را که متهم است به ارتکاب جرمی و قانوناً امر به دستگیری او شده است مخفی کند یا وسایل فرار او را فراهم کند به ترتیب ذیل مجازات خواهد شد:

چنانچه کسی که فرار کرده محکوم به اعدام یا رجم یا صلب یا قصاص نفس و اطراف و یا قطع ید بوده مجازات مخفی کننده یا کمک کننده او در فرار حبس از یک تا سه سال است و اگر محکوم به حبس دائم یا متهم به جرمی باشد که مجازات آن اعدام یا صلب است محکوم به شش ماه تا دو سال حبس خواهد شد و در سایر حالات مجازات مرتکب یک ماه تا یک سال خواهد بود.»

البته باید توجه داشت که جهت اعمال مجازات این ماده بر اشخاص موضوع بحث، باید شرایط ذیل موجود باشد:

۱- مقام قضایی متعاقب عدم حضور طفل یا نوجوان دستور جلب او را صادر نموده باشد. بنابراین اگر طفل یا نوجوانی خود فرار کرده یا مخفی شده موجبی برای مسئول شناختن اشخاص نیست.

۲- ولی یا سایر اشخاص موجبات فرار یا مخفی شدن طفل یا نوجوان را فراهم نموده باشند.



۳- عنصر مادی این بزه که فعل مثبت فراری دادن یا مخفی کردن است باید توسط اشخاص ارتکاب یابد بنابراین اگر به عنوان مثال شخص از گزارش دادن محل اختفاء طفل یا نوجوان امتناع کند و یا از بیان این امر که چه کسی وی را فراری داده است امتناع نماید مشمول این ماده نمی‌باشد. در خصوص این شرط بیان این نکته ضروری است که اگرچه فراری دادن یا مخفی کردن زمانی مسئولیت‌زا است که قانوناً امر به دستگیری طفل یا نوجوان شده باشد اما از آنجایی که فراری دادن و مخفی کردن هر دو از جرایم مستمر می‌باشند در عمل تفاوتی نمی‌نماید که فراری دادن یا مخفی کردن قبل از صدور دستور جلب باشد یا بعد از آن.

۴- حاضر نکردن متهم به دلیل فراهم کردن موجبات فرار یا مخفی کردن وی باشد به عبارتی اگر به عنوان مثال والدینی به جهت غلبه احساسات و عواطف، طفل یا نوجوان خود را معرفی ننمایند مشمول این ماده نمی‌گردند از همین روی عده‌ایی بیان داشته‌اند در مواردی که عمل اشخاص در قالب ماده ۵۵۳ قانون تعزیرات نمی‌گنجد باید آن را مشمول ماده ۵۵۴ قانون مذکور بدانیم صراحت این ماده بیان می‌دارد «هر کس از وقوع جرمی مطلع شد و برای خلاصی مجرم از محاکمه و محکومیت مساعدت کند از قبیل اینکه برای او منزل تهیه کند یا ادله جرم را مخفی نماید یا برای تبرئه مجرم ادله جعلی ابراز کند حسب مورد به یک تا سه سال حبس محکوم خواهد شد.

**تبصره:** در موارد مذکور در ماده ۵۵۳ و این ماده در صورتی که مرتکب از اقارب درجه اول متهم باشد مقدار مجازات در هر مورد از نصف حداکثر تعیین شده بیشتر نخواهد بود».

در هر حال تردید وجود ندارد که حاضر نکردن طفل یا نوجوان از سوی اشخاص مذکور در ماده ۲۸۷ مشمول یکی از مواد ۵۵۳ یا ۵۵۴ قانون تعزیرات می‌باشد، اما پذیرش این نظر با این اشکال روبه‌رو می‌گردد که در این حالت در صورت تخلف کفیل یا وثیقه‌گذار در حاضر نمودن طفل یا نوجوان تنها ضمانت اجرای پیش‌بینی شده از سوی قانون‌گذار دستور ضبط وجه‌الکفاله یا وثیقه است اما در خصوص سپردن، تخلف اشخاص از حاضر نمودن طفل یا نوجوان مسئولیت کیفری حبس را برای اشخاص مذکور در ماده در پی خواهد داشت.

به دلیل بروز اشکالات مار الذکر عده‌ایی از حقوقدانان سپردن را تعهدی اخلاقی شبیه التزام به حضور به قول شرف می‌دانند که فاقد ضمانت اجرایی است که پذیرش این نظر



هم با این ایراد روبرو است که صدور قرار تأمین کیفری التزام به حضور با قول شرف، به نظر مقام قضایی رسیدگی کننده بستگی دارد که تحت شرایطی مانند شخصیت متهم، نوع جرم ارتكابی و... وی می‌تواند از صدور آن امتناع نماید اما در سپردن به عنوان اصلی‌ترین و اولین اقدام برای مقام قضایی تکلیف وجود دارد. از همین روی عده‌ایی ناگزیر، سپردن را یک تعهد اخلاقی اجتماعی ساده معرفی می‌نمایند. (مؤذن زادگان - غلامی، ۱۳۹۷: ۱۰۵ الی ۱۰۹)

در هر حال دکتربین معتقدند این افراد مسئولیت کفیل را ندارند و معتقدند در مورد متهمان زیر پانزده سال اقدامی جزء سپردن پیش‌بینی نشده است. (خالقی، ۱۳۹۷: ۳۶۱)

مطلب دیگر که در این خصوص قابل امعان نظر می‌باشد این است که قانونگذار با قید «امتناع از پذیرش» در ماده ۲۸۷ عملاً این حق را برای والدین قائل گردیده است که از قبول سپردن امتناع نمایند در حالی که مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگهداری طفل هم حق و هم تکلیف ابوبین است و مبرهن است که تکلیف قابل اسقاط و مصالحه نیست، لذا به نظر عده‌ایی این قسمت از ماده در تعارض آشکار با مقررات قانون مدنی است، در مقابل عده‌ایی دیگر جهت رفع تعارض و جمع دو ماده اینگونه بیان می‌دارند که ماده ۲۸۷ هم راجع به اطفال است و هم نوجوانان، ماده ۱۱۶۸ نگهداری طفل را حق و تکلیف می‌داند. لذا در جهت رفع تعارض باید قائل به این تفسیر شد که در خصوص اطفال، والدین امکان امتناع از پذیرش را ندارند. اما در خصوص فردی که از طفولیت و حضانت خارج شده است اما هنوز به سن رشد نرسیده است، والدین این اختیار را دارند که از سپرده شدن وی به خود امتناع کنند. این امر منطقی نیز به نظر می‌رسد که با توجه به تسلط والدین به صغار، والدین قادر به حاضر نمودن آن‌ها باشند. اما در خصوص نوجوانان این تسلط و قدرت کاهش می‌یابد شاید از همین روست که قانونگذار در ماده ۲۸۷ بیان داشته که افراد پانزده تا هجده سال می‌توانند شخصاً تعهد به حضور دهند. (مؤذن زادگان - غلامی، ۱۳۹۷: ۱۱۱-۱۱۲)

ضعف دیگری که به ماده ۲۸۷ وارد است بحث سپردن به اشخاص حقوقی است چرا که اولاً مشخص نشده است چه اشخاص حقوقی مدنظر قانونگذار بوده است یا چه اشخاص حقوقی برای این امر صلاحیت دارند ثانیاً ضمانت اجرای حاضر نکردن طفل یا نوجوان توسط شخص حقوقی چیست چراکه می‌دانیم موارد مسئولیت اشخاص حقوقی محدود است و استناد فعل یا ترک فعل به رفتارهای این اشخاص مشکل است. شاید





بتوان از اطلاق ماده ۶۶ اصلاحی قانون آیین دادرسی کیفری بیان داشت که منظور از اشخاص حقوقی در ماده ۲۸۷ سازمان‌های مردم‌نهادی است که اساسنامه آن در زمینه حمایت از کودکان و نوجوانان است. (مؤذن زادگان - غلامی، ۱۳۹۷: ۱۱۴)

بعد از اقدام تأمینی سپردن در ماده ۲۸۷ قانونگذار اولین قرار تأمینی را قرار کفالت دانسته است. آنچه از ظاهر متن ماده بر می‌آید این است که قانونگذار تکلیف معرفی کفیل را به خود متهم پانزده تا هجده ساله بار نموده است، که چندان منطقی به نظر نمی‌رسد که فرد پانزده تا هجده ساله قادر به معرفی شخص متمکنی به عنوان کفیل باشد که این اشکال در مورد قرار تأمین وثیقه نیز وجود دارد.

دومین قرار تأمین پیش‌بینی شده در ماده ۲۸۷ قرار وثیقه است که علاوه بر ایراد فوق اشکال مهم‌تری بدان وارد است که به شرح ذیل است: «از آنجایی که در صدور قرار وثیقه، وثیقه‌گذار می‌تواند متهم یا شخص ثالث باشد و از طرفی از ظاهر ماده بر می‌آید که مخاطب الزام به تودیع وثیقه، شخص متهم (نوجوان) است و نه والدین و سرپرست او حال سؤال این است که متهمی که سن او بین پانزده تا هجده سال می‌باشد و مطابق قانون راجع به رشد متعاملین به رشد نرسیده است و نمی‌تواند در امور مالی دخل و تصرف کند، چگونه میتواند وثیقه بسپارد. زیرا که از منظر قواعد مربوط به اهلیت مجبورین انشای تعهدات مالی صرفاً مضر توسط سفیه باطل است که صدور قرار وثیقه از این دست تعهدات می‌باشد در جهت رفع این ایراد هم اگر قائل به این امر شویم که منظور مقنن در این نوع قرار تنها ایداع وثیقه توسط شخص ثالث بوده است تفسیری مخالف ظاهر ماده به عمل آورده‌ایم». (مؤذن زادگان - غلامی، ۱۳۹۷: ۱۱۷ الی ۱۱۹)

سومین و شدیدترین قرار پیش‌بینی شده در ماده ۲۸۷ قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت است. تغییر مناسبی که در خصوص این قرار ایجاد شده است، تغییر رویکرد قانونگذار از اجباری بودن به اختیاری بودن صدور آن است عبارت «دادگاه یا دادسرا می‌تواند در موارد عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه و در جرایم پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۷...» بر اختیار قاضی تأکید نموده است.

برخلاف بازداشت موقت بزرگسالان در صورت عجز از معرفی کفیل یا ایداع وثیقه که مستقیماً منجر به بازداشت می‌شود، در مورد اطفال و نوجوانان باید قرار مستقل نگهداری در کانون اصلاح و تربیت صادر شود. به عبارتی اگر به دقت قانونگذار در نگارش ماده اعتماد کنیم و عبارت را حمل بر مقصود واقعی او نماییم، باید پذیرفت که در صورت



عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه باید قرار نگهداری موقت صادر نمود، نه صرفاً دستور اعزام به کانون اصلاح و تربیت (مؤذن زادگان-غلامی، ۱۳۹۷: ۳۶۱) و این امر حکایت از این دارد که قاضی حتی در مواردی که طفل یا نوجوان قادر به معرفی کفیل یا ایداع وثیقه نیست، تکلیف اجباری به صدور قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت را ندارد بلکه در این خصوص دارای اختیار است. البته عده‌ایی در مخالفت با این نظر بیان می‌دارند که در صورت پذیرش نظر گروه اول، طفل یا نوجوان می‌تواند بدون هیچ گونه تأمینی آزاد گردد. شاید بتوان گفت این گونه اقدامات در جهت نزدیک شدن به قوانین کنوانسیون‌های بین‌المللی در خصوص کودکان می‌باشد. بعنوان مثال اقدام فوق همسو با ماده ۳۷ کنوانسیون حقوق کودک است که بیان می‌دارد حکم زندانی شدن برای کودکان باید بعنوان آخرین امکان و آن هم برای مدتی بسیار کوتاه باشد.

ابهام دیگر که در خصوص این قرار می‌باشد این است که آیا برای نگهداری موقت طفل در کانون اصلاح و تربیت به لحاظ ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۲۳۷ و همچنین به جهت عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه نیز باید شرایط ماده ۲۳۸ احراز گردد؟

در این خصوص نیز دو نظر وجود دارد: عده‌ایی معتقدند از آنجایی که مطابق تبصره ماده ۲۸۷ نگهداری در کانون تابع کلیه احکام و آثار قرار بازداشت موقت است، باید قائل به این نظر شد که نگهداری موقت در کانون به لحاظ عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه نیاز به احراز شرایط ماده ۲۳۸ ندارد، اما ننگه داری در کانون به جهت ارتکاب جرایم مندرج در ماده ۲۳۷ نیاز به احراز شرایط مقرر در ماده ۲۳۸ را دارد و در مقابل عده‌ایی دیگر معتقدند از آنجایی که هدف قانونگذار این بوده که نگهداری در کانون به عنوان آخرین راه مورد استفاده قرار گیرد و با استناد به اصل تفسیر به نفع متهم باید قائل به این امر شد که وجود این شروط باید در مورد قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت به لحاظ عجز از معرفی کفیل یا تودیع وثیقه هم محرز گردد (مؤذن زادگان، غلامی، ۱۳۹۷: ۱۱۹ الی ۱۲۳).

اگر نوجوانی که برای او قرار نگهداری موقت صادر شده در جریان تحقیقات مقدماتی سن او از هجده سالگی تجاوز نماید، آیا باید محل نگهداری او را از کانون اصلاح و تربیت به زندان تغییر داد؟ عده‌ایی در پاسخ به این سؤال معتقدند با استناد به تبصره ۲ ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری که بیان می‌دارد تغییر سن موجب تغییر مرجع رسیدگی نمی‌شود بنابراین محل نگهداری تغییر نمی‌کند. پذیرش این نظر با این استدلال چندان



صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا قیاس مرجع رسیدگی به مرجع نگهداری قیاس مع الفارق به نظر می‌رسد. اینگونه به نظر می‌رسد که تمسک به ذیل ماده ۳۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری در این خصوص راهگشا باشد، چراکه بیان می‌دارد محکومان بالای سن هجده سال تمام در بخش نگه داری جوانان که در کانون اصلاح و تربیت ایجاد می‌شود نگه داری می‌شوند. به عبارتی زمانی که هدف قانونگذار از تصویب این ماده، این امر بوده است که به جهت جلوگیری از تبعات سوء زندان محکومان جوان را از سایر محکومان جدا نماید، به طریق اولی در خصوص متهمان نوجوان که در جریان تحقیقات مقدماتی بازداشت می‌شوند نیز این مقرر حکم می‌باشد.

از آنجایی که تبصره ماده ۲۸۷ بیان نموده است که کلیه آثار و احکام قرار بازداشت موقت در مورد نگهداری موقت نیز جایز است، باید گفت قرار نگهداری موقت باید به تأیید دادستان برسد- این قرار قابل اعتراض است- مهلت‌های یک ماهه و دو ماهه بازبینی باید در آن رعایت گردد.

### نتیجه‌گیری

هرچند قانونگذار در مبحث مربوط به قرارهای تأمین کیفری اطفال و نوجوانان قدم‌های مثبتی در راستای انطباق با حقوق کودکان و نوجوانان در کنوانسیون‌های بین‌المللی برداشته است، اما تنها یک ماده از قانون آیین دادرسی کیفری به این امر اختصاص یافته است که متأسفانه هنوز دارای ضعف‌ها و ابهامات بسیاری است که هم از نظر علمی و هم از نظر تئوریک محاکم و دکترین را دچار سردرگمی و تشتت آراء می‌نماید. امید است با انعکاس این موارد مقنن اهتمام خود را در جهت پررنگ نمودن نقاط قوت و از بین بردن نقاط ضعف به عمل آورد.

### منابع

کتب:

- خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ یازدهم، ویرایش پنجم، اردیبهشت ۹۷



## مقالات:

- مؤذن زادگان - غلامی ، حسنعلی - نبی اله ، ( واکاوی تحولات قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص قرارهای تأمین کیفری اطفال و نوجوانان ) ، فصل نامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده ، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ، شماره ۶۹.
- بدری ، علی ، ( دادرسی کیفری ویژه اطفال در حقوق ایران ) ، فصل نامه علمی حقوق قانون یار ، بهار ۱۳۹۶ ، دوره اول
- نوروزی - مهرا - صفاری - مهدوی ثابت ، بهروز - نسرين - علی - محمدعلی ، ( اصل اقتضاء تعقیب در قلمرو جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و انگلستان ) ، فصل نامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری ، زمستان ۱۳۹۶ ، شماره ۳۴
- رجب ، محمد علی ، ( اصل تناسب تأمین و جایگاه آن در نظام دادرسی کیفری ) ، تابستان ۱۳۹۶ ، شماره ۹۸
- مؤذن زادگان ، حسنعلی ، ( سیر تحول قوانین کیفری حمایتی کودکان و نوجوانان در حقوق ایران ) ، مجله حقوقی دادگستری ، بهار و تابستان ۱۳۸۷ ، شماره ۶۳ و ۶۲
- میرکمالی - حسینی ، سیدعلیرضا - انیسه ، ( دادرسی افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ) ، پژوهش نامه حقوق کیفری ، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ (پیاپی ۱۴) ، شماره دوم

## قوانین :

- کنوانسیون حقوق کودک مصوب بیست نوامبر ۱۹۸۹
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۱/۴
- قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۸



# نقدی بر رویه قضایی مرجع صالح و امکان ابطال پروانه ساختمانی

امید محمدی<sup>۱</sup>

در این پرونده شاکیان (۱- شرکت ستاره اطلس پارس ۲- شرکت ایرانیان اطلس ۳- بانک انصار) به موجب دادخواستی ابطال بند ۲ قسمت (ب) مصوبه ۹۵/۷/۱۹ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در مورد حذف پروژه احداث برج‌های ۲۸ طبقه در محدوده متروی حقانی را خواستار گردیده و در جهت تبیین خواسته اعلام کرده‌اند: «به موجب قرارداد سه جانبه فی ما بین شهرداری تهران، شرکت نوسازی اراضی عباس آباد و شرکت ایرانیان اطلس (یکی از شکات)، چندین پلاک ثبتی مستقر در بزرگراه حقانی موسوم به حقانی اول تا ششم به شاکیان واگذار گردید و پس از تجمیع، توافقاتی راجع به عوارض و هزینه‌های صدور پروانه ساخت اعم از عوارض تغییر کاربری، زیر بنا، مازاد تراکم، پذیره و... بین طرفین به عمل آمد. بر این اساس شهرداری منطقه ۳ مطابق با طرح جامع مصوب ۱۳۸۴ و طرح تفصیلی مصوب ۱۳۸۶ و سایر ضوابط حاکم اقدام به صدور پروانه ساخت شامل یک برج ۲۸ طبقه با کاربری اداری، تجاری و خدماتی در تاریخ ۹۲/۱۱/۵ نموده است. اکنون پس از گذشت ۶ سال از انتقال املاک موصوف و گذشت ۳ سال از تاریخ صدور پروانه و پیشرفت ۴۰ تا ۵۰ درصدی پروژه، مطابق با مفاد مصوبه معترض عنه مقرر شد: هیچگونه بارگذاری جدید صورت نگیرد و وضعیت موجود در ۳ طبقه تثبیت و بازنگری معماری طرح با تأکید بر حذف برج ۲۸ طبقه انجام و مدارک به تایید کمیته فنی شماره ۳ شورای عالی شهرسازی و معماری برسد. با این وصف:



اولاً: به موجب ماده ۴ قانون مدنی و حسب اصل عطف به ما سبق نشدن قوانین، شورای عالی شهرسازی و معماری بدون توجه به مصوبات قبلی خود در سال‌های ۱۳۸۴ و ۱۳۸۶ بر خلاف قوانین و مقررات، تصمیمی در قالب مصوبه مورد شکایت اتخاذ نموده که با حقوق مکتسبه شاکیان تعارض دارد و محکوم به بطلان است. ضمن آنکه رعایت قاعده مذکور برای دولت یا هر یک از وزیران در وضع تصویب نامه و آیین نامه اجباری است و دادرسی می‌تواند مستند به اصل ۱۷۰ قانون اساسی، از اجرای قواعد دولتی نسبت به گذشته خودداری کند.

ثانیاً: مطابق با طرح جامع مصوب ۱۳۸۴ و طرح تفصیلی مصوب ۱۳۸۶ که منجر به واگذاری اراضی و صدور پروانه ساختمان شده است، برای شاکیان حقوق مکتسبه‌ای ایجاد شده است. این در حالی است که با اجرای تصمیم شهرداری حقوق مذکور تضییع شده و با مسلمات شرعی و فقهی منجمله قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی منافات و معارضه دارد.

ثالثاً: وظایف و صلاحیت‌های شورای عالی شهرسازی و معماری ایران وفق ماده ۲ قانون تأسیس شورای عالی مصوب ۱۳۵۱ احصاء شده و لغو و ابطال پروانه‌های ساخت پروژه‌های در حال ساخت در صلاحیت آن شورا نیست. ضمن آنکه رأی شماره ۱۱۸۴ مورخ ۹۵/۱۱/۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بر همین مطلب تأکید دارد.

رابعاً: تصویب و اجرای مصوبه معترض عنه، به معنای ابطال پروانه ساختمان صادره از شهرداری تهران می‌باشد. این در حالی است که حسب بدیهیات حقوقی، ابطال هر مصوبه یا سند یا قرارداد در صلاحیت مراجع قضایی است. ضمن آنکه شهرداری به عنوان مرجع صالح جهت صدور پروانه ساخت طبق بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری می‌بایست تمامی قوانین و مقررات قانونی را رعایت نموده و در فرض عدم رعایت این امر نسبت به اشخاص ثالث بی‌تأثیر است.

شاکیان همچنین در پاسخ به اخطار رفع نقص، طی لایحه‌ای به تاریخ ۱۳۹۶/۱۲/۹ اعلام داشته‌اند که: مصوبه معترض عنه علیرغم مخالفت با قاعده لاضرر که در شرح دادخواست اشاره شد، با قاعده لاجرح نیز منافات دارد. چرا که تصویب آن توسط شورای عالی شهرسازی و معماری و توقف عملیات از سوی شهرداری تهران، از یک سو قراردادهای موکلین را با پیمانکاران متعدد تحت الشعاع قرار داده و تمامی پیمانکاران بدون توجه به قضیه فعلی مطالبات خود را تقاضا می‌نمایند و از سوی دیگر شاکیان را در



حرج غیر متعارف و غیر قابل تحمل (خصوصاً عسر و حرج مالی و اقتصادی) قرار داده و آنان را به سیل تقاضای پیش خریداران جهت تحویل به موقع واحدهای پیش فروش شده مواجه نموده است.

### متن مقررہ مورد شکایت

«در خصوص ایستگاه مترو حقانی (به عنوان مجتمع ایستگاهی)، به دلایل مغایرت-های بارگذاری و تراکمی با طرح مصوب قبلی و مسدود شدن کریدور بصری محور ساختاری و اصلی طرح جامع مصوب اراضی و تهدید قابلیت‌های این محور در طرح ویژه مقرر شده، هیچ گونه بارگذاری دید صورت نگرفته و وضعیت موجود در ۳ طبقه (با مساحت ۷۴۶۰۶ متر مربع)، تثبیت شود. لذا بازنگری معماری طرح با تاکید بر حذف برجهای ۲۸ طبقه، طراحی محدوده همسایگی و محوطه، بررسی احیاء کریدور اصلی دید و منظر شمالی-جنوبی مجموعه اراضی عباس آباد و بهره برداری از گودبرداری موجود جهت تأمین پارکینگ عمومی، استقرار فعالیت‌های رویداد محور (طبق طرح بازنگری) و فضاهای پشتیبان خدمات و همچنین پیش بینی چگونگی جبران مغایرت‌ها به نفع فضای جمعی انجام پذیرفته و مدارک به تایید کمیته فنی شماره ۳ شورای عالی شهرسازی و معماری برسد.

تبصره: به جهت تحقق پذیری بند فوق، شهرداری تهران می‌تواند پیشنهادات جایگزین را در چارچوب مقررات بارگذاری با استفاده از بناهای موجود به دبیرخانه شورای عالی ارائه نماید.»

### خلاصه مدافعات طرف شکایت

در پاسخ به شکایت مذکور، مدیر کل دفتر حقوقی وزارت راه و شهرسازی طی لایحه-ای به شماره ۱۳۸۴۰/۷۳۰ مورخ ۹۷/۲/۱۵ چنین اعلام کرده است که:

۱- به موجب دادنامه شماره ۲۴۰ مورخ ۹۶/۸/۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و مطابق بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۹۲، چون شکایت شکات متضمن وضع قاعده آمره عام الشمول نمی‌باشد و ناظر به اتخاذ تصمیم موردی است، لذا موضوع شکایت و خواسته قابل رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی دیوان نبوده و قابل استماع نمی‌باشد.



۲- بر اساس ضوابط بخش ۵-۶ طرح جامع شهر تهران، به عنوان سند لازم الاجرا در خصوص ساختمان‌های بلند مرتبه (۱۲ طبقه و بیشتر):

اولاً: احداث ساختمان‌های بلند مرتبه محدود به عرصه‌های مجاز و یا ویژه برای بلند مرتبه سازی است.

ثانیاً: بلند مرتبه سازی در اراضی یاد شده محدود و مشروط به بررسی و احراز شرایط مجاز از نظر مطالعه پهنه بندی زلزله و پهنه بندی زیست محیطی می‌باشد.

ثالثاً: ضوابط ساخت و ساز ساختمان‌های بلند مرتبه پس از تهیه و تدوین بر اساس مقررات مربوطه می‌بایست به تصویب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران برسد که نظر به احکام ذیل تبصره‌های بند ۲-۱۰ طرح مارالذکر، وظیفه تهیه و تدوین ضوابط پیشنهادی موضوع مبحث عنه جهت تصویب در شورای عالی شهرسازی و معماری بر عهده شهرداری تهران بوده که تاکنون چنین ضوابطی به تصویب نرسیده است.

بر این اساس با عنایت به تکالیف موضوع بخش ۲-۵-۶ طرح جامع شهر تهران، از تاریخ تصویب طرح مذکور (سال ۸۶) تا زمان تصویب و ابلاغ ضوابط ساخت و ساز ساختمان‌های بلند مرتبه، صدور هرگونه مجوز ساخت توسط شهرداری برای ساختمان‌های بلند مرتبه در کلیه پهنه‌ها و با کاربری در شهر تهران مجاز نخواهد بود. به عبارتی پروانه ساختمان صادر شده اعتبار قانونی ندارد و تبعاً چنین سندی نمی‌تواند برای شکات حقوق مکتسبه ایجاد نماید.

چنانچه ادعای مغایرت مقرره مورد اعتراض با موازین شرعی مطرح شده است نظریه شورای نگهبان نوشته شود:

شورای نگهبان در پاسخ به ادعای خلاف شرع مصوبه معترض عنه طی نامه شماره ۹۷/۱۰۲/۶۶۱۰ مورخ ۹۷/۵/۲۲ به شرح ذیل اعلام نظر کرده است:

۱- مصوبه‌ای که درخواست ابطال آن شده است در صورتی که موجب اضرار به اشخاص نگردد خلاف شرع دانسته نشد و در صورت اضرار باید مسببین از عهده خسارت وارده بر آیند.

۲- تشخیص این که در صورت مفروضه شهرداری حق اصدار پروانه ساخت را دارد یا خیر با دیوان عدالت اداری است و واضح است که در صورت عدم اصدار پروانه جبران خسارت وارده بر عهده شهرداری است.





## رای هیأت تخصصی اراضی، شهرسازی

در خصوص شکایت ۱- شرکت ستاره اطلس پارس ۲- شرکت ایرانیان اطلس ۳- بانک انصار با وکالت آقای س-ی به طرفیت ۱- شورای عالی شهرسازی و معماری ایران ۲- شهرداری به خواسته ابطال بند ۲ قسمت «ب» مصوبه مورخ ۹۵/۷/۱۹ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران موضوع در جلسه مورخ ۹۷/۹/۱۸ هیأت مطرح و اعضا پس از استماع گزارش و بررسی موضوع و محتویات پرونده به اتفاق بر این عقیده بودند که با التفات به اینکه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در راستای اختیارات قانون و وظایف خود مبادرت به تصویب مصوبه مورد اعتراض نموده است. بنابراین با احراز صلاحیت و اختیارات مرجع تصویب کننده و مستنداً به بند «ب» ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رأی به رد شکایت صادر و اعلام می‌شود. رأی اصداری ظرف مدت بیست روز از تاریخ صدور قابل اعتراض از جانب رئیس دیوان یا ده نفر از قضات دیوان عدالت اداری می‌باشد.

## تحلیل و نقد رأی

مرجع صالح رسیدگی به دعوی ابطال پروانه ساختمانی چه مرجعی است؟ در این خصوص اختلاف است و دیدگاه‌های مختلفی در رویه وجود دارد. در خصوص دادخواهی اشخاص به خواسته ابطال پروانه‌های ساختمانی، شعب دیوان عدالت اداری آرای معارض صادر کرده‌اند:

دیدگاه اول: طبق مواد ۲ و ۱ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری از وظایف سازمان بازرسی کل کشور است. لذا قرار عدم صلاحیت به شایستگی سازمان بازرسی کل کشور باید صادر کرد.

دیدگاه دوم: رسیدگی به این خواسته از امور ترافعی است و از صلاحیت‌های مصرح در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری خارج می‌باشد، با لحاظ آرای شماره ۵۹ - ۱۳۷۱/۴/۳ و ۱۹۷ - ۱۳۷۹/۶/۲۰ و ۲۲۸ - ۱۳۹۱/۴/۱۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قرار عدم صلاحیت به شایستگی دادگستری مربوطه باید صادر کرد.



دیدگاه سوم: در مقابل این آراء برخی شعب، دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به خواسته صالح دانسته و وارد رسیدگی شده‌اند.

به طور خلاصه محل تعارض اینجاست که در رسیدگی به خواسته ابطال پروانه ساختمانی، شعبه دیوان صالح به رسیدگی است یا سایر مراجع از قبیل بازرسی و دادگستری؟

در نهایت به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۱۲ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نظر صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری برگزیده شد:

مطابق حکم بند (ب) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۹۲ تصمیمات و اقدامات ماموران واحدهای مذکور در بند (الف) در امور راجع به وظایف آنها قابل اعتراض در شعب دیوان عدالت اداری است و طبق بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، صدور پروانه از جمله وظایف شهرداری است. با توجه به مراتب رأی شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری که در رسیدگی به اعتراض همسایه مجاور متضرر از پروانه شهرداری، به موضوع رسیدگی کرده است در حد صلاحیت شعبه دیوان در رسیدگی به خواسته صحیح و موافق مقررات است. این رأی به استناد ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

سوال در این جا این است که آیا شورای عالی شهرسازی و معماری می‌تواند اقدام به ابطال پروانه ساختمانی نماید؟ به نظر ما صدور پروانه ساختمانی ایجاد حق مکتسب می‌نماید، لذا بعد از صدور پروانه شورای عالی شهرسازی و معماری نمی‌تواند اقدام به ابطال پروانه نماید و اصلاً صلاحیتی در این خصوص برای آن متصور نیست. اما دادنامه شماره ۱۰۳۲۵-۹۰۶۰۹۰۹۷۰۹۷۰۱۱/۱۰/۱۳۹۷ هیأت تخصصی شوراهای در این خصوص نظر مخالف دارد!

صدور پروانه ساختمانی ایجاد حق مکتسب می‌نماید. از جمله هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۵۴۴ به تاریخ ۱۳۸۳/۱/۲۷ مقرر داشته: «نظر به اینکه پروانه‌های ساختمانی بر اساس درخواست شهروندان از وی شهرداری مطابق با اصول و شهرسازی و حدود و ثغور معابر عمومی و وضعیت موجود صادر می‌گردد که مآلاً موجب حق مکتسبه‌ای برای اشخاص است. سلب حق و تغییر آن بدون اجازه قانونگذار فاقد وجهت قانونی و بی اعتبار است.»



اما سوال و جواب ذیل نشانگر اختلاف در موضوع مانحن فیه و عدم توجه به آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از سوی برخی شعب دیوان است: ملکی داشتیم که در سال ۱۳۵۶ پروانه تجاری برای آن گرفته ایم ولی صرفاً در آن زمان دیوارهای آن را ساختیم و بصورت نیمه ساز رها کردیم و پس از مدتی تخریب شد. حال که قصد ساختن داریم شهرداری می گوید پروانه قبلی باطل شده و بایستی مجدداً پروانه بگیرید و هزینه پروانه قبلی که پرداخت کرده‌اید کسر می کنیم و امکان تمدید وجود ندارد و در پروانه جدید که صادر کرده‌اند هزینه تغییر کاربری از مسکونی به تجاری و هزینه تفکیک محاسبه نموده‌اند. در حالیکه سال ۵۶ پروانه تجاری داشته است. چه اقدامی باید انجام دهیم؟

ضمناً قبلاً شکایتی مبنی بر ابطال پروانه جدید و الزام شهرداری به تمدید پروانه قبلی را کردیم که شکایت رد شد.

### جواب:

اول اینکه به استناد رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «صدور پروانه ساختمانی ایجاد حق مکتسب می نماید.» اعلام تعارض آرای صادره از شعب ۶ و ۲۰ دیوان عدالت اداری (تاریخ: ۱۳۸۳/۱۰/۲۷ شماره دادنامه: ۵۴۴ کلاسه پرونده: ۱۴۷/۷۹؛ لذا به نظر رأی صادره مبنی بر رد شکایت الزام به تمدید پروانه مغایر رای وحدت رویه است. ثانیاً با عنایت به حق مکتسب صادره به عوارض غیرقانونی تغییر کاربری تعیینی در کمیسیون ماده ۷۷ باید اعتراض مطرح و رسیدگی گردد.

احترام به حق مکتسب را در آرای متعدد دیوان عدالت اداری می توان مشاهده نمود: در رأی شماره ۲۲۱ به تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۹ یعنی رأیی که از آرای اخیر هیأت تخصصی محسوب می شود در رابطه با ابطال بخشنامه مورخ ۱۳۹۴/۲/۲۵ سازمان امور اراضی کشور که سازمان بازرسی کل کشور درخواست ابطال آن را مطرح کرده بود، هیأت بیان کرده است: «نظر به اینکه احترام به حقوق مکتسبه که به موجب قانون یا در طول یک زمان معقول و بگونه‌ی قانونی و مشروع شکل گرفته و ثبات یافته به عنوان یک اصل کلی حقوقی الزامی است و از حقوق بنیادین و تضمین شده و مورد حمایت نهادهای قضایی است و بر همین مبنا در حقوق اداری برابر اصل احترام به حقوق مکتسبه مقام اداری



نمی‌تواند تصمیم خود را که مستلزم محدود نمودن، نسخ یا سلب آن هاست نسبت به دارندگان قبل از آن تسری دهد به عبارت دیگر حقوق اشخاص نباید به موجب تصمیم لاحق سلب یا تحدید گردد و اصل عطف بماسبق نشدن تصمیمات و قوانین و اصل انتظار مشروع و اصل قانونی بودن تصمیم اداری نیز در حمایت از اصل لزوم احترام به حقوق مکتسبه بوده و ارتباط نزدیک دارد...» در رأی شماره ۲۲۱ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز آمده است: «با عنایت به اصل عدم جواز اصل عطف بماسبق شدن قوانین و مقررات مگر به حکم قانونگذار، وضع قاعده آمره توسط دستگاه اجرایی موقعیت قانونی ندارد.» همچنین در رأی وحدت رویه شماره ۹۶۷ مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۱ مقرر شده است: «حق مکتسبه قانونی اشخاص با تمسک به حکم قانونی معتبر فقط منتفی می‌شود و گرنه همچنان حق مکتسبه قانونی به قوت خودش باقی است و مقام اداری نمی‌تواند حق مکتسبه قانونی اشخاص را از بین ببرد.»

در هر حال صدور پروانه ساختمانی برای اشخاص ایجاد حق مکتسب می‌نماید. از جمله دلایل معقول این نظر عبارت است:

۱. انعقاد قرارداد با پیمانکاران ساخت
۲. انعقاد قرارداد فروش زمین با در نظر گرفتن پروانه ساخت به عنوان وصف مبیع موثر در قیمت مبیع
۳. تخلیه ملک دارای حق کسب و پیشه به دلیل تجدید بنا
۴. وثیقه گذاشتن ملک و تاثیر پروانه در قیمت وثیقه
۵. عملیات استقراضی و اخذ تسهیلات بانکی و...

البته باید یک مورد استثنایی را در نظر داشت، که در سوال و جواب ذیل منعکس است:

### سوال:

ملکی از قبل تاسیس شهرداری دارای ۱۵۰ مترمربع پروانه تجاری از بخشرداری بوده است. در زمان طرح هادی اولیه شهرداری در حریم قرار گرفته و همان ۱۵۰ مترمربع تجاری تمدید شده ولی کاربری در حریم، تجاری نیست. مالک در زمان طرح جامع شهر برای تمدید پروانه مراجعه کرده و بازهم مشابه طرح هادی ملک در حریم است و فاقد کاربری. آیا شهرداری باید پروانه ایشان را با همان کاربری تمدید کند؟ (لازم به ذکر

است که ساختمان هنوز احداث نشده است.)

### جواب:

اینکه صرف صدور پروانه حق مکتسب ایجاد می کند یا خیر اختلاف است. به نظر با صدور پروانه حق مکتسب برای اشخاص ایجاد می گردد ولی با انقضای پروانه و عدم اقدام به احداث در موعد مقرر، ذی نفع علیه خود اقدام نموده و حق مذکور از بین رفته است. لذا تمدید با همان کاربری تجاری، بدون احداث عملیات عمرانی فاقد وجاهت قانونی است.

البته چنان که تبیین گردید این موضوع متقن نبوده و حتی بدون شروع عملیات ساختمانی گرچه با انقضای مدت پروانه برخی نظر بر ایجاد حق مکتسب داده اند؛

### سوال:

مالک بر روی پلاک ثبتی خود در سال ۸۴ مطابق با ضوابط طرح هادی و پس از پرداخت عوارض مربوطه با کاربری مربوطه پروانه ساختمانی تجاری دریافت می کند ولی نامبرده اقدام به ساخت و ساز نمی نماید و سه دوره تمدید می نماید تا زمانی که مجدداً در سال ۹۰ درخواست تمدید پروانه جهت احداث بنا را دارد ولی براساس طرح جامع کاربری منطبق نمی باشد. حال آیا:

۱- آیا با توجه به پروانه سال ۸۴ در این خصوص حقوق مکتسبه ای برای مالک ایجاد شده است؟

۲- آیا شهرداری مکلف است پروانه مالک را تمدید نماید یا براساس ضوابط روز یعنی طرح جامع شهر، پروانه صادر نماید؟

۳- در صورت تجدید پروانه آیا باید ما به التفاوت عوارض صدور را پرداخت نماید یا باید به نرخ روز عوارض صدور پروانه صادر نماید؟

۴- اگر چنانچه مالک در سال ۸۴ اقدام به تغییر کاربری از مسکونی به تجاری اقدام نموده است و در سال ۹۰ مطابق طرح جامع زراعی اعلام شده است آیا برای تغییر کاربری به تجاری مجدداً باید عوارض تغییر کاربری بدهد؟

### جواب:

۱. در خصوص ایجاد حق مکتسب اختلاف است و رویه قضایی نیز در این خصوص



مشخص نیست؛ برخی معتقدند که قبل از شروع هر گونه عملیات عمرانی به نظر حق مکتسبی متصور نیست. اما با توجه به پرداخت عوارض مربوطه و صدور پروانه و اصول حقوقی به نظر دارای حق مکتسب هست که این حق مکتسب به استناد ماده ۴۹ آیین نامه نحوه بررسی و تصویب طرح‌های توسعه و عمران محلی، ناحیه ای، منطقه‌ای و ملی مصوب هیات وزیران سال ۱۳۷۸ باید در تغییرات طرح تفصیلی لحاظ گردد.

۲. با توجه به جواب شماره ۱ شهرداری در این مورد تکلیف برای تمدید دارد هیات عمومی دیوان عدالت اداری نیز در خصوص این تکلیف آرای را صادر نموده است. در این خصوص اقدام به ارائه دادخواست در دیوان عدالت اداری باید بشود.
۳. الزام به پرداخت مابه التفاوت قانونی نیست (رجوع کنید به آرای ۱۱۷۷ سال ۱۳۹۶ و ۳۰۸ سال ۱۳۹۷ از هیات عمومی دیوان عدالت اداری که در این خصوص با شکایت بنده عوارض تمدید در ابطال شد).
۴. با توجه به حق مکتسب اخذ این نوع عوارض قانونی نیست.

در پایان لازم به ذکر است برخی قضات هیات تخصصی دیوان عدالت اداری، حتی در صورت شروع عملیات عمرانی معتقد به ایجاد حق مکتسب نبوده و در این رابطه مبادرت به صدور رای کرده‌اند.

چنان که گفته شد حق مکتسب به استناد ماده ۴۹ آیین نامه نحوه بررسی و تصویب طرح‌های توسعه و عمران محلی، ناحیه ای، منطقه‌ای و ملی مصوب هیات وزیران سال ۱۳۷۸ باید در تغییرات طرح تفصیلی لحاظ گردد، اما با انقضای مدت پروانه و عدم احداث به نظر حق مکتسبی وجود نداشته و موضوع از حق مکتسب خروج موضوعی دارد با اقدام علیه خود مبنی بر عدم ساخت در مهلت اعتبار پروانه اصل نیز بر عدم تعلق حق مکتسب می‌باشد. اما اگر بنا بدون پروانه به کمیسیون ارسال گردد آیا می‌توان آن را مشمول تبصره ۴ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری دانست؟!



# مسئولیت مدنی ناشی از آتش سوزی

نسیم کرمی فرد<sup>۱</sup>

دکتر هادی احتشامی<sup>۲</sup>

این مقاله شامل دو بخش مجزا است. بخش اول آن به صورت مبسوط در خصوص مسئولیت و انواع و شرایط آن است که به دلیل پیشگیری از تکرار آن در مدرسه حقوق، حذف و بخش دوم که مستقیماً با موضوع مقاله مرتبط است آورده می‌شود. ضمن تشکر و عذرخواهی از نویسندگان محترم، علاقمندان به استفاده از بخش اول مقاله، می‌توانند به آدرس الکترونیک نویسندگان مراجعه نمایند.

شورای سردبیری

## چکیده

برای اینکه شخصی، مسئول جبران خسارت وارده به اشخاص شناخته شود، شرایطی لازم است که در صورت وجود تمامی این شرایط می‌توان فردی را مسئول خسارات ایجاد شده دانست و در صورت فقدان هر یک از شرایط لازمه هیچ‌گونه مسئولیتی برای شخص وجود ندارد. بنابراین خسارات وارده به اشخاص در صورتی قابل جبران است که سه عنصر تحقق یافته باشد: ۱. وجود ضرر ۲. ارتکاب فعل زیانبار ۳. رابطه‌ی سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارده شده است. در مواردی نیز مسئولیت بین اسباب مختلف تقسیم می‌شود، مثلاً اگر فعل ثالث و خواننده دعوی با هم خسارتی به بار آورد، متضامناً مسئول جبران هستند و خسارت به تساوی بین آنها تقسیم می‌شود و در هر مورد با توجه به

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی

۲. استادیار موسسه آموزش عالی کار قزوین



مصادیق مسئول حادثه تعیین می‌شود، مثلاً در صورتی که ملکی دچار حریق شود، اسباب مختلفی برای شناسایی و مسئول شناختن شخص وجود دارد و در هر مورد نیاز به بررسی کارشناسانه برای احراز تقصیر مسبب آن وجود دارد. مثلاً در صورتی که مالکی ملک خود را در برابر آتش سوزی بیمه می‌نماید، بیمه گر تحت شرایطی در صورت بروز حادثه مسئول جبران خسارت وارده به بیمه گذار می‌باشد ۱. تحقق خطر بیمه شده ۲. تحقق خطر بیمه شده منجر به خسارت شده است ۳. اثبات رابطه علیت (خسارت وارده مستقیماً در اثر تحقق خطر بیمه شده وارد آمده باشد) ۴. اموال خسارت دیده همان اموال بیمه شده باشند. بیمه در قوهی قاهره هیچ مسئولیتی ندارد، مگر اینکه شخص این موارد را هم بیمه کرده باشد. همچنین دولت نیز در مورد قوهی قاهره با توجه به اصول کلی مسئولیت مدنی هیچ مسئولیتی ندارد ولی از باب الزامات اجتماعی مسئول می‌باشد که در مقاله حاضر به آن پرداخته شده است.

## ب. انواع بیمه‌های آتش سوزی

بیمه آتش سوزی، بیمه نامه‌ای است که بیمه گذار خطرهای حریق، انفجار و صاعقه را تحت پوشش شرکت بیمه قرار داده و بیمه گر نیز تعهد می‌کند که در صورت بروز خسارت، جبران خسارت‌های بیمه گذار را در این رابطه بنماید. ضمناً در صورت درخواست بیمه گذار، بیمه گر خطرهای سیل، زلزله، سقوط هواپیما و طوفان را نیز تحت پوشش خود قرار خواهد داد.

بیمه‌های آتش سوزی معمولاً به دو دسته عمده تقسیم می‌شوند:

الف) بیمه آتش سوزی مواد صنعتی مانند ماشین آلات و کارخانجات صنعتی

ب) بیمه آتش سوزی موارد غیرصنعتی مانند منازل، بیمارستان‌ها و واحدهای تجاری.

همچنین خسارات ناشی از حوادث فاجعه آمیز مانند خسارت ناشی از زلزله، سیل، طوفان در صورتی که قابل بیمه شدن باشند با توافق دو طرف به صورت الحاقیه بیمه آتش سوزی با حق بیمه اضافی صادر می‌گردند. در بیمه‌های آتش سوزی نه تنها خسارات مستقیم ناشی از آتش سوزی پوشش دارد، بلکه خسارات حاصله از حرارت، دود، خاکستر، آب مواد شیمیایی، اطفاء حریق و خراب شدن مورد بیمه هم دارای پوشش بیمه‌ای است. بر اساس آیین نامه شماره ۲۱ مصوب شورای عالی بیمه در تاریخ ۲۷ آبان ۱۳۶۶ شرایط عمومی بیمه آتش سوزی، صاعقه و انفجار تعیین شده است. طبق ماده ۱۰ این آیین





نامه خطرهای بیمه شده شامل تحقق خسارت ناشی از خطرهای زیر می‌باشد: خسارت مستقیم ناشی از آتش، صاعقه و انفجار و خسارت و هزینه‌های ناشی از نقل مکان ضروری مورد بیمه به منظور نجات آن از خطرهای بیمه شده آیین نامه شماره ۲۵ مصوب شورای عالی بیمه در تاریخ ۴ شهریور ۱۳۷۰ حداقل نرخ بیمه آتش سوزی، انفجار و صاعقه را برای موارد صنعتی و غیرصنعتی بر اساس طبقه بندی انجام گرفته مشخص نموده است.

### بیمه نامه آتش سوزی منازل مسکونی:

خطرهای متنوعی منازل مسکونی و محتویات آن را تهدید می‌کند. صدور بیمه نامه فقط برای خطر آتش سوزی و دزدی در صورت تقاضای مشتری امکان پذیر است، ولی خطرهای زیادی وجود دارد که اگر توضیح داده شود، مردم مایلند که برای همه آنها پوشش بیمه‌ای داشته باشند. پاسخ نیاز مشتریان، بیمه نامه تمام خطرات است که هم ساختمان مسکونی و هم محتویات را تحت پوشش بیمه‌ای قرار می‌دهد. در آن صورت بیمه گر مسئول جبران کلیه خسارت‌های وارده به بیمه گذار خواهد بود؛ به جز مواردی که مشخصاً استثنا شده‌اند. اثبات این که خسارت ناشی از خطرهای استثنا شده بوده است نیز به عهده بیمه گر است. اولین بیمه نامه برای منازل مسکونی در سال ۱۹۱۵ صادر شد. این بیمه نامه به تدریج جامع و کامل شد و امروزه به صورت تمام خطر در اغلب بازارهای بیمه‌ای صادر می‌شود. بیمه نامه مخصوصی هم برای کسانی که در منزل خود به فعالیت حرفه‌ای مشغول هستند (نظیر پزشکان و وکلای دادگستری) طراحی و عرضه شده است. از آنجایی که بیمه گر به ندرت از منازل مسکونی بیمه شده بازدید می‌کند، چون حق بیمه تکافوی هزینه بازدید اولیه را نمی‌دهد، به همین منظور پیشنهاد بیمه را بیمه گر به نحوی طراحی می‌کند که کلیه اطلاعات مورد نیاز برای ارزیابی ریسک را در اختیار داشته باشد، نظیر سیم کشی، آب رسانی، تاسیسات ایمنی، نحوه حفاظت و نگهداری، سابقه خسارتی گذشته و نظایر آن. ضمناً فهرست تفکیکی اموال به اضافه مبلغ بیمه شده برای تک تک اقالام و لوازم منزل باید آورده شود. اگر اشیایی به کمتر از ارزش واقعی بیمه شده باشند ماده ۱۰ قانون بیمه (کم بیمه گی) را بیمه گر در مورد تک تک آنها اعمال خواهد کرد ولو اینکه جمع مبلغ بیمه شده با ارزش واقعی که اموال مساوی باشد، ولی برخی اموال کم بیمه گی و برخی اقالام افزون بیمه گی دارند، در آن صورت برای اقالامی که کم بیمه گی دارند ماده ۱۰ اعمال خواهد شد. بهتر است در هنگام تجدید سالانه فهرست اموال بیمه



شده به همراه مبلغ بیمه شده آن‌ها مورد تجدید نظر قرار بگیرد.<sup>۳</sup>

- اطلاعاتی که لازم است به طور واقعی از طرف پیشنهاد دهنده اظهار شود:
- ۱- اطلاعاتی که ریسک آتش سوزی را از حالت نرمال و عادی خارج می‌سازد، مثلاً بیمه گذار منزل مسکونی خود را به واحد تجاری تبدیل کند (تشدید خطر ماده ۱۶ قانون بیمه).
  - ۲- مطالبی که مربوط به خطرات نیروی انسانی باشد.
  - ۳- رد درخواست پیشنهاد دهنده از طرف بیمه گر دیگر.
  - ۴- ملیت پیشنهاد دهنده
  - ۵- مورد بیمه قبلاً بیمه بوده یا نه. اگر بیمه بوده، نزد کدام بیمه گر؟ و اینکه چرا بیمه گذار می‌خواهد بیمه گر خود را تغییر دهد؟ آیا خسارتی وارده شده یا نه؟ اگر خسارت وارد شده، چه میزان بوده و چه میزان پرداخت شده و اگر خسارت از طرف بیمه گر رد شده چرا؟
  - ۶- ریسک مدیریت (رضایت کارکنان، نحوه حفاظت و نگهداری و نگهداری، تعمیر و نگهداری) نحوه تخلیه ضایعات و تمیز کردن محیط کار بعد از هر شیفت کاری و تعداد شیفت کاری.
  - ۷- حقایق در مواردی که ریسک را از حالت عادی و نرمال خارج می‌کند.
  - ۸- اطلاعاتی در مورد تجربه بیمه‌ای گذشته پیشنهاد دهنده
  - ۹- تاسیسات اطفا حریق، پیشگیری و کنترل، میزان ذخیره آب و فاصله نزدیک ترین ایستگاه آتش نشانی
  - ۱۰- آب رسانی، برق رسانی و گاز رسانی.
  - ۱۱- شیوه انبارداری و رعایت اصول فنی.

مراحل بررسی یک خسارت آتش سوزی:  
این مراحل عبارتند از:

- ۱- اطمینان از ورود خسارت
- ۲- تکمیل فرم اعلام خسارت
- ۳- اعلام زمان و محل خسارت
- ۴- چگونگی وقوع آتش سوزی
- ۵- آدرس محل آتش سوزی



- ۶- آیا اموال خسارت دیده تحت بیمه نامه دیگری پوشش بیمه‌ای دارد یا خیر؟
- ۷- چگونگی بیمه پذیر خسارت دیده
- ۸- سابقه خسارت
- ۹- قیمت و تاریخ خرید تک تک اموال آسیب دیده
- ۱۰- ارزش اموال بازیافتنی در صورتی که موجود باشد و مبلغ خسارت درخواستی
- ۱۱- ارزش اموال خسارت دیده در زمان وقوع آتش سوزی
- ۱۲- در صورتی که خسارت به ساختمان بیمه شده وارد آمده، بر آورد کارشناسی، هزینه تعمیر یا تجدید بنا.

پس از تکمیل اطلاعات، بیمه گر کارشناس خود را برای بررسی خسارت اعزام می‌کند. در صورتی که خسارت جزئی باشد کارشناس شرکت بیمه خسارت را تعیین می‌کند. برای خسارت‌های بزرگ معمولاً از کارشناسان مستقل استفاده می‌شود. هزینه‌های کارشناسی خسارت به عهده بیمه گر است. البته بیمه گذار نیز متعهد پرداخت هزینه‌هایی است که در رابطه با تعیین خسارت از طرف او انجام می‌شود. در صورتی که بیمه نامه مشترک باشد و یا مورد بیمه، بیمه نامه‌های متعدد داشته باشد، بیمه گر ارشد که بالاترین سهم را دارد، خسارت را ارزیابی می‌کند، سهم سایر بیمه گران را جمع آوری کرده به همراه سهم خود به بیمه گذار می‌پردازد.

به طور کلی برای بیمه گر چهار مورد زیر باید اثبات شود:

- ۱- تحقق خطر بیمه شده (آتش سوزی).
- ۲- تحقق خطر بیمه شده منجر به خسارت شده است.
- ۳- اثبات رابطه علیت (خسارت وارده مستقیماً در اثر تحقق خطر بیمه شده وارد آمده)
- ۴- اموال خسارت دیده همان اموال بیمه شده می‌باشند (کنترل فهرست اموال بیمه شده با فهرست اموال خسارت دیده)

بیمه گر مسئول جبران خسارت‌هایی است که مستقیماً از خطر بیمه شده وارد آمده است، اما خسارت‌های غیر مستقیم در تعهد بیمه گر نیست.

مواردی که بیمه آتش سوزی باطل است و حق بیمه دریافتی پس داده نمی‌شود:

- ۱- کتمان حقایق یا اظهارات خلاف واقع عمدی بیمه گذار، در پیشنهاد بیمه به نحوی



- که منجر به کاهش اهمیت خطر در نظر بیمه گر شده باشد.
- ۲- بیمه کردن اموال به میزان بیش از ارزش واقعی باشد با قصد تقلب.
- ۳- بیمه مضاعف مورد بیمه در مقابل همان خطر و مدت، در نزد بیمه گر دیگر با قصد تقلب.
- ۴- شرکت و یا مشارکت در ایجاد خسارت عمدی در موضوع بیمه توسط ذوی الحقوق اعم از بیمه گذار یا قائم مقام بیمه گذار.
- ۵- بیمه خطری که قبلاً تحقق یافته است.<sup>4</sup>

## پ. مسئولیت مدنی مالکین و متصرفین اماکن و آپارتمان‌ها در اثر آتش‌سوزی

- ۱- مسئولیت مالکین و متصرفین:
- آتش‌سوزی ممکن است موجب ورود خسارت به دیگران شود در این صورت عامل یا سبب، مسئول جبران خسارت وارده به اشخاص می‌باشد که در هر مورد با توجه به نحوه ایجاد ضرر می‌توان حسب مورد اشخاص را مسئول زیان وارده دانست یا هیچ‌گونه مسئولیتی برای اشخاص قابل تصور نباشد.
- ۲- مسئولیت مدنی مستأجر در مقابل مالک:
- از آنجایی که مستأجر موظف است مورد اجاره را به همان وضعی که هنگام اجاره تحول گرفته به مالک تحویل دهد، چنانچه در اثر فعل یا عدم مراقبت مستأجر یا افراد تحت سرپرستی او آتش‌سوزی رخ دهد و مورد اجاره آسیب ببیند، مسئول جبران خسارت خواهد بود.
- ۳- مسئولیت مدنی مالک در مقابل مستأجر:
- چنانچه در اثر خطای مالک یا عیب و نقص ساختمان مورد اجاره، حریق اتفاق بیفتد و موجب ورود خسارت به مستأجر شود، مالک ضامن بوده و می‌بایست جبران زیان نماید.
- ۴- میانی مسئولیت مدنی ناشی از ساختمان:
- عدم حفاظت و مراقبت: این نوع مسئولیت متوجه شخصی است که وظیفه حفاظت و



مراقبت از ساختمان را بر عهده دارد. معمولاً این تکلیف متوجه مالک است مگر اینکه نامبرده ساختمان را به تصرف دیگری داده باشد. البته در این صورت بعضی از وظایف به متصرف انتقال می‌یابد، از قبیل در معرض سقوط قرار گرفتن بعضی از وسایلی که به ساختمان الصاق شده، ولی بعضی وظایف کماکان بر عهده مالک باقی می‌ماند، از قبیل خرابی ناشی از عدم تعمیرات اساسی، علاوه بر اینکه اگر مالک تعمیر یا ساخت ساختمانی را به دیگری واگذار نماید، حفاظت و مراقبت نیز به آن منتقل می‌گردد. در مورد مسئولیت ناشی از محافظت بر اساس ماده ۳۳۳ قانون مدنی نظرات مختلفی مطرح شده است؛ نظری که مسئولیت مالک را مبتنی بر فرض قانونی تقصیر می‌داند که به موجب آن، مقصود مقنن این است که اگر به علت فورس ماژور و حوادث غیر مترقبه مانند زلزله، سیل، آتش سوزی و... خراب شود و ضرر برساند، ضامن نیست در غیر این مورد ضامن است، زیرا اگر مواظبت لازم را به عمل می‌آورد، خسارت به غیر نمی‌رسید.<sup>۵</sup> در تقویت این نظر می‌توان به عدم مواظبت مندرج در ماده فوق الذکر اشاره کرد زیرا شخص مواظب، شخصی است که در هر حال باید از حادثه جلوگیری نماید؛ مگر در مورد قوه قاهره که دفع آن از توان شخص مواظب خارج است. همین نظر را حقوقدانان در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل موضوع ماده ۳۸۶ قانون تجارت دارند.<sup>۶</sup>

و دوم نظر دیگری که معتقد است ماده ۳۳۳ قانون مدنی، منحصراً ناظر به مسئولیت مالک بنا در صورت ویرانی ساختمان دانست؛ مسلماً با توجه به صراحت ماده مذکور، نمی‌توان حکم ماده را با تفسیر موسع به سایر زیان‌های ناشی از بنای معیوب در غیر مورد ویرانی سرایت داد. مثلاً هرگاه بر اثر اتصالی سیم برق خانه همسایه به سبب نقصی که در کنتور برق وجود دارد، آتش سوزی شده و به خانه همسایه خسارت وارد شود، این خسارت بر مبنای ماده ۳۳۳ ق.م قابل مطالبه نیست و در این موارد از قواعد کلی قانون مسئولیت مدنی یا مقررات تسبیب مذکور در قانون مدنی باید کمک گرفت. همچنین هنگامی که از

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول،

سال ۱۳۷۹

۶. دمرچیلی، محمود، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات تهران سپهر، چاپ سوم،

سال ۱۳۸۲



دیوار همسایه که به طرف دیوار ملک مجاور متمایل شده، خسارتی به همسایه وارد شود، این خسارت را نمی‌توان ناشی از ویرانی بنا دانست.<sup>7</sup> ولی به نظر می‌رسد با توجه به موارد تعیین شده در این ماده که شامل عدم مواظبت مالک و اطلاع او از عیبی است که منجر به خرابی شده است و اصل بر این است که حادثه زیان بار ناشی از عدم مواظبت مالک می‌باشد و از عیوبی که منجر به خرابی می‌شود مطلع است، از آنجایی که اغلب حوادث ناشی از ساختمان به علت فرسودگی یا عدم مواظبت مالک به وجود می‌آید، بنابراین مالک یا محافظ مسئول است؛ مگر اینکه ثابت نماید نامبرده از عیب مطلع نبوده و مواظبت لازم را نیز به عمل آورده است.

اگر اصل بر این باشد که مالک عیب، از عیب و نقص مطلع نیست یا اصل بر عدم ایجاد حادثه به علت عدم مواظبت مالک باشد، در این صورت اثبات خلاف موارد فوق بر زیان دیده مشکل است. خسارات ناشی از ساختمان باید بلاواسطه ناشی از ساختمان باشد؛ بنابراین اگر ساختمانی به علت خراب شدن در محلی فرو ریزد و بعداً فردی به علت بر خورد با آن دچار خسارت و صدمه شود، چنین حادثه‌ای مشمول حکم مذکور نمی‌باشد، بلکه تعیین مسئولیت در این مورد باید بر اساس قواعد عام صورت گیرد. هم چنین اگر زیان دیده خود در حوادث ناشی از ساختمان دخالت داشته باشد، مانند اینکه فردی جهت ورود غیرمجاز به ساختمان از روی دیوار عبور نماید و به دلیل عدم استحکام دیوار و تخریب آن دچار صدماتی بشود، در این مورد مالک یا محافظ ساختمان مسئولیتی نخواهد داشت.

گاهی ممکن است خسارت ناشی از عیب و نقص ساختمان نباشد، به عنوان مثال به علت نداشتن تجهیزات ایمنی از قبیل: عدم وجود نرده حفاظ یا تجهیزات آتش نشانی منجر به حادثه زیانبار گردد مالک یا محافظ ساختمان مسئولیت ناشی از این قبیل خسارات را نیز به عهده دارد. زیرا عدم توجه به این موارد زمینه ساز حادثه زیان بار می‌گردد، از دارنده متعارف ساختمان انتظار می‌رود در این قبیل موارد با اقدام لازم مانع بروز حوادث بعدی شود، در غیر این صورت نامبرده به عنوان سبب تلقی می‌گردد. در حوادث ناشی از ساختمان غالباً مالک مقصر و عدم تقصیر مالک استثناء بر اصل می‌باشد. بنابراین اصل بر

۷. نظری، ایراندخت، مسئولیت مدنی، انتشارات جنگل، چاپ اول، سال ۱۳۸۹



این است که مالک در این حوادث مقصر است مگر اینکه عدم تقصیر او ثابت شود.<sup>8</sup>

۵- مسئولیت مدنی همسایه در مقابل همسایه:

اگر خانه‌ای آتش بگیرد و این آتش‌سوزی به خانه‌های مجاور سرایت کند، مالک خانه‌ای که کانون حریق بوده در مقابل خسارت وارده به همسایه مسئول بوده و باید جبران زیان نماید. مسئولیت مدنی موارد فوق تابع نظریه تقصیر بوده و زیان‌دیده باید تقصیر و خطای عامل زیان را ثابت کند.

### ت. مسئولیت مدنی دولت در صورت وجود قوه قاهره در حوادث

معافیت دولت از مسئولیت مدنی ممکن است ناشی از دخالت اسباب خارجی باشد و یا در نتیجه عوامل توجیه‌کننده عدم مشروعیت عمل انجام شده؛ خواه به لحاظ رعایت مصالح برتر که تعبیر قانونی آن «اعمال حاکمیت» است و یا در نتیجه حدوث یک حال اضطراری که وقوع عمل زیانبار را برای احتراز از یک ضرر مهمتر، الزام می‌کند. ماده ۲۲۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت کند که عدم انجام تعهد به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود». ماده ۲۲۹ همان قانون نیز در ادامه می‌افزاید: «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود بر آید، محکوم به تادیه خسارت نخواهد شد». با توجه به این مواد، هرگاه ثابت شود که علت موثر وقوع زیان، یک سبب خارجی غیر قابل انتساب به عمل کارمند دولت بوده است، در این صورت، کارمند و دولت هر دو از مسئولیت رها می‌گردند. این علل خارجی ممکن است نیروهای طبیعی و یا دخالت اشخاصی غیر از عامل ورود زیان باشند. باید دانست که اثبات علت خارجی در دعوی مسئولیت همیشه بر عهده‌ی خواننده دعوی است و عدم آن همواره مفروض است. قوه قاهره در صورتی که تنها علت وقوع زیان محسوب شود، موجب معافیت کامل خواننده از مسئولیت می‌گردد. در این صورت رابطه سببیت میان عمل خواننده و زیان وارده گسیخته شده و زیان منسوب به یک واقعه خارجی می‌شود. برای آن که قوه قاهره چنین اثری به بار آورد، لازم است علت منحصر وقوع حادثه زیان بار باشد. به عنوان



مثال تبصره ماده ۳۳۷ قانون مجازات اسلامی سابق مقرر می‌داشت: «در صورتی که برخورد دو وسیله نقلیه خارج از اختیار راننده‌ها باشد مانند آنکه در اثر ریزش کوه یا طوفان و دیگر عوامل قهری تصادم حاصل شود هیچگونه ضمانتی در بین نیست». همچنین صدر ماده ۳۴۳ همان قانون می‌افزاید: «هر گاه در اثر یکی از عوامل طبیعی مانند سیل و غیر یکی از چیزهای فوق حادث شود و موجب آسیب و خسارت گردد، هیچکس ضامن نیست...». بر همین مبنا اگر محموله‌های پستی یک وسیله حمل و نقل دولتی در اثر ریزش کوه در جاده از میان بروند، کارمند و دولت مسئولیتی نخواهند یافت. اما باید به خاطر داشت که اثر معاف‌کننده قوه قاهره در خصوص زیان‌های ناشی از آفات و حوادث ناگهانی برای دولت مطلق نیست، زیرا پذیرفته شده است که در این گونه موارد، مسئولیت دولت نسبت به جبران خسارت ناشی از حوادث خارجی غیر منتظره در واقع نوعی الزام اجتماعی است که در هر جامعه سالم و نمونه به عهده دولت قرار می‌گیرد. به طور مثال اگر در اثر در هم شکستن سد و جاری شدن سیل به واسطه‌ی وقوع زمین لرزه عده‌ای زیان ببینند، دولت نمی‌تواند به بهانه‌ی دخالت قوه قاهره خود را کاملاً از تکلیف جبران خسارت معاف بدارد. درست است که در این موارد مسئولیت مدنی تحقق نمی‌یابد ولی این امر مانع از تحقق یک تکلیف اجتماعی برای دولت دایر بر جبران خسارات وارده نخواهد بود. هنگامی که قوه قاهره یکی از اسباب ورود زیان بوده و سبب دیگر آن، تقصیر خوانده باشد، به رغم تمایلی که در برخی از آرای قضایی و اداری مبنی بر تخفیف مسئولیت خوانده نسبت به بخشی از زیان که ناشی از قوه قاهره بوده، دیده می‌شود، عامل مقصر مسئول جبران تمامی خسارت خواهد بود، زیرا در نظامی که تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی پذیرفته شده است، دادرس باید در میان اسباب و شرایط وقوع حادثه، به آن گروه بپردازد که آمیخته با خطا هستند. پس اگر در این میان یکی از علل با تقصیر همراه باشد، اصولاً زیان منسوب به آن می‌گردد به ویژه در جایی که سبب قوه قاهره باشد که نمی‌توان مسئولیتی برای آن فرض نمود. از سوی دیگر، هیچ گونه ضابطه‌ی دقیق و معیار روشنی برای ارزیابی درجه‌ی تاثیر عوامل گوناگون در ایجاد زیان در دست نیست تا بتوان بر اساس آن، سهم هر یک از قوه قاهره و تقصیر خوانده را در وقوع زیان تعیین





کرد. اما اگر تقصیر خوانده، پس از وقوع حادثه، تنها موجب تشدید زیان وارده گردد، او فقط در حدی که زیان را افزون کرده است، مسئول خواهد بود.<sup>۹</sup>

در آخر نکته‌ای که در این جا قابل ذکر می‌باشد این است که در بررسی صورت گرفته نسبت به مسئولیت دولت باید گفت مسئولیت دولت‌ها صرفاً به این علت که با مبانی و شرایط ذکر شده، در خصوص مسئولیت مدنی که اشخاص را تنها در صورت وجود شرایطی مسئول جبران خسارت می‌داند منطبق نیست و این که نام از عدم مسئولیت دولت‌ها برده شده است عدم مسئولیت مطلق نیست و صرف این است که مسئولیت دولت‌ها با مبانی نظری مسئولیت مدنی یا ضمان قهری منطبق نمی‌باشد و دولت‌ها در هر حال در قبال حوادث قهریه‌ای که برای جامعه‌ی آنها به وجود می‌آید، ملزم به جبران خسارات وارده به افراد جامعه خود می‌باشند و در مسئولیت آن‌ها از منظر اجتماعی و اخلاقی و سیاسی جای هیچ گونه تردیدی نمی‌باشد.

### نتیجه گیری

پس از بررسی اینکه در چه صورتی می‌توان اشخاص را مسئول خسارات وارده دانست، می‌توان نتیجه گرفت که در صورت عدم وجود هر یک از عوامل تعیین شده شخص هیچ گونه مسئولیتی در جبران خسارات وارده به افراد ندارد، حتی اگر بعضی از علل وجود داشته باشد. بنابراین برای مسئول شناخته شدن باید علل تعیین شده به صورت تامه وجود داشته باشد و می‌توان به این نتیجه رسید که در هر مورد باید با دقت در حوادث ایجاد شده مسئولیت اشخاص را تعیین نمود؛ اگر اشخاص حوادثی مانند آتش سوزی را بیمه کنند، در صورت بروز حوادث بیمه مسئول جبران خسارت است، البته اگر آتش سوزی عمدی و به قصد تقلب برای دریافت حق بیمه نباشد یا اینکه مواردی به وجود آید که موجب بطلان بیمه نامه شود و در خصوص مسئولیت دولت در ایجاد حوادث قهری نیز باید گفت دولت در قبال حوادث قهری عموماً فاقد هر گونه مسئولیتی است مگر اینکه حوادث در نتیجه اعمال خود یا کارکنانش بروز پیدا کرده و موجب خسارت شده باشد. البته دولت از باب

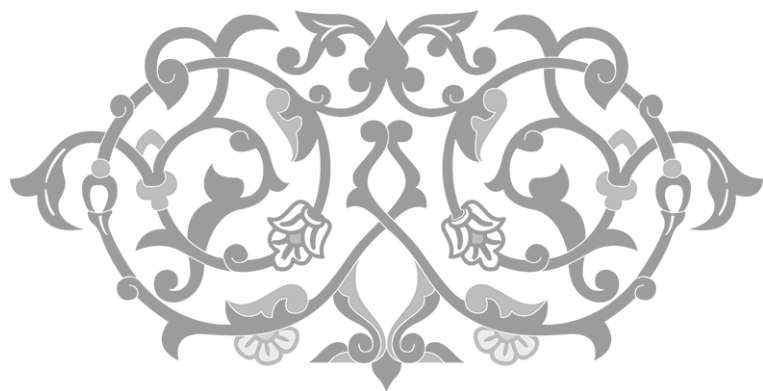
۹. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، انتشارات نشر دادگستر،



الزامات اجتماعی و اینکه دولت‌ها موظف به جبران خسارات وارده به افراد جامعه در نتیجه حوادث قهری می‌باشند از بدیهیات است و فقط مسئولیت دولت با توجه به قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی هماهنگی ندارد.

## منابع

- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی با مقدمه دکتر ناصر کاتوزیان، انتشارات چاپ اول، سال ۱۳۸۴
- جباری، غلامحسین، موسسات بیمه، انتشارات کتابخانه فروردین، چاپ دوم، سال ۱۳۵۲
- حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، انتشارات مجد، چاپ اول، سال ۱۳۷۷
- ره پیک، حسن، حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، سال ۱۳۸۸
- غمامی، مجید، قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی، انتشارات سهامی انتشار، چاپ اول، سال ۱۳۸۳
- غمامی، مجید، مسئولیت دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، انتشارات نشر دادگستر، چاپ اول، سال ۱۳۷۶
- قاسم زاده، سید مرتضی، مسئولیت مدنی، انتشارات نشر میزان، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۵
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم (مسئولیت قراردادی)، انتشارات سهامی انتشار، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۳
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، سال ۱۳۸۵
- کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری (مسئولیت مدنی)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، سال ۱۳۷۴
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۰
- کریمی، آیت، بیمه آتش سوزی، انتشارات جنگل، چاپ اول، سال ۱۳۸۹



گزیده سخنرانی‌ها





# آشنایی با قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

دکتر سید محسن قائم فرد<sup>۱</sup>

۱. نگاهی کلان به مصوبات قوانین کیفری طی دهه‌های اخیر، نشان می‌دهد علی‌الاصول موضوع کاهش مجازات حبس در این قوانین به عنوان یک هدف مستمر در نظر بوده است. در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ اصول مهمی پیش بینی شده، که بیشترین تأکید آن بر حفظ حقوق شهروندان و متهمین قرار دارد و جایی که احتمال تضییع حق شاکی به نسبت حق متهم وجود دارد، اولویت به حفظ حقوق متهم داده شده است. از طرفی در صدور قرارهای تأمین کیفری، محدودیت‌هایی اعمال شده و این قرارها به بیش از ده عنوان افزایش یافته تا بیشتر حقوق متهم تأمین گردد. لذا در تمام این قوانین، منطق کاهش مجازات حاکم بوده است. این امر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ نیز به چشم می‌خورد، مانند مجازات‌های جایگزین حبس.

۲. از طرفی قوانینی طی همین سال‌ها تصویب شده‌اند که متن و عنوان آنها «تشدید مجازات...» بوده است و نشان از آن دارد که قانون‌گذار، مجازات‌های مقرر قبلی را کافی ندانسته و در مقام تشدید مجازات، برای حفظ نظم و امنیت جامعه بر آمده است. اما پیشنهاد و تصویب «قانون کاهش مجازات حبس تعزیری» به این سبک، در تقابل با قوانینی است که تشدید مجازات را مدنظر داشته است؛ بدین ترتیب می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که هرچند علی

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو هیات مدیره کانون وکلای اصفهان، استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.



الاصول تغییر قوانین ضروری است و بازنگری در آن ها، به ویژه در حوزه مقررات کیفری بیش از مقررات مدنی ناگزیر است و از سویی در قوانین شکلی به دلیل تحولات اجتماعی-اقتصادی، بیش از قوانین ماهوی این نیاز به چشم می‌خورد-تا هدف واحدی که رسیدن به عدالت و حفظ جامعه و شهروندان است، حاصل شود-اما بدیهی است تمام این تغییرات و اصلاحات باید از یک سیاست کلان پیروی کند. سخن این است که آیا این کاهش مجازات حبس تعزیری در مقایسه با قوانین دیگر، در قالب یک هدف واحد صورت گرفته است یاخیر؟

۳. به نظر می‌رسد چنین سیاستی وجود ندارد بدین معنی که اهداف قانون گذار و سیاست‌های کیفری اعمال مجازات و تقلیل نوع و میزان مجازات، از یک روش و مسیر واحد و سیاست گذاری کلان و حتی جهان بینی واحد سرچشمه نمی‌گیرد. در قانون مورد بحث، هر چند کاهش مجازات حبس را نمی‌توان بی‌هوده دانست، اما کاهش یک باره و بدون منطق مجازات به این شکل، قابل دفاع نیست. چگونه است که طی کمتر از یک دهه، قانون گذار با چالشی مواجه می‌شود که خود را مجبور به کاهش مجازات حبس می‌بیند؟ آیا واقعاً نصف کردن مجازات، مبنای عدالت است؟

۴. در مکاتب حقوق کیفری و نظریات جرم شناسی، برای مجازات‌ها اهدافی در نظر گرفته می‌شود و تعیین مجازات و کاهش و افزایش آن، براساس ملاک و معیار طبق یکی از این مکاتب و نظریات است. اما در این قانون بدون اینکه مبنای علمی یا معیار سنجش میدانی وجود داشته باشد و یا دستکم اعلام گردد، به یکباره مجازات‌ها نصف می‌شود! آیا ما آماری در دست داشته ایم که تقلیل مجازات در جامعه اثر بهتری دارد یا خیر؟! این‌ها مباحث کلانی است که حقوق دانان و قانون گذاران ما باید به آن بیندیشند. سخن آن است که ما به عنوان وکلای دادگستری تحلیل کنیم که از منظر مصالح مردم و سیاست‌های کلان، نتیجه‌ی این قانون گذاری‌ها چیست؟ و آیا افزایش و کاهش بی رویه، دارای چه اثرات مخرب و گاه غیر قابل جبرانی بوده و خواهد بود و در موقع مناسب نتیجه‌ی این برداشت‌ها را به سمع و نظر قانون گذاران و دیگر مسئولان برسانیم و هرچند گاهی احتمال ترتیب اثری نمی‌دهیم، دستکم به وظیفه‌ی خود عمل کرده باشیم. اما به هر حال قانون کاهش مجازات، از جهاتی نیز خوب و مبارک



است زیرا ما با افزایش مجازات‌ها که به اهدافمان نرسیدیم، ان شاء الله با کاهش آن به نتایج بهتری برسیم!

## ۵. مباحث مطروحه در قانون کاهش مجازات؛

### - صدور رأی به حداقل مجازات:

در ماده ۲ این قانون، قانون گذار تمام مجازات‌هایی را که حداقل و حداکثر داشته‌اند، به حداقل کاهش داده است، مگر اینکه استثنائاً دلیلی بر اعمال بیش از حداقل وجود داشته باشد. به عبارت دیگر در مجازات‌هایی که دارای حداقل و حداکثراند، اصل بر صدور حکم به مجازات حداقل است، مگر این که دلیل خاصی بر حکم بیش از حداقل وجود داشته باشد، که در این صورت قاضی مکلف به ذکر دلیل آن خواهد بود. حتی قانون برای قاضی در صورت تخطی از این حکم، مجازات انتظامی درجه ۴ در نظر گرفته است.

### - تنزل حبس ابد به حبس درجه ۱:

در ماده ۳ این قانون تمام حبس‌های ابد غیر حدی، به حبس درجه ۱ تنزل پیدا کرده است (دقت کنید منظور حبس‌های غیر حدی است).

### - تسری مجازات‌های تکمیلی و تبعی به جرایم درجه ۷ و ۸:

ماده ۴ مجازات‌های تکمیلی و تبعی را که در مورد جرایم تا درجه ۶ بود، به درجه ۷ و ۸ نیز تسری داده است. یعنی در قانون مجازات اسلامی، مجازات‌های تبعی و تکمیلی فقط در خصوص جرایم با مجازات‌های درجات ۱ تا ۶ وجود داشت که در ماده ۴ این قانون، درباره جرایم درجات ۷ و ۸ نیز می‌توان مجازات‌های تکمیلی و تبعی را اعمال کرد. (سؤال این است که آیا مفاد این ماده- یعنی تسری یافتن مجازات‌های تکمیلی و تبعی به جرایم دارای مجازات درجات ۷ و ۸- موجب کاهش مجازات این دو درجه جرم شده است یاخیر؟)

### - توسعه اعمال تغییرات نرخ تورم و تقلیل حبس و تبدیل آن

ماده ۵ در مورد آن است که اعمال تغییرات نرخ تورم در مورد تمام جرایم و تخلفات نیز اعمال گردد. در ماده ۶ آمده است که موارد تقلیل حبس و تبدیل آن به جزای نقدی در خصوص جرایم بیشتری قابل اعمال است و این خود، نوعی توسعه است. چهار نهاد در قانون مجازات اسلامی داریم که در قانون سال ۹۲



نظم گرفت، دیده شد و جایگاه جدی برایش در نظر گرفته شد؛ ۱- تعلیق مجازات، ۲- نظام نیمه آزادی، ۳- اعمال سامانه‌های الکترونیکی تردد و مراقبت و ۴- مجازات‌های جایگزین حبس. در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، حوزه‌ی اعمال این نهادهای چهارگانه توسعه پیدا کرده است. اساس این چهار ماده، گسترش حوزه‌ی اعمال این نهادها است که به جای خود امر اشتباهی نیست، اما باید با یک سیاست شناخته شده و منطقی پیش برود.

### - گسترش جرایم قابل گذشت:

ماده ۱۱ جرایم قابل گذشت را گسترش داده است، با این توضیح که در حقوق جزا، با یک اصطلاح اشتباه مانوس هستیم و آن اینکه گفته می‌شود جرم یا جنبه عمومی دارد یا جنبه خصوصی! اما مستحضرید که جرم هیچ گاه فاقد جنبه عمومی نیست؛ یعنی هیچ جرمی، جرم خصوصی نیست و تمام جرایم، جنبه‌ی عمومی دارند، اما می‌توانند جنبه خصوصی نیز داشته باشند یا نداشته باشند. از سویی جرایمی که جنبه خصوصی دارند، می‌توانند قابل گذشت باشند یا نباشند. در ماده ۱۱ جرایم قابل گذشت توسعه یافته است، بدین معنی که جنبه‌ی حق الناسی جرایم افزایش داده شده است.

در باره‌ی ماهیت جرم می‌گوییم جنبه خصوصی دارد یا ندارد. حال جنبه خصوصی داشتن، با قابل گذشت بودن ملازمه دارد و یا ندارد؟ مثلاً در جرم «فحاشی» جنبه خصوصی جرم به معنای ضرر و زیان ناشی از جرم وجود ندارد، اما جرمی قابل گذشت محسوب می‌شود ولی در جرم «محرابه»، جرم جنبه خصوصی دارد، ولی قابل گذشت نیست. پس قابل گذشت بودن را نباید با جنبه خصوصی داشتن یکی بدانیم و خلط کنیم. دوم آنکه قابل گذشت بودن یا نبودن قاعده‌تاً به عنوان جرم تعلق می‌گیرد. اتفاقی که در ماده ۱۱ قانون افتاده این است که برای قابل گذشت بودن با نبودن جرم، نصاب تعیین شده است مثلاً جرم «سرقت» اگر تا فلان مبلغ باشد، قابل گذشت است و اگر بیشتر باشد، قابل گذشت نیست. اگر مقصود ماده ۱۱ این باشد که ماهیت یک جرم را دارای جنبه خصوصی بدانیم یا نه، این استنباط اشتباه است زیرا اگر سرقت جنبه خصوصی دارد، پس میزان سرقت یک ریال هم باشد، جنبه خصوصی اش محفوظ است و اگر این جرم جنبه‌ی خصوصی ندارد، مقدار سرقت نباید در آن تأثیری داشته



باشد. برای جلوگیری از این بدفهمی ها، تذکر قبلی را به خاطر داشته باشید که جنبه عمومی و خصوصی داشتن جرم، ملازمه‌ای با قابل گذشت یا غیر قابل گذشت بودن آن ندارد، به عبارتی جنبه‌ی خصوصی جرم و ضرر و زیان ناشی از جرم را کنار بگذاریم و بگوییم قانون گذار درخصوص بعضی از جرایم می‌خواسته اگر شاکی گذشت کرد، جنبه عمومی آن را نیز نادیده بگیرد. این نوع استدلال می‌تواند نصاب مذکور در قانون را توجیه کند و با آن سازگار باشد. پس اشکالی ندارد که بگوییم اگر این جرم تا این حد ضرر و زیان داشت، آنرا قابل گذشت می‌دانیم و اگر بیشتر باشد، قابل گذشت نمی‌دانیم. مثلاً سرقت تا بیست میلیون تومان- با فرض نداشتن سابقه‌ی کیفری- قابل گذشت است.

۶. این قانون شروع به جرم و معاونت در تمامی جرایم را قابل گذشت دانسته است (قابل گذشت بودن با داشتن یا نداشتن جنبه خصوصی جرم اشتباه گرفته نشود).

۷. قابل گذشت دانستن جرایمی چون کلاهبرداری و انتقال مال غیر اتفاق دیگری که در این قانون افتاده این است که قانون گذار جرایم انتقال مال غیر، کلاهبرداری و غیره را جزو جرایم قابل گذشت قرار داده، که این یک بدعت است و با قوانین دیگر سازگاری ندارد، زیرا جرم کلاهبرداری جرمی نیست که بتوانیم قابل گذشت بدانیم و از آن عبور کنیم. در کلاهبرداری چون همراه با مانور متقلبانه است قانون گذار بر نمی‌تابد کسی مال دیگر را ببرد و عجیب است که تمام مواد را در حکم جرایم قابل گذشت و در حکم جرایم قابل تعلیق دانسته است!

#### ۸. تعدد و تکرار

در مواد ۱۲ تا ۱۴ بحث تعدد و تکرار جرم مطرح می‌گردد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ درخصوص تعدد و تکرار اصولی را مطرح کرد که تصور می‌شد تعدد مادی به نفع متهم است، اما مشخص شد اتفاقاً به متهم سخت خواهد گرفت، بخصوص اگر به ارتکاب بیش از ۳ جرم برسد. قانون گذار در





قانون کاهش مجازات حبس اخیر، مباحث تعدد را به شکل دیگری مطرح کرده که نیاز به بحث جداگانه‌ای دارد. بحث تعدد در چندین موضوع مطرح شده است؛

- ۱- تعدد یک جرم باشد، ۲- تعدد جرایم مختلف باشد اما حداکثر تا سه جرم باشد،
- ۳- تعددها از جرایم مختلف باشند و در عین حال بیش از سه جرم باشد، ۴- جرایم متعدد باشند اما از درجه‌های ۷ و ۸ باشند.

در بند ۳ ماده ۱۲ که اصلاح ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی است، ذکر شده که در هر حال فقط قابلیت اعمال مجازات اشد را دارد. لذا از امهات مباحث قانون کاهش مجازات، تغییر بحث تعدد جرم است. این قانون در مواد ۱۳ و ۱۴، مواد ۱۳۷ و ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی که در خصوص تکرار جرم‌اند، تغییر داده و تکرار مجازات را (به نسبت قانون مجازات سال ۹۲) موجب مجازات کمتری دانسته است.

#### ۹. نکات پایانی:

- حبس زدایی سیاست بسیار خوبی است، اما همانطور که مستحضرید در مکتب تحقیقی می‌گویند مجازات باید کم اما قطعی باشد و حتماً اعمال گردد. این که برای مرتکب جرمی حکم به ۵ سال مجازات حبس شود، اما محکوم احتمال دهد ظرف چند ماه آینده تحت عناوین مختلف، از حبس رها خواهد شد، از لحاظ مکتب تحقیقی قابل پذیرش نیست. شاید در جامعه‌ی ما به نوعی این قانون قابلیت اجرا داشته باشد، چرا که تنوع در اعمال مجازات و رفع آنها می‌تواند ما را به سمتی برود که امکان اعمال مجازات صحیح وجود نداشته باشد، همچنان که ظاهراً امروزه نحوه‌ی قانون‌گذاری و اعمال مجازات‌های ما، کمکی به اصلاح جامعه و پیشگیری از وقوع جرم نکرده است.

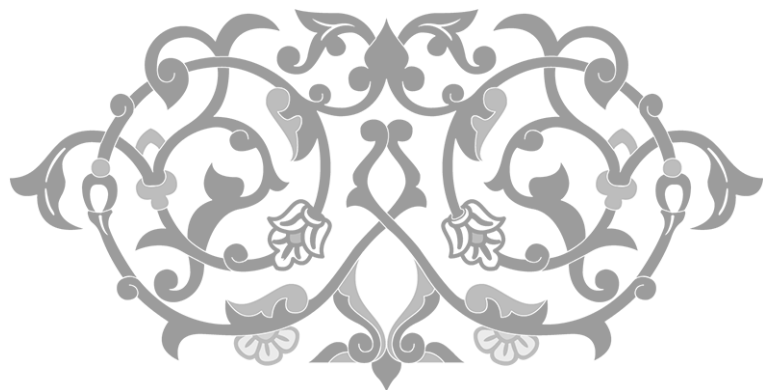
- زمانی از این تخفیف‌ها می‌توان استفاده کرد که حتی در باره‌ی تعلیق و تخفیف، یا شاکی رضایت داده باشد یا اینکه به میزان ممکن، جلب رضایت شاکی شده باشد (به طور مثال متهم نتوانسته رضایت شاکی را کسب کند اما با حکم اعسار صادره، اقساط را پرداخت می‌کند، هرچند رضایت شاکی را کسب نکرده اما به میزانی که می‌توانسته و قانون مکلف کرده جلب رضایت شده است). این نوع قانون‌گذاری شده تا بتوان از این توسعه‌ها بهره‌مند شد، ولی قانون هیچ‌گاه



نگفته در جرایم قابل گذشت دیگر رضایت شاکی شرط نیست. پس چنین نیست که اگر جنبه‌ی عمومی جرم برداشته شد، جنبه خصوصی اش مرتفع شود یا چون امکان برداشتن جنبه خصوصی جرم وجود دارد، پس دیگر شرط جلب رضایت شاکی وجود نداشته باشد.

- سؤال این است که قانون کاهش مجازات، ماهیت جرایم را هم تغییر داده یا فقط منجر به کاهش مجازات‌های آنها شده است؟ توضیح آنکه اگر ماهیت جرم از حبس ابد به حبس درجه ۱ تقلیل یابد، آنگاه آثار جرم را نیز رفع می‌کند. اما اگر تنها مجازات تقلیل یابد ولی ماهیت پیشین را داشته باشد، آثار و تبعات آن را در بر ندارد. از ظاهر قانون کاهش مجازات چنین بر می‌آید که آثار و تبعات به عبارتی ماهیت جرم را تغییر داده است، لذا وقتی حبس ابد به حبس درجه ۱ تبدیل شده است، ۷ سال مجازات تبعی آن نیز به ۳ سال تقلیل داده می‌شود.

- این قانون از جهات دیگر و از جمله جهات اجرایی و عملی دارای مباحثی چند است که می‌تواند به طور جداگانه مطرح گردد.



# بایسته‌های حرفه وکالت





## آرای وحدت رویه

### و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه

رای وحدت رویه شماره ۷۹۴-۱۳۹۹/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی

کشور

مستفاد از مواد ۱۴، ۱۱، ۱۰، و ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد. بنا به مراتب و با عنایت به ماده 6 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است. بر این اساس رأی شماره ۵۸۰-۱۳۹۸/۱/۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت قریب به اتفاق آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور



## رأی شماره ۸۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۵

با توجه به این که اولاً: به موجب ماده بند (الف) ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری استخدام رسمی اختصاص جهت تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی دارد. ثانیاً: نحوه و شرایط پذیرفته شدن کارکنان پیمانی جهت ادامه استخدام در مشاغل حاکمیتی به موجب تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مذکور تعیین شده و در تبصره ۳ ماده مذکور نیز مقرر شده است: «آیین نامه اجرایی این ماده توسط سازمان تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.» و هیأت وزیران نیز طی تصویب نامه شماره ۱۴۷۹۹۱/ت/۵۴۷۷۰هـ — ۲۱/۱۱/۱۳۹۶ آیین نامه اجرایی نحوه تبدیل وضعیت استخدامی کارکنان پیمانی به رسمی را مشخص نموده و به موجب ماده ۱۲۷ قانون فوق الذکر کلیه قوانین و مقررات عام و خاص (به جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۵/۶/۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی) مغایر با این قانون از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون لغو گردیده است. ثالثاً: به موجب تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۵/۱۰/۱۳۸۹ تبدیل وضعیت استخدامی پیمانی به رسمی بدون نیاز به آزمون با رعایت سقف اعتبارات و مجوزهای استخدامی با تشخیص و تأیید معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور مجاز شمرده شده است، بنابراین از آنجا که شاکیان پرونده‌های موضوع تعارض در زمان لازم الاجراء شدن قانون مدیریت خدمات کشوری و شروع قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران کمتر از ۸ سال سابقه خدمت پیمانی داشته‌اند، لذا مشمول تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل نیروی انسانی مصوب سال ۱۳۶۶ نبوده‌اند و بنا به مراتب فوق، نتیجتاً دادنامه‌های صادره مبنی بر رد شکایت در حدی که متضمن این استدلال می‌باشد صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری



## منشور اخلاق حرفه‌ای و کالت

همکاران ارجمندمان در کمیسیون کارآموزی کانون وکلای دادگستری مرکز ابتکار تهیه منشور اخلاق حرفه‌ای و کالت را به دست گرفته و آن را تصویب و منتشر کرده‌اند. با قدردانی از این اقدام شایسته که نشانگر نگرانی و دغدغه عموم کانون‌ها در لزوم نظم بخشیدن به امر اخلاق در نهاد و کالت است. در قسمت ادب و کالت این شماره. بخش هایی از منشور یاد شده به منظور تجلیل از زحمات همکاران کانون مرکز و اطلاع همکاران و نیز اظهار نظرهای احتمالی پیرامون آن در مدرسه حقوق در پی می‌آید.


شورای سردبیری

### مقدمه

وکلا دادگستری، به عنوان سربازان عدالت، نقشی حیاتی در صیانت از قانون در جامعه ایفا می‌کنند که اجرای این نقش نیازمند درکی درست از ارتباط و کارکرد آن‌ها در سیستم قضایی است. اصول اخلاق حرفه‌ای، هدایتگر و چراغ راه وکیل در مسیر انجام وظایف حرفه‌ای و همچنین موقعیت‌های غیر قابل پیش بینی است.

این سند منشوری است متضمن اصول اخلاقی و حرفه‌ای که شئون معنوی وکیل دادگستری در آن احصا شده است. هدف از تصویب این منشور صیانت از طریق وکلا با رعایت اخلاق حرفه‌ای و حفظ شأن و ارتقای جایگاه این حرفه است. پایبندی به اخلاق حرفه‌ای در راستای جلب اعتماد عمومی به وکیل نقشی مؤثر را ایفا می‌کند.

منشور اخلاق حرفه‌ای و کالت نقشه راهی برای نیل به ارزش‌های والای اخلاقی است و اصول و معیارهایی را برای سنجش درستی یا نادرستی رفتار وکلا، بر اساس سوگندی که هنگام اخذ پروانه و کالت یاد می‌کنند، ارائه می‌دهد. وکیل با تکیه بر وجدان خود و به منظور حفظ اعتماد و احترام به جایگاه وکیل، باید خود را ملزم به رعایت اخلاق حرفه‌ای بداند.



هدف از ارائه اصول اخلاقی این است که چارچوبی عمومی برای خدمت به جامعه ایجاد شود تا متعاقباً بر اساس آن، مجموعه‌ای از آیین‌های رفتاری و کلا تدوین شود.

## فصل دوم: اصول اساسی حرفه‌ی وکالت

وکیل موظف است به اصول زیر پایبند بماند:

### اصل اول: استقلال

استقلال وکیل دادگستری تضمین‌کننده‌ی دادرسی منصفانه است. وکیل دادگستری باید آزادانه و بدون بیم و هراس از اعمال هرگونه فشار، در چارچوب قوانین و مقررات از حقوق و منافع موکل دفاع کند. از این‌رو، اجرای عدالت و پشتیبانی از حقوق فردی و اجتماعی اشخاص با استقلال وکیل پیوندی ناگسستنی دارد.

وکیل باید از هر اقدامی که موجب صدمه به استقلال او می‌شود بپرهیزد و مراقبت کند که اخلاق حرفه‌ای وکالت را هیچگاه زیر پا نگذارد. اگر مشاوره‌ی وکیل صرفاً برای خوشایند مراجعه‌کننده، حفظ منافع شخصی وکیل یا ناشی از فشارهای بیرونی باشد و در آن‌ها اخلاق حرفه‌ای رعایت نشود، هیچ‌گونه ارزشی ندارد.

نشان دادن و دفاع از ارزش اجتماعی و صنفی استقلال کانون وکلای دادگستری و استقلال وکیل دادگستری وظیفه هر وکیل است.

### اصل دوم: صداقت، امانت داری و شرافت

صداقت و امانت داری از اصول اساسی و مهم هستند که در حرفه‌ی وکالت باعث ماندگاری و پایداری نام وکیل خواهند شد. وکیل دادگستری باید در رفتار و گفتار خود صادقانه عمل کند و از بیان امور خلاف واقع بپرهیزد. بیان خلاف واقع مغایر با اخلاق حرفه‌ای وکالت و شأن و جایگاه وکیل در جامعه است. شرافت وکیل وثیقه‌ی سوگند وکالت است و از این‌رو، پایبندی و توجه دقیق به ارزش‌ها و اخلاق حرفه‌ای از ویژگی‌های یک وکیل شریف است.

### اصل سوم: حفظ اسرار حرفه‌ای

حرفه‌ی وکالت ایجاب می‌کند که وکیل حافظ اسرار مراجعه‌کنندگان باشد. حفظ اسرار حرفه‌ای حق موکل و تکلیف اساسی وکیل است.

حفظ اسرار حرفه‌ای مربوط به اطلاعات محرمانه‌ای است که وکیل در چارچوب



فعالیت حرفه‌ای خود از آن‌ها آگاه می‌شود. این تعهد مقید به زمان خاصی نیست و وکیل باید پرسنل، همکاران و کلیه‌ی اشخاصی را هم که با او در ارتباط هستند ملزم به حفظ اسرار حرفه‌ای کند. در صورتی که بعداً وکیل وکالت شخصی را علیه موکل پیشین اش در موضوع دیگری برعهده بگیرد، حفظ اسرار حرفه‌ای وی الزامی است.

## فصل سوم: قواعد رفتاری در مناسبات حرفه‌ای وکیل دادگستری

### ماده ۱ - رابطه‌ی وکیل و موکل

۱-۱: لازم است وکیل در راستای حصول به اهداف حقوقی موردنظر، موکل را از راهکارهای قانونی آگاه سازد و در به‌کارگیری شیوه‌های حل و فصل اختلاف، غبطه‌ی موکل را در چارچوب مقررات قانونی رعایت کند، لیکن در سایر موارد همچون اصول و تشریفات دادرسی، نحوه‌ی اقامه دعوا و صلاحیت مراجع بر اساس دانش و تخصص خود رفتار کند.

۱-۲: وکیل باید به سوگند وکالت خود پایبند باشد و همچنین با احساس مسئولیت کامل و وفاداری، در انجام تکالیف حرفه‌ای بکوشد.

۱-۳: وکیل باید از پذیرش دعاوی واهی که علت و انگیزه آن اطالهی دادرسی است یا به قصد ایدای طرف مقابل طرح می‌شود، خودداری کند.

۱-۴: وکیل حصول نتیجه‌ی مطلوب موکل در دعوا را نباید به طور صریح یا ضمنی تضمین کند.

۱-۵: وکیل نباید علاوه بر حق الوکاله و هزینه‌های قانونی، وجه یا مال دیگری، تحت هر عنوان از موکل دریافت نماید.

۱-۶: وکیل باید تعهدات حرفه‌ای خود را در زمان معقول و متعارف انجام دهد.

۱-۷: لازم است وکیل اقدامات مقتضی را در مواعد قضایی و قانونی انجام دهد.

۱-۸: چنانچه در قرارداد وکالت طریق خاصی برای اطلاع‌رسانی پیش‌بینی نشده باشد، شایسته است وکیل، موکل را از روند پیشرفت دعوا یا مواردی که باید به اطلاع موکل رسانده شود، به یکی از طرق متعارف او را آگاه کند.

۱-۹: شایسته است وکیل هنگام تنظیم قرارداد وکالت موکل را از مفاهیم و اصطلاحات تخصصی موجود در آن آگاه کند.

۱-۱۰: وکیل در صورت تغییر محل دفتر و یا شماره‌های تماس خود، باید به شیوه‌ی





متعارف موکل خود را در جریان قرار خواهد دهد.

۱-۱۱: وکیل نباید خود را در نظر عموم دارای اختیارات موهوم، امکانات و اختیارات و اعمال نفوذ فراقانونی نزد مراجع قانونی جلوه دهد و از تظاهر دوستی با قضات و سایر اشخاص مسئول برای تشبث به وکالت نیز امتناع نماید.

۱-۱۲: موکل در انتخاب وکیل و انعقاد عقد وکالت با ایشان آزاد است و وکیل نیز جز در مواردی که به واسطه‌ی موازین حرفه‌ای خاص یا قوانین موجود الزام یا منع شده باشد در انتخاب یا رد پرونده آزاد است.

### ماده ۲- تعارض منافع

۲-۱: وکیل نباید علیه موکل پیشین خود مستقیماً یا به صورت غیر مستقیم، قبول وکالت کند، به نحوی که نتیجه‌ی عملی آن سوءاستفاده از اطلاعات یا اسناد موکلین پیشین باشد و منافع وی را به مخاطره‌اندازد. تعارض منافع شرایطی است که در آن احتمال تقابل و خدشه‌دار شدن منافع موکلین را خواه به صورت مستقیم و خواه به صورت غیرمستقیم (مانند بستگان، شرکای کاری، سایر وکلایی که در دفتر مشترک و یا در مؤسسه‌ی حقوقی فعالیت می‌کنند) برود، به نحوی که از مصادیق منفعت مشترک باشد و در نتیجه صداقت و وصف امانت‌داری وکیل را مورد تردید قرار دهد.

۲-۲: مؤسسات حقوقی نیز از جهت رعایت اصل ممنوعیت تعارض منافع در حکم وکیل هستند و نباید وکالت طرفین دعوا و یا اشخاص ثالث را به طور هم‌زمان در یک پرونده قبول کنند و یا وکالت شخصی را در پرونده‌ای برعهده بگیرند که منافع او در تعارض با منافع شخصی باشد که سابقاً وکالت او را در همان پرونده برعهده داشته و یا در همان موضوع به او مشاوره‌ی حقوقی داده‌اند.

### ماده ۳- رفتار حرفه‌ای در برابر موکل، طرف دعوا و مردم

۳-۱: شأن حرفه‌ی وکالت ایجاب می‌کند که وکیل در برابر موکل و طرف دعوا با حسن نیت و رعایت ادب و احترام رفتار کند و از غرض‌ورزی و مداخله در امور شخصی موکل و طرف دعوا بپرهیزد.

۳-۲: لازم است وکلای دادگستری پیش از طرح دعوا یا در اثنای آن، طرفین را به صلح و سازش دعوت کنند و هرگونه توافق و مذاکره با طرف دعوا را با اطلاع و رضایت موکل انجام دهند.



۳-۳: وکیل نباید مانع دسترسی طرف مقابل دعوا به مدارک و شهود شود و یا به صورت غیرقانونی مدارکی را که ادله‌ی دعوا محسوب می‌شوند تغییر، تخریب یا مخفی کند. همچنین وکیل نباید شخص دیگر را ترغیب یا هدایت به انجام چنین اعمالی کند.

۳-۴: برقراری عدالت اجتماعی جز با حضور مؤثر و مفید وکیل دادگستری به‌عنوان یکی از ارکان اجرای عدالت در اجتماع قابل تصور نیست، ازاین‌رو لازم است وکلا در حوزه‌ی ناهنجاری‌ها و آفات اجتماعی و بشری به‌عنوان مشاورانی دل‌سوز و فهیم که با قوانین روز جامعه آشنا هستند، ورود کنند و همواره پاسدار حقیقت و حقوق ملت باشند.

۳-۵: وکیل باید از حقوق موکل خود دفاع می‌کند و در راستای مقابله با بی‌عدالتی‌ها و اقدامات غیرقانونی و برای اجرای عدالت اهتمام ورزد.

۳-۶: وکیل نباید از رابطه میان وکیل و موکل برای نقض حریم خصوصی موکل یا سوء استفاده از موقعیت استفاده کند.

#### ماده ۴- حق الوکاله

۴-۱: میزان حق الوکاله باید متناسب و منصفانه باشد. تناسب حق الوکاله بر اساس معیارهایی چون پیچیدگی پرونده، ارزش مالی خواسته‌ی موکل، مهارت‌های موردنیاز برای انجام خدمات حقوقی، تجربه و اعتبار وکیل، رویه وکلا، زمان و نیروی انسانی مورد نیاز برای پیشبرد پرونده و محدودیت زمانی موجود تعیین می‌شود.

۴-۲: وکیل نباید به هیچ نحوی خود را در مدعی به شریک کند و یا از طریق شروطی، همانند اسقاط حق عزل وکیل و یا حق انتخاب وکیل دیگر، عملاً اختیار موکل را در انتخاب وکیل محدود کند و یا با به‌کارگیری الفاظ مبهم موجب درک یا فهم نادرست از قرارداد وکالت یا قرارداد مالی توسط موکل شود.

#### ماده ۵ - رفتار مناسب وکیل در برابر محاکم و سایر مراجع قانونی

۵-۱: وکیل موظف است احترام و نزاکت را در برابر مقامات قضایی و سایر مراجع صالح رعایت کند و با شجاعت و استواری، بدون ترس و وا همه‌جهت احقاق حقوق موکل بکوشد.

۵-۲: وکیل موظف است وکالت‌های ارجاعی از جانب محاکم مانند وکالت‌های تسخیری و معاضدتی را در حدود مقررات بپذیرد و تمامی تلاش خود را برای حفظ حقوق موکل به کار گیرد.



۳-۵: وکیل باید آزادی و استقلال حرفه خود را حفظ کند و در صورت مشاهده بی‌عدالتی و رسیدگی برخلاف قانون، مراتب را با هدف اجرای عدالت به اطلاع موکل برساند.

۴-۵: وکیل باید در اظهارات خود در مقابل قاضی و محکمه صداقت داشته باشد و از انجام اموری که تنها موجب اطاله‌ی دادرسی می‌شوند و اثری در احقاق حق ندارد، پرهیزد. چنانچه وکیل متوجه نادرستی در اظهارات گذشته خود به دادگاه شود، باید آن را تصحیح کند و همچنین از ارائه‌ی اطلاعات گمراه‌کننده و یا تشویق و راهنمایی موکل و یا شهود به بیان اظهارات خلاف واقع خودداری کند.

### ماده ۶- رفتار مناسب در برابر همکاران

۱-۶: رفتار توأم با احترام، انصاف، ادب و صداقت نسبت به همکاران و پرهیز از غرور و تحقیر همکاران و حفظ حرمت و کلالی پیش‌کسوت از ویژگی‌های یک وکیل اخلاق‌مدار است.

۲-۶: وکیل نباید موکل خود یا طرف مقابل را علیه و کلالی دیگر تحریک کند و باید از بدگویی و بی‌ارزش جلوه‌دادن اقدامات دیگر و کلا و همکاران خودداری کند.

۳-۶: وکیل موظف است به‌محض استعفا، عزل یا ضم وکیل دیگر بنا به درخواست موکل یا وکیل اخیر، کلیه‌ی اسناد و مدارک پیگیری و دفاع از حقوق موکل را در اختیار وکیل جدید بگذارد. هر نوع گروکشی اسناد و مدارک در برابر موکل ممنوع است.

۴-۶: از آنجاکه وکالت ملازمه با ایجاد تخصص‌های حرفه‌ای دارد، ضمن توصیه به وکلالی دادگستری برای انجام کار گروهی و تشکیل مؤسسات حقوقی مجاز و با تأکید بر انجام امور تخصصی، یادآوری می‌شود که تلاش برای ارائه‌ی تصویری شایسته و متناسب با شئون و کلالی دادگستری از اهداف جامعه وکالت و وظیفه وکیل دادگستری است. مؤسسات حقوقی نیز پایبند به رعایت این منشور هستند.

۵-۶: وکلالی سرپرست ضمن رعایت اصول اخلاق حرفه‌ای، موظف به انتقال مفاهیم اخلاق حرفه‌ای و آموزش وکالت به کارآموزان تحت سرپرستی خود، به نحو شایسته هستند.

### ماده ۷- روابط وکیل با کانون وکلالی دادگستری

۱-۷: کانون وکلا، خانه‌ی صنفی جامعه‌ی وکالت است و کرامت انسانی وکلا در آن باید در چارچوب مقررات و نظامات رعایت شود و درعین حال وکلا هم در زمان مراجعه



به کانون وکلا باید متقابلاً در برخورد با مدیران، سایر ارکان کانون، کارمندان و همچنین وکلایی که به صورت افتخاری با کانون همکاری می‌کنند، اصول اخلاق حرفه‌ای را رعایت کنند.

۷-۲: از آنجاکه سرنوشت کانون وکلای مستقل در گرو مشارکت حداکثری وکلای متعهد به آرمان نهاد وکالت مستقل دادگستری است، حضور در انتخابات هیأت‌مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری مورد تاکید این منشور است.

### ماده ۸ - اخلاق حرفه‌ای وکیل در فضای مجازی

۸-۱: از آنجاکه امروزه فضای مجازی جزء لاینفک مناسبات اجتماعی و تبادل آرا و عقاید عموم اقشار محسوب می‌شود و از سوی دیگر وسیله‌ای مناسب برای پیوندها و ارتباطات و اطلاع‌رسانی است، به وکلا توصیه می‌شود با بهره‌مندی از این فناوری در جهت ارتقای علمی و مناسبات حسنه از هرگونه رفتار دون شأن وکالت و اصول اخلاقی در فضای مجازی بپرهیزند.

۸-۲: وکلا در فضای مجازی ضمن پایبندی به اخلاق حرفه‌ای باید چنان رفتار کنند که در مناسبات حقیقی توصیه شده است. از این‌رو، حفظ احترام همکاران، محکمه، قضات، مسئولین دولتی و سایر اقشار بر ایشان ضروری است و باید به هرگونه نظر و عقیده‌ای از هر گروه و تفکری احترام بگذارند. رعایت اصول و قواعد پیشنهادشده در این منشور در فضای مجازی نیز مرعی است.

۸-۳: وکیل باید از انتشار تصاویر و مسائل خصوصی وکلا و موکلین و یا پیام‌های شخصی آنان و یا هر امری که قابل انتشار نیست و یا تصاویر برخلاف شئون وکالت، شخصاً و یا توسط اشخاص دیگر، در فضای مجازی یا واقعی، بپرهیزند.

۸-۴: پذیرش آزادی عقیده و بیان در رسانه‌ها و فضای مجازی در عین حفظ حرمت‌ها و اصول اخلاقی و مبانی این منشور، وظیفه وکلای دادگستری است.

کارآموزان از حیث رعایت اخلاق حرفه‌ای تحت شمول اصول این منشور هستند. این منشور در تاریخ ۱۳۹۹/۴/۱۰ در هیأت مدیره دوره سی‌ام کانون وکلای دادگستری مرکز به تصویب رسید.



## پند استاد؛

# درسی از استاد دکتر عبدالله شمس

نگار جلیلی<sup>۱</sup>

## زندگی نامه استاد

استاد دکتر عبدالله شمس، در سال ۱۳۲۳ شمسی در شیراز به دنیا آمد. دوره مقدماتی و بخشی از دوره متوسطه را در دبیرستان عسجدی قصرالدشت این شهر گذراند و باقی دوره متوسطه را در دبیرستان نمازی شیراز به پایان رساند. در سال ۱۳۴۷ وارد دانشکده حقوق دانشگاه تهران شد و در سال ۱۳۵۱ با رتبه ممتاز، لیسانس قضایی گرفت. آن گاه به فرانسه رفت و دوره‌های فوق لیسانس و دکترای حقوق خصوصی را در دانشکده حقوق دانشگاه پاریس به پایان رساند. پس از بازگشت به ایران، به عضویت هیئت علمی دانشگاه ملی ایران (شهید بهشتی کنونی) در آمد. در آغاز به تدریس درس حقوق کیفری پرداخت، ولی بعد از آن به تدریس آیین دادرسی مدنی در دانشگاه شهید بهشتی، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز و دانشکده علوم قضایی وزارت دادگستری مشغول شد. استاد به عنوان وکیل پایه یک، در کانون وکلای دادگستری مرکز نیز به وکالت اشتغال دارند. مهم‌ترین آثار و تألیفات دکتر عبدالله شمس عبارتند از: آیین دادرسی مدنی (دوره‌های بنیادین و پیشرفته)، ادله اثبات دعوا، اجرای احکام مدنی.



## پند استاد<sup>۲</sup>

- وکیل باید در کنار لایحه، سعی نماید با قاضی در جلسه رسیدگی به طور کامل صحبت کند؛ زیرا چیزی نمی‌تواند جانشین بیان انسان گردد، صدای انسان، خوش لحن‌ترین و در عین حال آموزنده‌ترین صداها است. اظهارات تصنعی و ریاکارانه را ظاهراً می‌توان باور کرد، ولی وقتی که لحن آن‌ها به گوش می‌رسد، صدای خلاف حقیقت می‌دهد، دادرسان آن را نمی‌پذیرند و مطابق وجدان خود قضاوت می‌کنند، برای آن که بیان، صدای درستی بدهد، باید تابع وضع درونی باشد.
- وکیل باید بدانند به عنوان یکی از وابستگان دادگستری، به سیستم قضایی در راه احقاق حق یاری برساند و با شخصیت خویش به این امر کمک نماید، به طوری که بدون او احقاق حق ممکن نباشد، وکیل دادگستری باید بداند که وی مدافع حق است.
- مقام، منزلت و موقعیت اجتماعی وکالت دادگستری، مانند هر شغل دیگری، می‌بایست همراه با محدودیت و ممنوعیت‌های متناسب با آن باشد. شدت و دقت محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها باید با افزایش منزلت اجتماعی افزایش یابد. آسیبی را که یکی از اشخاص قشر و صنف معین، با اعمال، رفتار و اقوال خود، می‌تواند به اعتبار و منزلت اجتماعی آن قشر و صنف وارد آورد، از جانب هیچ خارج از صنفی متصور نیست.
- وکیل، در انجام رسالت خود، به عنوان یکی از خدمتگزاران عدالت و امنیت قضایی، نیازمند حمایت‌های قانونی است تا بتواند با فراغ بال و اعتماد به نفس لازم، بدون ترس از تعقیب و توقیف و واهمه از اشخاص، هر که باشند، با بهره‌گیری از تخصص و شایستگی‌های خویش، به رسالت اصلی خود که مبارزه با ظلم ظالم، هر ظالمی و حمایت از مظلوم، هر مظلومی است عمل نماید، اما در مقابل، اهمیت، اعتبار و آثار وظیفه مزبور ایجاب می‌نماید که وکیل حدودی را نیز رعایت نماید.

<sup>۲</sup>. نکات زیر برگرفته از کتب دکتر عبدالله شمس به خصوص سه جلد آیین دادرسی مدنی ایشان



• آیین دادرسی دارای مسائل مشکل و دقیقی است که احاطه بر آنها برای اشخاص غیر حقوقدان، به سهولت میسر نمی‌شود. احاطه به نحوه تنظیم دادخواست‌ها، شکایات و لوایح، انتخاب اسناد و سایر ادله، زمان و طریق ارائه و استناد به آنها، ارائه دفاعیات و همچنین اقدام در مهلتی که قانون پیش‌بینی می‌کند، لازمه اثبات و احقاق حق در دادگستری است و هر دعوا یا دفاعی که بدون رعایت آنها مطرح گردد، در بسیاری از موارد، می‌تواند موجب شود حقی که در ماهیت و در حالت ثبوتی وجود دارد، اثبات و احقاق نگردیده و یا شخص بی‌حقی در دعوا پیروز شود؛ بنابراین همان‌طور که برای مثال، غیر طیب، چنانچه بر اساس تشخیص خود اقداماتی را رأساً به منظور مداوا و معالجه خویش معمول دارد، نه تنها، نوعاً، معالجه نگردیده، بلکه امکان تشدید بیماری او نیز وجود دارد، به همان‌گونه چنانچه اشخاص غیرمتخصص مجاز باشند که دعوا یا شکایت مورد نظر حتی مربوط به خود را شخصاً مطرح نموده و یا از دعوا یا شکایت مطروحه علیه خود، شخصاً دفاع نمایند، امکان تضییع حق و محکومیت بناحق آنها وجود دارد، بنابراین حال که اشخاص غیرمتخصص از اشتغال به حرفه پزشکی به منظور معالجه دیگران منع گردیده‌اند و اشخاص غیرمتخصص تلویحاً حتی جهت مداوا و معالجه خویش به اطباء هدایت شده‌اند، می‌بایست از دخالت اشخاص غیرمتخصص در حرفه و کالت جلوگیری نموده و اصحاب دعوا را از طرح و دفاع از دعوی مربوطه بر حذر داشته و به مراجعه نزد وکیل ملزم نمود، مضافاً اینکه در خصوص وکالت، علاوه بر حقوق اشخاص ذریبند در پرونده، مصالح دادگستری و اعتبار و شأن آن نیز مطرح می‌باشد.

• وکیل، چنانچه واجد شرایط لازم باشد، نه تنها از طرح شکایت و دعوی بی‌مبنا خودداری می‌نماید، بلکه در سیر صحیح و قانونی و سرعت جریان دادرسی و روشن شدن موضوع و ماهیت امر و پیدا نمودن حکم منطبق با آن با دادگاه همکاری نموده و صدور رأی منطبق بر موضوع و موافق قانون که از جمله موجب افزایش اعتبار قاضی، قوه قضائیه و کشور است را امکان پذیر می‌نماید. دادگاه می‌تواند در مواردی که اطمینان به اصل، علی‌الاصول، با تردید مواجه است، وکیل را با توجه به شأن او و نیز مقررات انتظامی و کلاء مورد اعتماد قرار دهد. تسلیم اصل سند طرف به وکیل طرف مقابل، جهت ملاحظه و قرار دادن پرونده در اختیار وکیل



توسط قاضی و کارمندان اداری، با توجه به دو زمینه مزبور با آسایش خاطر انجام می‌شود.

- وکیل به عنوان یکی از خدمتگزاران عدالت و امنیت قضایی که بار سنگینی بر دوش و خدمت ارزنده‌ای بر عهده دارد، باید بتواند با فراغ بال و اعتماد به نفس لازم، پیکار قانونی در جهت تحکیم مبانی امنیت قضائی و عدالت را شروع و به انجام رسانده و بدون ترس از تعقیب و توقیف، با بهره‌گیری از حق مقدس دفاع و با استقلال قانونی کامل در این مسیر گام نهد. در انجام هر چه بهتر این رسالت، وکیل دادگستری، بنابراین، می‌بایست از تضمین کافی برخوردار باشد تا از گزند و تعرض ظالم، که می‌تواند از قوای عمومی و یا اشخاص ذی‌نفوذ باشد، در امان بوده و احساس چنین امنیتی را بنماید. در این جهت، قانونگذاران کشورها با وضع مقرراتی، کافی یا ناکافی، گام‌هایی را برداشته‌اند. در کشور ما نیز مقرراتی در همین خصوص وجود دارد که می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد.
- شغل وکالت در تمام ادوار تاریخ و نزد همه ملت‌ها از نقطه نظر اجتماعی در ردیف نجیب‌ترین، شریف‌ترین و پراهمیت‌ترین مشاغل به شمار آمده است. وکیل، تمام نیروی فعال، معلومات و دانش حقوقی، نبوغ و هنر خود را در اختیار کسانی قرار می‌دهد که شرف، خانواده، دارایی و زندگی آنان در مخاطره قرار گرفته است. وکیل برای این اشخاص، چراغ راهنما است. وکیل یک عنصر فعال مستقل است و هیچ نوع تبعیت از کسی یا مقامی ندارد و نسبت به وظایف وکالتی خود جز در برابر وجدان و همکاران بازخواست نمی‌شود.





# گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی<sup>۱</sup>

در مجلات علمی متعددی که در سرار کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

## ۱- نقش دادگاه در کشف سبب دعوا در فقه، حقوق ایران و فرانسه

نویسنده: فرزاد، مسعود؛ سادات حسینی، حسین؛ نویسنده مسئول: ابوعطا، محمد؛

مجله: مطالعات حقوق خصوصی، بهار ۱۳۹۹، سال پنجاهم - شماره ۱

چکیده: در حقوق ایران، خواهان به‌هنگام طرح دعوا، مکلف است سبب ادعای خود را بیان کند. این در حالی است که مطابق نظر غالب در فقه امامیه، اصل بر لزوم استماع دعاوی است، حتی در صورتی که مدعی، سبب ادعای خود را در مقام دادخواهی ذکر نکرده باشد. از این منظر، جز در شرایط خاص، اصولاً این دادگاه است که در آغاز محاکمه، سبب دعوا را کشف می‌کند و بر همان اساس، رسیدگی را انجام می‌دهد. پذیرش قانونی این دیدگاه فقهی که در پاره‌ای از آرای از محاکم نیز تأیید شده است، ضمن رعایت اصل



چهارم قانون اساسی و طبعاً تضمین استماع عام دعاوی، می‌تواند موجب انتقال موضوع تعیین سبب دعوا و ضمانت اجرای آن در قانون آیین دادرسی مدنی از مقررات راجع به شرایط شکلی دادخواست، به احکام راجع به ایرادات و موانع رسیدگی و تبعاً تغییر مقام تصمیم‌گیرنده از مدیر دفتر دادگاه، به دادرسی شود. در حقوق فرانسه، هرچند سبب دعوا، به صراحت در قوانین تعریف نشده و حقوقدانان نیز نظریات مختلفی در مورد مفهوم آن ارائه کرده‌اند، اما حسب قانون آیین دادرسی مدنی، ذکر جهات موضوعی و حکمی ادعا بر عهده خواهان است.

## ۲- شناخت اشخاص و اسناد اجرایی مشمول «قانون نحوه پرداخت

### محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی» مصوب ۱۳۶۵

نویسنده: شمس، عبدالله؛ نویسنده مسئول: غفوری اصل، غزل؛

مجله: مطالعات حقوقی، زمستان ۱۳۹۸، دوره یازدهم - شماره ۴

چکیده: «قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی»، قانونی استثنایی در برابر قواعد عمومی اجرای احکام مدنی است، زیرا اعطای فرصت هجده ماهه به دولت برای اجرای حکم و عدم امکان توقیف اموال آن در این مدت، خلاف اصل بیستم قانون اساسی مبنی بر «تساوی اشخاص در برابر قانون» و اصول مسلم اجرای احکام مدنی مانند «فوریت اجرای حکم» است. بنابراین قانون مزبور، به‌عنوان یک قانون استثنایی، باید به صورت مضیق تفسیر شود و تبیین دقیق قلمروی آن از هر نظر (اعم از شخصی و موضوعی)، به صورتی جامع و مانع از اهمیت فراوانی برخوردار است تا از یک سو هر نهادی نتواند در مورد هر رأی یا سندی با هر موضوعی، به ماده واحده تمسک جوید و از سوی دیگر، نهادهای دولتی مشمول ماده واحده که توانایی پرداخت محکوم‌به را از بودجه سال جاری ندارند، با توقیف اموال که سبب اختلال در ارائه خدمات عمومی و تضییع منافع عمومی به نفع منفعتی خصوصی می‌شود، روبرو نشوند. در این مقاله در پی بررسی این امر هستیم که از میان اشخاص حقوق عمومی مختلف در نظام حقوق اداری ایران، کدام‌یک از آنها مشمول مقررات ماده‌واحد می‌شوند؟ به‌علاوه، از میان اسناد اجرایی متعددی که ممکن است با موضوعات لازم‌الاجرای مختلف و از مراجع قانونی متفاوت صادر شوند، اجرای کدام‌یک از آنها علیه دولت مشمول ماده واحده خواهد



شد؟ این مقاله نشان خواهد داد که اشخاص حقوق عمومی به جز «وزارتخانه‌ها» یا «مؤسسات دولتی»، حتی اگر دارای ردیف در بودجه کل کشور باشند، مشمول ماده واحده نخواهند شد. همچنین حکم این قانون علی‌القاعده انواع اسناد اجرایی صادره از مراجع مختلف اعم از حکم دادگاه یا اجرائیه‌های ثبتی را دربرمی‌گیرد، اما در صورتی که موضوع لازم‌الاجرای آنها الزام دولت به «پرداخت وجه» باشد.

### ۳- آثار ناشی از انحلال قرارداد جانشینی در بارداری

نویسنده: صفری، محسن؛ شاهینی، محمدرضا؛

مجله: تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۹، شماره ۸۹

چکیده: صرف نظر از اینکه اساساً امکان انحلال قرارداد جانشینی در بارداری محل تردید است، ما پژوهش حاضر را با فرض اینکه چنین امکانی فراهم بوده دنبال می‌کنیم. آثار ناشی از انحلال قرارداد جانشینی در بارداری حسب مصادیق انحلال و دوره‌های مختلف جنینی متفاوت می‌گردد که به عنوان نمونه می‌توان اشاره کرد که بر این اساس که جنین در هر یک از مراحل جنینی، از چه ماهیتی برخوردار است در آثار ناشی از انحلال و مسئولیت‌هایی که بر دوش هر یک از طرفین قرارداد بار می‌شود کارگر خواهد افتاد. لذا در تبیین موضوع پژوهش باید ضمن تطبیق آثار ناشی از انحلال با قواعد عمومی قراردادهای، میزان تبعیت آنان را نیز در هر یک از مراحل جنینی از قواعد عمومی مورد بررسی قرار داده تا از این طریق ضمن سامان دادن به روابط طرفین قرارداد پس از انحلال، هر یک از طرفین مسئولیت‌هایی که بر آنها بار می‌گردد را شناسایی نمایند. در این پژوهش با رویکرد تحلیلی - توصیفی به این نتیجه نایل می‌آییم که آثار ناشی از انحلال قرارداد جانشینی در بارداری در هر یک از مراحل جنینی تا حدود زیادی با قواعد عمومی قراردادهای مطابقت داشته لکن تبعیت آن در مرحله‌ی پس از انتقال جنین نسبت به مرحله‌ی پیش از آن محدودتر است؛ چراکه نظر به تلازم انحلال قرارداد مزبور با سقط جنین در مرحله‌ی پس از انتقال به رحم، استرداد جنین انتقال یافته به رحم به عنوان یکی از آثار این قرارداد برخلاف مرحله‌ی پیش از انتقال اساساً منتفی است.



## ۴- تحلیل حقوقی-اقتصادی قابلیت پذیرش خسارات مبتنی بر نفع عایدی ناقص قرارداد

نویسنده: عابدیان کلخوران، میرحسین؛ عبدی، مونا؛

مجله: تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۹، شماره ۸۹

چکیده: خسارات مبتنی بر نفع عایدی، به عنوان یک ضابطه جدید و استثنائی ارزیابی خسارات، در برابر خسارات مبتنی بر ضرر یا خسارات جبرانی قرار می‌گیرد. در این ضابطه ارزیابی خسارات، بجای توجه به زیان وارده بر زیان دیده، به منافع حاصل از نقض برای ناقص توجه می‌شود. مهمترین پرسشی که در این رابطه مطرح می‌شود این است که آیا توجه به منافع حاصله از نقض برای ناقص، می‌تواند به عنوان ضابطه‌های برای ارزیابی خسارات مدنظر قرار گیرد یا خیر و اگر چنین هست آیا می‌توان از پذیرش چنین ضابطه‌های در نظام حقوقی ایران سخن گفت. این نوشتار با رویکردی تحلیلی در صدد یافتن پاسخ این پرسش هاست. یافته‌های این تحقیق دو نتیجه مهم را در پی خواهد شد: اول آن که پذیرش این ضابطه جدید با توجه به ابعاد حقوقی و اقتصادی آن، در یک نظام جامع مسئولیت قراردادی ضروری به نظر می‌رسد و دوم آن که پذیرش این ضابطه در نظام حقوقی ما با مانعی مواجه نبوده، به ویژه آن که بر اساس ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، تعیین میزان خسارت و طریقه و کیفیت جبران آن به قضات واگذار شده است.

## ۵- جبران خسارت معنوی ناشی از معالجات پزشکی در حقوق ایران و

آمریکا

نویسنده مسئول: رفیعی، رسول؛ نویسنده: صالحی، حمیدرضا؛ رضوی، سید محمد؛

کاووسی، یونس؛

مجله: حقوق پزشکی، تابستان ۱۳۹۹ - شماره ۵۳

چکیده: اشتباهات پزشکی، شامل اشتباه در تشخیص، اشتباه در تجویز، اشتباه در جراحی و نیز عفونت‌های مرتبط با مراقبت‌های بهداشتی می‌توانند سبب ایراد خسارات مادی و معنوی به بیمار شوند. در این میان، ابهامات مربوط به چگونگی ارزیابی و جبران

۱۳۲

مجله حقوقی



خسارات معنوی حاصل از این اشتباهات، سیستم‌های حقوقی مختلف را به اتخاذ رویکردهای متفاوت واداشته است. در این مقاله سعی شده است با نگرشی تطبیقی، رویکرد حقوق ایران و آمریکا در قبال خسارات معنوی ناشی از اشتباهات پزشکی مورد بررسی قرار گیرد. در این خصوص در حقوق ایران علی‌رغم این که ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، زیان معنوی را به مفهوم صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی به طور کلی مورد پذیرش قرار داده و به ابهامات سابق در این زمینه خاتمه بخشیده است، لیکن تبصره ۲ این ماده با منع اعمال مقررات راجع به خسارات معنوی در خصوص جرائم موجب دیه که شامل اشتباهات پزشکی نیز می‌شود، جبران مالی این نوع خسارات را به کلی منع کرده است. با این وجود، جبران غیر مالی نظیر الزام به عذرخواهی همچنان در حقوق ایران میسر است. در مقابل، در حقوق آمریکا، محاکم با صدور آرای متعدد، جبران مالی و غیر مالی مصادیق مختلف زیان‌های معنوی مربوط به خطاهای پزشکی به ویژه درد و رنج، آسیب‌های احساسی، اندوه و غم ناشی از مرگ فرد برای نزدیکان وی، تغییر شکل ظاهری بدن و از دست‌دادن کنسرسیونم را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در این کشور، وظیفه ارزیابی و تعیین خسارات معنوی به هیأت منصفه سپرده شده است. با این حال، تعیین مبالغ سنگین برای جبران خسارات معنوی و متعاقب آن افزایش اقدامات درمانی دفاعی توسط پزشکان و نیز افزایش هزینه‌های بیمه مسؤولیت حرفه‌ای که بحران مسؤولیت مدنی نامیده می‌شود، قانونگذار بسیاری از ایالات را به اصلاحاتی در این زمینه واداشته است. تعیین سقف قانونی برای آسیب‌های معنوی مربوط به اشتباهات پزشکی را باید مهم‌ترین جلوه چنین اصلاحاتی در حقوق آمریکا دانست.



## معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>

بنده حقیر، این بار رسم همیشگی را با شجاعت تمام خواهم شکست و دست از معرفی کتاب‌های علمی محض خواهم کشید. این روزها که جهان درگیر شیوع ویروس کروناست و غباری از غم بر دل‌ها نشسته، شاید خواندن یک کتاب دلنشین در تنهایی و سکوت قرنطینه به همراه یک فنجان چای داغ، بارقه‌ای از امید و آرامش، به ارمغان بیاورد و چه بهتر از آنکه، سراغی بگیریم از بزرگ مردان تاریخ حقوق ایران؛ از پدران علم حقوق کشورمان که خاک سرد، میان ما و آنها فاصله انداخته اما با یادگارهایشان می‌توان به زیستن آموخت و لبی به تبسم گشود.

- نیم قرن در دادگستری (داستان یک زندگی)
- نویسنده: دکتر محمود آخوندی اصل
- چاپ اول: ۱۳۸۹
- ناشر: سازمان چاپ و انتشارات

### درباره نویسنده

دکتر محمود آخوندی اصل، پدر علم آیین دادرسی کیفری ایران که دانشنامه آزاد ویکی پدیا از وی به عنوان نخستین پروفیسور حقوقی ایران یاد می‌کند و نویسنده یکی از مهمترین چند جلدی‌های آیین دادرسی کیفری در حقوق ایران است. از استاد برجسته دکتر محمود آخوندی هیچ نخواهم گفت که زبانم قاصر است بلکه شما را دعوت خواهم کرد که ماجرای زندگی این استاد برجسته را از زبان خودش بشنوید. استاد در بیستم

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان



اسفندماه ۱۳۱۲ در شهرستان اهر متولد شد و در دوم فروردین ماه ۱۳۹۴ چشم از دنیا فرو بست.

این روزها که سخت درگیر آشفتگی‌های ذهنی هستیم و از اصل خویش به دور افتاده- ایم خواندن کتاب دل انگیز نیم قرن در دادگستری به شدت راه‌گشا خواهد بود.

## درباره کتاب

کتاب نیم قرن در دادگستری، داستان زندگی استاد بزرگ، دکتر محمود آخوندی به قلم خود اوست. اما این کتاب تنها داستان زندگی استاد نیست بلکه نکاتی بسیار آموزنده در رابطه با فرهنگ آموزش، قوه قضاییه و مسائل مرتبط با آن در بردارد که خواندن آنها بسیار مفید خواهد بود. کتاب از سه بخش اصلی تشکیل شده است. بخش اول: آغاز زندگی و دانش اندوزی در دو فصل به رشته تحریر درآمده، استاد در فصل اول با عنوان آغاز زندگی، از تولد، شهر و خانواده‌ی خویش می‌گوید و در پایان درس‌هایی از گلستان سعدی و سیری در فال حافظ را حسن ختام قرار می‌دهد. در فصل دوم با عنوان دانش- اندوزی، استاد از سیر مراحل تحصیل شروع می‌کند و به مدرسه، معلمان امروزی، فرهنگ درس‌خوانی، تغییر فرهنگ آموزشی، فرهنگ جدید و فرهنگ غربی و آرزوی دانش‌آموزان می‌رسد. در پایان نیز یاد می‌کند از استادان خویش، مرحوم دکتر حسن امامی، دکتر احمد متین‌دفتری، دکتر محمد صفدری و دکتر حسن دادبان. بخش دوم با عنوان خدمات قضایی، آموزشی و پژوهشی در سه فصل تهیه و تنظیم شده است. فصل نخست خدمات قضایی می‌باشد که علاوه بر سیر فعالیت استاد در دستگاه قضایی کشور مطالبی در رابطه با کارآموزی قضایی، کارآموزی در دوران معاصر، احترام به کارآموز، صلاحیت دادگاه بخش، خانه انصاف و توضیحی در رابطه با پایه‌های قضایی را دربرمی‌گیرد و استاد یادی می‌کند از همکاران قضایی خویش از جمله شادروان فتح‌اله بنی‌صدر و دکتر ناصر یگانه و مجله حقوقی دادگستری. در پایان به قضاوت تاریخ می‌نشیند، شیوه‌های تاریخ نویسی را بیان و قوه قضاییه را در یک نگاه بررسی می‌کند. در فصل‌های دوم و سوم به ترتیب خدمات آموزشی و پژوهشی بیان می‌شود. اما بخش سوم، برگ‌هایی از دفتر خاطرات استاد است در دو فصل خاطرات قبل و بعد از انقلاب.

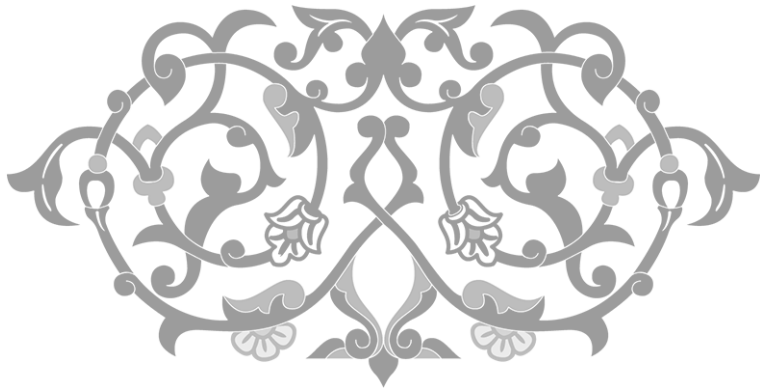
استاد دکتر محمود آخوندی کتاب خویش را اینگونه آغاز می‌کند:



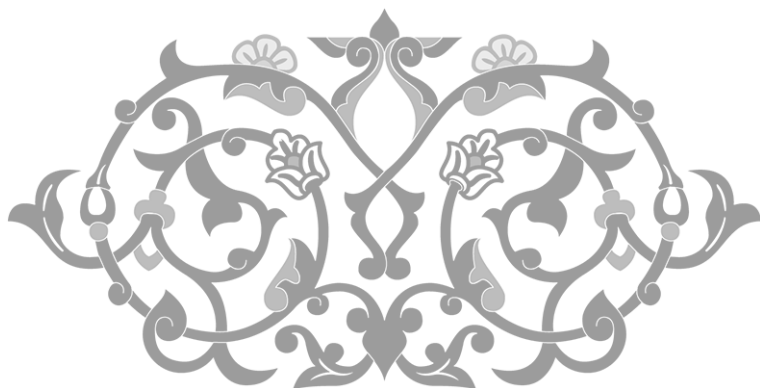
## به نام و یاد و یاری داد

خداوندی را پاس می‌گویم که دنیا را آفرید. در دنیا انسان‌ها را، و با انسان‌ها  
خاطره‌ها را آفرید. زمانی که بر شب جوانی موهایم، روز پیری سپیده زد، دانستم که  
هنگام آن رسیده تا یادها و خاطره‌هایم را - هر چند کوتاه - به قلم بیاورم. باشد که  
جوانان از خواندن آن حظی ببرند و دیرسالگان با یادکرد روزها و یاران گذشته، لبی از  
هم بکشایند. برای تمامی خوانندگان مجموعه حاضر خاطراتی شیرین آرزو می‌کنم.





# زنگ تفریح





# موکل چینی من

دکتر علی رادان جلیلی<sup>۱</sup>

می خواهم یک ماجرای واقعی تعریف کنم با مقداری روتوش! خوب همان طور که عکس بدون روتوش چندان به دل نمی‌چسبد، نقل داستان بی کم و کاست، شاید برای شنونده یا خواننده هم چندان دلچسب نباشد. پس من مجبورم در صورت ماجرا دستی برده و بر چشم و ابروی آن سرمه‌ای بیافزایم؛

مردی که به دفتر من آمده بود، یک نفر همراه هم داشت؛ گوش راست مرد باند پیچی شده بود. حدس زدم افغانستانی باشد؛ با آن صورت کوسج و چشم‌های تنگ مغولی. حرف نمی‌زد و به جای آن، بر و بر نگاه می‌کرد به من و گاهی به در و دیوار؛ همراه شروع به صحبت کرد: «آقای شیو هیل، چینی است. هفته پیش که برای وصول مطالباتش رفته، بدهکار او را کتک زده است. شکایت کرده؛ آمده تا وکیل دادگستری شکایت را تعقیب کند». عجب! پس طرف چینی بود. وقت رفت و آمد به داسرا و گرفتاری‌های آن را نداشتم، اما چینی بودن طرف برایم جالب بود؛ یک تجربه جدید از یک شاکی که از شرق دور آمده بود. فارسی را بد حرف می‌زد؛ چهار تا کلمه بلغور می‌کرد. اصوات را می‌کشید، مثل این که داشت آواز می‌خواند. من هم بدتر از او یک کلمه چینی نمی‌دانستم. پناه آوردیم به انگلیسی دست و پا شکسته و آب نکشیده؛ بعد هم زبان بین المللی اشاره؛ جوری که دو گنگ با هم حرف می‌زنند. او گنگ خواب دیده بود و من گر مادرزاد؛ کری که می‌شنیدم و نمی‌فهمیدم! با فارسی و چینی و انگلیسی و اشاره معجونی ساختم و ماجرا را دریافتم. شیو هیل، نماینده یک شرکت تولید ابزار صنعتی در شانگهای چین بود. آمده بود ایران برای بازار یابی. گذرش به اصفهان هم افتاده بود. ابزارها را با قیمت پایین تری دست مشتری داده بود و همین باعث شد تا در خیلی از شهرک‌های صنعتی، جا پا پیدا کند. اول بصورت نقد معامله می‌کرد و کم کم چک هم قبول کرده بود. خورده بود به طور یک مشتری بد حساب. چک‌ها برگشت شده بود و مرد چینی در تقلا برای وصول پول به سراغ بدهکار می‌رود. چه میان آن‌ها می‌گذرد خدا عالم است، اما بدهکار و دور بری‌های او یک مشت و مال هم به چینی بازرگان می‌دهند! حالا چینی مضروب در چشمان من خیره

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، عضو هیات علمی دانشگاه

شده بود و من در صورت تُنک و بی موی او. تردید از دل زدودم و وکالت دعوا را پذیرفتم. تجارت بین‌المللی داشت به خطر می‌افتاد. مهمتر از آن، پس از حمله مغول، تازه داشت جاده‌ی ابریشم زنده می‌شد و من به عنوان وکیل دادگستری وظیفه داشتم به سهم خودم از امنیت این جاده راهبردی حمایت کنم! حالا حمایتی هم از جیب من می‌شد؛ به یک تیر دو نشان زده بودم. شیو(یا همان موکل خارجی) به سرعت اوراق وکالت را امضا کرد و به زبان چینی چیزهایی گفت که اگر نیاکان گرامی سر از تیره تُراب برداشته و خاک از سر و صورت می‌ستردند، همان قدر می‌فهمیدند که من حی و حاضر دریافتم! حالا باید برای گرفتن حق آن چینی مضروب، یقه هموطن مظنون را می‌گرفتم. پزشکی قانونی تایید کرده بود که در نزاع، قسمتی از گوش موکل به شدت آسیب دیده و به برکت بخیه‌های ریز و درشت برجای مانده بود. کار تحقیقات خوب جلو رفت. ضاربان در نزد بازپرس حاضر نشدند و ما یک طرفه به قاضی رفته و راضی برگشتیم. مرد چینی گاهی تنها می‌آمد دفتر. به هر ضرب و زوری از روند پرونده مطلعش می‌کردم. او دائم می‌پرسید و کلمات استفهامی what و where و... شده بود ورد زبانش و پاسخی که همیشه می‌شنید no problem بود! کارم در مقایسه با موکل‌های ایرانی راحت تر بود. نوع ایرانی مدام تماس می‌گیرد و احوال پرونده می‌جوید. انگار خُم رنگرزی است، دیروز محاکمه بوده، امروز تماس می‌گیرد که: "آقا چه خبر! سر به پرونده نزده اید؟" انگار پرونده گاو و گوسفند است که برای تیمار و تعلیف باید مدام سراغ از آن‌ها گرفت! گوش مرد چینی رو به بهبودی گذاشته بود که دادگاه کیفری ما را خواست. نتیجه شکایت معلوم بود، هراسی از فرجام کار نداشتیم. روز دادرسی دو نفر از ضاربان آمده بودند. می‌گفتند که تراشکار هستند؛ هیبت مردانه و سبیل‌های آویخته‌ی آن‌ها نشان می‌داد که چرا جسم نازک چینی، ترک برداشته بود! وکیل نداشتند و این یعنی قیل و قال کمتر. همه چیز بر وفق مراد بود. عیش بودن در چنین دادگاهی وقتی کاملتر شد که قاضی را بشاش و سرحال یافتیم. دادگاه هنوز شروع نشده بود که موکل با دیدن ضاربان خود شروع کرد به داد و هوار کردن. به هر سختی ساکتش کردم. قاضی پرسید: «چه می‌گوید؟» گفتیم: «من هم مثل شما! مثل این که همان مفاد کیفرخواست را به زبان چینی می‌گوید». قاضی خندید. چینی دید و روی در هم کشید. جلسه رسمیت یافت. نماینده دادستانی در کار نبود؛ مثل همیشه. اتهام تفهیم و به متهمان گفته شد که حرمت دادگاه و دادرسی را نگاه دارند. چینی بی‌قرار نشان می‌داد. چهار تا کلمه بیشتر نگفتم، یعنی نیازی هم نبود. نوبت متهمان بود. به هم نگاهی کردند و یکی شان بلند گفت: «ما از این آقا چند بار ابزار خریدیم، اولش جنس



خوب می‌داد، بعد زد به انداختن جنس بُنجل. ابزارش کیفیت نداشت، بهش با زبون خوش گفتم. هی سر تکون می‌داد و می‌خندید. دیدم اینطوری همیشه چک را پاس نکردم. اومد کارگاه و هوار کشید. من هم خواستم بندازمش بیرون که گلاویز شدیم. این هم یغور بود...». یه دفعه صدایی از گلوی موکل در آمد که فکر کردم چیزی تو حلقش گیر کرده است. به کلمه «یغور» حساس شده بود. چند بار گفت: «اویغور...». داشت دعوای دولت چین با قوم اویغور کار دست ما می‌داد که قاضی مداخله کرد و کار فیصله یافت. با اشاره دست و سر سعی در آرامش موکل کردم. دوباره نشست. متهم ادامه داد: «ما کاریش نداشتیم، گفتم برو بیرون، آبروریزی نکن! حرف حساب نمی‌فهمید که... هی یک چیزهایی به چینی مینی می‌گفت، حتماً داشت فحش می‌داد، چه می‌دونم. گوشش را گرفتم که بندازمش بیرون...» قاضی دخالت کرد: «گوشش را گرفتی و یک دفعه دیدی تیکه گوش تو دستته!!». ضارب خیلی با خونسردی حرف می‌زد. مثل این که در باغی مصفا نشسته و شرح فتوحات خودش را می‌گوید: «والا چی بگم. مثل این که بدن چینی‌ها هم، به اجناسشون رفته. شل و ول و بی دوام. گوش نبود که، صد رحمت به پوست پیاز، یه دفعه از جا درآمد...». دفاع نامربوط اما با مزه‌ی متهم قاضی را به خنده انداخت. راستش من هم لبم تا بنا گوش کش آمد! چینی دید و مثل یک شمشیر زن سامورایی غرید:

"what is he saying" حاج و واج مانده بودم چی بگم که چینی دوباره به تلاطم افتاد: "why are you laughing?" همین مانده بود که توضیح بدهم که چرا خندیدم! چینی را به هر دردسری آرام کردم. متهم که شوق قاضی به شنیدن او را به وجد آورده بود ادامه داد: «حاج آقا! من همیشه از جنس چینی فرار می‌کردم چون یا زمخت و بی قوارس، یا زوار در رفته. نمی‌دونستم آدم‌هاشون هم همینطورند. حالا هر جا یه چشم بادومی ببینم، از ترس این که نکنه تنم بهش بخوره و چند تا دیه، روی دستم بذاره پا را به فرار می‌گذارم». مزه انداختن‌های متهم، مجلس آن روز را گرم کرد اما هیز می شد برای آتش محکومیت او. او به صراحت و در قالب طنز و هزل، اقرار کرده بود و راه هر اعتراض موجهی را بر خودش بست. تاجر چینی غرامت گرفت و ضارب عبرت. من هم اجرت عمل گرفتم. می‌ماند اویغورها که سرشان بی کلاه ماند در این مرافعه. باشد؛ آن‌ها هم خدایی دارند. حالا دل خوش هستم به رونق جاده ابریشم. ای کاش برسد روزگاری که مصنوعات ما با ترکیبی از فن و هنر، بر بار ستوران آهنی برود به اقصای غور. کاش باشیم و ببینیم که در میانه‌ی راه، سیه چشمان کشمیری و ترکان سمرقندی رقص کنان به استقبال آیند با خنیاگری نغمه‌های خداوندگاران شعر شیراز. به امید آن روز!