

الْحَمْدُ لِلَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

www.iranjournals.mlai.ir..... سامانه نشریات علمی ایران
www.noormags.ir پایگاه مجلات تخصصی نور
www.civilica.com..... پایگاه تخصصی مرجع دانش (سیویلیکا)
www.virascience.com پایگاه مقالات و منابع علمی پژوهشی ویرا ساینس
www.judpub.ir مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

مدیریت امور نشریه و نویسندگان: دفتر نشریات پژوهشگاه قوه قضاییه، تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ (۰۲۱)
مدیریت امور علمی و تحریریه: معاونت پژوهشی پژوهشگاه قوه قضاییه، تلفن: ۲۲۰۹۲۴۹۷ (۰۲۱)
مدیریت امور فنی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تلفن: ۲۲۰۹۲۰۶۱ (۰۲۱)
نشانی دفتر نشریه: بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضاییه
شمارگان: ۴۰۰ نسخه
قیمت: ۳۲۰/۰۰۰ ریال
شاپا چاپی: ۲۴۷۶-۴۵۶۶
شاپا الکترونیک: ۲۴۷۶-۷۰۵۸
نشانی پست الکترونیک: raayjournal@ijri.ir
صندوق پستی: ۱۹۸۲۸۴۶۵۱۴

www.raayjournal.ir آدرس سامانه مجله:



پژوهشگاه قوه قضائیه

صاحب امتیاز: پژوهشگاه قوه قضائیه

مدیر مسئول: حسین اعظمی چهاربرج

سردبیر: سیامک ره‌پیک

مدیر اجرایی: سینا رستمی

گروه دبیران (هیئت تحریریه) به ترتیب حروف الفبا:

حسین اعظمی چهاربرج..... قاضی دادگستری
نجدعلی الماسی..... استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عبدالعلی توجهی دانشیار (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه شاهد
توکل حبیب‌زاده دانشیار (حقوق بین‌الملل) دانشگاه امام صادق
سیامک ره‌پیک استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
سید حسین صفایی..... استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
حسین مهرپور..... استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه شهید بهشتی

ویراستار فارسی: زهرا نیک‌مرام

مترجم و ویراستار انگلیسی: محمدحسن کبگانی

صفحه‌آرایی: مریم کاظمینی

همکاران علمی این شماره:

محسن آهنگر سماکوش، مصطفی‌السان، علی تقی‌زاده، محمد جلالی، محمد حسنونند، عبدالله

خدابخشی، میثم رامشی، سینا رستمی، حسن محسنی

«شيوه‌نامه نگارش محتوا در فصلنامه رأی»

حوزه عمومی فصلنامه رأی، آرای قضایی است و مقالات پیشنهادی می‌تواند در اشکال متفاوت و متنوعی ارائه شود. در شیوه‌نامه جدید فصلنامه رأی پژوهشگاه قوه قضاییه قالب‌های موجود برای نگارش مقاله به ۳ مورد نقد موضوع محور، نقد رأی محور و یادداشت رأی تقسیم می‌شوند. همچنین، مقالات تألیفی باید تحت عنوان مقالات پژوهشی، نقطه نظر و کوتاه نگاشته شوند. بر همین اساس نقد موضوع محور به صورت پژوهشی، نقد رأی محور به صورت نقطه نظر و یادداشت رأی به صورت یادداشت کوتاه نگاشته می‌شوند.

در نقد رأی موضوع محور، هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه آراء مختلف است؛ لذا حداقل استناد به دو رأی مشابه در بیان موضوع، الزامی بوده و نویسنده به دلایل لزوم بررسی آراء مورد بررسی از طریق طرح یک یا چند سؤال یا به طرق دیگر در چکیده یا بدنه مقاله اشاره می‌نماید. همچنین، نگارنده به مبانی رأی و رفع ابهامات با ارائه تحلیل و استدلال می‌پردازد و مطالب و موضوعاتی را که دارای ابهام یا سکوت هستند، آن سکوت یا ابهام را با ارائه دیدگاه خود برطرف می‌کند. نقد رأی محور که شامل نقد و تحلیل آراء فارسی و غیرفارسی می‌باشد، هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوه نگارش نقد، متن آراء خواهد بود و به نقد مبانی صدور رأی و جهات موضوعی و حکمی دادنامه صادره پرداخته می‌شود و نظرات نویسنده در تأیید یا رد استنادها و استدلال‌های قضات بیان می‌شود. در نقد رأی محور خارجی، به بررسی و تحلیل رأی پرداخته می‌شود و در صورت اقتضا تشابهات و تفاوت‌های موجود میان رأی مورد بررسی و رأی یا آراء داخلی بیان می‌گردد و نویسنده نیز در پایان به ارائه دیدگاه خود در خصوص نتایج حاصل از بررسی رأی خارجی می‌پردازد. مقالات یادداشت رأی (یادداشت کوتاه) نیز که تنها به قضات محترم کلیه مراجع قضایی و غیرقضایی اختصاص دارد و قضات محترم در خصوص آراء صادره خود، به بیان مبانی و دیدگاه‌های نظری و نیز تشریح استدلال‌های خود می‌پردازند.

الف. کلیات شیوه‌نامه

۱. حجم مقالات تألیفی که برای این فصلنامه در نظر گرفته شده است مطابق با استانداردهای بین‌المللی می‌باشد لذا نویسندگان محترم لزوماً حجم کلمات در نظر گرفته شده برای هر نوع از مقالات را مورد نظر خویش قرار دهند.
۲. مقالات این فصلنامه لزوماً باید مشتمل بر مشخصات مقاله و نویسندگان، چکیده، بدنه مقاله، نتیجه و منابع و مآخذ باشد.
۳. در مقالات این فصلنامه، ابتدائاً عنوان مقاله درج گردیده و سپس در خط زیرین، نام نویسنده(ها) ذکر می‌گردد. همچنین سمت و درجه علمی نویسنده(ها)، آدرس ایمیل نویسنده مسئول در پاورقی نوشته شود.
۴. در استناد به آراء، اصل متن دادنامه به عنوان پیوست مقاله ارسال گردد.
۵. تعداد کلمات رأی‌ها به هیچ عنوان در حجم مقاله محاسبه نخواهد شد.
۶. نویسندگان محترم ملزم به رعایت قواعد نگارشی بوده و در خصوص بدنه مقاله مکلف به تقسیم‌بندی موضوعات با ارائه عنوان (سرتیتر) می‌باشند.

ب. ترتیب نگارش بخش‌های مجله

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

یک - نقد موضوع محور (پژوهشی):

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی موضوع واحد در آئینه آراء مختلف است؛ لذا حداقل استناد به دو رأی مشابه در بیان موضوع، الزامی خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۳۰۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. نویسنده باید به دلایل لزوم بررسی آراء مورد بررسی از طریق طرح یک یا چند سؤال یا به طرق دیگر در چکیده یا بدنه مقاله اشاره نماید.
۴. پیشنهاد می‌شود در این نوع از مقالات آرایبی مورد استناد قرار گیرند که در خصوص موضوع واحد اختلاف در رویه وجود داشته باشد.

دو - نقد رأی محور (نقطه‌نظر):

این نوع از مقالات شامل نقد و تحلیل آراء فارسی و غیرفارسی می‌باشد.

نقد رأی محور فارسی:

۱. هدف این دسته از مقالات بررسی تفصیلی یک یا چند رأی بوده و محوریت در شیوه نگارش نقد، متن آراء خواهد بود.
۲. حجم مقاله حداقل ۱۵۰۰ و حداکثر ۷۰۰۰ کلمه خواهد بود.
۳. نویسنده بایستی ابتدائاً مختصری از گردش کار و جریان رسیدگی را بیان کند.
۴. در این نوع از مقالات امکان بررسی رویه قضایی نیز وجود دارد.

نقد رأی محور خارجی:

۱. در این نوع از نقد، تنها رأی یا آراء خارجی برگردان شده در متن درج می‌گردد و رأی خارجی در فایل ضمیمه به پیوست ارسال می‌گردد.
۲. حجم مقاله با احتساب متن فارسی برگردان شده حداقل ۱۵۰۰ الی ۷۰۰۰ کلمه می‌باشد.
۳. در این نوع از مقالات نویسنده باید به بررسی و تحلیل رأی پرداخته و در صورت اقتضا تشابهات و تفاوت‌های موجود میان رأی مورد بررسی و رأی یا آراء داخلی بپردازد.
۴. نویسنده در پایان بایستی به ارائه دیدگاه خود در خصوص نتایج حاصل از بررسی رأی خارجی بپردازد.

یادداشت رأی (یادداشت کوتاه):

۱. این قالب تنها به قضات محترم کلیه مراجع قضایی و غیرقضایی اختصاص دارد.
۲. حجم یادداشت رأی حداکثر ۵۰۰۰ کلمه بوده و حجم خود رأی در تعداد کلمات محاسبه می‌شود.
۳. قضات محترم در خصوص آراء صادره خود، به بیان مبانی و دیدگاه‌های نظری و نیز تشریح استدلال‌های خود می‌پردازند.

ج) شیوه‌نامه ویرایش مقالات

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

۱. چکیده فارسی و انگلیسی؛ (۱۰۰ تا ۳۰۰ واژه)
۲. واژگان کلیدی فارسی و معادل انگلیسی آن‌ها؛ (۳ تا ۷ واژه)

۳. متن رأی یا آرای مورد استناد (در صورت وجود)
۴. مقدمه، پیکره اصلی مقاله: شامل بندها و بخش‌های مربوطه و نتیجه.
۵. فهرست تمام منابع مورد استفاده.
۶. راهنمای درج دادنامه در متن مقاله

در مقالاتی که نیاز به استناد به رأی وجود دارد، حتی‌الامکان جدول مشخصات رأی به ترتیب شامل شماره دادنامه یا کلاس/شماره پرونده، تاریخ، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی در آراء دادگاه‌های اداری و مرجع رسیدگی کننده (صدور رأی) درج گردد.

<p>مشخصات رأی (بدوی/تجدیدنظر)</p> <p style="text-align: right;">شماره دادنامه:</p> <p style="text-align: right;">تاریخ:</p> <p style="text-align: right;">خواسته یا اتهام:</p> <p style="text-align: right;">خواهان یا خوانده (حقوق عمومی):</p> <p style="text-align: right;">مرجع رسیدگی کننده (صدور رأی):</p>

عین متن رأی به صوت تاپی بعد از چکیده و قبل از مقدمه درج شود.

ه) راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

نوع فونت	اندازه	موضوع
B Zar	Bold ۱۳	عنوان مقاله فارسی
B Nazanin	۱۱ نازک	اسامی نویسندگان فارسی
B Nazanin	۹ نازک	مشخصات نویسندگان فارسی
B Nazanin	۱۲ نازک	متن چکیده فارسی
B Nazanin	۱۰ نازک	متن رأی
B Nazanin	Bold ۱۲	تیترهای داخل متن
B Nazanin	۱۲ نازک	کلیدواژه
B Nazanin	۱۲ نازک	متن
B Nazanin	۹ نازک	پانویس فارسی
Times New Roman	۸ نازک	پانویس لاتین
B Nazanin	۱۱ نازک	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها
B Nazanin	۱۱ نازک	منابع فارسی
Times New Roman	۱۱ نازک	منابع لاتین

س) راهنمای روش ارجاع دهی

در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع به صورت درون‌متنی، به شرح آتی خواهد بود:

ارجاعات بلافاصله بعد از نقل مطلب به این صورت داخل پرانتز ذکر می‌گردد (نام صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه)، برای مثال: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱) اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو ذکر می‌شود، مانند: (ره‌پیک و قاسم زاده، ۱۳۹۱: ۲۰۱-۲۲۵)

اما اگر تعداد نویسندگان بیش از دو نفر باشد، تنها نام خانوادگی نویسنده اول ذکر شده و عبارت «و دیگران» در ادامه ذکر می‌شود، مانند: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳) در ارجاع درون‌متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از Ibid، «cit.op» همان یا پیشین منبع عیناً ذکر شود. علائم نگارشی (،:؛)، حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

ش) راهنمای تنظیم فهرست منابع

فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب فارسی و غیرفارسی دسته‌بندی شده و بدون شماره گذاری با رعایت ترتیب حروف الفبایی و بر اساس نام خانوادگی نویسنده اول به صورت زیر آورده شود:

- کتاب

نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، عنوان کتاب، شماره جلد، شماره چاپ (در صورت تجدید چاپ)، نام شهر محل انتشار: نام مؤسسه انتشار دهنده. برای مثال:

میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۶)، حقوق جزای اختصاصی، جلد دوم، چاپ بیست و ششم، تهران: نشر میزان.

- مقاله:

نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، عنوان نشریه، دوره یا سال نشریه، شماره نشریه. برای مثال:

خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.

- پایان نامه یا رساله

نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، عنوان پایان نامه، نام شهر محل دانشگاه: نام دانشگاه. برای مثال:

یوسفی، احمد (۱۳۹۶)، جایگاه اصول حقوق کیفری در نظام حقوقی ایران، تهران: دانشگاه تهران.

- اسناد الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان مقاله، نام سایت، < آدرس سایت >، (تاریخ مراجعه به سایت)

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

<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR20%Vol20%%2025_Issue2010%.pdf>
(last visited on 2015/10/10)

فهرست مطالب

- امکان سنجی داوری اشخاص حقوقی با تکیه بر رویه قضایی ۱۵
مصطفی مظفری / مرتضی میرزایی مقدم
- وکیل دادگستری و احترام شایسته به دادگستری ۳۵
حسن محسنی
- جستاری در انحلال عقد به وسیله خیار شرط و تخلف از شرط ۵۱
عباس نیازی / عبدالله جمشیدی
- نقش عدم پرداخت سرقفلی پس از انقضای مدت اجاره در استحقاق
اجرت‌المثل ۶۵
امیرحسین علیزاده
- امکان صدور حکم بطلان دعوای طلاق شوهر در محاکم خانواده ۷۹
عاطفه ذبیحی
- برائت از اتهام حضور در انتظار عمومی بدون حجاب شرعی ۹۹
محمد رضا عبدیان
- دعوای مطالبه‌ی جبران خسارت با استناد به کنوانسیون حقوق بشر
اروپایی مصوب سال ۱۹۵۰: شرحی بر پرونده ریچارد گرین فیلد علیه
وزارت کشور انگلستان ۱۱۱
مجتبی رضایی
- تأملی پیرامون مبانی تأسیس «ایجاد رویه قضایی» صلاحیت ویژه
هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ۱۲۱
محمد سلگی
- دادخواهی موجر پس از ملغی‌الآثر شدن حکم سابق ۱۵۱
احسان باقری

امکان سنجی داوری اشخاص حقوقی با تکیه بر رویه قضایی

مصطفی مظفری*

مرتضی میرزایی مقدم**

چکیده

داوری اشخاص حقوقی از مباحثی است که قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی و در فصل مقررات داوری با سکوت از آن گذشته است. این سکوت محل اختلاف نظر در بین حقوقدانان و قضات بوده و منجر به بیان دیدگاه‌ها و رویه‌های متفاوتی گردیده است. برخی با استدلال‌هایی نظیر به‌کاربردن واژه نفر در قانون آیین دادرسی مدنی و اختصاص آن به شخص حقیقی، استفاده از برخی مفاهیم خاص اشخاص حقیقی در مقررات بخش داوری مانند فوت، استعفاء و ...، ضرورت معین بودن داور و عدم امکان آن در خصوص داوری اشخاص حقوقی و ...، با داوری این اشخاص مخالفت نموده‌اند. از سوی دیگر، حامیان داوری اشخاص حقوقی ضمن رد دلایل فوق، با استناد به ماده ۵۸۸ قانون تجارت، در نظر گرفتن مسئولیت کیفری و حقوقی برای این اشخاص، قیاس داوری با وکالت، کارشناسی و سمت خواهان و خوانده در دعاوی، کثرت مقررات خاص که به داوری اشخاص حقوقی اشاره داشته‌اند و ...، در جهت پذیرش داوری آن‌ها حرکت نموده‌اند. به نظر می‌رسد دیدگاه دوم با فلسفه داوری که همانا کاهش بار دستگاه قضایی است، انطباق بیشتری دارد. از سوی دیگر با وجود امکان سنجش قضایی داوری اشخاص حقوقی و در نهایت ابطال آن، مخالفت کلی با این موضوع فاقد توجیه منطقی است.

واژگان کلیدی: داوری اشخاص حقوقی، اهلیت، مسئولیت اشخاص حقوقی،

فلسفه داوری

مقدمه

اختلاف همواره با تراضی و توافق طرفین حل و فصل نشده و نیازمند میانجی‌گری و حکمیت شخص ثالثی است. شخص ثالث گاهی قوه قضاییه و دادگاه‌های تشکیل‌شده از سوی اوست و گاهی اشخاص عادی. کلیه اشخاص حق دارند با توافق یکدیگر اختلافشان را از طریق داوری و حکمیت یک یا چند نفر حل و فصل کنند و تفاوتی نمی‌کند که اختلاف آن‌ها در دادگاه طرح شده یا نشده باشد و یا این‌که به چه مرحله‌ای رسیده باشد.

قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۴۵۴ در این راستا مقرر می‌دارد؛ طرفین می‌توانند منازعه یا اختلاف خود را «به تراضی» به داوری ارجاع نمایند. مطابق ماده ۴۵۵ همان قانون این تراضی می‌تواند ضمن معامله اصلی باشد یا به صورت قرارداد علی‌حده‌ای تنظیم گردد و طرفین به موجب آن ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آن‌ها، رفع آن از طریق داوری به عمل آید.

در خصوص داوری تعاریف بسیاری از سوی حقوقدانان مطرح شده است. برخی داوری را فصل خصومت توسط یک یا چند نفر به شیوه‌های مستقل از رجوع به قضات دادگاه‌ها می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲۸۳). از نظر عده‌ای دیگر در داوری افراد از مداخله مراجع رسمی برای حل و فصل اختلافات و دعاوی مربوط به حقوق خصوصی صرف‌نظر کرده و خود را در برابر حکومت خصوصی اشخاصی که مورد اعتماد طرفین از لحاظ رستگاری، امانت، معلومات و ... هستند، ملزم می‌کنند (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۱۱۰). برخی نیز در تعریفی مشابه بیان داشته‌اند: داوری یا حکمیت عبارت است از رفع اختلاف از طریق رسیدگی و صدور حکم اشخاصی که اطراف دعوا معمولاً آن‌ها را به تراضی انتخاب می‌کنند و یا مراجع قضایی با قرعه بر می‌گزینند (مدنی، ۱۳۷۲: ۶۶۸). بنابراین می‌توان داوری را یک شیوه خصوصی حل اختلاف دانست که به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند دعاوی احتمالی یا مطرح خود را نزد شخص یا اشخاصی به قضاوت مدنی بگذارند.

انتخاب داور یا داوران به دو طریق است: انتخاب توسط طرفین معامله و انتخاب توسط دادگاه. انتخاب داور توسط دادگاه زمانی محقق می‌شود که طرفین در ارجاع

امر به داور توافق کرده باشند اما در انتخاب داور یا داوران به توافق نرسیده باشند که در این صورت دادگاه رسماً اقدام به تعیین داور می‌نماید. انتخاب داوران توسط طرفین معامله ممکن است پیش از بروز اختلاف و در ضمن قرارداد داوری یا پس از وقوع اختلاف باشد.

قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۴۶۶ و ۴۶۹ محدودیت‌هایی برای دادگاه و طرفین دعوا در انتخاب داور تعیین نموده است. با این حال در خصوص اشخاص حقوقی، شناسایی موضع قانون‌گذار در پذیرش یا عدم پذیرش داوری از سوی آن‌ها دشوار بوده و محل طرح افکار و آراء مختلف و متفاوتی شده است.

مراد از شخص حقوقی یا اعتباری یا فرضی عبارت از دسته‌ای از افراد انسان یا مؤسسه‌ای از مؤسسات تجاری یا خیریه و امثال آن‌ها است که قانون به آن‌ها شخصیت می‌دهد یعنی برای آن‌ها حقوق و تکالیفی شبیه به حقوق و تکالیف انسانی، تا آن‌جا که میسر است، قائل می‌شود. دولت، شهرها، شرکت‌های تجاری و ... اشخاص حقوقی هستند (شایگان، ۱۳۳۱: ۱۴۹). همچنین گفته شده است؛ شخص حقوقی عبارت است از دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره‌ای از اموال که به هدف خاصی اختصاص داده شده است و قانون آن‌ها را طرف حق می‌شناسد و برای آن شخصیت مستقلی قائل است؛ مانند: دولت، شهر، دانشگاه، شرکت‌های تجاری، انجمن‌ها و موقوفات (صفائی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۷).

بدیهی است با توجه به گستره اشخاص حقوقی و اختلاف‌های زیادی که بین آن‌ها ایجاد می‌شود، بررسی داوری آن‌ها می‌تواند اهمیت فراوانی داشته باشد. به همین دلیل در این پژوهش کوشش می‌شود پس از تبیین ضرورت پردازش موضوع، با بیان آراء متفاوت به تحلیل و بررسی موضوع و در نهایت گزینش دیدگاه مناسب پرداخته شود.

۱- ضرورت بحث

امروزه به دلیل کثرت پرونده‌ها و تشریفات بسیار رسیدگی در دادگاه‌ها، ضرورت ارجاع اختلاف‌ها به داوری و سپردن سرنوشت دعاوی به دست مراجع غیرقضایی بیش از پیش احساس می‌شود. در این میان اشخاص حقوقی تمایل

بیشتری به تعیین شخص حقوقی به عنوان داور دارند. این تمایل شاید به علت ثبات بیشتر اشخاص حقوقی و دسترسی آسان‌تر به آن‌ها است. با این حال، انتخاب اشخاص حقوقی به عنوان داور از آثاری برخوردار است. آثاری که خاص این اشخاص بوده و در اشخاص حقیقی یافت نمی‌شود. توجه به این آثار ضرورت پژوهش در امکان یا عدم امکان انتخاب اشخاص حقوقی را بیش از پیش آشکار می‌سازد. این آثار عبارت‌اند از:

الف - تصحیح رأی داور، مطابق ماده ۴۸۷ قانون، در مواردی با داور است. اگر فرض شود که شخص حقوقی، امر داور را به یکی از داوران خود واگذار نماید و این داور، بعد از صدور رأی، فوت کند یا مجبور شود، شخص حقوقی می‌تواند داور دیگری را برای تصحیح رأی انتخاب کند زیرا داور در واقع، همان شخص حقوقی است و مرگ یکی از اعضای آن، اثری در بقای داور و حق شخص حقوقی ندارد. این در حالی است که اگر داور، از ابتدا شخص حقیقی باشد، با حجر یا فوت او، نوبت به تصحیح رأی نمی‌رسد و این کار، با دادگاه خواهد بود.

ب - اگر شخص حقوقی، داورانی را در اختیار داشته باشد که مشمول ممنوعیت مطلق یا نسبی موضوع مواد ۴۶۶، ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون باشند، اصل داور باطل نیست و شخص حقوقی می‌تواند داور یا داوران دیگری را برای حل و فصل موضوع، انتخاب کند.

ج - بعد از ارجاع موضوع به یکی از داورانی که در خدمت شخص حقوقی است، فوت یا حجر این داور، اثری در اعتبار داور ندارد و شخص حقوقی می‌تواند داور دیگری را معرفی کند؛ اما در مورد داور شخص حقیقی، اگر داور معینی انتخاب شده باشد، فوت او داور را منتفی می‌کند و اگر داور مطلق باشد، این تردید وجود دارد که آیا تعیین داور را می‌توان تکرار نمود یا تنها برای یک بار می‌توان داور را منصوب کرد؟

ه - اگر طرفین، داور یا داوران حقیقی را تعیین نکرده یا روشی برای انتخاب آن‌ها پیش‌بینی ننموده باشند، دادگاه، صلاحیت تعیین داور یا داوران را دارد؛ اما اگر طرفین، داور شخص حقوقی را پذیرفته باشند، دادگاه

دخالته ندارد و حتی اگر شخص حقوقی از ارجاع موضوع اختلاف به داوران خود امتناع کند، دادگاه حق ندارد به جای آن، داوری را انتخاب کند، امتناع شخص حقوقی مشمول ماده ۴۶۳ قانون مذکور است که مقرر می‌دارد: «هرگاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آن‌ها شخص معینی داوری نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی ننمایند، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود.

ر - اگر داوری شخص حقوقی مورد تصریح باشد، در صورت انحلال این شخص، داوری منتفی می‌شود حتی اگر تمام داورانی که عضو آن شخص بوده‌اند، زنده باشند زیرا طرفین قرارداد، به داوری هیچ‌یک از این داوران تراضی ننموده‌اند و وجود آن‌ها غیر از وجود شخص حقوقی است (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۲۴۷).

۲- مواضع رویه قضایی نسبت به داوری اشخاص حقوقی

یکی از ایرادات قوانین موضوعه عدم امکان تغییر آن‌ها است. این ایراد به‌ویژه در جایی مطرح می‌شود که قانون‌گذار به همه موضوعات و مسائل نمی‌پردازد. این عدم توجه یا ناشی از غفلت است یا از تغییرات زمانی و حدوث مسائل جدید سرچشمه می‌گیرد. داوری اشخاص حقوقی از مواردی است که قانون‌گذار ایران در قانون آیین دادرسی مدنی با سکوت از آن عبور کرده است. این سکوت منجر به ظهور آراء و اندیشه‌های متهاافت و متفاوتی بین حقوقدانان و قضات شده است. برخی این سکوت را به نفع داوری این اشخاص تفسیر کرده و برخی دیگر قانون‌گذار را در مقام بیان دانسته و سکوتش را نشانه عدم تمایل به پذیرش آن دانسته‌اند.

البته پیش از بررسی این موضوع این احتیاط ضروری است که نباید داوری شخص حقوقی را با داوری مدیر یا هیئت‌عامل یا مدیران دیگر شخص حقوقی اشتباه کرد. داوری، وقتی با شخص حقوقی است که اراده طرفین، خود آن شخص باشد نه داوران یا افراد حقیقی که به هر علت با شخص حقوقی وابستگی ارگانیک دارند. در مورد اخیر، داوری مربوط به شخص حقیقی است نه حقوقی و بنابراین باید آثار مربوط به آن را اعمال کرد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۲۴۸).

۳- موضع مخالف

در این خصوص دادنامه صادره از شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی و حقوقی مجتمع قضایی عدالت تهران به شماره ۹۷۰۹۹۷۰۰۱۰۶۰۰۲۶۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۳/۰۷ قابل استناد است. شعبه مذکور در خصوص رأی صادره از سوی داور مرضی‌الطرفین و پس از درخواست ابطال احدی از طرفین انشاء رأی نموده و بیان داشت:

«در خصوص دعوی ... به طرفیت ... به خواسته ابطال رأی داوری مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۲۰ و مطالبه خسارات دادرسی، بدین شرح که وکیل خواهان اعلام نموده است که در مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۲۰ قرارداد مشارکتی فی‌مابین طرفین منعقد و شرکت خواهان به عنوان مجری نسبت به احداث مجتمع مسکونی متعهد گردیده است که در اجرای قرارداد بین طرفین اختلاف ایجاد گردیده و براساس ماده ۱۰ قرارداد که داوری اداره حقوقی شرکت ج برای رفع اختلاف پیش‌بینی گردیده بوده است رأی داوری صادر گردیده و وکیل خواهان چون شخص معینی به عنوان داور تعیین نشده بوده است و مدت قرارداد مشارکت منقضی گردیده بود بنا به ادعای ایشان رأی داوری خلاف قوانین موجد حق صادر گردیده است لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را نموده است. وکیل خواننده دعوا طی لایحه دفاعیه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۷/۰۲/۲۲ ایرادات و جهات اعلامی وکیل خواهان را غیرموجه دانسته و در مجموع تقاضای رد دعوی خواهان را کرده است. این دادگاه با توجه به این‌که به موجب ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً انجام داوری از طریق یک یا چند شخص حقیقی مشخص پیش‌بینی گردیده است و به دلالت نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۶۱۴۴ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۲۹ ارجاع امر به داوری با توجه به مقررات داوری در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از ماده ۴۵۴ این قانون تا ماده ۵۰۱ فقط به اشخاص حقیقی مقدر است. داوری اشخاص حقوقی مگر در مواردی که در قانون تصریح شده باشد با عنایت به مقررات این قانون فاقد ضمانت اجراء می‌باشد و لذا رأی صادره بر این اساس واجد اشکال است، بنا به مراتب مذکور این دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص و به استناد مواد ۴۵۴، ۴۸۹، ۵۰۲، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به

ابطال رأی داوری مورخه ۱۳۹۶/۰۸/۲۰ ... صادر و اعلام می‌نماید».

همان‌طور که دیده می‌شود این شعبه اساس نظر خود را بر نظریه مشورتی بنا نهاده است. نظریه شماره ۷/۶۱۴۴ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۲۹ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه که مطابق با آن: «ارجاع امر به داوری با توجه به مقررات داوری در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی از ماده ۴۵۴ این قانون تا ماده ۵۰۱ فقط به اشخاص حقیقی مقدر است. داوری اشخاص حقوقی مگر در مواردی که در قانون تصریح شده باشد با عنایت به مقررات این قانون فاقد ضمانت اجرا می‌باشد» (مجدد، ۱۳۹۳: ۲۷۱).

بنابراین استدلال‌های شعبه صادرکننده رأی را می‌توان در دو مورد دید؛

اول؛ «به موجب ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً انجام داوری از طریق یک یا چند شخص حقیقی مشخص پیش‌بینی گردیده است».

بنابر این ماده «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند».

از اماره‌های قابل استناد در این ماده که از آن می‌توان در حمایت از نظر شعبه بهره‌برداری نمود، واژه «نفر» است. این واژه در عرف عام در مورد اشخاص حقیقی به کار می‌رود. بنابراین تمایل قانون‌گذار در استفاده از این واژه، نمودار تمایل وی در داوری اشخاص حقیقی و عدم پذیرش داوری اشخاص حقوقی است.

برخی با بررسی سرگذشت تقنین مقررات داوری، از این ماده قانونی در جهت عدم پذیرش داوری اشخاص حقوقی بهره برده‌اند؛ «ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ با حذف کلمه "هیئت" که در ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی ۱۳۱۸ به کار رفته بود، تردیدی نمی‌گذارد که تنها داوری شخص حقیقی را در ماده ماهیت دعوی مد نظر دارد (سیفی، ۱۳۸۳: ۱۳۳-۲۳۱).

دوم؛ داوری اشخاص حقوقی مگر در مواردی که در قانون تصریح شده باشد با عنایت به مقررات این قانون فاقد ضمانت اجرا می‌باشد.

بنابر این استدلال، داوری اشخاص حقوقی استثناء بر اصل بوده و لذا ضروری است به همان موارد محدود شود. به عبارت دیگر، با توجه به عدم وجود صراحت

قانونی در قانون آیین دادرسی مدنی راجع به داوری اشخاص حقوقی، پذیرش داوری آن‌ها به عنوان قاعده کلی و فراگیر فاقد مبنای قانونی بوده و می‌بایست به همان موارد اکتفا شود. نظر اکثریت قضات در نشست حقوقی نیز در همین راستا است؛ «با توجه به این‌که محدودیت‌های مقرر در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به اشخاص حقیقی است نه حقوقی، از طرفی هرچند بند (الف) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی اعلام می‌کند شخص حقوقی را می‌توان به‌عنوان داور انتخاب کرد لیکن اشخاص حقوقی را زمانی به عنوان داور می‌توان انتخاب کرد که همانند قانون مارالذکر در این خصوص صراحت قانونی وجود داشته باشد. چنانچه نظر شماره ۷/۶۱۴۴-۱۳۸۰/۰۶/۲۹-اداره حقوقی نیز مؤید این امر است. اصولاً تعیین شخص حقوقی به عنوان داور امکان‌پذیر نیست». (بی‌نام، ۱۳۸۷: ۲۸۷-۲۸۹). بنابراین قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران هرچند در بند ۲ ماده ۶ فعالیت سازمان داوری را می‌پذیرد، لیکن تنها امور خاصی مانند نصب و عزل داور را به سازمان داوری واگذار می‌کند. به علاوه با توجه به شرایط فردی داور مانند بی‌طرفی و توانایی انجام کار که در مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۴ مقرر شده است، روشن است که داوری در ماهیت دعوی مختص شخص حقیقی است و شخص حقوقی تنها مجاز به مدیریت داوری است. با عنایت به ماده ۱۰ قانون اساسنامه مرکز داوری اتاق ایران که به موجب آن مقررات رسیدگی در داوری‌های تجاری داخلی، مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی و در داوری‌های تجاری بین‌المللی، قانون داوری تجاری بین‌المللی تعیین شده است، این نتیجه حاصل می‌شود که کار مرکز داوری اتاق ایران نیز مدیریت داوری است و مجوزی برای داوری مرکز در ماهیت دعوی به عنوان شخص حقوقی استنباط نمی‌شود (سیفی، ۱۳۸۳: ۱۳۳-۲۳۱).

این موضع دربرگیرنده استدلال‌های دیگری نیز می‌باشد. مانند این‌که داوری اشخاص حقوقی اساساً عملی و امکان‌پذیر نیست. «داوری از حقوقی است که تنها اشخاص دارای اهلیت استیفاء می‌توانند آن را اعمال و به عنوان داور انتخاب شوند لذا از حق داوری تنها اشخاص حقیقی می‌توانند بهره‌مند شوند زیرا اشخاص حقوقی به طور طبیعی قادر به اعمال این حق نمی‌باشند. اگرچه در نصوصی داوری اشخاص حقوقی تصریح شده است اما چون اشخاص حقوقی تنها توسط مدیران آن،

که اشخاص حقیقی هستند می‌توانند در مقام داوری، ادعاها، ادله و استدلال‌ات طرفین را مورد بررسی، استماع و ارزیابی قرار داده و حق‌دار را از بی‌حق تشخیص دهد و در نهایت باید با استدلال رأی قضیه را صادر نماید لذا باید پذیرفت که در تمام مواردی که داوری به شخص حقوقی واگذار گردید، چنین شخصی تنها داوری را سازماندهی خواهد کرد و در اصل داوری توسط اشخاص حقیقی صورت می‌گیرد» (شمس، ۱۳۸۸: ۵۱۶).

استدلال دیگر از سوی شعبه ۲۵ دادگاه عمومی و حقوقی تهران در دادنامه شماره ۲۵۷-۲۳/۸۲ موضوع پرونده شماره ۸۱/۲۵/۷۹۳ مطرح شده است: «... مستنبط از مواد ۴۵۴ و ۴۵۸ و ۴۶۶ و ۴۶۹ و ۴۷۳ و ۴۷۴ و دیگر مواد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در مبحث داوری منظور مقنن از داور فرد طبیعی و شخص حقیقی می‌باشد که هیچ شبهه‌ای در آنان به وجود نیاید در حالی که رجوع به داوری اشخاص حقوقی که فرد معینی از آن معلوم و مشخص نیست موجب اشتباه نسبت به مشخصات داور خواهد بود. به موجب بند ۷/۲ قرارداد در تاریخ ۱۳۷۵/۱۰/۰۹ داور مرضی‌الطرفین دفتر حقوقی سازمان سیاحتی و مراکز تفریحی بنیاد مستضعفان و جانبازان تعیین گردیده که کیفیت ارجاع امر به داور برخلاف موازین ماده ۴۵۸ قانون مذکور می‌باشد و مسلم است که مشخصات داور نزد طرف دیگر معلوم نبوده و به طوری نبوده که رافع اشتباه باشد. بنابراین با استناد به بند ۷ ماده ۴۸۹ همین قانون قرارداد رجوع به داوری بی‌اعتبار بوده ...» (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۲۴۸).

۴- موضع موافق

این موضع پس از تجدیدنظرخواهی از دادنامه پیش‌گفته و در پی رسیدگی شعبه ۱۸ دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران وفق دادنامه شماره ۸۱۰۷۲۱۸۰۲۲۱۸۰۹۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۶/۱۱ مطرح شد. بنابر دادنامه مذکور: «دادنامه تجدیدنظرخواسته به شماره ۰۲۶۰۰۱۰۶۰۰۹۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۳/۰۷ صادره از شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که مشعر بر پذیرش دعوی الف و ابطال رأی مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۲۰ می‌باشد و در موعد مقرر مورد

تجدیدنظرخواهی ب با وکالت ... قرار گرفته است مخالف قانون و مقررات موضوعه و مدارک ابرازی بوده و اعتراض به شرح لایحه اعتراضیه وارد و مستوجب نقض آن می‌باشد. زیرا که اولاً یکی از طرق رسیدگی به دعاوی فی‌مابین اشخاص که استثنایی بر اصل صلاحیت عامه محاکم محسوب می‌گردد داوری است که این روش مورد پذیرش قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران قرار گرفته است بر همین اساس کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند کلیه دعاوی خود اعم از این که در محاکم مطرح شده یا نشده باشد به داوری احاله و یا به موجب قراردادهای تنظیمی توافق بر امر داوری در جهت حل‌وفصل کلیه اختلافات خود نمایند ثانیاً در تعریف این مقوله (داوری) می‌توان گفت داوری عبارت است از رفع اختلاف بین اصحاب دعوی از طریق واگذاری آن به حکمیت اشخاص که طرفین دعوی آن‌ها را به توافق خود انتخاب می‌کنند. گاهی داور شخصیت حقیقی است یعنی طرفین یک قرارداد شخص معینی را به عنوان داور میان خود انتخاب و در متن قرارداد به آن اشاره می‌نمایند و گاهی هم یک شرکت و یا یک شخصیت حقوقی را به عنوان داور اعلام می‌کنند بنابراین تعیین یک شخصیت حقوقی به عنوان داور فاقد ایراد قانونی می‌باشد و این بدان جهت است که شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است و صرفاً مواردی از این بحث مستثنی می‌باشد که فقط برای انسان ممکن است و دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت و نبوت و امثال ذلک. ثالثاً شخص حقوقی به وسیله اشخاص حقیقی اداره می‌گردد که آن اشخاص عهده‌دار امور بوده از این‌رو چنانچه در قرارداد داوری اشاره به اداره حقوقی شده باشد مراد و مقصود مدیران مجموعه بوده که شخص حقیقی می‌باشد که در مانحن‌فیه نیز مدیر اداره حقوقی شرکت ج مبادرت به داوری نموده و رأی خود را اصدار نموده است. رابعاً نقش دادگاه در فرایند داوری صرفاً امر نظارتی بوده و حق ورود به ماهیت دعوی را ندارد و این بدان جهت است که متداعیین با تراضی رفع اختلاف را از صلاحیت دادگستری خارج و به اشخاص خارج از آن مجموعه محول نموده‌اند و فقط در مواردی که داوری را ابطال می‌نماید این درحالی است که در مانحن‌فیه اساساً رأی داور به هیچ‌وجه مابینتی با هیچ‌یک از شقوق ماده قانونی نداشته و از سوی دیگر

رأی صادره دقیقاً با توافقات مندرج در قرارداد تنظیمی فی‌مابین متداعیین اصدار گردید و از آن حیث خدشه‌ای بر آن وارد نمی‌باشد خامساً زمانی این رأی مخالف قوانین موجد حق تلقی می‌گردد که در تعارض با یکی از قوانین ماهوی مانند قانون تجارت یا مدنی باشد به لحاظ آن که این قوانین هستند که در روابط حقوقی و اجتماعی اشخاص ایجاد حق و تعهد می‌نمایند حال آن که رأی صادره به صورت مستدل و موجه و مدلل بوده و مابین با قوانین ماهوی نیز نیستند، سادساً استدلال دادگاه نخستین در جهت ابطال رأی داور صرفاً با تمسک به شخصیت حقوقی داور بوده که این امر در بند اول و دوم دادنامه بدان پرداخته شده است از این‌رو دادگاه با پذیرش لایحه اعتراضیه و با استناد به قسمت اول از ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه حکم بر ابطال دعوی خواهان نخستین صادر و اعلام می‌نماید...».

استدلال‌های بیان‌شده در این رأی را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

الف) «در تعریف این مقوله (داوری) می‌توان گفت داوری عبارت است از رفع اختلاف بین اصحاب دعوی از طریق واگذاری آن به حکمیت اشخاص که طرفین دعوی آن‌ها را به توافق خود انتخاب می‌کنند گاهی داور شخصیت حقیقی است یعنی طرفین یک قرارداد شخص معینی را به عنوان داور میان خود انتخاب و در متن قرارداد به آن اشاره می‌نمایند و گاهی هم یک شرکت و یا یک شخصیت حقوقی را به عنوان داور اعلام می‌کنند بنابراین تعیین یک شخصیت حقوقی به عنوان داور فاقد ایراد قانونی می‌باشد».

مطابق این استدلال اساساً مرکز ثقل تعریف داوری بر ارجاع امر به شخص ثالث قرار گرفته است. بنابراین هویت و ماهیت شخصی که اختلاف نزد وی مطرح شده است، امری فرعی بوده و تحت اختیار و اراده طرفین قرار دارد.

ب) شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است و صرفاً مواردی از این بحث مستثنی می‌باشد که فقط برای انسان ممکن است که دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت و نبوت و امثال ذلک.

این استدلال ریشه در ماده ۵۸۸ قانون تجارت دارد. وفق این ماده: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است

مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت نبوت و امثال ذلک».

اقلیت قضاات در نشست قضایی در راستای این استدلال بیان داشته‌اند: «نظر به این که مطابق ماده ۵۸۸ قانون تجارت شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل شده است مگر حقوق و وظایف مختص انسان و داوری از جمله حقوقی نیست که بالطبع فقط انسان بتواند دارای آن باشد، لذا اصل بر جواز داوری شخص حقوقی است. چنانچه بند (الف) ماده ۱ قانون تجاری بین‌المللی صراحت بر این امر دارد که شخص حقوقی را می‌توان به‌عنوان داور انتخاب کرد. ماده مذکور مبین این امر است که تعیین داور صرفاً از میان اشخاص حقیقی نبوده و تعیین شخص حقوقی به‌عنوان داور امکان‌پذیر است. (ج) شخص حقوقی به وسیله اشخاص حقیقی اداره می‌گردد که آن اشخاص عهده‌دار امور بوده از این رو چنانچه در قرارداد داوری اشاره به اداره حقوقی شده باشد مراد و مقصود مدیران مجموعه بوده که شخص حقیقی می‌باشد که در مانحن‌فیه نیز مدیر اداره حقوقی شرکت ج مبادرت به داوری نموده و رأی خود را اصدار نموده است. این استدلال در دادنامه شماره ۴۰۳-۱۳۸۶/۰۴/۳۱ موضوع پرونده شماره ۸۵/۶۵۳ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی و حقوقی تهران نیز بیان شده است: «نظر به این که ... طرفین ... در داوری سازمانی و اتاق بازرگانی و سازمان گسترش توافق نمودند که آقای دکتر ... داوری نمایند که نه تنها منافاتی با اراده طرفین ندارد بلکه در راستای اراده مشترک طرفین است؛ چه این که خود شخصیت حقوقی که امکان انجام داوری را ندارد بلکه کافی است که داوری را اداره و تصدی نماید و اعلام اراده از طرف شخص منتخب سازمان یا اشخاص حقوقی منافاتی با داوری سازمانی ندارد و ... دفاع خوانده مبنی بر این که خود خواهان بخشی از رأی داور را که مانع از آن نیست که بخشی از رأی داوری را در صورت امکان تفکیک و موضوع رأی و ابطال نمود» (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

۵- بررسی و برآیند

همان‌طور که بیان گردید، اساسی‌ترین استدلال‌های مخالفین داوری اشخاص

حقوقی حول مسائلی نظیر «به کاربردن واژه نفر در قانون آیین دادرسی مدنی و اختصاص آن به شخص حقیقی»، «استفاده از برخی مفاهیم خاص اشخاص حقیقی در مقررات بخش داوری مانند فوت، استعفا و ...»، «ضرورت معین بودن داور و عدم امکان آن در خصوص داوری اشخاص حقوقی» و «عدم وجود اراده و قصد در اشخاص حقوقی برای تمیز حق از باطل» قرار می‌گیرد.

استدلال مرتبط با واژه نفر، اگرچه در نخستین نگاه اندیشه هر فردی را به سوی تردید در داوری شخص حقوقی می‌کشد، لکن باید گفت استفاده از این واژه در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی دارای مفهوم مخالف نیست. به کاربردن این واژه وارد به مورد اغلب است، زیرا غالباً داوری را به شخص حقیقی ارجاع می‌کنند. بنابراین صلاحیت داورشدن شخص حقوقی را نفی نمی‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۴۱). به خصوص این که در موادی دیگر از قانون آیین دادرسی مدنی، علی‌رغم این که هیچ تردیدی در شمول آن مواد بر شخص حقوقی نیست، از واژه نفر استفاده شده است، همانند ماده ۴۴۷ در مورد مواعد و ۱۶۷ در خصوص تصرف عدوانی.

از همین دلایل می‌توان در رد استدلال دوم نیز بهره برد. بدین گونه که استفاده از مفاهیمی نظیر فوت، استعفاء و ... در قانون در مورد اغلب موارد بوده و به معنی توجه خاص و منحصر به شخص حقیقی نیست. از سوی دیگر این مفاهیم خاص شخص حقیقی نبوده و در مورد اشخاص حقوقی تحت عناوین دیگری نظیر انحلال و انصراف قابل طرح است.

سومین استدلال که در مفاد ماده ۴۵۸ ریشه دارد، نیز از بنیان محکمی برخوردار نیست. مطابق این ماده «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد ...». منظور از معین بودن داور در قانون، تعیین آن به هویت است. این که داور به نام و نام‌خانوادگی مشخص شده و مبهم نباشد. بدیهی است که از این جهت تفاوتی بین شخص حقیقی و حقوقی نیست چراکه شخص حقوقی نیز از نام و وجوه متمایزکننده برخوردار است. با این حال ممکن است گفته شود چون پس از تعیین شخص حقوقی به عنوان داور، اشخاص حقیقی داوری می‌کنند و لذا

با عنایت به قابل تغییر بودن این اشخاص، شرط معین بودن رعایت نشده و داوری به دست اشخاص نامعلوم خواهد افتاد. در رد این استدلال نیز می‌توان گفت: اولاً؛ هرچند در سلسله مراتب اداری و سازمانی یک شخص حقوقی امکان تغییر افراد بسیار است، اما این تغییرات، با توجه به عدم تغییر اساسنامه، اهداف و هویت شخص حقوقی، به اراده طرفین و نیز شرط تعیین، خللی وارد نمی‌سازد. ثانیاً؛ تبیین معین بودن به تعیین فردی، فاقد دلیل است، چراکه این شرط می‌تواند با تعیین جمعی و گروهی نیز تأمین شود.

آخرین استدلال نیز به عدم وجود اراده و قصد در اشخاص حقوقی اشاره دارد. این استدلال در واقع اساس و بنیان اشخاص حقوقی را نشانه رفته و وجود آن‌ها را به چالش می‌کشد. این در حالی است که این اشخاص از وجودی اعتباری برخوردار بوده و اراده و اعمال آن‌ها از طریق اشخاص حقیقی جاری می‌گردد. ماده ۵۸۹ قانون تجارت در این زمینه مقرر می‌دارد: «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود». بنابراین درست است که این اشخاص فاقد اراده واقعی می‌باشند، لکن این به معنی عدم توانایی آن‌ها در اتخاذ تصمیم و داوری نیست. چراکه این اشخاص توسط اشخاص حقیقی که از اراده لازم برخوردارند، اداره شده و طرفین اختلاف نیز در زمان تعیین آن‌ها به عنوان داور، قصد داوری اشخاص حقیقی تعیین شده از سوی شخص حقوقی را داشته‌اند. بر مبنای همین استدلال، در کامن‌لا نیز نظر بر پذیرش داوری اشخاص طبیعی است. مطابق با این نظر اگر طرفین نزاع و اختلاف خود را توسط شخصی که شایسته این وظیفه نیست، حل‌وفصل کرده باشند باید از گزینش خود چشم‌پوشی کنند. شخصی که به عنوان داور برگزیده می‌شود همیشه از اشخاص واقعی و حقیقی است و یک شرکت یا مؤسسه را نمی‌توان به عنوان داور انتخاب کرد و نیز در بسیاری از قراردادهای بازرگانی غربی مشخص می‌سازند که داور باید دارای چه صفاتی باشد (وینسنت، بی‌تا: ۲۴۵).

بنابراین ادله مخالفان داوری شخص حقوقی از پشتوانه محکمی برخوردار نیست. عدم استحکام این ادله با بیان مستندات و قرائن موافق با داوری این اشخاص بیش از پیش آشکار می‌شود. این ادله را می‌توان طی موارد ذیل تبیین نمود:

نخستین قدم در تحلیل امکان یا عدم امکان سپردن داوری به دست اشخاص حقوقی، بررسی توانایی یا عدم توانایی آن‌ها در انجام این موضوع است. در این خصوص نیز بیان قانون‌گذار در ماده ۵۵۸ قانون تجارت فصل‌الخطاب است. بنابراین ماده: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی مثل ابوت، بنوت و امثال ذلک». لذا شخص حقوقی نیز همانند اشخاص حقیقی از اهلیت دارا شدن حقوق و تکالیف برخوردار است و فقط از حقوق و تکالیف خاص انسان برخوردار نیست؛ مانند نسب، سن، جنس، ازدواج، ارث، زناشویی، حق ابوت یا بنوت، طلاق، نفقه و هرگونه حق و تکلیفی که به جسم انسان وابسته است؛ مانند خدمت سربازی یا حق تندرستی و سلامتی جسم، و تمام آن‌چه به تکالیف و وظایف خانوادگی و خویشاوندی مربوط می‌شود، اگرچه حقوق مالی باشد. راجع به اهلیت استیفا نیز ماده ۵۸۹ قانون تجارت می‌گوید: «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله‌ی مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود». بنابراین هیچ دلیلی نیست که داوری از حقوق خاصه شخص حقیقی باشد و شخص حقوقی نتواند از آن برخوردار گردد. از سوی دیگر، شخص حقوقی ناصب داور بوده و شخص حقیقی را به عنوان داور تعیین می‌کند. در واقع وقتی طرفین به داوری اشخاص حقوقی توافق می‌کنند، این توافق به نوعی توافق بر انتخاب شخص حقوقی به عنوان ناصب شخص حقیقی جهت داوری است (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۱۲۰).

حقوق کشور فرانسه نیز در همین مسیر حرکت کرده است. قانون آیین دادرسی مدنی این کشور در ماده ۱۴۵۱ خود، ارجاع به داوری شخص حقوقی را به منزله اختیار شخص حقوقی به سازماندهی داوری می‌داند. به همین ترتیب در حقوق آلمان نیز وقتی یک شخص حقوقی به سمت داور انتخاب می‌شود فرض بر این است که نماینده قانونی آن بدین سمت انتخاب شده است (کلانتری، ۱۳۷۴: ۶۸).

موضوع دوم تضاد دیدگاه عدم پذیرش داوری اشخاص حقوقی با فلسفه و چرایی ارجاع اختلاف به داوری است. بدون تردید یکی از مبانی ارجاع اختلاف به داوری، کاستن از بار دستگاه قضایی است. عدم پذیرش داوری اشخاص حقوقی در تعارض با این مبنا قرار دارد. به عبارت دیگر، در حالی که کثرت فوق‌العاده

پرونده‌های قضایی باعث اشتغال فراتر از توان قضات دادگستری شده است، پذیرش ایراد عدم امکان داوری اشخاص حقوقی و ابطال آراء صادره از سوی آن‌ها، باعث طرح دادخواست در محاکم حقوقی شده و بر پرونده‌ها خواهد افزود. بدیهی است این افزایش، بدون تأمین منابع لازم آسیب‌زا خواهد بود.

مسئولیت‌پذیری و امکان پاسخ‌گویی اشخاص حقوقی نیز دلیل دیگری است که می‌توان از آن در جهت حمایت از دیدگاه موافق بهره برد. چراکه از این لحاظ، اشخاص حقوقی به مانند اشخاص حقیقی واجد مسئولیت حقوقی و کیفری می‌باشند. بنابراین در صورت تخلف این اشخاص در مسیر داوری، می‌توان هم از جهت حقوقی و هم کیفری آن‌ها را پاسخگو دانست.

بررسی جایگاه شخص حقوقی در بین اصحاب دعوی و افراد مرتبط با آن، دیگر موضوع قابل بهره‌برداری در این مسأله است. در یک دعوی اشخاص مختلفی اعم از خواهان، خوانده، کارشناس و وکیل وجود دارند. تردیدی نیست که شخص حقوقی می‌تواند به عنوان خواهان و خوانده در دعوی حضور داشته باشد. حتی می‌تواند دعوی خود را به داور ارجاع داده یا به تعیین داور بپردازد. از سوی دیگر به استناد ماده ۲۶ لایحه قانونی تأسیس اطاق‌های بازرگانی می‌توان گفت که اشخاص حقوقی قابلیت این امر را دارند که کارشناس واقع شوند. در خصوص وکالت اشخاص حقوقی (وکالت مدنی) نیز هیچ تردیدی وجود ندارد. بنابراین هنگامی که شخص حقوقی امکان قرار گرفتن در جایگاه خواهان، خوانده، کارشناس و وکیل را دارد، به کدامین دلیل و وجه می‌توان از داوری وی جلوگیری نمود؟ در این راستا گفته شده است: با توجه به این‌که داور به عنوان یک کارشناس حرفه‌ای تلقی می‌گردد و انتخاب شخص حقوقی به عنوان کارشناس نیز ممکن است پس این شخص می‌تواند داور نیز واقع شود. همچنین با توجه به مقررات باب هشتم از قانون آیین دادرسی مدنی (موضوع مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰) به‌ویژه مواد ۶۴۸ و ۶۴۹ و ۶۵۶ و ۶۶۳ و ۶۷۰ داوری به توکیل نزدیک‌تر و شبیه‌تر است تا به تحکیم، و با توجه به جواز وکالت شخص حقوقی، می‌توان بدون تردید به جواز داوری شخص حقوقی نیز نظر داد (صغار، ۱۳۷۳: ۴۲۷).

مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در بخش داوری، از دیگر دلایلی است که امکان بهره‌برداری از آن در جهت حمایت از دیدگاه موافق با داوری اشخاص

حقوقی وجود دارد. هرچند در این قانون سخنی از اشخاص حقوقی نیست لکن قانون‌گذار در موادی به اشخاصی که از داوری ممنوع شده‌اند، پرداخته است. ماده ۴۶۶ بیان می‌دارد؛ اشخاص زیر را هرچند با تراضی نمی‌توان به‌عنوان داور انتخاب نمود؛ اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند و اشخاصی که به‌موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده‌اند. همچنین وفق ماده ۴۶۹ دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین؛ کسانی که سن آنان کم‌تر از بیست‌وپنج سال تمام باشد، کسانی که در دعوا ذی‌نفع باشند، کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند، کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد، کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند، کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند، کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دعوا داشته باشند. ماده ۴۷۰ نیز بیان می‌دارد؛ کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی‌توانند داوری نمایند هرچند با تراضی طرفین باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در هیچ‌یک از این مواد به عدم امکان داوری شخص حقوقی اشاره‌ای نشده است.

نتیجه

داوری از سوی اشخاص حقوقی نه‌تنها با مانع قانونی روبه‌رو نیست بلکه در بسیاری از قوانین خاص به نوعی به جواز آن اشاره شده است. مانند: ماده ۲۶ لایحه قانون تأسیس اتاق‌های بازرگانی که اعلام می‌دارد؛ اتاق‌های بازرگانی می‌توانند در امور بازرگانی داور یا کارشناس واقع شوند. بند یک ماده ۱۳ موافقت‌نامه ایران و پاکستان مصوب ۱۳۲۸، ماده ۳۸ قانون کار مصوب ۱۳۳۷ که وفق آن در صورتی که اختلاف از طریق سازش حل نشود شاکی به اداره کار محل رجوع خواهد کرد و

اداره مزبور، ظرف سه روز از تاریخ وصول شکایت، موضوع را به شورای کارگاه ارجاع خواهد نمود، ماده ۱۵۷ قانون کار مصوب آبان‌ماه ۱۳۴۹ که حل اختلافات فردی بین کارگر و کارفرما را از طریق شورای اسلامی کار یا انجمن صنفی کارگران، پیش‌بینی نموده است، بند هشت ماده ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۳۵۴، که وفق آن کانون سردفتران و دفترباران وظیفه دارد به اختلاف ناشی از روابط شغلی میان دفتر و دفتربار رسیدگی نماید. همان‌طور که ملاحظه می‌شود این موارد به اندازه‌ای است که استثناء بودن موضوع داوری شخص حقوقی را کمرنگ می‌کند.

در نهایت این که با وجود امکان ابطال رأی داور چرا نباید از ظرفیت‌های نهاد داوری در کاهش پرونده‌های دادگستری و حل‌وفصل اختلافات بهره‌برد. به عبارت دیگر، اگر هم نامعین بودن داور یا سکوت قانون را به عنوان نشانه‌های تردید در پذیرش داوری اشخاص حقوقی بدانیم، چرا نباید این تردید را در برابر امکان قانونی سنجش و بررسی و نهایتاً ابطال رأی داور قرار نداد. شخصی که رأی به زیان وی صادر شده و مدعی ناتوانی شخص حقوقی از اداره داوری است، می‌تواند با طرح دعوی ابطال رأی نسبت به استیفاء حقوق خود اقدام نماید. بنابراین به جای رد کلی داوری شخص حقوقی، می‌توان با گذر دادن آن از مسیر دادگستری، به صورت موردی به کاستی‌های آن پاسخ داد. هرچند اشخاص حقوقی به دلیل قرار گرفتن در ذیل اصل تخصص، می‌توانند به بهترین شکل به اداره داوری بپردازند.

فهرست منابع

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوقی*، گنج دانش: تهران.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، *حقوق داوری و دعای مربوط به آن در رویه قضایی*، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- سیفی، سیدجمال (۱۳۸۳)، *داوری نامه*، انتشارات مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران: تهران.
- شایگان، سیدعلی (۱۳۳۱)، *حقوق مدنی ایران*، چاپخانه مجلس: تهران.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۸)، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، دراک: تهران.
- صفائی، سیدحسین و مرتضی قاسم‌زاده (۱۳۸۶)، *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، سمت: تهران.
- صفار، محمدجواد (۱۳۷۳)، *شخصیت حقوقی*، دانا: تهران.
- کلانتری، مرتضی (۱۳۷۴)، *بررسی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی داوری در جهان*، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران: تهران.
- *مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی*، جلد ۲۰، نشرقضا، ۱۳۸۷.
- مجدد، ابوالفضل (۱۳۹۳)، *آیین داوری در نظام حقوقی کنونی*، انتشارات ابتکار دانش: تهران.
- محمدزاده اصل، حیدر (۱۳۷۹)، *داوری در حقوق ایران*، انتشارات ققنوس: تهران.
- متین‌دفتری، احمد (۱۳۷۸)، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، انتشارات مجد: تهران.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۲)، *آیین دادرسی مدنی*، گنج دانش: تهران.
- وینسنت، پاول اسمیت، «کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا»، ترجمه محمدحسین ساکت، *مجله حقوقی بین‌الملل*، شماره ۲۳.

وکیل دادگستری و احترام شایسته به دادگستری

حسن محسنی*

چکیده

یکی از وظایف وکلای دادگستری حفظ شأن و جایگاه حرفه وکالت است که بنا به اقتضای شغلی و مقام ویژه خود ملزم به رعایت محدودیت‌هایی چون اعمال احترام در گفتار، نوشتار و رفتار و مجاملت در قبال دستگاه قضایی هستند. بنابراین، نباید صرفاً به اتکای نمایندگی از موکل، با ابراز هرگونه سوءسلوک و مجاملت (رفتار، گفتار یا نوشتار) در دادگستری از کرامت و ویژه پیشه وکالت دور گردند و در راستای «وظیفه شغلی» به دیگری افتراء و بی‌احترامی و استخفاف روا دارند؛ آنان حتی در موقعیت وکالت دادگستری و با وجود برخورداری از مصونیت از تعقیب کیفری در این جایگاه و بهره‌مندی از نوعی آزادی بیان، باز هم ملزم به رعایت احترام و نزاکت هستند و نقض این اجبار و الزام گرچه مشمول ضمانت‌اجراهای حقوق کیفری نیست و تعریف ضمانت‌اجرای انتظامی نیز فرایندی متفاوت به نظر می‌رسد، بی‌گمان باید از جهت اختیارات دادگاه در مبارزه با تخلف و خلاف، به شرحی که در برخی نظام‌ها پذیرفته شده، در دادگستری قابل ترتیب اثر باشد. بلاشک این احترام متقابل بوده و ضامن رعایت احترام از سوی دادگستری و وکلای دیگر و متداعیین است.

واژگان کلیدی: وکالت، دادگستری، شأن شغلی، وظیفه شغلی

مقدمه

شخصی به هویت آقای م.م. در مقام وکیل دادگستری، به وکالت از موکل خود شکایتی علیه دیگری طرح می‌نماید که منجر به قرار منع تعقیب می‌شود. مشتکی‌عنه پس از صدور قرار منع تعقیب قطعی، شکایتی دایر بر توهین، افتراء و نشر اکاذیب علیه وکیل مزبور تنظیم می‌کند. در دادسرا کیفرخواست، صادر و پرونده به شعبه ۱۰۳۶ دادگاه عمومی کیفری وقت تهران ارجاع می‌گردد. شعبه دادگاه عمومی کیفری در گزارش رأی به شماره دادنامه ۱۰۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۳ استدلالاتی بیان می‌دارد و سرانجام، حکم به محکومیت آن وکیل دادگستری به شرح زیر صادر می‌کند:

«درخصوص شکایت خانم ف.گ. با وکالت آقای ح.م. علیه آقایان: ۱- م. م. [...] موضوع کیفرخواست صادرشده علیه متهمین در دادرسی عمومی و انقلاب ناحیه ۷ تهران، با این توضیح که متهم ردیف اول به وکالت از آقای م.ش. در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۰۸ شکایتی علیه خانم ف.گ.، تنظیم و تقدیم دادرسی عمومی و انقلاب ناحیه ۳ تهران می‌کند و طی آن و لوائح بعدی خود، مطالبی موهن و افتراءآمیز را به وی نسبت می‌دهد. دادگاه با توجه به شکایت تقدیمی و تصاویر مصدق متن شکواییه و لوائح بعدی متهم هرچند نامبرده دفاعیات خود در دادسرا و دادگاه و کلیه مطالب را که علیه خانم ف.گ. ابراز داشته نقل قول اظهارات موکل خود می‌داند لیکن با توجه به صدور قرار منع تعقیب به نفع خانم ف.گ. و عدم اثبات عناوین مجرمانه نسبت داده‌شده به مشارالیه، دادگاه شیوه نگارش شکواییه و لایحه بعدی آقای ص. به‌عنوان وکیل دادگستری را خارج از معمول و عرف و رویه و نیز دور از ادب و انصاف دانسته و بر همین مبنا سوءنیت او را در طرح شکواییه و نسبت‌دادن عناوین مجرمانه با ادبیاتی توهین‌آمیز محرز دانسته و با توجه به تعدد معنوی جرم و تطبیق موضوع با ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی، دادگاه مجازات بزه نشر اکاذیب را اشد از دیگر بزه‌های معنون، تشخیص و مستنداً به ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی وی را به تحمل سه ماه و یک روز حبس تعزیری محکوم می‌نماید.»

محکوم‌علیه (آقای وکیل دادگستری) از دادنامه فوق تجدیدنظرخواهی نموده و

پرونده به شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع می‌شود. شعبه مزبور در دادنامه شماره ۰۰۲۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۳ چنین رأی می‌دهد:

«در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.م. اصالتاً و وکالتاً از طرف آقای م.س. [...] نسبت به محکومیت خود که از حیث انتساب اتهام نشر اکاذیب اصدار یافته در این بخش نیز دادگاه اعتراض را وارد، تشخیص، زیرا آن چه به عنوان نشر اکاذیب مورد اشاره قرار گرفته مطالبی است که وی در مقام دفاع از موکل خود و به نقل از وی و در راستای وظیفه شغلی بیان داشته و احراز کذب و یا صحیح بودن آن بر عهده مقام قضایی است که سیر پرونده‌های محاکماتی و صدور احکام متعدد از طریق شعب ۱۰۴۹ و ۱۰۳۳ محاکم عمومی جزایی تهران و نیز دادنامه شماره ۲۵۲ این دادگاه که در مقام تجدیدنظرخواهی از دادنامه‌های شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۲ و ۷۶۳ مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۳۰ صادر گردیده. در نتیجه، از نظر این دادگاه، ارائه لایحه دفاعی در مقابل ادعای یکدیگر از جانب وکلای طرفین با نقل قول از موکلین خود را نمی‌توان به عنوان نشر اکاذیب به قصد تشویش اذهان عمومی تلقی نمود. با این وصف، دادگاه در این بخش اعتراض را وارد تشخیص، و ضمن نقض دادنامه، رأی بر براءت، صادر و اما در مورد عدم اظهار نظر دادگاه محترم نخستین پیرامون اتهامات توهین و افتراء موضوع اتهام آقای م.م. با توجه به این که به موجب ماده ۲۴۱ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مرجع تجدیدنظر فقط نسبت به آنچه مورد تجدیدنظرخواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می‌نماید و چون نسبت به اتهامات صدرالاشاره حکمی صادر نگردیده این دادگاه مواجه با تکلیفی نمی‌باشد. این رأی، قطعی است.»

رأی شعبه نخستین، دفاعیات آقای وکیل دادگستری مبنی بر این که اظهاراتش نقل قول اظهارات موکل بوده، را نامسموع و فاقد وجاهت می‌داند و با اعلام این که «دادگاه شیوه نگارش شکواییه و لایحه بعدی آقای ص. به عنوان وکیل دادگستری را خارج از معمول و عرف و رویه و نیز دور از ادب و انصاف دانسته و بر همین مبنا سوءنیت او را در طرح شکواییه و نسبت دادن عناوین مجرمانه با ادبیاتی توهین آمیز محرز دانسته.» حکم به محکومیت آقای وکیل دادگستری به تحمل حبس صادر می‌نماید اما دادگاه تجدیدنظر استان، مطالب موضوع بزه نشر اکاذیب را در مقام

دفاع از موکل آن وکیل دادگستری قلمداد نموده و اعلام می‌کند که او این مطالب را «به نقل از وی و در راستای وظیفه شغلی بیان داشته و احراز کذب و یا صحیح بودن آن بر عهده مقام قضایی است که سیر پرونده‌های محاکماتی [...] در نتیجه از نظر این دادگاه ارائه لایحه دفاعی در مقابل ادعای یکدیگر از جانب وکلای طرفین با نقل قول از موکلین خود را نمی‌توان به‌عنوان نشر اکاذیب به قصد تشویش اذهان عمومی تلقی نمود» و حکم به برائت صادر می‌نماید.

۱- یادداشت و بررسی رأی

موضوع پرونده حاضر حول محور یکی از موضوعات بسیار مهم و بنیادین دادگستری و مشاغل حقوقی از جمله نقش وکلای دادگستری و ضوابط و ضروریات اخلاقی و قانونی حاکم بر رفتار حرفه‌ای آنان و به‌طور کلی احترام شایسته به دادگستری می‌گردد. پس این موضوع را می‌توان از منظر حقوق کیفری و حقوق حرفه‌ای شغلی تحلیل کرد.

از دیدگاه حقوق کیفری واقعیت این است که بیان مطالبی برای موکل یا از جانب او و یا به نقل از وی، ولو به نظر مخاطب موهن و افتراء باشد چنان‌که در پرونده موضوع رأی و به‌ویژه رأی دادگاه تجدیدنظر بیان گردید، در مقام توهین یا انتساب جرم نیست و چنان‌چه وکیلی برای موکل یا به نقل از او یا به نمایندگی از وی چنین مطالبی بگوید یا بنویسد او را نمی‌توان مجرم دانست چراکه وی در مقام ادعا و دفاع، از آزادی بیان و تبعاً مصونیت برخوردار است و اگر اتهامات و جرایمی به طرف مقابل منتسب نماید عمل وی جرم نخواهد بود. پس، از جهت منطق حقوق کیفری این قبیل اظهارات و نوشته‌ها را نمی‌توان جرم شمرد و مورد پیگرد قرار داد، زیرا جرم، عملی نیست که کسی بتواند به‌نیابت از دیگری مرتکب شود و اگر ادعاها و دفاعیات موکل در مقام دادخواهی و دفاع، موجب وهن دادگستری نیست وکیل دادگستری نیز که به‌نیابت از موکل به دادگستری مراجعه نموده و مطالبی را در مقام انتساب به متهم بیان داشته یا نوشته نیابتاً در این موقعیت ادعا یا دفاع قرار دارد لذا نمی‌توان او را مجرم قلمداد کرد. بر این بنیاد، حکم مقرر در ماده ۴۲ قانون وکالت (مصوب ۱۳۱۵) را هم باید ناظر به فرض بی‌احترامی و

بی‌نزاکتی دانست که وکیل شخصاً مرتکب می‌شود و مقوله نیابت یا وکالت در ارتکاب جرم مطرح نیست: «وکلاء باید در مذاکرات شفاهی در محکمه و لوائح کتبی احترام و نزاکت را نسبت به محاکم و تمام مقامات اداری و نسبت به وکلاء و اصحاب دعوی مرعی دارند. در صورت تخلف به مجازات انتظامی از درجه ۴ به بالا محکوم خواهند شد مگر این که عمل مشمول یکی از عناوین جزایی باشد که در این صورت لااقل به حداکثر مجازات مقرر در قانون محکوم خواهند شد». بر این اساس، وکلاء در صورت رعایت احترام و نزاکت می‌توانند مطالبی بیان نمایند که در موقعیت غیروکیل دادگستری، بیانشان جرم می‌باشد؛ قرار گرفتن در این موقعیت است که آنان را در مصونیت تعقیب و آزادی بیان قرار می‌دهد و داشتن این آزادی و مصونیت به هر روی از نگاه مقررین مستمسک ترک احترام و نزاکت نیست و چنانچه از این موقعیت خارج شوند و به بیان مطالب توهین‌آمیز روی آورند، عملشان شخصاً قابل پیگرد خواهد بود.

همچنین خواهیم دید که این مصونیت ناشی از موقعیت وکالت و آزادی بیان اگر منجر به «اخلال در نظم دادگاه» شود، دادگاه کیفری می‌تواند مجازات قانونی را اعمال کند (فراز پایانی ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری) و اگر موجب «اخلال در نظم جلسه» در دادگاه مدنی گردد، برابر ماده ۱۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه وکیل دادگستری را تا پنج روز حبس نماید.

بر این بنیاد، آزادی بیان وکیل در مقام ادعا و دفاع و به تعبیری مصونیت وی از تعقیب کیفری در فرض انتساب اتهام یا جرایم به طرف مقابل به او اجازه نمی‌دهد که به دادگاه یا طرف مقابل و همکار خود بی‌احترامی روا دارد یا نظم جلسه و نظم دادگاه را مختل کند و اینجاست که پرسش‌هایی مطرح می‌شود:

آیا از دیدگاه حقوق حرفه‌ای شغل وکالت دادگستری، این قبیل اظهارات و نوشته‌ها قابل پذیرش است؟ آیا بنا به متن رأی دادگاه تجدیدنظر، این گونه مطالب در راستای وظیفه شغلی خواهد بود؟ آیا وکیل دادگستری می‌تواند با استعمال عباراتی همچون «به‌زعم موکل» یا «به‌نیابت از موکل» یا «بنا به اظهارات موکل» هر ادبیاتی را در نوشتار یا گفتار خود به کار گیرد؟ آیا وکیل دادگستری سخن‌گو یا بلندگوی موکل است و باید هرآنچه که او با هر ادبیاتی بیان داشته، مستقیماً و

عیناً به نقل قول وی پردازد بی آن که شأن و جایگاه خود و دادگستری و دادگاه را در نظر گیرد؟ در صورت چنین عملکرد و اظهاراتی که رنجش یا برداشت توهین آمیز را در پی دارد چه باید کرد؟

وکلای دادگستری در نظام حقوقی ما به موجب سوگند حرفه‌ای، به «رعایت احترام» نسبت به مقامات قضایی و اداری و همکاران و اصحاب دعوا و سایر اشخاص و نیز به احتراز از اعمال نظریات سیاسی و خصوصی و کینه‌توزی و انتقام‌جویی و اتخاذ رویه مبتنی بر راستی و درستی در امور شخصی و کارهایی که از طرف اشخاص انجام می‌دهند، متعهدند؛ چنان که در قوانین خاص وکالت تأکید شده است: «وکلای باید در مذاکرات شفاهی در محکمه و لوایح کتبی احترام و نزاکت را نسبت به محاکم و تمام مقامات اداری و نسبت به وکلاء و اصحاب دعوی مرعی دارند» (ماده ۴۲ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و بند ۱۰ ماده ۸۰ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلاء دادگستری).

بنابراین، هیچ وکیل دادگستری نمی‌تواند صرفاً با تکیه بر حرفه وکالت، الزام به حفظ و پاس‌داشت احترام را به بهانه آزادی بیان و مصونیت از تعقیب کیفری کنار بگذارد زیرا در این پیشه، بیان اظهارات و نوشتن مطالب یا گفتار غیرمحترمانه مردود است. قانون‌گذار نیز در برخی مواد به ضرورت رعایت ادبیاتی احترام‌آمیز در ارکان سه‌گانه حرفه وکالت (رفتار، نوشتار و گفتار) در مکانی چون دادگستری تأکید می‌ورزد؛ برای نمونه، در تبصره ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار اجازه داده است از ابلاغ اظهارنامه‌های خلاف اخلاق و خارج از نزاکت خودداری شود یا این که متن ماده ۱۰۳ را به گونه‌ای نوشته است که نشان‌دهنده ضرورت گفتار و نوشتار محترمانه است: «دادگاه را مستحضر نمایند». مستحضر نمودن دادگاه تعبیر مؤدبانه «اطلاع دادن یا آگاه کردن دادگاه» می‌باشد.

از آن جا که وکیل یکی از اضلاع یا پیوندهای سه‌گانه (قاضی، وکیل، موکل) به‌شمار می‌آید لذا در صحنه قضاوت و وکالت رو در روی این دلتای سه‌ضلعی قرار می‌گیرد. بنابراین اگر وکیلی به‌جای ادعای صحیح یا دفاع مناسب، به نوشتن مطالب موهن و افتراآمیز دست یازد به‌نحوی که نسبت به دادگاه و طرف دعوا و قضاوت و همکاران خود «غیرمحترمانه» باشد، به‌هیچ‌وجه عمل او در راستای

«وظیفه شغلی» قلمداد نمی‌گردد. مع الوصف، مرز دقیق وظیفه شغلی کجاست؟ برای روشن شدن مطلب می‌توان به تبیین مثال ذیل پرداخت؛ هرگاه کسی به فرزند مشروع خود بگوید: «تو فرزند من نیستی» و یا به فرزند مشروع دیگری اذعان نماید: «تو فرزند پدرت نیستی»، برابر ماده ۲۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قذف مادر وی محسوب می‌شود، اما اگر وکیلی در دعوای اثبات و نفی نسب، ادعای موکل خود در این مورد را تکرار کند اظهارات وی در راستای وظیفه شغلی است و جرم تلقی نمی‌شود. همچنین اگر وکیلی برای دفاع از متهم به قتل اعلام نماید که مقتول خودکشی نموده و از دادگاه خواستار تحقیق و تفحص در این خصوص باشد گرچه بیان این دفاع منجر به رنجش اولیای دم و موجب یادآوری خاطرات تلخ زندگی می‌گردد، ولیکن هیچ‌کس آن را که بدان مقصود بیان شده، توهین‌آمیز نمی‌داند. اگر شخصی در نامه‌ای یا نوشته‌ای یا پیامی، دیگری را کلاهبردار یا جاسوس یا مختلس بنامد، عمل وی افتراء به حساب می‌آید ولی چنان‌چه وکیل دادگستری با نوشتن یک شکواییه، وقایع موجود را به هریک از این عناوین فوق موصوف نماید نوشته او در راستای وظایف شغلی است. بالعکس، اگر وکیل دادگستری به‌جای سخن و کلام نیکو و استوار با طرف دعوا یا دادگاه مانند «لطفاً تأمل بفرمایید تا عرایضم پایان یابد»، «من در هنگام صحبت‌های شما چیزی نگفتم»، «مدیریت جریان دادرسی با ریاست محترم دادگاه است و ایشان به من اجازه صحبت کردن داده‌اند» ...، حجم عجیبی از لاطائلات و ترهاتی چون «شما فعلاً ساکت باشید»، «شما به اندازه کافی زر زده‌اید»، «از اول دبستان یاد گرفته‌ایم همه جا به نوبت»، «بنشین سر جایت»، «خوب بافتید»، «تو خفه شو»، «به تعبیر موکل، شما بزدل هستید»، «موکلم برایم توضیح داده که چقدر آدم کثیفی هستید» و اظهارات بسیاری از این دست را بر زبان آورد بی‌گمان نمی‌توان چنین ادبیاتی را در حدود و حوزه وظیفه شغلی وکیل دادگستری گنجانند. همین بیان سخیف و بعضاً کوچه‌بازاری، به‌تنهایی در رد سخنان غیرحرفه‌ای وکیل، موجه و کافی است. ای بسا سخنان ناسخته و ناسنجیده‌ای که واکنش شدیدی را برمی‌انگیزد به‌گونه‌ای که بر زبان جاری ساختن کلام تند و گزنده وکیل بیانگر مواضع صریح و قاطعی در قبال قاضی و یا وکیل مدافع طرف دعوا خواهد بود اگرچه

گاهی این سخنان ناپخته، برخاسته از احساسات خام و نسنجیده است؛ چنان‌که گاهی مشاهده می‌شود گفتار و یا نوشتار وکیل دادگستری در حضور قاضی یا همکار خود توأم با خطاب و عتاب است حال آن‌که می‌تواند از کلمات مناسب و متناسب شأن خود و شرایط حاکم استفاده نماید. برای شفاف‌تر شدن موضوع به بیان مثال‌هایی ذیل می‌پردازیم:

جمله «به‌نظر می‌رسد مطلب روشنی باشد» می‌تواند جایگزین عبارت «این را یک طلبه نوآموز علم حقوق هم می‌داند» شود و یا اصطلاح «تجاهل‌العارف است» جانشین جمله «نیازی نیست خود را به آن راه بزنید» یا «خود را به کوجه علی چپ زدید» گردد.

عبارت «این امر را موکل تکذیب می‌کند» را می‌توان جایگزین و یا معادل جمله «خواننده دروغگو در بخشی از دفاعیات خود چنین گفته؛ وکیل او هم دروغ را رویه ثابت خود قرار داده؛ او یک دروغگوی بزرگ است؛ او آدم را به یاد داستان آن چوپان می‌اندازد» قرار داد. یا به‌جای زبان‌آوری، به‌گفتمان غیرفصیح و ای‌بسا محاوره‌ای و عامیانه روی می‌آورند مانند این جمله که: «آقای وکیل! شما برای پول چه کارها که نمی‌کنید». و یا در مواجهه با عنوان خواسته خواهان در لایحه خود بنویسد: «در رد خواسته مضحک خواهان». در صورتی که می‌تواند معادلی چون «خواسته خواهان واهی یا مردود است» را در لایحه ثبت نماید و جملاتی چون عبارات ذیل که در جلسه دادگاه بیان می‌شود:

«ظاهراً وکیل محترم خواهان خیلی فسفر سوزانده است و چنین ادعایی مطرح کرده است»، «وکیل خواهان با تلاش‌های مذبوحانه خود سعی دارد ...»، «آیا این حق‌الوکاله خوردن دارد؟ مشروع است؟». همه این موارد بی‌تردید توهین به طرف مقابل دعوا یا همکار آن وکیل است. پس، وظیفه شغلی وکیل دادگستری را نباید به‌نحوی درنظر گرفت که وی بتواند در مقام ادعا و دفاع، خلاف شأن، اخلاق و نزاکت رفتار نماید یا سخن بگوید یا کلامی بنویسد بلکه باید نمونه و اسوه اخلاق باشد.

به‌رغم آن‌چه مرسوم شده وکیل دادگستری نباید با گفتن جملات در تقدیری همچون «به‌زعم موکل» یا «به‌نیابت از موکل» یا «بنا به اظهارات موکل»، مطالب خلاف شأن، نزاکت و اخلاقی را در محضر دادگاه بیان نماید بلکه به قصد سخن

گفتن از جانب موکل، باید واژگان و عباراتی را برگزیند که به حد کافی محترمانه و به دور از بازگو نمودن عین اظهارات رکیک یا سخیف موکل در جرایم علیه تمامیت معنوی، باشد و حتی در مواقع ناچاری نیز از نقل قول مستقیم اظهارات سخیف بپرهیزد و ناگزیر از قاضی فرصت و رخصتی جوید تا شخص موکل در محضر او حاضر گشته و به گونه‌ای این سخنان به عرض وی برای بازجویی و تحقیق برسد. برای نمونه، وکیلی که به وکالت از موکل شکایت قذف مطرح نموده است، گرچه تبیین موردی که به‌عنوان قذف بیان شده در توصیف این بزه اثر قطعی دارد و اگر عین عبارات قاذف بیان نگردد اطلاق این عنوان ممتنع شود، باز نباید وکیل دادگستری عبارات مشمول حد قذف را صریحاً و منجزاً حتی با نقل قول از موکل خود در بیانات یا نوشته‌های خود بیاورد. بایسته است - چنان که گفته شد - او موکل خود را برای تحقیق نزد مقام تعقیب و تحقیق حاضر کند.

بدیهی است که درخور شأن و شخصیت حرفه‌ای وکیل دادگستری مرد نیست که در حضور بانوان به شرح و بیان جزئیات تجاوز به موکل خود، پردازد و یا بالعکس، یک خانم وکیل دادگستری بنا به فراخور پیشه وکالت، شایسته نیست که در شکایت توهین و فحاشی، خشونت کلامی (تحقیر، دشنام و ناسزاگفتن، تهدید، تهمت و ...) و اهانت‌های جنسی (الفاظ رکیک و ناموسی) رواداشته‌شده به موکل خود (از سوی متهم) را در حضور قضات بیان نماید.

بنابراین، وکیل دادگستری باید زبان‌آوری بسیارمغز باشد تا با سخنان و کلام پرنغز خود، استقلال پیشه خود یعنی وکالت را پایدار سازد نه آن‌که چون سخن‌گو یا بلندگویی باشد برای موکل خویش تا هرآن‌چه وی بدو گفته، او نیز بی‌تمییز و بی‌بحث و فحص و بدون رعایت احترام، در محضر دادگاه بازگوید. این ویژگی بخشی از استقلال وکیل دادگستری است و اگر جایگاه خود را به این حد تنزل دهد بی‌تردید استقلال خود را از دست داده است.^۱

حتی در برخی مواقع مشاهده شده وکلای دادگستری‌ای که خود را در محدوده الزامات اخلاقی رعایت احترام و نزاکت می‌بینند، موکلین خویش را به خط مقدم

۱. برای اطلاع بیشتر نک: حسن محسنی و مجید غمامی، آیین دادرسی مدنی فراملی (تهران: شرکت

توهین و بی‌احترامی به طرف مقابل یا وکیل او سوق می‌دهند. شخص نگارنده شاهد بوده است که در یک جلسه دادرسی، وکیل به‌جای این که شخصاً از موکل حاضر در جلسه خود دفاع کند با اذن دادگاه و اعلام این که موکلش دفاعیه‌ای به‌منظور قرائت تهیه نموده، خویش را در محدودیت‌هایی چون الزام اخلاقی و مجاملت محصور می‌کند. اینجاست که موکل او نسبت به وکیل مدافع طرف مقابل، خشونت کلامی و ضد کرامت انسانی روا می‌دارد و آن وکیل برای حفظ حرمت همکار خود از هرگونه تذکری به او (موکل مزبور) إباء یا استنکاف می‌ورزد تا جایی که دادگاه ناگزیر می‌شود برای توقف توهین و بی‌احترامی، موکل وی را از ادامه سخن بازدارد و یا بالفرض، در جلسه اجرای قرار معاینه محل، هنگامی که اشخاصی منتسب به موکلش، به وکیل طرف مقابل بی‌احترامی می‌کنند، آن وکیل دادگستری مانع نشود یا سکوت کند، مصداق عدم نظارت کافی وکیل دادگستری بر نوشته یا گفتار موکل یا اشخاص منتسب به اوست کما این که آن نوشتار و گفتار فاقد وجهت است و اقرار وی به ناآگاهی از محتوای لایحه موکل پذیرفتنی نیست و این امر موجب سلب مسئولیت وی نخواهد شد.

حال این سؤالات مطرح می‌گردد که: اگر وکیل دادگستری به هر روی، الزامات اخلاقی و حرفه‌ای در رعایت احترام را مراعی نداشت چه راهکاری می‌توان ارائه کرد؟ آیا باید همچون فرض پرونده حاضر به یکی از جرایم فوق‌الذکر علیه وی اعلام جرم نمود؟ آیا باید از لحاظ انتظامی به تعقیب وی پرداخت؟

رویکرد کیفری به این موضوع —چنان که نمونه‌ای از آن در پرونده حاضر گذشت— رویکرد صحیحی نیست و وکلای دادگستری که خواسته یا ناخواسته چنین اظهاراتی دارند به‌عنوان مجرم قابل تعقیب نیستند. اظهارات وکیل یا نوشته‌ها یا رفتار وی را نمی‌توان به‌سادگی مورد چنین تعقیبی قرار داد.

رویکرد انتظامی نیز در جای خود یک فرایند شبه‌قضایی است که به هر حال، قابل تفسیر و تعبیر است و ای‌بسا بعضی موکلان با حضور در مرجع رسیدگی انتظامی، مسئولیت کامل اظهارات قابل مناقشه وکیل دادگستری را می‌پذیرند، لذا با توجه به فقدان ضمانت اجرای کیفری یا ناکارآمدی ضمانت اجرای انتظامی، شاهد آن هستیم که برخی نظام‌های حقوقی رویکرد جالب توجهی را در قبال اظهارات و

نوشته‌های موهن وکلای دادگستری اتخاذ نموده‌اند که ذیلاً بدان اشاره می‌شود.

۲- وضعیت حقوقی کشور فرانسه

در حقوق فرانسه نوعی مصونیت گفتاری برای وکلای دادگستری براساس ماده ۴۱ قانون آزادی مطبوعات (مصوب ۱۸۸۱) پذیرفته شده بود مگر آن که این اظهارات وکیل خارج از موضوع دعوا باشد. از آن جا که در تشخیص مصداق آن تا حدی اختلاف بود دیوان عالی کشور فرانسه سرانجام به شرحی که برخی حقوق دانان آن را در نوشته‌ای دیگر بررسی نموده‌اند (جلالی، ۱۳۹۳: ۱۲۵-۱۲۶)، مصونیت مطلق گفتار وکیل را تا زمانی که در چارچوب یک بحث قضایی ابراز می‌شود در آراء مختلف پذیرفت. این ماده در سال ۲۰۰۸ اصلاح گردید و مقنن فرانسوی این گونه حکم کرد که: «[...] نسبت به پیگیری مبتنی بر حسن نیت در مذاکرات قضایی و نسبت به سخنرانی‌های ارائه‌گشته یا نوشته‌های مطرح‌شده در دادگاه‌ها نمی‌توان دعوای توهین، افتراء و هتک حرمت مطرح نمود. با وجود این، قضات می‌توانند در هنگام رسیدگی به دعوا و در حین صدور حکم در ماهیت، سخنان توهین‌آمیز، افتراها و هتک حیثیت را حذف‌شده، اعلام و وی را به جبران ضرر و زیان محکوم نمایند. مع‌الوصف، وقایع اهانت‌آمیز خارج از موضوع پرونده می‌توانند منجر به طرح دعوای عمومی یا خصوصی طرفین گردند. چنانچه این دعوای برای چنین شاکیهایی محفوظ اعلام گردد و درباره اشخاص ثالث در هر حال آنان حق دارند که دعوای خصوصی طرح کنند». به بیان دیگر، مقنن فرانسوی همواره خود را پای‌بند به اصل مصونیت وکیل اعلام می‌کند و میان مطالب مرتبط با موضوع پرونده و خارج از آن تفکیک قائل شده و در اولی، به قضات اجازه می‌دهد این گونه اظهارات را از میان ببرند و رأی به جبران خسارت بدهد و در دومی، بزه یا زیان‌دیده را به طرح دعوای عمومی یا خصوصی مجاز می‌داند.

از منظر آیین دادرسی نیز ماده ۲۴ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه ۱۹۷۶ در این باره چنین حکم کرده است: «طرفین تحت هر شرایط، ملزم به احترام شایسته به دادگستری هستند. دادرس می‌تواند بنا بر شدت قصور [در احترام] حتی رأساً اوامری را دستور داده، نوشته‌هایی را از بین برده یا آن‌ها را توهین‌آمیز، تلقی و

دستور چاپ و الصاق آراء خود را صادر نماید» (محسنی، ۱۳۹۵: ۸۴). بنابراین، طبق ماده مزبور، طرفین ملزم به رعایت ادبیات احترام‌آمیز نسبت به دادگستری هستند که در غیر این صورت، دچار تبعات آن از سوی دادرس خواهند گشت (که همانا اجرای قسمت پایانی ماده مذکور است).

بنا به تأیید بسیاری از کارشناسان و عوامل داخل در دادگستری، هیچ‌چیز بدتر و دشوارتر از آن نیست که قاضی اظهارات طرفین یا وکیل او را توهین‌آمیز بداند چراکه بنا به دستور هم اوست که متن رأی، منتشر و یا به دیوار دادگاه الصاق می‌شود تا نحوه گفتمان و کیل با دادگاه بر همگان آشکار و روشن گردد.

شعبه ۲ دیوان عالی کشور فرانسه در رأی مورخ ۸ دسامبر ۱۹۸۳، این قدرت و توانایی دادگاه را جزو اختیارات مربوط به برخورد با خلاف (pouvoir de police) دانسته است. برای نمونه، شخصی در مقام تجدیدنظرخواهی و در راستای اعتراض به رأی دادگاه صادرکننده، مکرراً تکرار نموده بود که «دادگاه مرتکب اشتباهات بزرگی شده است» و شعبه تجاری دیوان عالی کشور تصمیم دادگاه تجدیدنظر وفق ماده ۲۴ را که عبارات فوق را دارای ویژگی سوء و هاتک حرمت نسبت به دادگستری دانسته بود، مشمول اختیارات دادگاه در برخورد با خلاف دانست.^۱

نگارنده شاهد بود که وکیلی در مقام اعتراض به قرار منع تعقیب دادرس، یکی از جهات اعتراض را رشته تحصیلی قاضی در مقطع کارشناسی ارشد به کرات اعلام نموده بود: «دادیار محترم که فارغ‌التحصیل رشته حقوق خصوصی از دانشگاه ... است و در حقوق کیفری هیچ سررشته‌ای ندارد دچار اشتباه شده است» یا این‌که در جای دیگری، یک وکیل در هنگام تجدیدنظرخواهی از رأی دادگاه نخستین که قاضی شعبه آن تغییر کرده بود، چنین نوشته بود: «بعید نیست که به دلیل همین اشتباهات، قاضی صادرکننده تغییر کرده باشد». و یا در لایحه‌ای دیگر چنین بیان داشته بود: «از رأی قاضی خام شعبه ... دادگاه، تقاضای تجدیدنظر دارم».

چنین اظهارات و نوشته‌هایی بی‌احترامی به عدالت محسوب می‌شود و برابر ماده ۲۴ کد آیین دادرسی مدنی و رویه دیوان عالی کشور فرانسه و ماده مرقوم از

1. Code de procédure civile, (annoté), Paris, Dalloz, 2018, 109e éd., p. 64.

قانون مطبوعات آن کشور، قاضی می‌تواند تصمیم بگیرد که چنین نوشته‌ای از بین برود یا توهین‌آمیز به‌شمار آید یا این‌که رأی مبتنی بر آن چاپ و الصاق شود تا نحوه رفتار، گفتار و نوشتار او در دادگستری بر همگان محرز گردد؛ بلاتردید این واکنش دادگاه و اطلاع‌رسانی عمومی، در میزان مراجعه و رغبت مردم به این قبیل وکلاء برای کارهای بعدی تأثیر به‌سزایی خواهد گذاشت.

این رویکرد به رفتار و گفتار و نوشتار متداعیین یا وکلایشان امروزه طرفدارانی دارد. برای مثال، در مجموعه اصول آیین دادرسی مدنی فراملی که دو مؤسسه بزرگ حقوقی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (Unidroit) و مؤسسه حقوق آمریکا (ALI) تدوین نموده‌اند به برخی نمونه‌های آن اشاره شده است (بند ۱ اصل ۱۱ و اصل ۱۷ این اصول) (محسنی و غمامی، ۱۳۹۶: ۱۳۱-۱۳۶ و ۱۷۳-۱۷۶).

نتیجه

در این پژوهش مشخص گردید که بخشی از رأی دادگاه تجدیدنظر (احراز کذب و یا صحیح بودن آن بر عهده مقام قضایی است) از این جهت قابل تأیید و پذیرش است که مرجع قضایی که در آن‌جا مطالب افتراء یا توهین‌آمیز و غیرمحترمانه گفته یا ارائه می‌شود باید بتواند صحت و سقم آن را بسنجد و درخصوص آن تصمیمی اتخاذ نماید اما این‌که واکنش دادگاه‌های ما در قبال این‌گونه رفتارها، نوشتارها یا گفتارها چگونه باید باشد حاصل نقصان نظام حقوقی ما است و در مقررات آیین دادرسی جزء مسئله «اخلال در نظم جلسه» یا «اخلال در نظم دادگاه» حسب مورد موضوع ماده ۱۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ و ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری،^۲ که به‌سادگی قابل تطبیق بر مورد موضوع این نوشته نیست و الزامات ناشی

۱. «دادگاه می‌تواند دستور اخراج اشخاصی را که موجب اختلال نظم جلسه شوند با ذکر نحوه اختلال در صورت جلسه صادر کند و یا تا بیست و چهار ساعت حکم حبس آنان را صادر نماید. این حکم فوری اجرا می‌شود و اگر مرتکب از اصحاب دعوا یا وکلای آنان باشد به حبس از یک تا پنج روز محکوم خواهد شد.»

۲. «اخلال در نظم دادگاه از طرف متهم یا سایر اشخاص، موجب غیرعلنی شدن محاکمه نمی‌شود، بلکه باید به‌گونه مقتضی نظم برقرار شود. رئیس دادگاه می‌تواند دستور اخراج کسانی را که باعث اخلال در

از سوگند وکلای دادگستری و حکم ماده ۴۲ قانون وکالت به شرح بالا، مسائلی چون موضوع حاضر در این مقال مشاهده نمی‌شود.

اگر متداعیین مرتکب چنین رفتاری شوند یا چنین نوشته‌ها یا سخنانی داشته باشند ضمانت‌اجرایی در اختیار دادگاه نیست تا جایی که برخی قضاات و وکلاء نیز به‌رغم میل باطنی، ناگزیر به استفاده از ضمانت‌اجرای حقوق کیفری گریز می‌زنند و بلافاصله پس از تعقیب، با اولین پوزش و طلب عفو متهم، اغماض و تجاوز را بر او روا می‌دارند حال آن‌که اگر موادی همچون ماده ۲۴ صدرالاشاره در حقوق ما وجود می‌داشت، نوعی «الزام به رعایت احترام شایسته به دادگستری» برای وکلا و متداعیین محقق و تضمین می‌شد.

پرونده حاضر و آراء صادر در آن، این زمینه را فراهم آورد که به نکات اخلاقی و الزام رعایت احترام شایسته به دادگستری و رویکرد حقوق فرانسه در این‌باره نگاهی ولو گذرا انداخته شود و از طرفی نقص حقوق ایران نیز در این خصوص مورد فحص و واکاوی قرار گیرد.

نظم دادگاه می‌شوند، صادر کند، مگر این‌که اخلال‌کننده از اصحاب دعوی باشد که در این صورت رئیس دادگاه دستور حبس او را از یک تا پنج روز صادر می‌کند. این دستور پس از جلسه رسیدگی، فوری اجراء می‌شود. اگر اخلال‌کننده از وکلای اصحاب دعوی باشد، دادگاه به وی در خصوص رعایت نظم دادگاه تذکر می‌دهد و در صورت عدم تأثیر، وی را اخراج و به دادرسی انتظامی وکلا معرفی می‌کند. چنانچه اعمال ارتكابی، واجد وصف کیفری باشد اجرای مفاد این ماده، مانع از اعمال مجازات قانونی نیست. دادگاه پیش از شروع به رسیدگی، مفاد این ماده را به اشخاصی که در جلسه دادگاه حضور دارند، تذکر می‌دهد.»

فهرست منابع

- جلالی، محمد (۱۳۹۳)، «آزادی بیان وکلا در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه نقد رأی، دوره ۳، ش ۹.
- محسنی، حسن و مجید غمامی (۱۳۹۶)، آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- محسنی، حسن (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی فرانسه، ج ۱ شرکت سهامی انتشار: تهران.
- **Code de procédure civile (2018)**, 109^e éd, (annoté), Dalloz : Paris.

جستاری در انحلال عقد به وسیله خیار شرط و تخلف از شرط

عباس نیازی*

عبدالله جمشیدی**

چکیده

گاهی شیوه نگارش خیار شرط و خیار تخلف از شرط در ضمن قرارداد به نحوی است که میان مفاهیم، اختلاط روی می‌دهد و توصیف اراده باطنی طرفین را برای حقوقدان دشوار می‌سازد. این مقاله درصدد است ضمن نقد دادنامه، خیار شرط و تخلف از شرط را منقح نماید تا مبانی را برای توصیف قرارداد به دست دادرس داده و کار تحلیل و اتخاذ تصمیم سهل شود و با ارائه پیشنهاد در خصوص مدنظر قراردادان موعد پرداخت به‌عنوان انتهای خیار شرط، از تفسیر این خیار به‌عنوان خیار تخلف از شرط به‌منظور صحیح دانستن عقد جلوگیری گردد و همچنین با اذن به متعهدله برای فسخ ابتدایی و بدون التزام متعهد، در خیار تخلف از شرط، مانع از تزییع حقوق وی شویم.

واژگان کلیدی: شرط خیار، خیار تخلف از شرط، رویه.

مقدمه

با نگاه به رویه جاری در دادگاه‌ها در زمینه تفسیر شروط منحل‌کننده قرارداد باید خبر از تشمت داد؛ بخشی از این تشمت برآمده از عدم آگاهی تنظیم‌کنندگان قرارداد به مفهوم حقوقی کلمات و عبارات به کاررفته در قرارداد است که موجب می‌گردد این شروط در شعب مختلف دادگاه با تفسیرهای متفاوتی مواجه شود؛ در مورد اصل این شروط و توافق طرفین درباره آن، اختلافی بین متعاملین وجود ندارد، بلکه آنچه مورد اختلاف است توصیف موضوع به لسان حقوقی و نیز یافتن ماهیت شرط است.

هریک از عناوین حقوقی، دارای مفاهیم، شرایط، عناصر و آثار خاص خود می‌باشند که نباید آن‌ها را با هم خلط نمود. تعیین شرایط و آثار هر عمل حقوقی (اعم از عقد یا ایقاع) مستلزم توصیف حقوقی و تعیین ماهیت آن است. تعیین وصف حقوقی عمل واقع‌شده برعهده دادرس دادگاه می‌باشد که باتوجه به مستندات و شرایط و اوضاع و احوال قضیه آن را تعیین می‌نماید. یکی از ابزارهای حقوقی برای توصیف عمل حقوقی واقع‌شده نیز تفسیر عمل حقوقی است. «تفسیر» در اصطلاح حقوقی عبارت از یافتن و تشخیص ماهیت، مفاد و خواست طرف‌های قرارداد براساس اراده مشترک آن‌ها است. برخی نیز واژه مزبور (تفسیر) را به معنای تشخیص مفهوم قرارداد تعریف کرده‌اند که هدف از آن این است که مضمون و مفاد عقد به درستی روشن شود. در مورد شرط ضمن عقد این توصیف حقوقی اهمیت مضاعف دارد، به‌ویژه درباره خیارها که سرنوشت قرارداد به آن‌ها بستگی داشته و در اختیار دارنده خیار قرار می‌گیرد. از جمله مهم‌ترین این خیارهاست که در اعتبار قرارداد اثر مستقیم دارد «خیار شرط» است که به‌موجب آن، برای مدت معینی یکی از طرفین، حق فسخ معامله را خواهد داشت و چنان‌چه مدت این خیار معین نباشد شرط و عقد باطل خواهد بود (مواد ۳۹۹ و ۴۰۱ ق.م.). در مقابل، «خیار تخلف از شرط» که ممکن است فعل باشد یا وصف و یا نتیجه که متعهد از مفاد آن تخلف می‌نماید (ماده ۲۳۴ ق.م.). در دادنامه پیش‌رو، اختلاف طرفین در مورد «تعیین توصیف حقوقی» شرطی است که ضمن عقد پیش‌بینی گشته آیا خیار شرط است یا خیار تخلف از شرط؟

۱- متن دادنامه

در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۸۳۱۰۴۰۴۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۰۴ شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه که به موجب دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۸۳۴۵۰۱۰۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۳۰ شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان عیناً تأیید شده، می خوانیم:

«به موجب فروش نامه ای دو پلاک ثبتی به مبلغ ... ریال به خواننده فروخته شده است و از کل ثمن معامله ... ریال دریافت شده و در قرارداد مقرر شده مابقی ثمن معامله تا تاریخ ۱۳۹۱/۰۳/۱۵ پرداخت شود. متعاقباً در ظهر قرارداد شرط شده است: «در حضور شاهدین و حاضرین در مشاور املاک ... خریدار آقای م. ن. تعهد ایجاد نموده و ملتزم گردید که در تاریخ ۱۳۹۱/۰۳/۱۵ و حتی با آوانس فرجه ده روزه، مبلغ مانده این قرارداد را پرداخت نماید و در دفترخانه حاضر گردد چنانچه این مبلغ را در زمان تعیین شده نپردازد این قرارداد با رضایت خریدار فسخ و باطل می گردد و اصل مبلغ پرداختی به ایشان عودت می گردد».

طرفین مجدداً این تاریخ را با همان شروط سابق تا تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۰۱ در دفترخانه اسناد رسمی تمدید کرده و تصریح نموده اند، چنانچه خریدار (خواننده) باقی مانده ثمن را پرداخت نکند فروشنده (خواهان) حق فسخ قرارداد را دارد، اما طبق گواهی دفترخانه، خواننده در موعد مقرر برای تنظیم سند حاضر نشده و از پرداخت باقی مانده ثمن معامله استنکاف کرده و حق فسخ برای فروشنده (خواهان) ثابت شده و مراتب فسخ طی اظهارنامه مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۰۴ اعلام شده است».

«دادگاه ماهیت شرط قراردادی را منطبق با خیار شرط موضوع ماده ۳۹۹ ق.م. تشخیص داده و با ثابت تشخیص دادن دعوی خواهان، ضمن محکومیت خواننده به پرداخت خسارات دادرسی، فسخ قرارداد موضوع خواسته را از تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۰۱ اعلام کرده است و بیان داشته، گذشته از آن که «... منوط و موقوف کردن فسخ قرارداد به رضایت خریدار ...» برخلاف حقیقت شرعی لفظ «فسخ» و در تضاد با ظاهر ضمانت اجرای معهود از برای تخلف خریدار از وفای به عهد است، مرجع قضایی در کشف و تبیین حقیقت، به تفسیر شروط و نه تأویل شروط عقد مبادرت

می‌کند. هرگاه فساد تأویل ظاهر شود نه‌تنها مرجع قضایی که به طریق اولی، متعاقدين نیز بدان ملزم نخواهند بود؛ تأویل صحیح آن است که لفظ مندرج در سند به معنی [ای] که از حیث حقیقت وضع یا عرف استعمال یا عادت متکلم به آن منصرف می‌شود، حمل گردد؛ مشروط به آن که آن معنی با دلیل خارج، راجح و موافق با ظاهر لفظ، مقصود متکلم باشد؛ هرگاه تأویل‌کننده به آن چه که در حقیقت دلیل نیست، یا از روی ظن غیرمأمون یا مرجوح، مبادرت به تأویل کند، تأویل او بر حسب مورد یا فاسد یا بی‌دلیل محسوب می‌شود». (علامه حلی، بی‌تا: ۴۶۶). ماهیت اشتراط متعاقدين در ظاهر قرارداد، منطبق با خیار تخلف از شرط موضوع ماده ۴۴۴ ق. مدنی نبوده و منحصرکردن اختیار متعاقدين بدان خیار نه‌تنها مورد اتفاق متعاملین نیست که مستند به دلیل نیز به نظر نمی‌رسد. بر این اساس، دفاعیات وکلای یادشده در این خصوص، مؤثر در دفع دعوا و اثبات است و ادامه بقای عقد نخواهد بود.

فسخ قرارداد که به دلالت ماده ۲۱۹ ق. مدنی، به معنای ازاله اثر حقوقی آن قرارداد به وسیله عمل حقوقی دیگر می‌باشد اصولاً از جمله حقوق متعاقدين است که شخصاً در موارد معینه قانونی (ماده ۳۹۶ ق. مدنی) یا در حدود اشتراط اعمال می‌نمایند یا آن که شخص خارجی که منصوب طرفین است، اختیار فسخ معامله را برابر ماده ۳۹۹ ق. مدنی خواهد داشت؛ بدین ترتیب هرگاه وقوع یک قرارداد، صحیح و نافذ ثابت باشد طرفین قرارداد یا شخص ثالث که به موجب علت قانونی مختار در انحلال اثر عقد است، به لفظ یا فعلی که دلالت بر فسخ قرارداد نماید، برابر ماده ۴۴۹ ق. مدنی، آثار حقوقی قرارداد سابق را از بین می‌برد؛ دخالت دادگاه در دعوای فسخ قرارداد، محدود به بررسی وجود یا عدم حق فسخ، فراهم آمدن شرایط و به‌کار بستن آن حق در جهت گسیختن آثار قرارداد مقدم طرفین است. بنابراین و با استناد به جهات حکمی و موضوعی بالا ... حکم به اعلام فسخ قرارداد موضوع خواسته در اول تیرماه ۱۳۹۱ ... صادر می‌نماید».

۲- شرح موضوع

آقای ع.ر. به وکالت از خانم پ. در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۰ دادخواستی به‌طرفیت

آقای م. به خواسته «اعلان فسخ بیع نامه ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ به جهت تخلف از شرط مقرر در قرارداد با احتساب کلیه خسارات دادرسی» به دادگاه تقدیم نموده و در شرح دادخواست و لوایح تقدیمی مفاداً اظهار داشته برابر مبایعه نامه شماره ۱۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ گروه مشاورین املاک آلاچیق، خواهان دو پلاک ثبتی ۴۱۴ و ۱۳۹۳/۵۶/۴۱۳ واقع در بخش یک حومه کرمانشاه را به مبلغ ... ریال به خواننده فروخته که از کل ثمن معامله، مبالغی به موکل پرداخت شده و مقرر گردیده باقی مانده ثمن که مبلغ ۲۶/۴۲۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال بوده تا تاریخ ۱۳۹۱/۰۳/۱۵ به خواهان پرداخت شود؛ برابر شروط قراردادی و آنچه در ظهر قرارداد قید شده، طرفین توافق کرده اند چنانچه خریدار تا تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۰۱ در دفترخانه شماره ۷ حوزه ثبتی کرمانشاه، باقی مانده ثمن را پرداخت نکند، فروشنده حق فسخ عقد را دارد؛ خواهان نیز در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۰۱ به استناد این شرط، فسخ قرارداد را طی اظهارنامه ای اعلام کرده اند. دادگاه شرط پیش بینی شده در قرارداد را خیار شرط موضوع مواد ۳۹۹ و ۴۰۰ ق.م.، توصیف و بر این اساس، اعلام فسخ قرارداد توسط مشروطه را موجه تشخیص داده و به استناد آن در رأی مفصل خود، حکم به اعلام فسخ قرارداد موضوع خواسته صادر کرده است.

۳- مسائل ماهوی

برای تبیین جایگاه بحث می دانیم که شرط در اصطلاح اصولی عبارت است از چیزی که از عدم آن، عدم شیء لازم آید ولی از وجود آن ضرورتاً شیء وجود پیدا نخواهد کرد (فاضل مقداد، ۱۳۶۱: ۵۴). و در معنای مصدری به معنای الزام و التزام در عقد بیع و مانند آن است (انصاری، ۱۳۸۲ ه.ق: ۲۷۵) (شکاری، ۱۳۷۷: ۷۵). در فقه شرط را به دو قسم تقسیم می کنند: (۱) شرط ابتدایی؛ (۲) شرط ضمن عقد (طاهری، بی تا: ۴۹).

از جمله خیاراتی که در اعتبار قرارداد اثر مستقیم دارد خیار شرط است که به موجب آن، برای مدت معینی یکی از طرفین یا هر دو یا ثالثی حق فسخ معامله را خواهد داشت و چنانچه مدت این خیار مشخص نباشد، شرط و عقد باطل خواهد بود که قانون مدنی در مواد ۳۹۹، ۴۰۰ و ۴۰۱ براساس نظر فقهای عظام به آن

تصریح نموده است (نجفی، بی تا: ۳۳). (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق: ۱۱۳). قانون‌گذار در ماده ۴۰۰ ق.م. در فرض معلوم نبودن ابتدای اختیار، ابتدای اختیار را از تاریخ عقد محسوب نموده است اما در هر حال به حکم قانون انتهای اختیار باید به نحو صریح یا به صورت ضمنی در قرارداد مشخص گردد و یا این که اختیار برای روز خاصی قرار داده شود. گفته شده است «با توجه به ظهور قرارداد، تاریخ محضر و انتقال سند و یا تاریخ چک ردوبدل شده انتهای اختیار باشد، به این ترتیب پایان اختیار قابل تعیین است و نمی‌توان مدت آن را نامعلوم دانست» (دادنامه شماره: ۸۹۰۹۹۷۸۳۱۱۵۰۰۵۸۸، مورخه ۱۳۸۹/۰۸/۳۰). درکنار این اختیار، اختیار تخلف از شرط می‌باشد که این شرط ممکن است شرط فعل یا وصف و یا نتیجه باشد که متعهد از مفاد آن تخلف می‌نماید. درمورد این اختیار (تخلف از شرط)، ماده ۴۴۴ ق.م. به بحث شروط ضمن عقد موضوع مواد ۲۳۴ تا ۲۴۵ همان قانون، ارجاع داده است. طبق ماده ۲۳۷ ق.م. هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد - اثباتاً یا نفیاً - کسی که ملزم به انجام شرط شده است، باید آن را به‌جا آورد و در صورت تخلف، مشروط‌الهُ می‌تواند به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید و مطابق ماده ۲۳۸ ق.م. هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل، حق فسخ معامله را خواهد داشت.

باید توجه داشت که این تدبیر قراردادی نیز نمی‌تواند فروشنده در عقد مؤجل را در موقعیت اقتصادی متعادلی با خریدار قرار دهد، زیرا به حکم ماده ۳۶۳ ق.م. وجود اختیار فسخ مانع انتقال مالکیت به خریدار نخواهد شد. و از نظر زمانی مرحله طولانی اجبار و انجام یا عدم انجام تعهد، به ضرر متعهدله است اما آیا تعلل در انحلال بدین معناست که خریدار به محض مالک شدن، حق هرگونه تصرف در مبیع را پیدا می‌کند؟ پاسخ به این سؤال، تابع توصیفی است که از حق فسخ در چنین موردی ارائه خواهیم داد.

با استناد به عموم أوفوا بالعقود و اصل «صحت» که اقتضاء دارد در مواردی که الفاظ به‌کاربرده شده در عقد معانی گوناگونی داشته باشد عبارات آن، حمل بر معنایی شود که عقد صحیح بوده و دارای اثر مشروع باشد و نباید معنایی برای

الفاظ و عبارات و شروط عقد در نظر گرفته شود که موجب فساد عقد گردد و از مفاد شرط پیش‌بینی شده در قرارداد مورد نزاع، استنباط می‌شود که با امتناع خریدار (خوانده) از ایفای تعهد قراردادی خود مبنی بر پرداخت مابقی ثمن، برای فروشنده (خواهان) خیار فسخ به‌وجود می‌آید و بدون تحقق این تخلف، خیار فسخ ایجاد نخواهد شد. مفاد این شرط دلالت بر تعهد خریدار بر پرداخت مابقی ثمن در موعد مقرر دارد و بدیهی است که «پرداختِ ثمنِ باقی‌مانده» انجام یک فعل می‌باشد در نتیجه، شرط پیش‌بینی شده نیز مصداق شرط فعل است و تخلف از مفاد آن نیز موجب مستقر شدن خیار تخلف از شرط می‌باشد و تصریح طرفین به حق فسخ برای خریدار تأکید مؤکد بر این حق است؛ در حالی که خیار شرط، زاییده تراضی طرفین است و دو طرف بدون هیچ‌گونه قیدی، شرط می‌نمایند که متعاملین یا یکی از آن‌ها یا شخص ثالثی برای مدت معین حق فسخ قرارداد را داشته باشد. در نتیجه برای تحقق خیار به عامل دیگری مثل تخلف از مفاد عقد نیازی نیست و با صرف اراده طرفین به هنگام انعقاد عقد ایجاد می‌شود (جمشیدی و میرزائی، ۱۳۹۲: ۴۴). به عبارت دیگر، اعمال خیار نیاز به دلیل و توجیهی ندارد چنان‌که از ماده ۳۹۹ قانون مدنی نیز همین نتیجه استنباط می‌گردد و اختیار فسخ مندرج در ماده مذکور موکول به امر دیگری غیر از توافق طرفین نشده است حال آن‌که در خیار تخلف از شرط، اعمال حق فسخ زمانی مصداق می‌یابد که احد طرفین از تعهدات مندرج در قرارداد تخلف کرده باشد، و در فرض مورد بحث نیز براساس توافق، در صورت تخلف خریدار در پرداخت اقساط ثمن معامله، حق فسخ برای فروشنده در نظر گرفته شده است و برخلاف خیار شرط در فرض مذکور اعمال حق فسخ به لحاظ تخلف از فعلی است که در قرارداد شرط شده است. به بیان دیگر، «خیار شرط» نتیجه تراضی و «خیار تخلف از شرط» حاصل تخلف از تراضی و امتناع از اجرای تعهد ناشی از آن است (عالم‌زاده، ۱۳۸۵: ۶۵). آن‌چه از مفاد شرط پیش‌بینی شده در قرارداد و مورد نزاع استنباط می‌گردد، این‌که با تخلف از مفاد عقد و امتناع از اجرای تعهدات قراردادی، خیار به‌وجود می‌آید توصیف این شرط به «خیار شرط» نه تنها صحیح نمی‌باشد و با موازین فقهی در تعریف خیار شرط منافات دارد بلکه قائل شدن به این‌که چنین شرطی، خیار شرط است نتیجه

دیگری را در پی دارد که با استنباط دادگاه از صحت عقد و اعمال خیار فسخ و صدور حکم به اعلام فسخ منافات بین دارد، زیرا براساس موازین مسلم فقهی که مبنای قانون مدنی است در خیار شرط باید مدت معین باشد و الا هم شرط و هم عقد باطل خواهند بود و از آن جا که در شرط متنازع‌فیه در این دعوا که در ظاهر مبیعه‌نامه آمده است مدتی برای اعمال خیار توسط فروشنده تعیین نگردیده، به این ترتیب مدت آن مجهول بوده و باید گفت عقد نیز باطل است و نمی‌توان خیار را خیار شرط توصیف نمود اما به آثار و شرایط آن پایبند نبود و وقتی که عقد باطل باشد سخن گفتن از فسخ آن و اعلام فسخ عقد باطلی که فاقد هرگونه اثری است، صحیح نخواهد بود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ه.ق: ۲۵۰-۲۵۲).

در نتیجه، توصیف درست شرط پیش‌بینی‌شده در قرارداد، شرط فعل بوده و عمل حقوقی طرفین براساس این توصیف، صحیح خواهد بود، هرچند در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در فقه جعفری، نظر مشهور که مورد متابعت قانون مدنی در مادتين ۲۳۷ و ۲۳۸ نیز قرار گرفته، این است حکم اولیه و بالذات تخلف از مفاد شرط فعل تقاضای «اجبار» مشروط‌علیه از حاکم است و در صورت امکان اجرای شرط توسط دیگری با هزینه مشروط‌علیه مفاد شرط انجام می‌شود و فقط زمانی تخلف از شرط فعل موجب خیار فسخ برای مشروط‌له است که اجبار مشروط‌علیه و یا انجام آن به هزینه وی توسط دیگری وجود نداشته باشد و از آن جا که در این دعوا اجبار مشروط‌علیه به راحتی به ایفای مفاد شرط فعل وجود دارد بنابراین، اساساً حق فسخی برای مشروط‌له ایجاد نگشته تا در مورد تحقق یا عدم تحقق آن بحث شود و از این حیث قائل شدن حق فسخ برای مشروط‌له و اعلام فسخ عقد به اراده وی با نظر مشهور فقهای امامیه مخالفت داشته و استنباط دادگاه بدوی و توصیف آن به خیار شرط با واقعیت قضیه و حقیقت شرعیه عمل حقوقی واقع‌شده منافات داشته و همین امر موجب تکلف در کلام شده است. دادگاه نباید به منظور قائل شدن حق فسخ مستقیم برای فروشنده با تخلف خریدار از مفاد شرط، از توصیف صحیح شرط چشم‌پوشی کرده و برخلاف اصول و موازین حقوقی و فقهی ماهیت شرط را تغییر دهد. وجهی‌تر این بود که دادگاه شرط ضمن عقد را براساس اصول و مبانی حقوقی و فقهی به‌طور صحیح توصیف و تفسیر می‌نمود و

در مورد ضمانت اجرای آن، استدلال می‌کرد که ضمانت اجرای اولیه، خیار تخلف از شرط فعل، برخلاف آن چه مشهور شده الزاماً اجبار نبوده بلکه - همان طور که برخی بیان کرده‌اند - (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۳) مشروطاً له حق فسخ عقد و یا الزام به اجرای مفاد عقد را داشته و انتخاب هریک از آن‌ها با مشروط‌گه بوده و می‌تواند هر کدام را که به نفع وی است انتخاب نماید.

همچنین اگر حق فسخ، مصداق خیار شرط تلقی گردد می‌توان علی‌رغم مالک دانستن خریدار، با استناد به دو ماده ۴۶۰ و ۵۰۰ ق.م. حق تصرفات منافی با حقوق فروشنده را از خریدار (مالک) سلب نمود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۷۶) اما چنانچه حق فسخ مزبور مصداق خیار تخلف از شرط فعل محسوب شود سلب حق تصرفات منافی با حقوق فروشنده از خریدار، محتاج تصور وجود شرطی صریح و یا لاقلاً ضمنی در این زمینه است (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م.؛) (الشریف و جعفری، ۱۳۹۱: ۱۲۹) توصیفی که صحیح به نظر می‌رسد.

خیار شرط را در عقود می‌توان به کار برد که از بین رفتن آن‌ها نیاز به سبب خاصی نداشته باشد اما در خصوص عقود صلح، ضمان، رهن، بیع صرف و هبه مقبوضه، بین فقهاء، اختلاف نظر وجود دارد (انصاری، ۱۳۸۲ ه.ق: ۱۵۱).

در مورد امکان درج خیار شرط در عقد وقف نیز در فقه نظریات مختلفی بیان شده است: گروهی معتقدند شرط و عقد هر دو صحیح هستند (شریف‌مرتضی، ۱۴۱۵ ه.ق: ۲۲۶). عده‌ای دیگر بر این باورند اگر شرط بازگشت در عقد وقف شود شرط، صحیح است و عقد، باطل و به حبس تبدیل می‌شود و عین به واقف برمی‌گردد و چنانچه واقف فوت کند به‌عنوان ارث به ورثه منتقل می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه.ق: ۱۷۱)، برخی هم عقد و شرط را باطل می‌دانند، زیرا در وقف دوام شرط است و این شرط خلاف مقتضای عقد وقف می‌باشد. بنابراین نه‌تنها شرط فاسد است بلکه عقد نیز به تبع شرط فاسد می‌گردد (محمدبن منصوربن احمد ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق: ۳۷۷).

خیار تخلف از شرط نیز زمانی محقق می‌شود که شرطی در قرارداد پیش‌بینی شده و مشروط‌علیه نسبت به ایفای مفاد شرط اقدام ننماید و در اثر تخلف وی از مفاد شرط، برای مشروط‌گه خیار فسخ ایجاد می‌گردد. در نتیجه برای تحقق این خیار،

علاوه بر تراضی طرفین برای انعقاد عقد و شرط ضمن آن، تحقق تخلف مشروط‌علیه هم لازم و ضروری است، به طوری که بدون تخلف مشروط‌علیه، خیار برای مشروط‌له ایجاد نخواهد شد؛ حال آن که سبب خیار شرط، شرط کردن خیار در عقد است. این در حالی است که در شرط فعل، با تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط، فسخ عقد بستگی به اراده مشروط‌له و نیز شرایط خاص آن فعل دارد؛ به این شرح که ابتدا باید الزام مشروط‌علیه را به انجام شرط از دادگاه خواستار گردد و چنانچه همچنان از انجام آن خودداری نمود، با هزینه وی توسط دیگری یا خود مشروط‌له انجام خواهد شد و یا بدون انجام، هزینه آن با محاسبه در اجرای احکام از وی اخذ خواهد شد (ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی و مادتين ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م. (مهاجری، ۱۳۹۲: ۲۰۳). در صورت غیرمقدور بودن انجام شرط حتی با هزینه مشروط‌علیه، آن‌گاه مشروط‌له حق فسخ قرارداد را خواهد داشت (عبده، ۱۳۸۰: ۱۸۵).

این ترتیب، مورد انتقاد برخی حقوقدانان قرار گرفته و اعتقاد دارند در صورت ضرورت باید بدون اجبار مشروط‌له برای مراجعه به دادگاه و تقاضای الزام به اجبار مشروط‌علیه ابتدائاً به او اختیار فسخ معامله را داد. و نباید در این امر، تقدم اجبار بر حق فسخ قائل شد (صادقی، ۱۳۸۴: ۳۱۰). هرچند مشهور در فقه همان است که در قانون مدنی آمده است (نجفی، بی تا: ۲۱۹)، اما در فقه نیز نظر اخیر دارای طرفدارانی است (طباطبایی یزدی، ۱۳۶۳: ۲۲۰). پذیرش نظر اخیر باعث می‌شود حقوق ایران به کشورهای حقوق نوشته و اسناد بین‌المللی که این حق را پذیرفته‌اند نزدیک گردد (شیروی، ۱۳۷۷: ۴۹) زیرا در ق.م. فرانسه ماده ۱۱۸۴ و ق.م. مصر ماده ۱۵۷ و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در بند یک ماده ۴۹ و همچنین در ماده ۶۴ پیش‌بینی شده است که اگر در قراردادهای معوض، یکی از طرفین تعهدات قراردادی خود را اجرا نکند، متعهدله به استناد آن می‌تواند عقد معوض را فسخ و خود را از تعهداتی که متقابلاً متقبل شده آزاد نماید.

۴- مسائل شکلی

در متن دادنامه بدوی به نظر می‌رسد «هرچند چگونگی طرح و استنباط شایان تقدیر است، اما باید پذیرفت که شیوه انشای رأی بیشتر دانشگاهی و علمی است تا

قضایی و در توجیه و تبیین خود راه افراط پیموده و به شیوه معلمان به تفصیلی دست زده که ضرورت نداشته است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۳).

اگرچه باید از چیره دست بودن صاحب قلم دادنامه سخن گفت لیکن به کرات مشاهده می شود به صورت مستقیم به منابع فقهی اهل سنت و اهل تشیع استناد شده است که به نظر می رسد با توجه به این که دادرسی صرفاً در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، می تواند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند (ماده ۳ ق.آ.د.م و اصل ۱۶۷ ق.ا). این حجم از استناد به منابع فقهی ضروری نبوده و خلاف شرط بلاغت در کلام و موجب تطویل مخل سخن و اطناب ممل آن خواهد بود (کارگر، ۱۳۹۰: ۷۵).

نتیجه

مفاهیم حقوقی شرط خیار یا خیار تخلف از شرط در ضمن عقد مؤجل امری رایج است که شرایط صحت آن ها و زمان لازم برای ملزم نمودن متعهد در خیار تخلف از شرط، نیل به مقصود انشاء شده فروشنده در عقد مؤجل را دشوار و بی اثر می کند؛ حال آن که شرط خیار، شرطی است که به اراده ذوالخیار بستگی داشته و با صرف اراده وی باید اعمال شود. در واقع، خیار شرط یا شرط خیار، امری است جدای از خیار تخلف از شرط و با آن تفاوت داشته که معمولاً به صراحت در قرارداد ذکر می گردد اما از آن جایی که مدت شرط خیار باید محدود باشد و طرفین برای آن مدتی تعیین نمی کنند، دادگاه ها برای فرار از بطلان شرط و عقد و بر پایه اصل صحت قراردادها که باید مفاد شرط مورد تردید را به معنایی حمل نمایند که عقد و شرط نفوذ حقوقی یابد، آن را خیار تخلف از شرط توصیف می کنند که این امر باعث می شود ذوالخیار ملزم گردد ابتدا اجبار متعهد را بخواهد و سپس فسخ را اعمال نماید و با کاهش قدرت خرید پول نقد، این امر ابتدائاً موجب اطاله زمان و کم ارزش شدن مورد تعهد می شود که چه بسا متعهد رند خواهان همین امر باشد و در ثانی باعث نادیده گرفتن قصد باطنی طرفین است که در زمان انعقاد قرارداد به

فسخ بی‌قید عقد در صورت عدم انجام تعهد در تاریخ مقرر ملتزم شده‌اند، اما در انتخاب واژگان قرارداد که حاکم بر رابطه آنان است به دلیل عدم اطلاع از علم حقوق دچار گزینشی شده‌اند که متعهدله را به حکم قانون می‌گذرد، به همین دلیل دادرس با انتخاب تفسیری بایسته باید از این گزش حتی‌الامکان پیشگیری نماید. با این حال، دادگاه برای فرار از این گزند، در توصیف و تفسیر اراده طرفین نباید طریقی را گزینش نماید که موجب درهم‌ریختن اصول و مبانی مشهور شود، بلکه با توصیف صحیح شرط براساس موازین - همان‌طور که بیان شد - می‌تواند با منصرف‌دانستن نظر مشهور در این موارد برای اجبار متعهد، ضمانت اجرای مستقیم و بالذات تخلف از شرط را حق فسخ برای مشروط‌له اعلام نماید. بدین ترتیب هم مفاد شرط را رعایت نموده و هم در توصیف عمل واقع‌شده اصول و مبانی را نادیده نگرفته است.

فهرست منابع

- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، چاپ دوم، قم دفتر انتشارات اسلامی.
- استرآبادی، محمدامین و سید نورالدین موسوی عاملی (بی تا)، **الفوائد المدنية - الشواهد المکیة**، بی جا.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۲ ه.ق)، **المکاسب**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، **المکاسب**، جلد ۵، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جمشیدی، عبدالله و فریبرز میرزائی (۱۳۹۲)، **تحلیل حقوق دعاوی در رویه قضایی**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه) (بی تا)، **تذکرة الفقهاء**، جلد ۷، بی جا.
- الشریف، محمد مهدی و نصرالله جعفری (۱۳۹۱)، «تصرفات من علیه الخیار در قانون مدنی و فقه امامیه»، **حقوق اسلامی**، سال نهم، شماره ۳۳.
- شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ ه.ق)، **الاتصار فی انفرادات الامامیه**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شکاری، روشن علی (۱۳۷۷)، «شرط ابتدایی»، **مجله حقوق دانشگاه تهران**، شماره ۳۹.
- شوشتری، محمد تقی (بی تا)، **النجعة فی شرح اللمعة**، جلد ۲.
- الشوکانی، محمد بن علی بن محمد (بی تا)، **إرشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول**، جلد ۲، بی جا.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی**، ۶، تهران: انتشارات مجد.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، «نقدی بر اسباب سقوط تعهدات در قانون مدنی ایران با مطالعه تطبیقی»، **ماهنامه کانون**، شماره ۵۶.
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، **فصل نامه حقوق**، دوره ۳۹، شماره ۴.
- طاهری، حبیب الله (بی تا)، **حقوق مدنی**، جلد ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).

- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۸۷ ه.ق)، **حاشیه مکاسب**، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- عالمزاده، محمد (۱۳۸۵)، «**تحلیل یک شرط رایج در قراردادها**»، **ماهنامه دادرسی**، شماره ۶۰.
- عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهیدثانی) (۱۴۱۳ ه.ق)، **مسالك الافهام الي تنقيح شرائع الاسلام**، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عبدالحسین، شیروی (۱۳۷۷)، «**فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد**»، **مجله مجتمع آموزش عالی**، شماره ۱.
- عبده، محمد (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- فاضل‌مقداد، مقدادبن عبدالله (۱۳۶۱)، **نضد القواعد الفقهيّة على مذهب الإمامية**، به کوشش: عبداللطیف حسینی کوه‌کمری، قم: کتابخانه حضرت آیه‌الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- قمی، محمدبن علی بن بابویه صدوق (بی‌تا)، **معاني الأخبار**.
- کارگر، یحیی (۱۳۹۰)، «**بازنگری بحث اطناب در کتب بلاغی، فنون ادبی**»، **مجله حقوقی دانشگاه اصفهان**، سال سوم، شماره ۲.
- محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسین (۱۴۰۸ ه.ق)، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۶۳)، **کتاب البیع**، جلد ۵، چاپ سوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، **شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات فکرسازان.
- ناصر، کاتوزیان (۱۳۸۷)، «**ویژگی‌های اعتبار امر قضاوت‌شده در امور کیفری نقدی بر قرار دادیار**»، **فصل‌نامه حقوق دانشگاه تهران**.
- نجفی، محمدحسن (بی‌تا)، **جواهر الکلام**، جلد ۲۳، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
- همدانی، آقارضا بن محمد هادی (بی‌تا)، **مصباح الفقیه**، جلد ۱۰.

نقش عدم پرداخت سرقفلی پس از انقضای مدت اجاره در استحقاق اجرت‌المثل

امیرحسین علی‌زاده*

چکیده

پراکندگی قوانین مربوط به روابط موجر و مستأجر سبب گردیده تا یافتن قانون حاکم بر قرارداد اجاره در تحلیل موضوعی و حکمی دعوی مطروحه، نقش اساسی را ایفاء نماید. به علاوه، در قوانین مربوط به روابط موجر و مستأجر، وضعیت‌های حقوقی، پیش‌بینی و آثاری بر آن تحمیل گشته که قابلیت تحلیل بر مبنای قواعد عمومی را نخواهد داشت. یکی از این قوانین، قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۷۶/۰۵/۲۶)^۱ است که در ماده ۱،^۲ به قواعد عمومی حاکم بر اجاره در قانون مدنی و تراضی طرفین بازگشت. با این وجود، نهادهایی را پیش‌بینی نمود که در قواعد عمومی از آن‌ها ذکری به میان نیامده بود. یکی از این وضعیت‌ها عدم پرداخت سرقفلی و نقش آن در استحقاق موجر در دریافت اجرت‌المثل پس از انقضای مدت اجاره است.

واژگان کلیدی: سرقفلی، موجر، مستأجر، اجرت‌المثل، قواعد عمومی

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
alizadeh.amir57@yahoo.com

۱. من بعد در این جستار، قانون مزبور را با حروف اختصاری ق.ر.م.و.م. ذکر می‌کنیم.
۲. «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمان‌های دولتی و نظایر آن، که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

مقدمه

ماده ۴۹۴ قانون مدنی، در یک قاعده عمومی بیان می‌دارد: «عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر، عین مستأجره را بدون إذن مالک مدتی در تصرف خود نگاهدارد موجد برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگرچه مستأجر، استیفای منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر این که مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید». این ماده تصرف مازاد بر مدت اجاره را در صورت عدم اجازه مالک، مستلزم ضمان مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره می‌داند. طبق ماده ۴ ق.ر.م.و.م. ۱۳۷۶، «در صورتی که موجد مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن، از مستأجر دریافت کرده باشد تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجد، موکول به استرداد سند یا وجه مذکور به مستأجر و یا سپردن آن به دایره اجرا است». حال اگر مستأجر مبلغی به عنوان سرقفلی پرداخت نماید، در صورت عدم پرداخت سرقفلی، این امر یا سبب سقوط حق موجد در دریافت اجرت‌المثل می‌گردد یا باید تحلیل دیگری را در این باب پذیرفت. در این جستار، ضمن بیان یک رأی از محاکم، به نقد و تحلیل آن خواهیم پرداخت.

۱- شرح موضوع

حسب پرونده‌ای که در شعبه ۱۹۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح گردید آقای ر.ق. دعوایی به طرفیت آقای ف.د.، به خواسته مطالبه اجرت‌المثل ایام تصرف از تاریخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ وفق نظریه کارشناس تأمین دلیل به مبلغ چهل و هفت میلیون تومان با احتساب خسارات دادرسی مطرح می‌نماید و وکیل خواهان توضیحاً چنین اظهار داشته است که: «مطابق صورت‌جلسه مورخه ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ (یعنی زمان ابلاغ اجراییه تخلیه مغازه) مغازه موکل در تصرف خوانده بوده و تا تاریخ ۱۳۹۰/۰۹/۱۲ اجرت‌المثل چهل و هفت میلیون تومان برآورد گردیده است؛ خوانده حتی پس از اجرای حکم در مورخه ۱۳۹۰/۰۷/۱۳ مجدداً مغازه را مقفول نموده، [بنابراین] مطابق ماده ۴۹۴ قانون مدنی عقد اجاره به محض انقضای

مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای مدت مذکور، مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگه دارد موجب برای مدت مذکور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود اگرچه استیفای منفعت ننموده باشد ... و تقاضای رسیدگی و صدور حکم به شرح ستون خواسته را نموده است.» دادگاه نخستین در رأی صادره به شماره ۸۲۲ - ۹۰ مورخه ۱۳۹۰/۱۱/۱۵ و در بخش علل مواجهه خود پس از بیان این مطلب که: «توجهاً به جمیع اوراق و محتویات پرونده مستندات ابرازی احراز مالکیت خواهان نسبت به مغازه پلاک ثبتی ۳۲۹۶ فرعی از ۲۳۹۸ اصلی قطعه ۱۱ مجزی شده از ۱۵۰۱ فرعی بخش ده تهران بنا بر پاسخ استعلام ثبتی و کپی مصدق سند مالکیت و تصرفات خواننده در مغازه پلاک ثبتی مرقوم بنابر سایر مستندات ابرازی و این که مطابق ماده مذکور عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر مستأجر بدون اذن مالک به تصرفات خود ادامه دهد موجب مستحق مطالبه اجرت‌المثل خواهد بود و با عنایت [به این که] خواهان با تقدیم درخواست و شکایت کیفری نسبت به ادامه تصرفات خواننده بعد از انقضای مدت اجاره، تخلیه آن و عدم رضایت خود را اعلام و مطالبه اجرت‌المثل کرده است و نظر به این که کارشناس تأمین دلیل میزان اجرت‌المثل ایام تصرفات خواننده از تاریخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ تا ۱۳۹۰/۰۹/۱۲ را مبلغ چهل و هفت میلیون برآورد و اعلام کرده است و خواننده با وصف ابلاغ اخطاریه و استحضار از وقت رسیدگی و دعوی مطروحه در جلسه دادگاه حاضر نشده و دفاع، ایراد و تکذیبی نسبت به دعوی خواهان و مستندات ابرازی وی به عمل نیاورده و دلیلی بر مشروعیت تصرفات خویش و اذن از ناحیه خواهان و برائت ذمه خود ارائه نکرده است ...» حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت اجرت‌المثل صادر و اعلام می‌نماید.

به لحاظ غیابی بودن رأی، خواننده نسبت به آن واخواهی و حسب دادنامه غیابی شماره ۱۵۴ - ۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۳۱ صادره در این مقطع: «نظر به این که هر چند مطابق ماده ۴۹۴ قانون مدنی عقد اجاره به محض انقضای مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضای آن، مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجب برای مدت مزبور، مستحق اجرت‌المثل خواهد بود ... اما رابطه استیجاری فی مابین طرفین، مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب

سال ۱۳۷۶ بوده و طبق ماده ۴ قانون مذکور در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین و مشابه آن از مستأجر دریافت کرده باشد تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر، موکول به استرداد سند یا وجه مذکور به مستأجر است در مانحن فیه پس از صدور اجراییه تخلیه مورخه ۱۳۹۰/۰۷/۱۳ صورت گرفته و واخوانده، سرقفلی وخواه را در تاریخ ۱۳۹۰/۰۵/۰۴ به صندوق دادگستری تودیع کرده است. بنابراین، واخوانده با توجه به عدم تودیع سرقفلی واخوانده تا تاریخ مذکور، مستحق مطالبه اجرت‌المثل نبوده است. دادگاه بنا به مراتب مرقوم، واخواهی مشارالیه را تا تاریخ مذکور وارد دانسته ضمن فسخ دادنامه شماره فوق‌الذکر به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بی‌حقی خواهان تا مبلغ ۴۰۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال صادر و اعلام می‌نماید.

سرانجام نسبت به بخش بی‌حقی از سوی خواهان، تجدیدنظرخواهی به عمل آمده، شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۱۰۱۰۴۲۰۲۲۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۱ ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

رأی فوق، حاکی از آن است که مرجع رسیدگی باوجود حکم ماده ۴۹۴ قانون مدنی مبنی بر استحقاق موجر به دریافت اجرت‌المثل ایام تصرفات مستأجر زائد بر مدت اجاره، به لحاظ آن‌که قانون حاکم بر اجاره مستند دعوی، ق.ر.م.و.م. ۱۳۷۶ بوده، به استناد ماده ۴ قانون اخیر، موجر را مستحق دریافت آن ندانسته است، اما آیا به‌واقع چنین برداشتی از ماده اخیرالذکر صحیح است یا خیر؟ پاسخ پرسش مزبور در بطن این دو مسئله، نهفته است که: نقش سرقفلی در تحقق ماهیت اجاره چیست؟ آیا سرقفلی، بخشی از مال‌الاجاره بوده و یا در مقابل آن، حق دیگری به‌دست می‌آید؟ بنابراین، نقد و تحلیل این رأی مستلزم بیان مقدماتی است که در ابتدا به تشریح آن می‌پردازیم.

۲- تحلیل و نقد رأی

۲-۱. تعریف سرقفلی و مصادیق آن

«سرقفلی»^۱ در لغت یعنی «حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا

1. Pas de porte/ Key money

می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع‌آوری مشتری و غیره» (معین، ۱۳۸۶: ۸۵۱) و یا «چیزی که از کرایه‌دار دکان بگیرند و آن، مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست» (دهخدا، ۱۳۸۴).

واژه مزبور، از منظر اصطلاحی، در هیچ متن قانونی‌ای تعریف نگردیده است. ماده ۶ ق.ر.م.و.م. ۱۳۷۶ و تبصره‌های آن و همچنین مادتين ۷ و ۸، بی‌آن‌که تعریفی به‌دست دهند صرفاً مصادیق مربوط به پرداخت سرقفلی را بیان نمودند. شاید این عدم تعریف، ریشه در منابع این حق، دارد، چه این‌که در فقه نیز آنچنان‌که باید به بیان تعریف کلی و عمومی از سرقفلی پرداخته نشده است و فقهاء با تقسیم‌بندی سرقفلی «جواز» و «عدم جواز»، هریک را به تفکیک و مجزا مورد بحث و بررسی قرار دادند.^۱ و همچنین در میان حقوقدانان تعاریف متعددی در خصوص سرقفلی وجود دارد؛ چنان‌که عده‌ای آن را منشعب از حق مالکیت موجر و اختیارات ناشی از آن دانسته و به‌نوعی «حق تقدم در اجاره» تعریف نموده‌اند؛ حتی که ناشی از مالکیت عین (برای موجر) یا منفعت (برای مستأجر) است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۶۴۱-۶۴۲).

گروهی دیگر، با تلقی آن به مال، عناصر آن را مجموعه‌ای از امور مادی و معنوی، خارج از غیرمنقول ولی قائم به آن، مراجعات جماعت ارباب رجوع آن محل کسب،^۲ علامت تجاری، نام تجاری، پروانه کسب متصدی محل، حقوق مالکیت صنعتی یا تجاری یا هنری یا ادبی، ورقه اختراع، علامت کارخانه بر محصول آن، امتیازات ناشی از پاره‌ای قراردادهای بیمه و حق استیجار محل انگاشته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۴۰۴-۴۰۵).

برخی نیز آن (سرفقلی) را حق مالی پنداشته‌اند که قابل معامله بوده و از طرف قانون‌گذار به رسمیت شناخته شده و میزان آن، به عوامل «مادی» و «معنوی»

۱. برای نمونه نک: حسین حلی، بحوث فقهیه (قم: مؤسسه المنار، چ چهارم، ۱۴۱۵ ه.ق.)، ص ۱۴۷ به بعد؛ سید عبدالاعلی سبزواری، جامع الأحكام الشرعية (قم: مؤسسه المنار، چ نهم، بی‌تا.)، ص ۶۴۳ به بعد؛ زین‌الدین محمدامین بصری بحرانی، کلمة التقوی (قم: بی‌جا، چ سوم، ۱۴۱۳ ه.ق.)، ج ۴، ص ۴۵۰ به بعد. در کتاب اخیر می‌خوانیم: «هذا هو موضوع السرفقلیة، و لهذا الموضوع صور مختلفة، و أحكامه فی الشریعة الإسلامیة تختلف باختلاف صورة فتلاحظ المسائل الآتیة».

متعددی وابسته است (سیفی زیناب، ۱۳۶۹: ۱۲۰).

با این وجود، در ق.ر.م.و.م. ۱۳۷۶، سرقفلی صرفاً به «حق» تعبیر نگردیده و قانون‌گذار در برخی موارد از آن تحت عنوان «وجه» یاد می‌کند. در ماده ۶ از قانون^۱ سرقفلی به عنوان مبلغی پول که موجر در بدو امر از مستأجر و یا مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر در اثناء عقد اجاره می‌گیرد تعبیر گشته است. صدر این ماده ترجمه مسئله ۸ تحریرالوسیله (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق: ۶۱۵) می‌باشد: «للمالك أن يأخذ أي مقدار شاء بعنوان السرقفلية من شخص ليؤجر المحل منه»، اما ذیل ماده ۶، ترجمه غیردقیقی از متن کتاب فوق است: «كما أن للمستأجر في أثناء مدة الإجارة أن يأخذ السرقفلية من ثالث للإيجار منه إذا كان له حق الإيجار» به همین جهت بعضی، این حالت را داخل در مسائل هشت‌گانه مطرح‌شده در این اثر امام (ره) در باب سرقفلی ندانسته‌اند (بادینی و جوانمرد، ۱۳۹۲: ۱۷۸)، و برخی دیگر احتمال داده‌اند، به قیاس اولویت از سایر مباحث سرقفلی این قسمت استخراج گشته است (کشاورز، ۱۳۸۴: ۱۲۳).

طبق تبصره یک ماده ۶ ق.ر.م.و.م. (۱۳۷۶)^۲ نوع دیگر سرقفلی، مبلغی است که مستأجر متصرف در اماکن تجاری، از مستأجر ثانی دریافت می‌دارد و از مفهوم مخالف آن چنین برمی‌آید که اگر مالک از مستأجر سرقفلی گرفته باشد - خواه این مستأجر، مستأجر اول باشد یا ثانی - هنگام تخلیه حق دارد از مالک، وجهی به نام سرقفلی مطالبه نماید (بادینی و جوانمرد، ۱۳۹۲: ۱۷۹).

اما در تبصره ۲ ماده مزبور، سرقفلی، حقی است که مالک ملک در عوض وجهی، آن را به دیگری، منتقل و در زمان تخلیه، مستأجر حق مطالبه آن را به نرخ روز دارد. در این مورد عده‌ای، از آن به سرقفلی به معنای خاص تعبیر نموده‌اند و

۱. «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به‌عنوان سرقفلی دریافت کند مگر آن‌که در ضمن عقد اجاره، حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد».

۲. «چنان‌چه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر، حق مطالبه سرقفلی از مالک را ندارد».

بیان داشته‌اند در این مفهوم همان چیزی است که در عرف از آن به‌عنوان ارزش و مقبولیت تجاری و عرفی ملک یاد می‌کنند و معنای نوعی ارزش و مقبولیت تجاری است که بعضی از محل‌های کسب علاوه بر منافع با توجه به موقعیت و محل خود فی‌نفسه آن را دارا هستند و قابل تقویم است (حبیبیا و حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ۷۲).

در مادتين ۷ و ۸ ق.ر.م.و.م. (۱۳۷۶)، سرقفلی به‌عنوان مبلغی پول است که مستأجر در قبال اسقاط حق عدم تخلیه یا افزایش اجاره‌بها از موجر یا مستأجر دیگر اخذ می‌نماید. این دو ماده نیز ترجمه مسائل ۶ و ۷ تحریرالوسیله هستند (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۶۱۵). در مسئله ۶ می‌خوانیم: «اگر در ضمن عقد اجاره بر موجر شرط کند مادامی که مستأجر در آنجا است، بر مبلغ اجاره نیفزاید و حق اخراج او را نداشته باشد، بر موجر است اجاره دادن آن در هر سال به مقدار مذکور. پس مستأجر حق دارد مقداری به‌عنوان سرقفلی از موجر یا از شخص دیگر بگیرد تا حقی را ساقط نماید یا محل را تخلیه کند». و در مسئله ۷ آمده است: «اگر در ضمن عقد بر موجر شرط کند که محل را به غیر او اجاره ندهد و سالانه به اجاره متعارف در هر سال، به او اجاره دهد پس مستأجر حق دارد که جهت اسقاط حقی یا تخلیه محل، مقداری را به‌عنوان سرقفلی بگیرد».

آن چه که موضوع بحث و در رأی مورد اشاره واقع شده است، از نوع صدر ماده ۶ ق.ر.م.و.م. (۱۳۷۶) می‌باشد، لذا این تحلیل ارائه شده نیز محدود به همین مورد خواهد بود.

۲-۲. نقش سرقفلی در اجاره

بنا به تعریف ماده ۴۶۶ قانون مدنی، اجاره، «عقدی است که به‌موجب آن،

۱. هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید در این صورت مستأجر می‌تواند از مؤجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به‌عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید.

۲. هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیرمستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به‌عنوان سرقفلی، مطالبه و دریافت نماید.

مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود. اجاره‌دهنده را موجر، و اجاره‌کننده را مستأجر، و مورد اجاره را عین مستأجره گویند». این ماده اگرچه به خوبی ماهیت عقد و ارتباط بین مالکیت منافع و اجاره‌بها را نشان نمی‌دهد، اما برای مستأجر حقی فراتر از مالکیت منافع عین مستأجره شناسایی ننموده است. مع‌الوصف، می‌توان بیان داشت اجاره، نقل منافع به عوض معلوم (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق: ۸۰) (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۰۴) به مدت معین است. مستنبط از تعریف اخیر، تحقق ماهیت عقد اجاره منوط بر وجود منفعت و عوض برای آن است در غیر این صورت، تحقق اجاره با مانع روبرو است. حال پس از بیان این مقدمه مختصر، در این بخش می‌خواهیم به این پرسش پاسخ دهیم که: رابطه سرقفلی و اجاره چیست؟ آیا سرقفلی جزء ماهیت عقد اجاره است و یا امری است مستقل که ممکن است ماهیتی متفاوت داشته باشد؟

۱-۲-۲. ماهیت سرقفلی

۱-۱-۲-۲. بخشی از مال الاجاره

سرقفلی بخشی از مال الاجاره تلقی می‌شود، به این نحو که مالک، بخشی از آن را به صورت ماهیانه و بخشی از آن را در قالب سرقفلی به صورت حال دریافت می‌نماید (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق: ۵۸) (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۲۶۲). با این تعبیر، سرقفلی داخل در ماهیت عقد اجاره و در مقابل بخشی از منفعت قرار می‌گیرد و مابه‌ازاء آن قلمداد می‌گردد. تحلیل مذکور این ایراد را داراست که با ماهیت عرفی سرقفلی مغایر است، زیرا در عرف، کسی که سرقفلی می‌پردازد تنها به این امر نمی‌اندیشد که درقبال پرداخت آن صرفاً اجاره‌بهای حال خود را بپردازد، بلکه حقوقی بیش از مالکیت بر منافع کسب خواهد کرد.

۲-۱-۲-۲. حق ایجار

«اجاره» موجد دو نوع حق است: نخست، حق ایجار؛ و آن حقی است برای مستأجر و در نزد عقلاء برای آن مالیت وجود دارد و قائم به عین است؛ دوم، حق بر منافع عین مستأجره. درحالتی که مالک، مبلغی را از مستأجر دریافت می‌کند درحقیقت، حق از نوع اول را معامله نموده و معامله مذکور از نوع بیع است

(حسینی روحانی، بی تا: ۳۴).^۱

در نقد این نظر بیان شده است در صورتی که شک گردد که آیا امری داخل در مقوله حق است و یا حکم، مقتضای اصل عدم انتقال و در نتیجه، عدم معامله آن است، لذا مطالبه پول در قبال حق ایجار به مستأجر صحیح نیست، زیرا دلیلی ندارد که این حق، قابلیت انتقال داشته باشد (طباطبایی قمی، ۴۲۳ق: ۲۲۳).

۲-۱-۳. قرض

در این جا سرقفلی، «قرضی» است که مستأجر به مالک پرداخت نموده و در پایان مدت اجاره مستحق دریافت آن می‌باشد.^۲ اگرچه این عقیده در جهت تصحیح نظرات دیگر در باب عدم مشروعیت سرقفلی ارائه شده است، اما این تحلیل (قرض پنداشتن سرقفلی) نیز صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا پرداخت مبلغی تحت عنوان قرض، خارج از قرارداد اجاره و نیز غیرمرتبط با آن است. به علاوه، سبب پرداخت چنین قرضی نیز مشخص و معلوم نیست.

۲-۱-۴. حق تقدم در اجاره

به موجب این نظریه، سرقفلی در حقیقت، حق تقدم مستأجر در اجاره عین مستأجره تلقی می‌گردد،^۳ اما این نظر نیز قابل انتقاد است، زیرا اگر سرقفلی را نوعی حق تقدم تلقی نماییم، مستأجر با توجه به ایجاد حق باید امکان الزام موجر به استمرار روابط استیجاری را داشته باشد در حالی که در فرض پرداخت سرقفلی در ابتدای امر بدون آن که شرطی بر این امر مورد تراضی طرفین واقع شود، موجر حق تخلیه عین مستأجره را خواهد داشت، اما اجرای حکم تخلیه منوط به پرداخت

۱. این نظر در منبع مذکور، به محقق خوبی در مستند عروة الوثقی منتسب گشته است.

۲. به نقل از: سیدصادق حسینی روحانی، پیشین، ص ۳۶.

۳. «و كذلك بيع «السرقفلية» المتداول بين العقلاء في عصرنا، إذا هو نوع من حق الأولوية». ناصر مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چ اول، ۱۴۲۵ هـ ق.)، ص ۱۵؛ «السرقفلية عبارة عن حق الأولوية للمستأجر على الملك في مقابل مال يدفعه إلى المالك في بداية المعاملة، و طبقاً لذلك يكون الشخص المستأجر الذي دفع السرقفلية إلى المالك أولى من الآخرين في استئجار الملك». ناصر مکارم شیرازی، رساله توضیح المسائل (قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چ دوم، ۱۴۲۴ هـ ق.)، ص ۴۸۰.

سرقفلی است. در این فرض، اختیار مالک در تخلیه به پرداخت سرقفلی محدود گشته است، نه آن که برای مستأجر حقی ایجاد شده باشد چراکه ایجاد حق، حق الزام به اجرای آن را نیز در پی خواهد داشت حال آن که اساساً برای مستأجر چنین حقی ایجاد نمی‌شود.

۲-۲-۱-۵. نظر نگارنده و نقد رأی

در تحلیل ماهیت اجاره به اختصار بیان نمودیم که در عقد اجاره، منفعت در ازاء مال الاجاره قرار می‌گیرد. با این وجود، از نظر عرف در فرضی که مبلغی تحت عنوان سرقفلی پرداخت می‌گردد، تعیین مال الاجاره به نسبت کم‌تر از حالت عدم وجود سرقفلی است. درحقیقت، پرداخت مبلغی تحت عنوان سرقفلی، در تعیین میزان مال الاجاره مؤثر می‌باشد. شاید در بادی امر چنین نماید که این عقیده، منطبق با نظری است که سرقفلی را بخشی از مال الاجاره می‌پندارد، اما با اندک تأمل می‌توان به تفاوت آن پی برد. زمانی که سرقفلی، بخشی از مال الاجاره است در پایان مدت اجاره، لزومی به پرداخت مجدد آن از سوی مالک به مستأجر نیست درحالی که در سرقفلی، مستأجر مستحق دریافت آن به قیمت عادلانه روز در زمان انقضای مدت اجاره است. بنابراین، سرقفلی اگرچه در تعیین میزان مال الاجاره تأثیرگذار است اما عوض آن نیست و منفعت در ازاء مال الاجاره قرار می‌گیرد.

از سویی دیگر، بنا بر قاعده عمومی مندرج در ماده ۴۹۴ قانون مدنی «عقد اجاره، به محض انقضای مدت برطرف می‌شود...» و مستأجر مکلف به تخلیه عین مستأجره است مگر آن که «موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن از مستأجر دریافت کرده باشد تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر، موکول به استرداد سند یا وجه مذکور به مستأجر و یا سپردن آن به دایره اجرا است» (ماده ۴ ق.ر.م.و.م). آنچه که در ماده اخیر به آن اشاره شده صرفاً تقابل بین تخلیه و پرداخت سرقفلی است و تا زمانی که سرقفلی پرداخت نشود، تخلیه امکان‌پذیر نیست.^۱ بنابراین، پرداخت سرقفلی، سبب محدودیت اختیار

۱. برای اطلاع بیشتر درخصوص اختلاف نظرات در باب لزوم و یا عدم لزوم هم‌زمانی بین تخلیه و پرداخت سرقفلی نک: پژمان محمدی و مینا سالم‌پور، رابطه تخلیه مستأجر با پرداخت سرقفلی در قانون روابط

مالک در تخلیه عین مستأجره است ولیکن باعث ایجاد حق برای مستأجر از حیث عدم پرداخت عوض منافع استیفاء شده نخواهد بود.

مطالب پیش گفته بر این امر دلالت دارد که علت موجهه رأی مذکور با ماهیت سرقفلی، سازگار نیست زیرا تعیین سرقفلی و منوط بودن تخلیه به پرداخت آن، صرفاً مانع از اقدام مالک به تخلیه عین مستأجره در زمان انقضای مدت اجاره است و این امر مدخلیتی در عدم استحقاق مالک نسبت به عوض منافع عین مستأجره نخواهد داشت. فلذا باید پذیرفت که در این حالت مستأجر می تواند به تصرف خود در ملک ادامه دهد، اما ملزم به پرداخت عوض منافع و اجرت المثل ایام تصرفات خود خواهد بود. در تعیین اجرت المثل نیز که بنا بر نظر دادگاه و از طریق ارجاع امر به کارشناس به عمل می آید تأثیر سرقفلی در تعیین اجرت المثل باید مورد لحاظ قرار گیرد؛ چنان که در تعیین مال الاجاره نیز وجود آن مؤثر بوده است.

نتیجه

یافته های این نوشتار نشان می دهد که عدم پرداخت سرقفلی در زمان انقضای مدت اجاره، اگرچه مانعی برای مالک در تخلیه عین مستأجره می باشد، اما سبب محروم ساختن مالک از عوض منافع نخواهد بود زیرا عوض منافع در عقد اجاره، مال الاجاره است و (این عوض) باید پس از انقضای مدت اجاره تعیین گردد و این امر در صورت عدم وجود تراضی طرفین منوط به دخالت دادگاه در تعیین آن با در نظر گرفتن تأثیر سرقفلی بر آن خواهد بود.

فهرست منابع

- بادینی، حسن و لیلا جوانمرد (۱۳۹۲)، «بررسی امکان و چگونگی توقیف سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت»، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۴.
- بصری بحرانی، زین‌الدین محمدامین (۱۴۱۳)، کلمة التقوی، جلد ۴، چاپ سوم، قم: بی‌جا.
- بی‌نام (۱۴۲۴ه.ق)، رساله توضیح المسائل، چاپ دوم، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- حبیبی، سعید و مجید حسین زاده (۱۳۹۳)، «رویکردی نوین نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی از دیدگاه نظام مالکیت فکری»، فصل نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۷.
- حسینی روحانی، سیدصادق (بی‌تا)، المسائل المستحدثة، بی‌جا.
- حلی، حسین (۱۴۱۵ه.ق)، بحوث فقهیة، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۴)، لغت نامه، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: معین.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (بی‌تا)، جامع الأحکام الشرعیة، چاپ نهم، قم: مؤسسه المنار.
- سیفی زیناب، غلام علی (۱۳۶۹)، «سرقفلی (حق کسب یا پیشه یا تجارت) در حقوق ایران»، مجله کانون وکلاء، شش ۱۵۰ و ۱۵۱.
- طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۲۳ه.ق)، الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة، چاپ اول، قم: انتشارات محلاتی.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ه.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۷، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ه.ق)، جامع المسائل، چاپ اول، قم: انتشارات امیر قلم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- کشاورز، بهمن (۱۳۸۴)، **بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶**، چاپ چهارم، تهران: کشاورز.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ه.ق)، **أنوار الفقاهة - كتاب البيع**، چاپ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- محمدی، پژمان و مینا سالم‌پور (۱۳۹۳)، «**رابطه تخلیه مستأجر با پرداخت سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶**»، **دانش و پژوهش حقوقی**، سال سوم، شماره ۲.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، **فرهنگ فارسی**، جلد ۱، چاپ چهارم، (تهران: پارس‌نوین.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۰۹ه.ق)، **تحریر الوسیلة**، جلد ۲، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- موسوی گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۰۹ه.ق)، **مجمع المسائل**، جلد ۲، چاپ دوم، قم: دارالقرآن الکریم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد ۲۷، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

امکان صدور حکم بطلان دعوای طلاق شوهر در محاکم خانواده

عاطفه ذبیحی*

چکیده

نظر به پیشینه قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران در زمینه اختیار مطلق شوهر در طلاق و به تبع اصلاحات صورت‌گرفته در قانون مدنی در زمینه رسیدگی به درخواست طلاق زوجه محدود به موارد طلاق قضایی یا وکالت و همچنین با توجه به ماده اصلاحی ۱۱۳۳ قانون مدنی که اجرای طلاق از سوی شوهر را نیز از مسیر دادگاه لازم می‌شمارد؛ این سؤال مطرح می‌شود که ورود دادگاه در طلاق به درخواست زوج به چه ترتیبی بوده و آیا قاضی می‌تواند حدود اختیار مرد در تصمیم به اجرای صیغه طلاق را با صدور حکم بطلان دعوای طلاق وی محدود سازد یا این که اراده زوج در طلاق اساساً مطلق بوده و قابل تحدید نمی‌باشد؟ در رأی صادره دادگاه بدوی رودهن، قاضی محترم پرونده به پشتوانه دلایل متعدد مذکور در دادنامه و با توجه به شرایط زوجه، مانع از طلاق زوج شده است که مقاله حاضر مترصد ارزیابی ادله استنادی این دادنامه می‌باشد.

واژگان کلیدی: عدم امکان سازش، حق طلاق، ایقاع، لاضرر، لاجرح

مقدمه

نقش ارادهٔ زوجه در پایان بخشیدن به رابطهٔ زوجیتی که با ارادهٔ طرفینی آغاز می‌شود و نیز جایگاه حاکم در صدور حکم طلاق و الزام به آن و تفاوت موجود در این زمینه میان زن و مرد در احکام شرعی و به تبع آن قوانین حاکم، همواره عامل شکل‌گیری بحث‌های جدی در زمینهٔ حدود اختیارات شوهر و راهکار جلوگیری از سوءاستفاده و ظلم وی به زوجه بوده است. یکی از سؤالات مهم در این زمینه امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق زوج توسط دادگاه است که در رأی مورد بحث، موضوع بررسی قرار گرفته است. در این دادنامه، در پی دادخواست زوج با خواستهٔ صدور گواهی عدم امکان سازش و دفاعیات زوجه مبنی بر عدم تمایل به جدایی به دلیل آثار مخرب آن بر ازدواج دو فرزند در شرف ازدواج خود و حفظ آبروی زوجه پس از سی سال زندگی مشترک (به رغم ازدواج مجدد زوج در شهری دیگر و نیز عدم سکونت مشترک با خواننده به مدت پنج سال و عدم پرداخت نفقه)، دادگاه با عنایت به خواسته و شرایط زوجه حکم به بطلان دعوی شوهر نموده است.

۱- رأی دادگاه بدوی

خواهان آقای ... به طرفیت خوانده خانم ... دادخواستی به خواستهٔ صدور گواهی عدم امکان سازش جهت اجرای صیغهٔ طلاق داده که در ۱۳۹۸/۰۴/۲۵ ثبت این دادگاه شده و با ارائه: الف. دلیل وجود رابطه زوجیت دائم فی‌مابین (رونوشت سند رسمی نکاحیه به شماره ... دفترخانه ثبت ازدواج شماره ... حاکی از حدوث رابطه زوجیت دائم فی‌مابین از ۱۳۶۹/۰۷/۰۴ و بقای آن تاکنون)، ب. دلیل عدم حصول سازش فی‌مابین (نامه شماره ... مرکز مشاوره و خدمات روان‌شناختی ... حاکی از عدم امکان حصول سازش فی‌مابین به واسطهٔ اصرار زوج به جدایی بنا به انگیزه‌های مطرح) مدعی شده که علی‌رغم حدود ۳۰ سال بقای رابطه زوجیت، به واسطهٔ عدم تعلق خاطر زوجین به یکدیگر و عدم امکان سازش و عدم تمکین زوجه از وی از حدود پنج سال ایشان خواستار طلاق است. خوانده دفاع کرده که اولاً راضی به طلاق نیست، ثانیاً دو اولاد در شرف ازدواج داشته (حسب اسناد سجلی به شماره های ... ۲۸ و ۲۱ ساله) که وقوع طلاق آثار مخربی بر آیندهٔ ایشان داشته، ثالثاً این که زوج از سال ۱۳۹۳ ترک منزل مشترک کرده و نفقه هم نمی‌دهد، رابعاً زوج با پیمودن آیین اهل سنت مبادرت به ازدواج مجدد کرده و به همراه همسر دومش زندگی می‌کند. دادگاه جهت

راستی آزمایی ادعای خواهان و دفاعیات خواننده مبادرت به برگزاری یک جلسه رسیدگی، استماع دو تن مطلع تعرفه شده خواننده (اولاد زوجین که گفته‌اند؛ اولاً پدرمان منزل مشترک را از پنج سال پیش ترک کرده؛ ثانیاً این که پدرشان به مادرشان نفقه نمی‌دهد؛ ثالثاً این که مادرشان فاقد منبع درآمد مستقل و مشخص بوده و پدر بزرگشان در مقاطعی به ایشان کمک مالی می‌کند رابعاً این که مادرشان بیمار بوده و ناتوان از اشتغال و کسب درآمد است؛ خامساً این که پدرشان به‌طور عملی و عرفی با خانمی ازدواج مجدد کرده و در استان گلستان مشغول به زندگی مشترک با او است). به شرح سه برگ اوراق بازجویی مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۲، ارجاع مسأله به ارزیابی داوران طی قرار ارجاع امر به داوری مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۲۲ (منجر به وصول نظریه داور زوجه که به شرح لایحه شماره ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ - ۱۳۹۸/۱۶۸۰۹ گفته اولاً با داور زوجه چندین بار تماس تلفنی برقرار کرده که منجر به تشکیل جلسه حضوری نشده و ثانیاً این که زوجه از باب سنوات طولانی زندگی مشترک و داشتن دو اولاد دم بخت و جهت حفظ آبرو و علی‌رغم دشواری همچنان مایل به بقای رابطه زوجیت است؛ ثالثاً این که نظر ایشان بر تداوم زندگی مشترک است؛ و این که حسب گزارش مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۲ دفتر این دادگاه، داور زوج علی‌رغم حضور و ابلاغ مراتب به وی و سپری شدن مهلت، نظریه خود را واصل نکرده است. علی‌رغم اطلاق ظاهری مقررات داخلی حوزه طلاق، علی‌رغم عادت رویه قضایی در مراجعه خودکار به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و پذیرش محض درخواست طلاق از سوی زوج و علی‌رغم اطلاق ظاهری روایات در این خصوص (به‌ویژه روایت الطلاق بید من اخذ بالساق) به عقیده این دادگاه در این مورد، دست‌کم در شرایط کنونی اعمال حق طلاق زوج به لحاظ عواقب سنگین آن برای زوجه (و حتی برای اولاد)، مصداق استفاده سوء از حق بوده و در طرف دیگر، مقررات حاکم بر طلاق، پتانسیل و تاب‌آوری کافی در انسداد باب سوءاستفاده زوج از حق طلاق را بنا به مبانی آتی‌الذکر دارد:

۱- به‌موجب ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر «۱-... در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به زوجیت دارای حق مساوی می‌باشند»؛ ۲- به‌موجب بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که به‌موجب قانون «اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» که در زمره مقررات الزام‌آور داخلی بوده و با ملاحظه عدم وجود دلیلی بر خروج کلی یا جزئی از آن؛ «دولت‌های طرف این میثاق تدابیر مقتضی به‌منظور تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد» و مع‌الوصف چه از حیث نفس وجود چنین مقرره‌ای و لزوم جمع میان مقررات (مواد فوق و نیز اصل ۴۰ قانون اساسی از یک‌سو؛ و ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از

سوی دیگر)، چه از حیث برتری ذاتی دو مقررۀ اخیرالذکر بر هر مقررۀ دیگری به واسطۀ مبنای ابتکار عمل تقنین چنان مقرراتی و نیز اهمیت موضوع مقررات مذکور، بستر تفسیر مقررات در راستای مبنای مورد نظر این دادگاه فراهم است؛ ۳- به موجب بخشی از مقدمۀ قانون اساسی: «... زنان ... استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود ...» و با این وصف این محمل وجود دارد که مقررات فعلی حوزۀ طلاق، در مقایسه با قانون مربوطۀ پیش از آن (به موجب ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد؛ ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر، ۴- سوء رفتار یا سوء معاشرت هریک از زوجین ... ۵- ابتلای هریک از زوجین به امراض، ... ۶- جنون ...») اگر از حیث تجدید اقتدار محض زوج در اعمال حق طلاق، پیشرفته تر نبوده دست کم چندان پایین تر نباشد؛ ۴- به موجب بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است به تأمین امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» و یا این وصف در مقام مراعات اصل تساوی افراد در برابر قانون و با وجودی که به شرح آتی و قبل، محمل آن وجود دارد تحمیل مساوات به حقوق زن و مرد در انحلال رابطۀ زوجیت منطبق با قانون اساسی است؛ ۵- به موجب اصل ۱۰ قانون اساسی «از آن جا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است همه قوانین و مقررات در جهت پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی باشد» و مع الوصف تفسیر مقررات عادی در راستای همسان سازی حقوق زوجین در انحلال رابطۀ زوجیت هم سو با قانون اساسی است؛ ۶- همان طور که در مناسبات مالی، هیچ حق مطلقه ای وجود ندارد (از جمله با وجود مرزناسناسی حق مالیت، این حق در مقام تعارض با حق مجاوران دچار مرز می شود (ماده ۱۳۲ قانون مدنی)) به طریق اولی در مناسبات انسانی هیچ حق مطلق، محض و نامحدودی وجود ندارد؛ فلذا در اصطکاک حق طلاق زوج با تمامیت عرضی و عاطفی زوجه (و حتی حق اولاد)، باید رأی به تحدید حق طلاق زوج داده و در واقع، در تعارض آزادی زوج در اعمال حق طلاق با حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح، بنا به قولی مساوات (عدالت) ارزشی برتر است چون هیچ کس نمی پذیرد که آزادی نامحدود باشد؛ اما همه می پذیرند که عدالت نامحدود باشد؛ ۷- به موجب اصل ۴۰ قانون اساسی «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیلۀ اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و البته صدق «سوءاستفاده» از حق به عقیدۀ دادگاه دارای سه ملاک است: یکی وجود عمد و سوءنیت در اعمال حق، دوم ملاک مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی یعنی حقی که اجرائیش مستلزم رفع حاجت یا دفع ضرر نبوده و اما به دیگری ضرر بزند و آخری بی توجهی و بی محاباتی نسبت به عواقب سنگین اجرای حق در عین عدم جلب نفع

قابل توجه، و در خصوص مورد ضابطه سوم بر موضوع پرونده صدق می‌کند چون حسب محتویات پرونده اجرای حق طلاق از سوی زوج عواقب آسیب‌زننده‌ای برای زوجه داشته (از جمله رابطه زوجیت طرفین به مدت بیش از ۳۰ سال دوام داشته و گسست چنین رابطه‌ای، ولو رابطه مذکور در این اواخر رابطه متزلزلی شده، اما لطمه هیجانی سنگینی به زوجه وارد می‌کند، همچنین زوجه دارای ۵۵ سال سن بوده و با وجود کبر سنی وقوع طلاق جنبه‌ای سنگین از آسیب حیثیتی به وی در نزد اطرافیان وارد کرده، از سوی دیگر زوجین دارای دو اولاد بوده که در سن حساس ازدواج بوده و وقوع طلاق از این حیث موقعیت ایشان و قدرت انتخابشان را محدود و تضعیف می‌کند) و البته عدم اعمال آن حسب قرائن برای زوج قابل تحمل است (چون هم این‌که حسب گواهی شهود فوق و نیز حسب مشهودات مشاور خانواده در ضمن نظریه مکتوب خویش محرز است که زوج دارای همسر دیگر بوده و از این حیث نیاز به جبران خلأ خاصی نداشته، هم این‌که از تکلیف انفاق رها بوده، هم حضور فیزیکی در منزل مشترک ندارد) فلذا در اعمال حق طلاق خود، هم نسبت به عواقب سنگین عمل خود بی‌توجه و بی‌محابا بوده هم دلیل و مبنایی در جلب نفع قابل توجه برای خود ارائه نداده است؛ ۸- تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق و در واقع بازرسی فرآیند طلاق به درخواست زوج در خصوص زوج در حقوق ایران دارای سابقه بوده که این‌که حق مطالبه نخله (که نزد دکترین ماهیت جبران خسارت معنوی دارد) برای زوجه در موارد عدم عذر موجه مفید بازرسی و کنترل برای اعمال حق طلاق بوده و لذا فرضیه حاضر تفاوت جوهری نداشته و صرفاً ضمانت اجرای مشددی را در پی دارد که برخلاف قبلی، ضمانت اجرای پیشینی یعنی اتمام حق است، به‌ویژه که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی، سوءاستفاده‌کننده از حق اساساً در اعمال حق خویش محدود شده همچنین در اصل ۴۰ قانون اساسی گفته شده هیچ‌کس «نمی‌تواند» اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر قرار دهد که ظاهر بر اتمام حق بوده چون «نمی‌تواند» جز با اتمام حق حاصل نمی‌شود؛ ۹- در حقوق مالی که رابطه میان انسان یا مال بوده و محل اصابت حق، اموال است اعراض از حق به‌رغم جنبهٔ ظاهراً محض فردی، از باب امکان لطمه به نظم عمومی دارای محدودیت‌هایی شده از جمله در ماده یک قانون «مجازات راجع به انتقال مال غیر» مالکی که مالش از سوی غیر به دیگری منتقل شده را اگر ظرف یک ماه پیگیری قانونی به عمل نیاورد مجرم دانسته و البته علی‌رغم این‌که وجه مشابهتی بین حقوق مالی و انسانی وجود ندارد و نمی‌توان طلاق را مصداق اعراض دانست؛ اما دست‌کم می‌توان پذیرفت که به واسطه اهمیت حقوق در روابط انسان‌ها و بدین سبب که محل اصابت آن یک انسان است، به طریق اولی می‌توان از باب وخامت عواقب و آثار قائل به محدودیت شد؛ ۱۰- رابطه

زوجیت در شروع، عقد بوده و با تراضی دو اراده شکل گرفته، در جریان و تداوم رابطه زوجیت به طور نسبی مساوات برقرار شده (از جمله از طریق تقابل تمکین و انفاق؛ تقسیم حضانت بر اولاد بین زوجین؛ حق زوجه بر نصف اموال؛ حق بر مهریه؛ حق حبس در وصول مهریه؛ تکلیف زوجین بر حسن معاشرت و غیره) فلذا نباید با آزاد گذاشتن مطلق زوج در طلاق در عین تحدید زوجه در طلاق، برخلاف تعادل درونی عقد مذکور حرکت کرد؛ ۱۱- در صورت عدم برقراری محض اختیار برای دادگاه در بازرسی حق طلاق در این صورت وصف قضائی طلاق خالی از فایده می‌شود چون وجود ارکان عمومی جهت اجرای حق طلاق (قصد انشاء و احراز رابطه زوجیت) از سوی سردفتر و جاری‌کننده صیغه طلاق نیز مقدور بوده و لزومی به مداخله دادگاه نیست؛ فلذا مداخله دادگاه در تجویز طلاق به عنوان نهاد توزیع‌کننده نظم عمومی توجیه‌کننده تحدید زوج می‌تواند باشد؛ ۱۲- طلاق از مصادیق ایقاع بوده و به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی محدود و مقید به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و حتی در ایقاع، وجه اولویت وجود چون ایقاع ذاتاً ابراز تحمیل اراده به دیگری و نوعی پذیرش ولایت است (کاتوزیان، بی‌تا، شماره‌های ۷۸ و ۷۹) و در خصوص مورد هیچ تفسیری از اخلاق حسنه (در معنای مرتبه والای اخلاقی که صرف بی‌اخلاقی را نپذیرفته؛ بلکه مروج نوعی از اخلاق برتر است) نمی‌پذیرد که زوج به منظور نیل به فوایدی که به طور متعارف وی را در موقعیت چندان برتری قرار نمی‌دهد ایقاعی انجام دهد که عواقب سنگین نامطبوع دارد؛ ۱۳- در فقه اسلامی نیز مبنای اقناع‌آوری یافت می‌شود از جمله در حدیث «سمره بن جندب» علی‌رغم اهمیت حق مالکیت در فقه اسلامی و پذیرش اصل تسلیط اما به واسطه اعمال نابه‌جای حق که به حد بی‌محابایی در استفاده از آن می‌رسد حق اتمام‌یافته تلقی و زائل می‌شود؛

مع‌الوصف به شرح فوق‌الذکر خواسته خواهان دست‌کم در چارچوب شرایط حاضر قابل قبول نبوده و به استناد مواد ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، (ملاک) ۱۳۲ و ۹۷۵ قانون مدنی و اصول ۱۰ و ۴۰ قانون اساسی، حکم به بطالن دعوی خواهان صادر می‌شود. رأی صادره ۲۰ روز از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

محسن پارسا دادرسی شعبه اول رودهن

۲- خلاصه ادله استنادی دادگاه بدوی

در دادنامه مورد بحث برغم اذعان و تصریح قاضی محترم به رویه قضایی

جاری در پذیرش محض درخواست طلاق زوج و نیز اطلاق ظاهری روایات در مورد حق طلاق زوج، اقدام زوج مصداق سوءاستفاده از حق و قابل منع برشمرده شده است و دلیل این منع نیز شرایط زوج و عواقب سنگین طلاق برای او با توجه به ظرفیت موجود در مقررات فعلی ذکر شده است. قاضی محترم پرونده به منظور مستدل نمودن رأی صادره به ادله سیزده گانه‌ای استناد نموده است که البته برخی از آن‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی دارد. خلاصه دلایل استنادی برای اثبات امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق مرد در رأی مورد بحث به شرح ذیل است:

۱. عضویت و الحاق ایران به اسناد بین‌المللی حقوق بشر از قبیل میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یا اعلامیه جهانی حقوق بشر که تصریح به تساوی حقوق زوجین دارد، این اسناد را در ردیف قانون داخلی و لازم‌الاجرا می‌سازد که می‌تواند مستند قانونی حکم قاضی برای رد درخواست زوج باشد.

۲. مقدمه و برخی از اصول قانون اساسی حاکی از لزوم توجه به شرایط زوج و هنگام طلاق و امکان منع شوهر از طلاق است که شامل موارد ذیل است: الف. تحقق بخشی از مقدمه قانون اساسی مبنی بر لزوم حمایت و استیفای بیشتر حقوق نقض شده زنان در نظام طاغوت مستلزم آن است که قوانین موجود به نحوی تفسیر شود که از حیث تجدید اقتدار محض زوج در اعمال حق طلاق، پایین‌تر از قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نباشد؛ ب. با توجه به بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی مبنی بر لزوم تأمین امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون، قانون اساسی مجوز تفسیر قوانین موجود در راستای قائل شدن به مساوات در حقوق زن و مرد در انحلال رابطه زوجیت را صادر می‌نماید؛ ج. ضرورت تحکیم خانواده به موجب اصل ۱۰ قانون اساسی، امکان تفسیر مقررات عادی را در راستای همسان‌سازی حقوق زوجین در انحلال رابطه زوجیت هم‌سو با قانون اساسی میسر می‌سازد.

۳. ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل چهارم قانون اساسی مجوز سلب یا تحدید حق را به استناد سوءاستفاده ذی‌حق از آن، صادر نموده است که در مورد طلاق شوهر نیز این معیار قابل تطبیق است. همچنین قاعده لاضرر در ردیف مستندات حکم دادگاه قابل توجه است.

۴. تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق در قوانین

همچون حق مطالبهٔ نخله و به رسمیت شناختن جواز این تضمین توسط قانون‌گذار ایرانی، امکان تعمیم آن به موارد دیگر چون تعیین ضمانت اجرای پیشینی اتمام حق طلاق را فراهم ساخته است.

۵. لزوم حفظ نظم عمومی به جهات مختلف از قبیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی، ماهیت ترافعی دعوای طلاق زوج و ... مستلزم پذیرش امکان تحدید ارادهٔ شوهر در طلاق است.

۳- تحلیل و بررسی مستندات رأی دادگاه

پذیرش مستندات رأی صادره دادگاه به جهاتی قابل تأمل است که در ذیل به بررسی یکایک دلایل ابرازشدهٔ دادگاه بدوی پرداخته خواهد شد:

۱. در بررسی دلیل نخست دادنامه باید اذعان داشت استناد به ماده ۱۶ اعلامیهٔ حقوق بشر^۱ در راستای «ایجاد تساوی میان حقوق زوجین در کلیهٔ امور مربوط به زوجیت» از این جهت محل تأمل است که اعلامیهٔ حقوق بشر صرفاً یک اعلامیه بوده و از لحاظ حقوقی فاقد جنبهٔ الزام‌آوری بوده^۲ و به تصریح ماده دوم از بند هفتم منشور سازمان ملل، منشور به هیچ وجه اجازهٔ دخالت در موضوعات راجع به حقوق داخلی کشورها را نمی‌دهد (درویشی، ۱۳۹۲: ۱۱۴)؛ لذا استناد به آن در ردیف دلایل و مستندات حکم دادگاه قابل پذیرش نخواهد بود.

از سویی، به فرض پذیرش، اعتبار این اعلامیه در حد قوانین عادی خواهد بود و در مقام تفسیر قانون، در صورت ایجاد تعارض با قانون اساسی، در راستای اصل چهارم قانون اساسی قابل تفسیر خواهد بود. به دلیل تعارض موجود میان ماده ۱۶ اعلامیه و مواد متعدد قانون مدنی، استناد به آن توسط قاضی برای صدور حکم مستلزم نقض تعداد کثیری از مواد قانون مدنی خواهد بود.

۱. دولت ایران در سال ۱۳۲۷ در جریان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر جزء رأی‌دهندگان مثبت بوده است.
۲. در واقع اعلامیه جهانی به عنوان یک هدف متعالی میان بشریت، نه به عنوان یک قانون الزام‌آور مورد موافقت قرار گرفته است. چنان که خانم روزولت، رئیس کمیسیون حقوق بشر می‌گوید: «اعلامیه یک منشور یا توافق‌نامه بین‌المللی نبوده و هیچ‌گونه الزام قانونی ندارد؛ بلکه توضیح مجموعه حقوقی است که با انسان ارتباط مستحکم دارد و تحقق آن‌ها در سطح جهانی مطلوب قلمداد می‌شود» (تسخیری، ۱۳۷۵: ۱۷۷).

۲. پیرامون تعهد دولت ایران به اتخاذ تدابیر مقتضی به منظور «تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن» به‌موجب بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز باید توجه داشت که گرچه این میثاق به تبع قانون «اجازة الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» مصوب ۱۳۵۴ به‌موجب ماده ۹ قانون مدنی^۱ به منزله قانون داخلی به شمار می‌رود؛ لیکن وجود قوانین معارض در میان مواد قانونی در زمینه عدم وجود مساوات در انحلال نکاح میان زوجین موجب می‌شود نهایتاً قانون اساسی مقدم دانسته شده (شریفیان، ۱۳۸۰: ۳۵۲) و نظر به این‌که قاعده اولی در تعارض شیئین تساقط است (حیدری، بی‌تا: ۳۱۱)، در مقام حل تعارض، باید راهکار تساقط پیش گرفته شود که در این صورت به‌موجب اصل ۴ قانون اساسی^۲ و نیز اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۳ مراجعه به منابع فقهی، راه‌حل دستیابی به حکم نهایی را برای قاضی فراهم خواهد ساخت.

۳. آن‌چه در مقدمه قانون اساسی^۴ مشاهده می‌شود لزوم حمایت از بانوان در استیفاء بیشتر حقوق نقض‌شده ایشان متأثر از ظلم نظام طاغوتی است و در ادامه

۱. مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول، منعقد شده باشد در حکم قانون است.

۲. اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

۳. اصل یکصد و شصت و هفتم: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۴. زن در قانون اساسی: در ایجاد بنیادهای اجتماعی اسلامی، نیروهای انسانی که تاکنون در خدمت استعمار همه‌جانبه خارجی بودند هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می‌یابند و در این بازیابی طبیعی است که زنان به دلیل ستم بیشتری که تاکنون از نظام طاغوتی متحمل شده‌اند؛ استیفاء حقوق آنان بیشتر خواهد بود. خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه‌ساز اصلی حرکت تکاملی و رشد یابنده انسان است اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظایف حکومت اسلامی است. زن در چنین برداشتی از واحد خانواده، از حالت (شیء بودن) و یا (ابزار کار بودن) در خدمت اشاعه مصرف‌زدگی و استعمار، خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه خطیر و پرارج مادری در پرورش

نیز این مقدمه، ناظر به وظیفه دولت در فراهم نمودن زمینه تشکیل خانواده و حفظ و ارتقاء مقام مادری است و بر این اساس تفسیر صورت گرفته توسط قاضی محترم دادگاه بدوی مطابقتی با این محتوا ندارد و نمی تواند مثبت ادعا تلقی گردد. به ویژه این که این مقدمه در کنار سایر اصول از جمله اصل ۴ قانون اساسی که ابتدای قوانین بر موازین اسلامی را حاکم نموده است؛ باید مجری دانسته شود. مضاف بر این که ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ در مقام شناسایی موارد امکان طلاق است (که در مواد قانونی موجود از جمله ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز مورد شناسایی قانون گذار واقع شده است) نه الزام شوهر به ماندن در رابطه زوجیت، از این رو وجهی برای قیاس این دو در ارزش گذاری وجود ندارد.

۴. در مورد بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی چند نکته قابل توجه است: نخست این که اصل مذکور به ظاهر در مقام بیان وظایف دولت به عنوان قوه مجریه و انجام اقدامات لازم در اجرای قانون است (یزدی، ۱۳۶۸: ۴۸) و وضع یا تفسیر قانون از حدود اختیارات دولت خارج است و چنانچه دولت در این اصل به معنای دولت اسلامی و حاکمیت و فراتر از قوه مجریه تعبیر شود، چنان که از آن به عنوان اصل بنیادین وظایف دولت اسلامی یاد شده است (کعبی، ۱۳۹۳: ۵)؛ نمی تواند به وجهی که قاضی محترم پرونده مورد استناد قرار داده، تفسیر گردد؛ چرا که موضوع بحث در پرونده حاضر ناظر به شناسایی وجود یا عدم وجود این حق بر اساس قانون و مبانی موجود است. در همین راستا، حدود وظایف قوه قضاییه منحصر در موارد مذکور در اصل ۱۵۶ قانون اساسی دانسته شده است (مهرپور، ۱۳۹۳: ۳۴۲). دوم این که مقصود از «ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» ناظر به مرحله اجرای قانون و ایجاد امکانات برای دسترسی برابر افراد به مراجع قضایی و جلوگیری از عوامل مخل عدالت است و ارتباط مستقیم به موضوع دادخواست ندارد. برابری اشخاص در برابر قانون که از اصول حاکم بر قوه قضاییه بر شمرده می شود (محسنی، ۱۳۹۵: ۴۹۱)؛ صرفاً تساوی و بهره مندی افراد در چارچوب قوانین موضوعه را در بر می گیرد. سوم این که قاضی محترم دادگاه از اصل

مذکور برای تحمیل مساوات به حقوق زن و مرد در انحلال رابطه زوجیت به قانون اساسی و بیان انطباق این امر با مفاد قانون اساسی بهره برده است؛ در حالی که تساوی افراد در برابر قانون و بهره‌مندی از امکان رسیدگی قضایی عادلانه غیر از به رسمیت شناختن حقوقی در قانون است که در مورد شناسایی آن تصریحی در قوانین به چشم نمی‌خورد و از جهت مبانی فقهی نیز محل تأمل است.

۵. استناد به ضرورت تحکیم خانواده و به تعبیر اصل ۱۰ قانون اساسی «پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی» به عنوان مجوز منع طلاق در مستند پنجم دادنامه، از این جهت محل اشکال است که گرچه تحکیم خانواده فی‌نفسه ارزشمند است؛ این سؤال مطرح خواهد بود که آیا لزوماً تداوم رابطه زوجیت به منزله تحکیم است و آثاری که قانون‌گذار از عنوان تحکیم مدنظر داشته؛ بر آن مترتب می‌گردد؟ نظر به این‌که خانواده متشکل از زوجین و فرزندان است؛ مطلوب حقیقی، حفظ خانواده سالم با لحاظ مصالح اعضاء است و وضع مقررات طلاق حاکی از آن است که بقاء کانون خانواده ارزش ذاتی ندارد و گرچه طلاق در روایات به ابغض الحلال تعبیر شده است؛ در هر حال صدور مجوز شرعی انحلال نکاح، تمسک به اطلاق دلیل ادعایی دادگاه بدوی را مخدوش می‌سازد؛ لذا این دلیل نمی‌تواند مبنای رد درخواست زوج برای طلاق باشد. به‌ویژه این‌که تحکیم خانواده با تحدید اراده شوهر در طلاق با سازوکارهای پیش‌بینی شده در حقوق داخلی عملاً صورت گرفته است. افزایش هزینه طلاق برای مرد با تعبیه نهادهای اجرت‌المثل و نحله و پیش‌بینی شروط ضمن عقد و داوری الزامی در طلاق در کنار تصریح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به لزوم رسیدگی دادگاه در دعوای طلاق که ضرورت این تدابیر با عناوین ثانوی قابل توجیه دانسته شده (هدایت‌نیا، ۱۳۹۸: ۱۱۲-۱۱۴)، ایجاد محدودیت بر اراده شوهر است که این راهکار نسبت به اجبار مستقیم شوهر بر ماندن در رابطه زوجیت مؤثرتر بوده و جنبه حمایت بیشتری نسبت به زوجه دارد.

۶. قاضی محترم پرونده در بیان دلایل ششم و هفتم به استناد وجود شرایط اعمال قاعده منع سوءاستفاده از حق، ماده ۱۳۲ قانون مدنی^۱ و اصل چهارم قانون

۱. کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف

اساسی را به عنوان مستندات دیگر حکم خود ذکر نموده است که استدلال قاضی از جهاتی قابل تأمل است:

الف. مطابق دلیل ششم دادنامه، همانطور که در مناسبات مالی، حق مطلق و نامحدود وجود ندارد (ماده ۱۳۲ قانون مدنی)؛ به قیاس اولویت در مناسبات انسانی نیز این اطلاق قابل تحدید است و همچنین در تعارض «آزادی زوج در اعمال حق طلاق» با «حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح»، اجرای عدالت و تحدید حق طلاق مرد رجحان می‌یابد. در ارتباط با این استدلال چند نکته قابل عرض است: اولاً جریان قیاس اولویت در بحث باید با دقت بیشتری صورت گیرد؛ زیرا عوارض موضوع در مورد اعمال حق مالی با موضوع پرونده متفاوت است. در ماده ۱۳۲ بحث در سلب یا تحدید اعمال یک حق مالی است، در حالی که در موضوع بحث، ماندن در رابطه حقوقی ارادی مستمر و پذیرش الزامی آثار قانونی آن تا پایان عمر بر شوهر تحمیل می‌شود؛ لذا در قیاس این دو احتیاط بیشتری لازم است. ثانیاً در استدلال، حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح مفروض دانسته شده و به همین دلیل در معارضه با آزادی زوج در طلاق توصیف شده است که این ادعا خود محل مناقشه است.

از جهات دیگر نیز استناد به سوءاستفاده از حق را باید منتفی دانست. چه این که در مورد سوءاستفاده از حق، تصرفات متعارف با هدف جلب منفعت یا دفع ضرر ولو این که موجب تضرر غیر باشد؛ مورد احترام بوده و قابل تحدید نیست و طلاق هم به عنوان ابزاری متعارف برای رهایی شوهر از تکالیف زوجیت در قالب ایقاع در اختیار شوهر قرار گرفته است که مشابه چنین ضرری در سایر مصادیق انحلال از قبیل فسخ نیز برای طرف مقابل وجود دارد. در منابع فقهی برای اجرای حق فسخ طرفین نکاح این که چه ضرری متوجه طرف مقابل خواهد بود لحاظ نشده؛ در حالی که ضرر عرضی و عاطفی از این قسم انحلال قابل انفکاک نیست. از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی در تقابل قاعده تسلیط و لاضرر، مالک به واسطه ضرر فردی وارد به غیر، از اعمال نامحدود آثار مالکیت خود منع می‌شود

و سلب کلی حق صورت نمی‌گیرد، موارد سلب کلی حق مالکیت نیز در قوانین فعلی ناظر به ضررهای جمعی و مصالح اجتماعی از قبیل ملی شدن اراضی یا طرح‌های عمرانی شهری و ... است؛ در حالی که در منع شوهر از طلاق به پشتوانه این ماده، سلب کلی حق به استناد ضرر فردی محقق می‌شود.

اشکالاتی از این قسم در جریان قاعده لاضرر در موضوع نیز چنان‌که در دلیل سیزدهم دادنامه این قاعده مورد اشاره قرار گرفته؛ قابل طرح است. اگر چنین استدلال شود که «گرچه به حکم اولی، طلاق به اراده شوهر واگذار شده؛ لیکن در صورت عروض عنوان ثانوی و تحقق ضرر و حرج، قواعد لاضرر و لاجرح حاکم می‌شود؛ قاضی مجاز به منع زوج از طلاق خواهد بود؛ اما در مورد جریان قاعده به استناد ایراد ضرر به تمامیت عرضی و عاطفی نیز چند نکته قابل توجه است: رکن اساسی در جریان لاضرر، احراز وجود ضرر شخصی و تشخیص آن است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۷). در این راستا این سؤال قابل طرح است که آیا ضرر عرضی و آبرویی به معنای حقیقی به‌واسطه طلاق بر مطلقه حادث می‌شود و اگر چنان‌که است آیا این ضرر ناشی از خود حکم است که به استناد لاضرر «لا حکم ضرری فی الاسلام» مرتفع شود (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۳) یا شدت ضرر به جهت عرف غلط یا تعصبات خاص برخی مناطق است و یا این‌که اساساً ضرر، عرضی نبوده؛ بلکه ضرر معنوی و آسیب روحی است که اگر چنین باشد، اثبات شمول لاضرر نسبت به ضررهای معنوی از این قبیل اول‌الکلام خواهد بود. به تعبیر برخی حقوقدانان، اگر به صرف آزار یا صدمه مادی یا معنوی زوجه، حق طلاق یا رجوع مرد را محدود بدانیم، در واقع مانند آن است که مرد چنین حقی نداشته باشد؛ لذا اجرای این حقوق را به صرف زیان دیگران نمی‌توان ممنوع یا محدود کرد؛ مگر این‌که هدف از اعمال، قصد اضرار باشد (بهرامی‌احمدی، ۱۳۹۳: ۳۷۱) که به نظر می‌رسد در این پرونده چنین نیست. این نکته در مورد وضعیت زوجه در پرونده حاضر با ابهام و تردید بیشتری مواجه است؛ زیرا ازدواج مجدد زوج و سکونت پنج ساله او با همسر دوم در شهری دیگر، امری نیست که از دید بستگان و اطرافیان پنهان مانده باشد تا بتوان نفس اجرای صیغه طلاق را سبب از دست رفتن آبروی زوجه برشمرد.

اظهار نظر بر مبنای ضرر متوجه فرزندان برای ازدواج ایشان هم که در پرونده مطرح شده است؛ این اشکال را به همراه خواهد داشت که حکم قاضی به لزوم بقاء رابطه زوجیت، محمل سوءاستفاده در برابر دیگران و مخفی نمودن واقعیت زندگی خانوادگی طرفین را فراهم می‌سازد.

نکته دیگر در مورد جریان قاعده لاضرر این است که در مواردی که ضرر متوجه هر دو طرف باشد یا باید قائل به تساقط و به تبع آن جواز اعمال حق از سوی ذی‌حق شد یا این که ضرر اقوی را ملاک قرار داد.^۱ به فرض اولی ندانستن راهکار تساقط، امکان تشخیص اقوایت ضرر زوجه در این موضوع قابل مناقشه خواهد بود. به این لحاظ که آیا باید صرفاً ضررهای فعلی متوجه زوجین مدنظر قرار گیرد یا ضررهای تدریجی که در پی گذر زمان متوجه آن‌ها می‌شود هم در دایره مقایسه ضررها قرار خواهد گرفت؟ چرا که منع زوج از طلاق، او را نسبت به نفقه و سایر تکالیف زوجیت مدیون می‌سازد که این دین در کنار سهم‌الارث زوجه پس از فوت هم آثار قانونی به همراه خواهد داشت؛ در حالی که با طلاق، زوج از همه تکالیف مزبور رهایی می‌یابد. با توجه به تبعات ذکر شده، این سؤال باقی خواهد بود که آیا این آثار باید در ارزیابی ضررین متعارض لحاظ گردد؟ همچنین در تقابل ضررهای مادی و غیرمادی، کدامیک، در چه بازه زمانی و با چه معیار ارزیابی، مقدم خواهد شد؟^۲

در مجموع به نظر می‌رسد ابهامات موجود در مورد قاعده لاضرر در کنار مصالح دیگری که ممکن است در اولویت بودن آن‌ها، حکومت لاضرر را با تردید مواجه سازد، احتیاط بیشتری را برای اظهار نظر در این موضوع طلب نماید.

از سوی دیگر نظر به عدم مطالبه تکالیف قانونی از قبیل نفقه و سکونت و ... از سوی زوجه، آن چه به ظاهر برای زوجه در این پرونده مورد مطالبه است بقای نام

۱. در زمینه موارد تعارض ضرر شخصی و ضرر غیر، اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود ولو این که ضرر مالک نسبت به ضرر غیر اقل باشد؛ جایز دانسته شده است، (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۵۳۹)، (تبریزی، ۱۳۸۷: ۱۱۸).

۲. به نظر می‌رسد انتظار تشخیص موارد فوق از قضات دادگاه‌های بدوی که بعضاً با مدرک کارشناسی حقوق و بدون پیشینه فقهی لازم برای تطبیق قاعده لاضرر در موارد تعارض ضررین در سکونت قضاوت قرار گرفته‌اند، انتظار به جایی نباشد.

زوج به عنوان شوهر در شناسنامه وی است و اگر قاضی را مجاز به تحدید حق زوج بشماریم؛ آن چه در اختیار قاضی باید قرار گیرد حکم به عدم امکان ثبت طلاق است نه الزام به ماندن زوج در رابطه‌ای قراردادی که تداوم آن بر مبنای اراده باید صورت گیرد که عدم ثبت هم باتوجه به این که ممکن است منشأ آثار عدیده شرعی و قانونی گردد، در مورد طلاق ممکن نخواهد بود.

۷. در دلیل هفتم، به وجود موارد مشابه تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق همانند نحله و امکان تعمیم آن به محل بحث استناد شده است؛ این در حالی است که تفاوت موضوعی دو مسأله، تعمیم حکم را منتفی می‌سازد؛ زیرا نحله جنبه حمایتی از زوجه داشته و به جهت جبران خسارت و به عنوان آثار تبعی طلاق به موجب بند ب تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق به زوجه تعلق می‌گیرد که مبلغ چندان قابل توجهی نیز محسوب نمی‌شود و پرداخت آن ضرر معتناهی برای زوج در پی ندارد. در حالی که در پرونده، بحث برداشتن منشأ ایراد ضرر به زوجه مطرح است که در مقابل خود با ادامه رابطه اجباری زوجیت، سبب ایراد ضرر مستمر بر زوج در پرداخت نفقه و انجام سایر تکالیف زوجیت و ... و پذیرش آثار آن است. به علاوه این که به فرض مشابهت موضوعی، حکم هم باید به سیاق واحد تعیین شود و در چنین مواردی نیز قاضی صرفاً مجاز به تعیین خسارت برای زوجه و نه سلب کلی حق از زوج باشد.

۸. در دلایل هشتم، دهم و یازدهم قاضی محترم پرونده در هر دلیل به وجهی با استناد به نظم عمومی مترصد اثبات جواز محدودیت در حق طلاق مرد شده است. صرف نظر از این که عدم ارائه تعریف از نظم عمومی^۱، امکان استناد به آن را با قدری مشکل مواجه می‌سازد؛ هر یک از دلایل ذکر شده از منظری قابل ایراد است:

الف. در دلیل هشتم گرچه اعمال محدودیت در حدود مالکیت افراد برای حفظ نظم عمومی موجه و صواب است؛ لیکن اولاً با توجه به این که موارد مصرح قانونی ناظر به اموال است، قیاس آن با مورد مذکور صحیح نبوده و

۱. چرا که نظم عمومی یک مفهوم نسبی دانسته شده که با ملاحظه همه عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی یک جامعه تعیین می‌گردد، (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۱).

از سوی دیگر قیاس ماده یک قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸^۱ که از باب ممانعت از لطمه به نظم عمومی، مالک اصلی را در صورت عدم اعلام انتقال‌گیرنده ناآگاه، معاون جرم محسوب نموده است؛ در این مورد وجهی ندارد چرا که ماده در حدود مالکیت و آثار آن دخالتی ندارد و صرفاً برای مالک متخلف، مجازات معاونت در جرم پیش‌بینی نموده است. بر این اساس، به فرض پذیرش چنین استدلالی در این‌جا نیز نهایتاً باید قائل به تعیین ضمانت اجرا برای زوج یا جبران خسارت از سوی او برای زوج گردید.

ب. استناد دیگر به نظم عمومی در دلیل دهم و از باب جایگاه الزام قانونی برای مراجعه زوج به دادگاه در موارد طلاق به درخواست زوج است که قائل شدن به نقش صوری قاضی و عدم جواز مداخله دادگاه به عنوان نهاد توزیع‌کننده نظم عمومی در صدور حکم، وصف قضایی طلاق را خالی از فایده می‌سازد؛ این در حالی است که نقش قاضی در شرایط فعلی نیز در ردیف سردفتر یا اجراکننده صیغه طلاق نبوده و در ارزیابی ادله طرفین و ایجاد مصالح میان زوجین نقش فعال دارد. به‌ویژه این‌که در موارد مشابه از قبیل طلاق زوج به وکالت از همسر به استناد شروط ضمن عقد نیز نقش قاضی فقط احراز وجود شرط است و ورود ماهوی در طلاق ندارد.

ج. در دلیل دوازدهم، ایقاع طلاق به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی^۲ قابل تحدید شمرده شده است؛ در حالی که اولاً ماده ناظر به قوانین خارجی و

۱. کسی که مال غیر را با علم به این‌که مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون عمومی محکوم می‌شود. و همچنین است انتقال‌گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده باشد. اگر مالک از وقوع معامله مطلع شده و تا یک ماه پس از حصول اطلاع اظهاریه برای ابلاغ به انتقال‌گیرنده و مطلع کردن او از مالکیت خود به اداره ثبت اسناد یا دفتر بدایت یا صلحیه یا یکی از دوائر دیگر دولتی تسلیم ننماید، معاون جرم محسوب خواهد شد ...

۲. ماده ۹۷۵ قانون مدنی: محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه‌ی جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

قراردادهای خصوصی است در حالی که احکام طلاق در قانون آمره قلمداد می‌شود؛ ثانیاً این مطلب که قرار گرفتن ایقاع طلاق در ید زوج، خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است خود نیازمند اثبات است و ثالثاً همین نظم عمومی اقتضاء می‌کند زمانی که قانون‌گذار انحلال رابطه طرفینی مبتنی بر قصد و رضا را از طریق ایقاع یکی از طرفین قابل انحلال دانسته است؛ اراده قانون‌گذار بر هر مصلحت فرعی مقدم باشد.

۹. شکل‌گیری نکاح بر مبنای تراضی دو اراده و وجود مساوات نسبی میان حقوق و تکالیف زوجین از دیگر ادله استنادی دادنامه بدوی (دلیل نهم) است؛ لیکن تعبیر حرکت برخلاف تعادل درونی عقد به قیاس وجود مساوات نسبی در برخی احکام که عدم وجود مساوات میان آن‌ها همواره از جانبان مدافعان حقوق زن محل ایراد بوده است؛ ارزش استدلالی برای اثبات مدعا ندارد؛ به‌ویژه این که اساساً ایقاع بودن ماهیت طلاق به خلاف ماهیت نکاح که عقد است؛ مبنای چنین استدلالی را مخدوش می‌سازد.

در نهایت به نظر می‌رسد در صورت تشخیص وجود ضرر غیرقابل تحمل برای زوجه و صرفاً در صورت احراز قصد اضرار از جانب زوج در طرح دعوای طلاق، این ظرفیت فقهی نظر به منابع موجود قابل استخراج است که بتوان از ضرر قابل تحمل زوج صرف نظر نموده و وی را از طلاق منع نمود؛ البته این در حالی است که احراز وجود ضرر و احراز این مطلب که ضرر متأثر از خود حکم، متوجه زوجه شده است، صورت گرفته باشد.

نتیجه

دلایل ذکر شده در رأی دادگاه بدوی به عنوان مستند حکم قاضی از قبیل لزوم ایجاد تساوی در حقوق زوجیت به موجب اسناد بین‌المللی حقوق بشر، لزوم تأمین حقوق زنان به استناد مقدمه و برخی از اصول قانون اساسی، جریان قاعده منع سوءاستفاده از حق به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی، جریان قاعده لاضرر، لزوم حفظ نظم عمومی و ... هر یک از جهاتی قابل ایراد است؛ لیکن در مجموع به عقیده نگارنده در دو فرض شاید بتوان قائل به امکان رد تقاضای

طلاق شوهر شد؛ نخست در فرض احراز قصد اضرار زوج در طلاق زوجه که به ظاهر در این پرونده این فرض منتفی است و دوم از جهت ثبوتی در صورت پذیرش جریان قاعده لاضرر در فرض اقوی بودن ضرر متوجه یکی از طرفین، با احراز اقوی بودن ضرر زوجه نسبت به ضرر وارده به زوج در منع وی از طلاق، تحدید حق طلاق شوهر ممکن خواهد بود که این فرض نیز به جهت مسائل و مشکلاتی که در احراز اقوی بودن ضرر یکی از طرفین وجود دارد، در مقام اثبات غیرممکن به نظر می‌رسد. گرچه موافقت با خواسته زوجه در بقای رابطه زوجیت به ظاهر حمایت از زوجه به شمار می‌رود، لیکن تحمیل حفظ رابطه زوجیت به شوهر در عمل مساوی با چشم‌پوشی زوجه از حقوق مالی و غیرمالی خود است که به فرض صدور حکم دادگاه مبنی بر عدم جریان طلاق، ممکن است زمینه اضرار بیشتر به زوجه برای اجبار وی به طلاق از سوی شوهر را فراهم آورد.

فهرست منابع

- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۶)، **فرائد الأصول**، قم: انتشارات اسلامی.
- بجنوردی، حسن (۱۳۷۷)، **القواعد الفقهیه**، قم: نشر الهادی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، **ضمان قهری - مسئولیت مدنی**، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷)، **دروس فی مسائل علم الأصول**، قم: دار الصدیقه الشهیده.
- تسخیری، محمدعلی (۱۳۷۵)، **مجله سیاست خارجی**، سال دهم، شماره ۱.
- حیدری، علی نقی (۱۴۱۲)، **اصول الاستنباط**، قم: لجنه اداره الحوزه العلمیه.
- درویشی، داریوش (۱۳۹۲)، «ارزیابی منطقی جایگاه اصول اعلامیه حقوق بشر در حقوق و اخلاق»، **تأملات فلسفی**، شماره ۱۰.
- شریفیان، جمشید (۱۳۸۰)، **راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد**، تهران: وزارت امور خارجه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کعبی، عباس (۱۳۹۳)، **مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- محسنی، فرید (۱۳۹۵)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- مهرپور، حسین (۱۳۹۳)، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دادگستر.
- هدایت‌نیا، فرج الله (۱۳۹۸)، **ظرفیت حقوق در تحکیم خانواده**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- یزدی، محمد (۱۳۶۸)، **شرح و تفسیر قانون اساسی**، تهران: پیام.

برائت از اتهام حضور در انظار عمومی بدون حجاب شرعی

محمد رضا عبدیان *

چکیده

استشهادیه محلی مستند به ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی در حکم شهادت بوده و اعتبار شهادت را دارد. بنابراین اولاً ادعای بدون دلیل خلاف واقع بودن استشهادیه و وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه از سوی متهم دلیلی بر نفی این دلیل اثباتی نخواهد بود و قاضی محترم می‌بایست که با احضار شهود، عدم وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه را کشف می‌نمود. در حالی که صرفاً به ادعای متهم مبنی بر وجود خصومت میان وی و تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه توجه داشته است و ثانیاً این که زمانی صحبت از ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی و اعمال قاعده درء در جرایم تعزیری می‌کنیم که دلیلی بر نفی شبهه یافت نشود. حال آن که استشهادیه محلی برای عدم رعایت حجاب شرعی متهم اجازه ورود قاعده درء به مسأله را نمی‌دهد. رجوع به عرف برای فهم عبارت «حجاب شرعی» صحیح نیست. زیرا؛ عبارت مذکور بار معنایی شرعی و دینی داشته و اساساً عرف در این مقوله صلاحیت ورود و اظهار نظر نخواهد داشت. مضافاً این که بنابر نظر مشهور حقوقدانان عرف از منابع ارشادی حقوق جزا به حساب می‌آید و یارای مقابله با اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منابع فقهی را در تبیین مفهوم «حجاب شرعی» نخواهد داشت.

واژگان کلیدی: حجاب شرعی، عرف، استشهادیه، ماده ۶۳۸

مقدمه

بنابر گزارش پلیس امنیت اخلاقی شهرستان که مبتنی بر یک استشهادیه محلی بوده است، نزد مقام قضایی اعلام جرم «حضور در انظار عمومی بدون حجاب شرعی» صورت می‌گیرد. به دلیل این‌که جرم مذکور در زمره جرایم تعزیری درجه ۸ است، دادسرای محل با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به دادگاه کیفری ۲ شهرستان ارسال می‌کند. متهم در دادگاه حاضر شده و اذعان می‌کند که وی ملتزم به حجاب شرعی بوده و تنظیم‌کنندگان استشهادیه به دلیل خصومت با وی اقدام به تنظیم استشهادیه محلی نموده‌اند. نهایتاً دادرسی دادگاه، با توجه به انکار متهم نسبت به نقض حجاب شرعی و احراز رعایت اصل حجاب از سوی وی، با استناد به عرف زمان در میزان و حدود و ثغور حجاب، حکم برائت قطعی متهم را صادر می‌کند. بر همین اساس در این پژوهش به بررسی موارد استنادی توسط قاضی پرونده می‌پردازیم.

متن رأی

«برابر قرار عدم صلاحیت شماره ... صادره از شعبه ... دادیاری دادسرای شهرستان ... خانم ... فرزند ... متهم است به ظاهرشدن در معابر و انظار عمومی بدون حجاب شرعی موضوع تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ (تعزیرات)، به این شرح که پلیس امنیت اخلاقی شهرستان ... به استناد یک گزارش «استشهادیه محلی» به دادستانی شهرستان ... اعلام کرده که متهم «هیچ التزامی به شرع مقدس و قوانین و مقررات جمهوری اسلامی نداشته و به افراد خیرخواه و حزب‌اللهی و تذکرات لسانی آن‌ها هیچ اعتنایی نکرده و ...» و در گزارش تکمیلی بعدی نیز بیان کرده‌اند که «نامبرده از لحاظ وضعیت حجاب بسیار نامناسب بوده ...»، سپس معاون دادستان دستور داده که از متهم تعهد اخذ شود که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئون اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد خواهد شد که متهم نیز متعهد شده که پس از گزارش نهایی مرجع انتظامی دادیار شعبه ... دادیاری در وقت فوق‌العاده پرونده را تحت نظر قرار داده و قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دادگاه‌های کیفری ۲ را به اعتبار میزان مجازات جرم مذکور و به استناد ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری صادر کرده است، سپس متهم در این دادگاه حاضر شده و در دفاع بیان داشته که تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه مذکور با وی خصومت

داشته‌اند و نامبرده به حجاب شرعی التزام دارد و به شدت منکر ارتکاب جرم مذکور شده است. اینک نظر به مراتب مذکور؛ نظر به این که عرف یکی از منابع علم حقوق و از جمله حقوق جزا است و اعتبار آن به حدی است که در بعضی از قوانین جزایی نیز به حاکمیت عرف تصریح شده است و از جمله در بند ج ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و مواد ۲۶۹، ۵۱۵، ۵۴۳، ۵۶۱، ۵۷۰ و ۷۰۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مواد ۷۰۲ و ۷۰۳ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ به داوری عرف اشاره شده است و بنابراین باید قوانین جزایی را در کنار عرف تفسیر و تبیین کرد. بنابراین دادگاه معتقد است که صرف نظر از دفاع متهم به شرح فوق، حتی علی فرض این که از نظر گزارش کنندگان حجاب متهم نامناسب بوده است، چون از مجموع محتویات پرونده و دفاع متهم داشتن اصل حجاب احراز می شود، به نظر این دادگاه مفاد تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انتظار عمومی ظاهر شوند به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار ریال تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد» را باید مطابق عرف زمان ما ناظر به کسانی دانست که اصل حجاب را رعایت نمی کنند و در معابر و انتظار به بی حجابی تظاهر می کنند. در غیر این صورت موضوع مطابق با عرف زمان ما از شمول تبصره ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی خارج بوده و بنابراین دادگاه به استناد ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری حکم برائت متهم را صادر می کند. این رأی به استناد بند الف ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قطعی است.»

دادرش شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو شهرستان...

۱- طرح مسائل شکلی

به طور کلی رأی مزبور با ادبیات حقوقی و مبتنی بر مستندات قانونی و اصول حقوقی نگاشته شده است که نشان از تسلط قاضی صادرکننده رأی بر ادبیات رایج حقوقی است. اما دارای چندی از اشکالات شکلی است که بیان این نکات خالی از وجه نیست.

۱-۱. انتشار دادنامه پیش از امضاء

دادنامه زمانی اعتبار حقوقی می یابد که از سوی قاضی صادرکننده رأی امضاء شده باشد. این دادنامه خالی از امضای صادرکننده رأی بوده و پیش از امضاء توسط مقام قضایی مزبور منتشر گردیده است. توجه به این مسأله از این حیث حائز

اهمیت است که طبق ماده ۳۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اعلام مفاد و تسلیم رونوشت یا تصویر دادنامه پیش از امضای آن ممنوع است و شخص متخلف حسب مورد به موجب حکم دادگاه انتظامی قضات یا هیأت رسیدگی به تخلفات اداری به سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی محکوم می‌شود.

۲-۱. عدم اشاره به استعانت از خداوند و شروع با نام خدا

براساس ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه با استعانت از خداوند متعال در صورت امکان در همان جلسه پس از ختم رسیدگی مبادرت به انشای رأی می‌نماید. به نظر می‌رسد هر چند، بیان عبارت «استعانت از خداوند متعال» در دادنامه لزومی نداشته و اشاره مقنن به این مقوله از این حیث بوده است که قاضی در هنگام صدور حکم در ذهن خود توجه به استعانت الهی داشته باشد، اما در رویه قضایی آوردن این عبارت شهرت یافته و معمولاً قضات این عبارت را پیش از صدور رأی مطمح نظر قرار می‌دهند. اما در این رأی مورد اشاره قرار نگرفته است. در حالی که در سایر آرای صادره از قاضی این پرونده به این مقوله توجه گردیده است. علاوه بر این مستند به ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری، دادنامه با نام خداوند متعال شروع می‌شود که در این دادنامه مغفول مانده است.

۳-۱. عدم اشاره به حضوری یا غیابی بودن رأی

مطابق با ماده ۳۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه مکلف است که در رأی صادره حضوری یا غیابی بودن آن را قید کند. علی‌رغم این که مقنن چنین تکلیفی را برای دادگاه در نظر گرفته است در این رأی نسبت به حضوری یا غیابی بودن رأی صادر شده تصریحی نشده است و از این جهت قابل نقد است. البته لازم به ذکر است که مقنن نیز برای این تکلیف دادگاه ضمانت اجرایی را لحاظ نکرده است.

۴-۱. مختصر بودن گردش کار در رأی صادره

به موجب بند (ت) ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری یکی از مواردی که باید در دادنامه درج شود، گردش کار است که پیش از متن کامل رأی در دادنامه باید اشاره گردد. اما در رأی صادره به صورت مختصر اشاره شده و بلافاصله پس از معرفی متهم و درج عنوان اتهامی وی، قاضی محترم به متن رأی ورود پیدا کرده است.

۲- طرح مسائل ماهوی

رأی صادره مستند به مواد مختلف قانونی از قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری است و قاضی صادرکننده رأی به منظور تنقیح استدلال خویش در باب جایگاه و شأن عرف در تبیین حقوق کیفری مواد قانونی متعددی را مطمح نظر قرار داده است. علاوه بر این، رأی صادره زنجیره استدلالی مناسبی داشته و شروع و پایان خوبی را برای فهم استدلال قاضی صادرکننده رأی طی کرده است. به گونه‌ای که در ابتدا مقدمه‌ای از شرح موضوع بیان گردیده و با اشاره به روند شکلی طی شده در این پرونده نهایتاً با استدلال به مواد قانونی اظهار نظر نهایی خود درباره این پرونده را ابراز داشته است.

با این حال نکات و اشکالاتی چند در بعد ماهوی رأی مزبور قابل توجه است:

۱-۲. استشهادیه محلی و جایگاه آن در ادله اثبات امور کیفری

بنابر مرقومات نگاشته شده در دادنامه مزبور، جهت شروع به تعقیب در این پرونده اعلام جرم از جانب پلیس امنیت اخلاقی شهرستان به دادستان محترم بوده که مستند به بند (ب) ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری است. آگاهی ضابطین دادگستری از وقوع جرم از طریق گزارش استشهادیه محلی است که توسط ساکنین محل صورت یافته است.

حال پرسش اساسی این است که ماهیت استشهادیه محلی در امور کیفری چیست و چه جایگاهی دارد؟

مطابق با ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است». باتوجه به این ماده، سخنی از استشهادیه محلی در عداد ادله اثبات در امور کیفری نگردیده است. اما باید توجه داشت که ماهیت استشهادیه محلی همان شهادت است و با توجه به ماده ۱۸۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، شهادت باید به لفظ یا نوشتن باشد که استشهادیه، شهادت کتبی و یا به عبارت بهتر «شهادت‌نامه» است. در ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی نیز بیان گردیده است که: «شهادت‌نامه اعتبار شهادت را خواهد داشت». باتوجه به مطالب پیش گفته مشخص می‌گردد که دلیل اثباتی در رأی

مطروحه شهادت‌نامه بوده که همان شهادت کتبی است. حال با انکار متهم نسبت به ارتکاب جرم مذکور و ادعای وجود خصومت میان شهود و مشهود علیّه، مقام قضایی می‌تواند نسبت به شهادت‌نامه بی‌اعتنایی نماید؟

انکار ارتکاب جرم در تقابل با استشهادیه، موجب اسقاط اعتبار استشهادیه نمی‌باشد. بلکه چنان‌چه با انکار متهم نسبت به ارتکاب جرم، برای قاضی محترم شبهه و تردید در ارتکاب جرم ایجاد شده باشد، می‌بایست مطابق با ماده ۱۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ عمل نماید. به‌موجب این ماده: «در شهادت شرعی نباید علم به خلاف مفاد شهادت وجود داشته باشد. هرگاه قرائن و امارات برخلاف مفاد شهادت شرعی باشد، دادگاه، تحقیق و بررسی لازم را انجام می‌دهد و در صورتی که به خلاف واقع بودن شهادت، علم حاصل کند، شهادت معتبر نیست. بنابراین حتی در صورتی که با انکار ارتکاب جرم از سوی متهم برای قاضی صادرکننده رأی، قرینه‌ای خلاف شهادت ساکنین محل ایجاد گردیده است، خدش‌های به استشهادیه وارد نمی‌شد تا این‌که علم به خلاف واقع بودن شهادت‌نامه پیدا کند. درحالی‌که از مفاد رأی حصول علم بر خلاف واقع بودن شهادت برای قاضی بر نمی‌آید. علاوه بر این، در جرم «حضور زنان در معابر و انظار عمومی بدون حجاب شرعی» که از جمله جرایم تعزیری است، صرف وجود شبهه و تردید در وقوع جرم برای برائت متهم کافی نیست. بلکه ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره می‌دارد که در صورتی با ایجاد شبهه در وقوع جرم، جرم ثابت نمی‌شود که دلیلی بر نفی آن یافت نشود. حال آن‌که در پرونده مزبور، استشهادیه محلی خود دلیلی است که رفع شبهه می‌کند. بنابراین انکار متهم نسبت به عدم رعایت حجاب شرعی به‌عنوان یکی از افتاعات دادگاه برای صدور برائت قابل پذیرش نیست.

علاوه بر انکار، در متن دادنامه اشاره گردیده که متهم در دادگاه حاضر شده و در دفاع بیان داشته که تنظیم‌کنندگان و امضاءکنندگان استشهادیه مذکور با وی خصومت داشته‌اند و او از این طریق قصد خدشه‌دار کردن استشهادیه را داشته است. مستند به بند (چ) ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ یکی از شرایط شاهد شرعی، نداشتن خصومت با طرفین یا یکی از آن‌ها است و در تبصره همین ماده قانون‌گذار اشاره داشته است که شرایط شاهد باید توسط قاضی احراز شود.

بنابراین، قاضی محترم می‌بایست که با احضار شهود، عدم وجود خصومت میان شهود و مشهود علیه را کشف می‌کرد که این مهم اتفاق نیفتاده است و صرفاً به ادعای متهم مبنی بر وجود خصومت میان وی و تنظیم‌کنندگان و امضاء‌کنندگان استشهادیه توجه داشته است.

۲-۲. ابهام در ماهیت حقوقی تعهد اخذشده از متهم

در متن دادنامه اشاره گردیده است که معاون دادستان دستور داده است که از متهم تعهد اخذ شود که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئونات اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد خواهد شد که متهم نیز متعهد شده است. به لحاظ حقوقی مشخص نیست که این اخذ تعهد مبتنی بر کدام ماده از مواد قانون آیین دادرسی کیفری است؟ در دادنامه هیچ اشاره‌ای نشده است که اخذ تعهد کتبی به عدم تکرار جرم در قالب چه قرار یا تصمیمی صادر گردیده است؟

تنها فرضی که برای ماهیت این تصمیم قابل تصور است، «قرار بایگانی کردن پرونده» است که در ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح گردیده است. به موجب این ماده: «در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی پرونده را صادر نماید».

از قید «چنانچه شاکی وجود نداشته یا گذشت کرده باشد» معلوم می‌گردد که این قرار صرفاً اختصاص به جرایم غیرقابل گذشت دارد و جرم انتسابی در این رأی نیز در عداد جرایم غیرقابل گذشت است.

این قرار نیز به عنوان ماهیت حقوقی تصمیم اتخاذی معاون دادستان در این پرونده به جهاتی قابل پذیرش نیست. زیرا با استناد به ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ جرایم تعزیری درجه هفت و هشت مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود. بنابراین مقام قضایی صالح برای صدور این قرار دادرسی دادگاه

خواهد بود. درحالی که در این رأی، این تصمیم توسط دادرس دادگاه صورت نیافته است. نهایت امر مشخص نیست که تصمیم اتخاذی از سوی معاون دادستان و تعهدی که متهم نسبت به عدم تکرار جرم داده است، در قالب کدام تصمیم یا قرار کیفری قابل گنجایش است؟

۳-۲. تعارضات رفتاری متهم

طبق متن دادنامه متهم پیش از حضور در دادگاه، در نزد مقام قضایی دادسرا متعهد گردیده است که در صورت تکرار و عدم رعایت حجاب و شئونات اسلامی وفق قانون و مقررات با وی برخورد شود. این تعهد خود به صورت ضمنی دلالت بر این دارد که متهم پذیرفته است که نسبت به رعایت حجاب شرعی توجه نداشته و تعهد به عدم تکرار این رفتار داده است. درحالی که در دادگاه منکر عدم رعایت حجاب شرعی گردیده است که در تعارض با تعهدی است که وی پیش از حضور در دادگاه داده است. مناسب بود قاضی صادرکننده رأی نسبت به تعارض بین این دو رفتار متهم توجه می کرد و چنان چه به این نکته توجه داشته است، در رأی صادره منعکس می نمود.

۴-۲. تبیین جایگاه عرف و نحوه استناد به آن در رأی فوق الذکر

عرف در اصطلاح حقوق، قاعده‌ای نانوشته، عام و دائمی است مستقیماً ناشی از اراده مردم است و به مرور بین مردم تبدیل به امری معمولی شده است که اگر خلاف آن عمل نمایند، گویی خلاف قاعده عمل کرده‌اند. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۴)، (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۷۴)، اندیشه غالب میان حقوقدانان کیفری، اندیشه پذیرش اعتبار عرف به عنوان منبعی ارشادی و فرعی در حقوق کیفری است و در کنار دیگر منابع ارشادی همچون دکترین، رویه قضایی عام و نظریات مشورتی اداره حقوقی قرار می گیرد. (الهام، ۱۳۹۵: ۴۳)، البته این به معنای طرد مقوله عرف از زمره حقوق کیفری نیست. بلکه در تقابل با سایر منابع حقوق جزا، عرف در رتبه پایین تری نسبت به قوانین و مقررات، آیین نامه‌ها و منابع فقهی و ... قرار می گیرد. در نظام حقوقی ایران که قواعد و مقررات حقوقی رابطه تنگاتنگی با آموزه‌های فقهی و دینی دارند، در مواردی برای فهم عبارات حقوقی مقنن ناگزیر به ارجاع

آن‌ها به منابع فقهی هستیم و در چنین شرایطی رجوع به عرف اجتماعی برای فهم یک مقوله شرعی و فقهی صواب نیست. علی‌الخصوص زمانی که آن اصطلاح حقوقی ممزوج با قید «شرعی» باشد.

در رأی صادره، قاضی محترم دادگاه بیشتر ثقل استدلال خود را بر دوش عرف نهاده و با تمسک به این منبع ارشادی سعی بر این داشته است تا عبارت «حجاب شرعی» در تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵ را تبیین نماید و اعتقاد بر این بوده است که با توجه به ارجاع برخی از مواد قانون مجازات اسلامی به «عرف و عادت»، اهمیت عرف قابل کتمان نیست و در پرونده مطروحه نیز امکان استناد به عرف وجود دارد.

نسبت به این استدلال مقام قضایی، ایرادات و اشکالاتی را می‌توان مطرح کرد:

۲-۴-۱. عدم امکان استناد به عرف در حجاب شرعی

عدم تعریف «حجاب شرعی» در قوانین و احتمال وجود ابهام یا اجمال در این مقوله، دلیلی بر رجوع به عرف برای فهم آن نیست. بلکه قبل از آن‌که نوبت به رجوع به عرف برسد، منابع اولیه حقوق جزا یعنی قانون اساسی و منابع فقهی مشکل را حل خواهند کرد. براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». با توجه به این اصل، در صورتی که عبارت «حجاب شرعی» در تبصره ماده ۶۳۸ مجمل یا ناقص است، قاضی با رجوع به منابع معتبر اسلامی و فقهی این اجمال یا نقص را برطرف می‌کند. بنابراین اصلاً نوبت به عرف نمی‌رسد.

۲-۴-۲. تصریح اصطلاح «عرف» در مواد قانونی مورد اشاره در رأی

هر چند که قاضی صادرکننده رأی در استدلال خود مبنی بر رجوع به عرف برای فهم مقوله «حجاب شرعی» تمسک به مواد مختلف قانون مجازات اسلامی کرده است تا اهمیت نهاد عرف در قوانین کیفری را به منصف ظهور برساند، اما باید اشاره داشت که در متن تمامی مواد مورد اشاره در رأی برای تبیین اهمیت عرف در

حقوق کیفری، عبارت «عرفاً» یا «عرف و عادت» تصریح گردیده است. به عبارت دیگر در متن تمامی مواد تصریح شده، خود مقنن صحبت از رجوع به عرف کرده است. در حالی که در تبصره ماده ۶۳۸، مقنن اشاره‌ای نداشته است که ملاک حجاب شرعی مبتنی بر عرف اجتماعی است. بنابراین مواد قانونی که به عنوان شاهد مثال آورده شده است، هم‌سنخ با تبصره ماده ۶۳۸ تعزیرات از جهت رجوع به عرف نمی‌باشد.

۲-۴-۳. ابهام در تشخیص ملاک عرف

علی‌رغم این که پیش‌تر اشاره کردیم که در موضوع مطروحه امکان استناد به عرف وجود ندارد، اما حتی بپرسیم این که ملاک عرف را پذیرا باشیم، باید اذعان داشت که یکی از معضلاتی که نظام دادرسی با آن درگیر است، آن است که دادرس خود را به عنوان عرف و نماینده آن می‌شناسد و برداشت خود را به عنوان برداشت عرف تلقی می‌کند. بی‌شک، شناخت عرف، امری موضوعی است که بایستی در تعامل با عالم خارج و مردم جامعه به استنباط و برداشت آن همت گمارد و نمی‌توان در خلأ و باورهای شخصی به قضاوت در مورد وجود یا عدم وجود برداشت عرفی مبادرت کرد. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۶: ۴۰)؛ (عمید زنجانی، ۱۴۲۱: ۱۱۴). علاوه بر این موضوع، تشخیص ملاک عرفی حجاب، در هر شهر به صورت جداست یا این که قاضی، کل کشور را مدنظر قرار می‌دهد؟ اگر بپذیریم که عرف حجاب در هر منطقه‌ای از کشور متفاوت است، در منطقه‌ای که این پرونده مورد رسیدگی قرار گرفته است، حجاب عرفی بسیار نزدیک به حجاب شرعی است و باز هم قاضی نمی‌توانسته است رأی برائت صادر کند.

۲-۴-۴. «حجاب شرعی» یک مفهوم متواپی، نه مشکک^۱

در قسمت نهایی رأی، بیان گردیده است که «از مجموع محتویات پرونده و

۱. متواپی مفهومی است که بر تمام مصادیقش به‌طور یکسان و یکنواخت صدق کند، در حالی که مشکک مفهومی است که بر مصادیقش به‌طور متفاوت و غیریکسان صدق کند. بدین معنا که میان مصادیقش از جهت صدق این مفهوم، تفاوت وجود دارد به نحوی که بر بعضی بیش‌تر و بر بعضی کم‌تر صدق می‌کند.

دفاع متهم، داشتن اصل حجاب احراز می‌شود». اشکال قابل توجه به این عبارت از رأی این است که در مقوله «حجاب شرعی» مراد از اصل حجاب چیست و چه مقدار از پوشش شامل فرع حجاب می‌گردد؟

اساساً باید اذعان داشت که مفهوم حجاب شرعی یک مفهوم متواطی است. بدین معنا که آن چه از سوی شارع مقدس به‌عنوان پوشش در نظر گرفته شده است حجاب محسوب می‌گردد و نقض مقررات و حدود و ثغور آن بی‌حجابی است. البته نه به این معنا که فرد هیچ پوششی ندارد، بلکه منظور این است که حجاب شرعی اقتضائاتی دارد و اگر یکی از این اقتضائات نقض گردد، دیگر صدق حجاب نمی‌کند. بنابراین حجاب مقوله‌ای تشکیک‌بردار نیست تا بخواهیم سخن از بدحجابی و یا اصل و فرع حجاب داشته باشیم. بلکه صرفاً با دو مقوله حجاب و بی‌حجابی سروکار داریم. بنابراین اشاره رأی به «اصل حجاب» قابل پذیرش نیست. زیرا؛ حجاب اصل و فرع نداشته و یک مفهوم غیرقابل تشکیک است و اگر متهم حجاب با مقتضیات شرعی نداشته است بی‌حجاب محسوب می‌گردد و نمی‌توان سخن از رعایت اصل حجاب و عدم رعایت فرع حجاب کرد.

نتیجه

در این پژوهش مشخص گردید که رجوع به عرف برای فهم عبارت «حجاب شرعی» صحیح نیست. زیرا؛ عبارت مذکور بار معنایی شرعی و دینی داشته و اساساً عرف در این مقوله صلاحیت ورود و اظهارنظر نخواهد داشت. مضافاً این‌که بنابر نظر مشهور حقوقدانان عرف از منابع ارشادی حقوق جزا به‌حساب می‌آید و یارای مقابله با اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منابع فقهی را در تبیین مفهوم «حجاب شرعی» نخواهد داشت. همچنین مفهوم حجاب شرعی یک مفهوم متواطی است. بدین معنا که آن چه از سوی شارع مقدس به‌عنوان پوشش در نظر گرفته شده است حجاب محسوب می‌گردد و نقض مقررات و حدود و ثغور آن بی‌حجابی است. البته نه به این معنا که فرد هیچ پوششی ندارد، بلکه منظور این است که حجاب شرعی اقتضائاتی دارد و اگر یکی از این اقتضائات نقض گردد، دیگر صدق حجاب نمی‌کند.

فهرست منابع

- اسلامی پناه، علی (۱۳۹۶)، «نقش عرف به منزله منبع حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۴۲۱ق)، اسلام و حقوق بین الملل، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، جلد سوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

دعوی مطالبه‌ی جبران خسارت با استناد به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی مصوب سال ۱۹۵۰: شرحی بر پرونده ریچارد گرین فیلد علیه وزارت کشور انگلستان^۱

مجتبی رضایی*

چکیده

یکی از دعاوی علیه دولت، دعوی جبران خسارت ناشی از تصمیمات اداری می‌باشد، که براساس آن شخص متضرر از تصمیمات دولت به دلیل ضررهای مادی و معنوی ناشی از نقص یا تقویت عین یا منافع، مبادرت به طرح دعوی علیه دولت می‌نماید. در این پژوهش به تحلیل یکی از آراء صادره از کمیسیون قضایی مجلس لردان انگلستان^۲ راجع به مطالبه‌ی جبران خسارت ناشی از یک تصمیم اداری می‌پردازیم. در این دعوی مدعی خصوصی با استناد به نقض حقوق بنیادین شناخته‌شده در کنوانسیون حقوق بشر اروپایی مصوب ۱۹۵۰^۳ توسط وزارت کشور انگلستان و پیش‌بینی موارد جبران خسارت ناشی از نقض این حقوق در قانون حقوق بشر انگلستان^۴ مصوب ۱۹۹۸ مبادرت به اقامه دعوی علیه اداره می‌نماید. این دعوی در مراحل بدوی^۵ و تجدیدنظر^۶ با موفقیتی همراه نبوده و خواهان یا

1. Regina v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) ex parte Greenfield (FC) (Appellant) ON WEDNESDAY 16 FEBRUARY 2005

Available at:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050216/green-1.htm> (last visited on 14/12/2018)

* قاضی دادگستری، کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهیدبهبشتی، تهران، ایران

mojtabarezaei466@yahoo.com

2. House of lord

3. European Convention on Human Rights

4. Human Rights Act

5. High court

6. Appeal court

تجدیدنظرخواه به عنوان آخرین مرحله (فرجام خواهی) مجدداً دعوی خود را در کمیسیون قضایی مجلس لردان، متشکل از لردان حقوقدان و قاضی، مطرح می‌نماید.

واژگان کلیدی: جبران خسارت، تصمیمات اداری، تفویت عین، مجلس لرد

مقدمه

در انگلستان برای این‌که فرد متضرر از اعمال دولت بتواند خسارات متحمل‌شده را از دولت مطالبه نماید، مجموعه شرایطی لازم است که تمام این شرایط در بند ۴ از ماده ۳۱ قانون دیوان عالی انگلستان مصوب ۱۹۸۱ آمده است. اولاً مطالبه‌ی جبران خسارت باید در ضمن دادخواست نظارت قضایی به خواسته ابطال، الزام یا نقض یک عمل اداری گنجانده شود و به‌شکل خواسته ابتدایی و انحصاری قابل رسیدگی نمی‌باشد. این شرط دو مفهوم دارد؛ یکی از نظر شکلی است که خواسته باید به طریق خاصی به‌همراه درخواست نظارت قضایی مطرح گردد و از نظر ماهوی نیز اگر عمل اداری به واسطه هیچ‌یک از موجبات نظارت قضایی قابل خدشه نباشد، این خسارت قابل مطالبه نیست هرچند بر اثر آن خساراتی به فرد تحمیل شده باشد. ثانیاً دادگاه متقاعد شود که اگر چنین ادعایی در دعوای حقوق خصوصی مطرح می‌شد، مورد از موارد حکم به جبران خسارت قرار می‌گرفت. در دعوای مسئولیت مدنی سیستم حقوقی انگلستان حکم به جبران خسارت حتی علیه دولت منوط به قرار گرفتن موضوع دعوی در یکی از شقوق شبه جرم^۱ می‌باشد. این موضوع برگرفته از مفهوم کامن‌لایی حاکمیت قانون^۲ در سیستم حقوقی انگلستان می‌باشد. بر این اساس، قواعد حاکم بر افراد مختلف جامعه یکسان است و نمی‌توان شخص یا اشخاصی را مستثنی از آن دانست یا قواعد خاصی را بر آن حاکم نمود (زارعی، ۱۳۹۵: ۵). باتوجه به شرط دوم مورد اشاره، ممکن است، تصمیم اداری باتوجه به موجبات نظارت قضایی، غیرقانونی تلقی و نقض شود، اما جبران خسارتی را در پی نداشته باشد (نجات‌خواه، ۱۳۹۱: ۲۸۵).

تحلیل رأی

۱- گردش کار پرونده

آقای گرین فیلد^۳، خواهان پرونده، فردی است که در یکی از زندان‌های

1. tort

2. Rule of law

3. Richard Greenfield

خصوصی انگلستان در حال گذراندن مدت حبس خود بوده است. زندانیان طبق مقررات زندان‌های انگلستان می‌بایست به صورت دوره‌ای آزمایش اعتیاد بدهند. در یکی از آزمایش‌ها مشخص می‌شود یکی از زندانیان که همان خواهان پرونده می‌باشد، به مواد افیونی هروئین اعتیاد دارد. براساس قانون زندان انگلستان^۱ استعمال مواد مخدر ممنوع، تخلف محسوب می‌شود و برای فرد متخلف مجازات‌هایی پیش‌بینی گردیده است. اما در عین حال، براساس همین قانون به فرد متخلف حق دفاع و اثبات بی‌گناهی نیز اعطاء گردیده است. مرجع رسیدگی به تخلف و تعیین‌کننده‌ی مجازات، قائم‌مقام مأمور ناظر زندان^۲ می‌باشد. این مقام از همکاران جانشین رئیس زندان^۳ و به عنوان کارمند اداره، یکی از مستخدمان وزارت کشور انگلستان در زندان خصوصی می‌باشد. خواهان درطول رسیدگی به تخلف، همواره منکر و مُصر بر بی‌گناهی خود بوده و اعلام می‌دارد، مقداری هروئین بدون رضایت و علم استعمال نموده است. بدین نحو که او به اشتباه از سیگارهای حاوی هروئین مصرف نموده و سیگارهای مذکور متعلق به سایر زندانیان بوده و براساس توطئه برخی زندانیان علیه او، سیگارهای عادی با این نوع سیگار جابه‌جا شده است. آقای پری^۴ به عنوان قائم‌مقام ناظر زندان، در طی هفت جلسه‌ی رسیدگی، مبادرت به صدور تصمیم درخصوص تخلف مذکور نموده است. ایشان جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم راجع به تخلف شخص زندانی از اقداماتی شامل تکرار آزمایش‌های اعتیاد، تکرار جلسات رسیدگی جهت استفاده فرد از مشاوره‌های حقوقی و حتی اخذ آزمایش‌های آنالیزی مستقل اعتیاد از متهم و استماع شهادت شهود استفاده نموده است. در طی این مراحل، همه آزمایش‌ها حکایت از مصرف مواد مخدر ممنوعه توسط فرد زندانی داشت. شهادت افراد هم‌بند او، اماره‌ای بر تصادفی بودن مصرف سیگار حاوی مواد مخدر هروئین است. شاهد بیان می‌دارد، اگر این فرد اعتیاد داشته، چرا آزمایش‌های سابق ایشان نشان‌دهنده عدم آلودگی او به مواد مخدر است؟ استعلامات آقای پری نیز بیانگر فقدان سابقه اعتیاد این فرد در

1. rule of prison Act 1999

2. deputy controller

3. deputy governor

4. Mr Parry

مدت سپری شده‌ی حبس او می‌باشد. در سیر مراحل رسیدگی، علی‌رغم شناسایی حق مشاوره حقوقی برای فرد زندانی، مقام اداری رسیدگی‌کننده از حضور نماینده حقوقی در رسیدگی ماهوی جلوگیری نموده است. استدلال مقام رسیدگی‌کننده در این خصوص، اخذ وحدت ملاک از اختیار برخی مراجع عالی قضایی در عدم پذیرش حضور نماینده حقوقی در برخی پرونده‌ها می‌باشد.

آقای پری فرد زندانی را بابت انجام این تخلف به تحمل ۲۱ روز حبس اضافه محکوم نموده است. این تصمیم به‌وسیله مرجع صالح اداری بالاتر^۱ تأیید و از این‌جا به بعد سیر شکایات آقای گرین فیلد (زندانی محکوم) آغاز می‌گردد. شکایت خواهان در مراحل قضائی بدوی و تجدیدنظر^۲ با موفقیتی روبه‌رو نشده و بدین نحو، مجبور به فرجام‌خواهی در کمیسیون قضایی مجلس اعیان^۳ می‌شود.

۲- خواسته و استدلالات خواهان

خواهان، مستند به مواد ۶ و ۴۱ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و ماده ۸ قانون حقوق بشر انگلستان مصوب ۱۹۹۸ جبران خسارت ناشی از تصمیم و اقدام غیرقانونی مقام اداری را مطالبه نموده است. براساس ماده ۶ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی، از جمله حقوق افراد این است که رسیدگی به اتهامات کیفری آن‌ها در محکمه^۴ بی طرف و مستقل با داشتن حق دفاع توسط وکیل صورت گیرد و براساس ماده ۴۱ کنوانسیون^۵، اگر دادگاه حقوق بشر اروپایی احراز نماید نقضی در خصوص کنوانسیون یا پروتکل‌ها توسط دولت‌های عضو اتحادیه صورت گرفته و حقوق داخلی کشور مربوطه در خصوص پرداخت غرامت بی‌عدالتی روا داشته باشد، در صورت لزوم باید موجبات رضایتمندی کامل فرد زیان‌دیده را مهیا کند.

ماده ۴۱ کنوانسیون حقوق بشر اروپایی در ماده ۸ قانون حقوق بشر انگلستان^۶ منعکس گردیده است. این ماده بیان می‌دارد:

-
1. area manager
 2. high court و appeal court
 3. THE LORDS OF APPEAL
 4. tribunal
 5. just satisfaction
 6. judicial remedies

«درخصوص هر عملی از سوی قدرت عمومی که دادگاه‌های صالح انگلستان آن را خلاف حقوق مندرج در کنوانسیون و این قانون تشخیص دهند، دادگاه ممکن است تحت شرایطی حکم به جبران خسارت صادر نماید که در ادامه این شرایط بحث خواهد شد».

براساس این مستندات، خواهان مدعی است که به دلیل رسیدگی کیفری به اتهام او در یک مرجع اداری غیرمستقل و جانبدار و نقض حق دفاع با منع حضور وکیل در جلسه رسیدگی، وی متحمل ۲۱ روز حبس اضافه شده است. چه بسا اگر رسیدگی به اتهام در مرجعی بی طرف و با حضور وکیل صورت می‌گرفت، موجب تبرئه شدن وی می‌شد. رسیدگی به این شکایت در مراحل دوگانه‌ی نظارت قضایی یعنی مرحله بدوی و تجدیدنظر، تنها موجب غیرقانونی اعلام شدن اقدامات اداره گردید ولی شاکی را مستحق اخذ غرامت ندانسته است. بر این اساس آقای گرین فیلد به عنوان آخرین راهکار قانونی، به طرح دعوی در مجلس لردان انگلستان، اقدام نمود. رسیدگی فرجامی در این مجلس، توسط لردان حقوقدان و قاضی به صورت شکلی صورت گرفته است. در ادامه به شرح استدلال‌ات کمیسیون قضایی مجلس لردان می‌پردازیم.

۳- استدلال کمیسیون قضایی مجلس لردان

در بررسی قضایی پرونده‌ها، این کمیسیون حسب مورد از ۳ یا ۵ لرد تشکیل می‌گردد. در این پرونده لرد بینگام^۱ به عنوان لرد ممیز یا لیدر، مسئولیت بررسی و اعلام نظر قضایی را برعهده دارد و سایر لردها پس از استماع استدلال لرد ممیز همگی آن را تأیید نموده‌اند.

لرد بینگام پس از بیان سابقه تاریخی کنوانسیون حقوق بشر و تغییراتی که در این خصوص اتفاق افتاده، به تحلیل مستندات خواهان پرداخته است. بر اساس ماده ۸ قانون حقوق بشر انگلستان، شروطی برای حکم به جبران خسارت بیان شده‌است. اولاً احراز نقض یکی از حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر توسط دادگاه، ثانیاً وجود اقتضائات ماهوی حکم به پرداخت خسارت، ثالثاً باتوجه به اوضاع

1. Lord bingham of cornhill

و احوال خاص قضیه، دادگاه قانع شود که جبران خسارت برای تأمین رضایت‌مندی زیان‌دیده لازم است و رابعاً براساس رسیدگی دادگاه، پرداخت غرامت عادلانه و مناسب باشد. او بیان داشته که شرط اقناع وجدانی دادگاه برای تشخیص لزوم جبران خسارت یک ملاک فاقد سابقه عینی است و بسته به شرایط هر پرونده باید بررسی شود.

لرد بینگام سپس به تشریح حقوق مندرج در کنوانسیون پرداخته و ضمانت اجرای نقض این حقوق را بررسی نموده است. او تفاوت در ضمانت اجرای حقوق مندرج در مواد ۳ و ۵ با ماده ۶ مورد استناد دعوی خواهان را مورد بررسی قرار داده است. براساس مواد ۳ و ۵ سلب آزادی و امنیت اشخاص مثل به بردگی گرفتن و شکنجه لزوماً با جبران خسارت همراه بود لکن رویه قضایی دادگاه حقوق بشر اروپایی این را نشان داده که صرف محروم‌سازی از حقوق مندرج در ماده ۶ کنوانسیون، موجب صدور حکم به جبران خسارت نشده است. به نظر لرد بینگام کنوانسیون پیش از آن‌که بر روی مسئله‌ی جبران خسارت متمرکز باشد، حمایت از حقوق بشر را مورد توجه قرار داده است. جایی که احراز شود ماده ۶ توسط قدرت عمومی رعایت نشده، ضمن نقض تصمیم، محاکمه جدیدی با رعایت حقوق این کنوانسیون ترتیب داده می‌شود. لرد بینگام وجود ضرر و ارتباط علی آن با مقام اداری را تأیید می‌کند اما وجود سایر شرایط را برای حکم به جبران خسارت ضروری می‌داند. ایشان به عنوان آخرین سطور رأی خود بیان داشته است:

«من استدلالات خواهان را رد می‌کنم و اکنون می‌پذیرم که آقای پری صلاحیت ذاتی و بی‌طرفی لازم برای رسیدگی به چنین اتهامی را نداشته است. اما با این وجود آقای پری نشان داد که آن‌چه در اخذ این تصمیم اقدام نموده، مبتنی بر هوشیاری و صبوری ستودنی و با ملاحظه منافع خواهان بوده است. دلایل دفاع در آن رسیدگی برای مقام رسیدگی‌کننده واضح و روشن بوده است و آقای پری براساس مجموعه رسیدگی‌ها از دلایل ارائه‌شده توسط خواهان به اقناع وجدانی نرسیده است. این‌که اگر خواهان در آن رسیدگی دارای وکیل بود، امکان متقاعد نمودن مرجع رسیدگی‌کننده به انصراف از این تصمیم وجود داشت، اندیشه مناسبی نیست. تصمیم اتخاذشده براساس قاعده بوده و هیچ‌گونه تبعیضی نسبت به

او و سایر موارد مشابه صورت نگرفته است. در این پرونده ویژگی خاصی وجود ندارد که اقتضاء جبران خسارت را نماید. بر این اساس خواهان نتوانست دلایل موجهی را ارائه نماید تا براساس آن رأی مرحله قبل نقض و پرونده برای تعیین خسارت به مرجع پایین تر ارسال گردد. اما همچنان این امکان برای او وجود دارد که بر اساس قواعد عمومی شبه جرم^۱ و تکلیف به مراقبت^۲ اقدام به طرح دعوی جدیدی نماید. آن چه در این رأی به عنوان حکم نهایی ذکر گردیده، صرفاً غیرقانونی بودن اقدامات وزارت کشور در فراهم نمودن رسیدگی مستقل و محروم نمودن خواهان از داشتن وکیل را اعلام می‌دارد».

نتیجه

با تصویب قانون حقوق بشر انگلستان اگرچه تحولات عظیمی در حوزه نظارت قضایی بر دولت ایجاد شده است، لکن در همین تحول، هرکجا که قواعد کامن‌لا امکان ظهور یافته، اثر قدرتمند خود را اعمال نموده است. در پرونده مورد مطالعه، اگرچه امکان حکم به جبران خسارت ناشی از نقض حقوق مندرج در کنوانسیون حقوق بشر اروپایی توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر در مواردی که در کشورهای عضو به شکل غیرعادلانه انجام گرفته است، وجود دارد، لکن سیستم حقوقی انگلستان در خصوص موارد جبران خسارت ناشی از نقض حقوق بشر مصرح در کنوانسیون، چارچوب‌های خاصی مبتنی بر قواعد کامن‌لا را پذیرفته است. لذا ممکن است، تصمیم‌گیری با توجه به موجبات نظارت قضایی، غیرقانونی تلقی و نقض شود، اما جبران خسارتی را در پی نداشته باشد.

1. tort
2. duty of care

فهرست منابع

- زارعی، محمد حسین، جزوه حقوق اداری تطبیقی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۹۴-۱۳۹۵.
- نجابت‌خواه، مرتضی، روش‌های جبرانی قضایی در حقوق اداری ایران و انگلستان، خرداد ۱۳۹۱، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی.

تأملی پیرامون مبانی تأسیس «ایجاد رویه قضایی» صلاحیت ویژه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

محمد سلگی*

چکیده

صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سه کارویژه مهم متجلی است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، ابطال مصوبات دولتی است که براساس آن، دیوان عدالت اداری یگانه مرجع قضایی برای ابطال مصوبات اداری در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران به حساب می‌آید. صلاحیت دیگر هیأت عمومی، صدور رأی وحدت رویه است که در قوانین مصوب ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۰، مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است و از زمان تشکیل در سال ۱۳۶۱ تا به امروز نیز در عمل، آراء وحدت رویه زیادی صادر کرده است. اما مسأله برانگیزترین تأسیس قانون‌گذار در خصوص هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، به نهاد «ایجاد رویه قضایی» مربوط است که نظر به نوین‌بودن این تأسیس حقوقی در کلیت نظام دادرسی ایران و مشخصاً «دادرسی اداری»، بررسی مبانی توجیهی و شرایط اصدار آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است؛ چه این که شناسایی نهاد ایجاد رویه توسط قانون‌گذار، چالش‌های بسیاری را، حداقل به لحاظ نظری، در این خصوص به‌وجود آورده است.

واژگان کلیدی: صلاحیت، دیوان عدالت اداری، رأی وحدت رویه، ابطال مصوبات اداری

مقدمه

ایجاد رویه قضایی برای اولین بار در قانون سال ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری به رسمیت شناخته شد و درحالی که در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۲ نیز گنجانده شده بود، با ایراد شورای نگهبان قانون اساسی مواجه شد اما نهایتاً در تاریخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد. وفق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و بند سوم آن^۱ و همچنین ماده ۹۰ و تبصره آن، یکی از صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه قضاوت‌های نوعی^۲، مسأله صدور آراء ایجاد رویه است که تردید در استقلال امر قضا، تقلیل جایگاه قضات به کارمندان اداری و به‌ویژه برهم‌خوردن نظم تفکیک قوا از مهم‌ترین این انگاره‌ها است؛ درعین حال اما کارآمدی این نهاد برای تضمین بهتر حقوق شهروندان، جلوگیری از اطاله دادرسی و رهیافتی کارکردی و تعاملی به نظریه تفکیک قوا و سخن از رویکرد «تقنین قضایی» و «کارکردگرایی قضایی» که بالمآل «دسترسی به عدالت»^۳ را به نحو مؤثرتری میسور می‌سازند، در جهت تقویت جایگاه این تأسیس حقوقی شایان توجه هستند. بی‌گمان، طرح و نقد مسائل پیش‌گفته نیازمند ارائه مبانی نظری مستحکمی جهت پذیرش یا رد این نهاد و همچنین تدقیق در شرایط و چگونگی عملیاتی‌شدن آن می‌باشد؛ زیرا ورود تأسیس‌ها و نهادهای بدیع در هر نظام حقوقی، به‌ویژه در حوزه دادرسی و امر قضا که اثرات آن بی‌وقفه حقوق مردم را متأثر می‌سازد، همواره با تردیدهای اساسی مواجه بوده است که در صورت فقدان مبانی توجیهی مستحکم در این خصوص و

۱. ماده ۱۲- حدود صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان به شرح زیر است:

۱- ...

۲- ...

۳- صدور رأی ایجاد رویه که در موضوع واحد، آراء مشابه متعدد از شعب دیوان صادر شده باشد.

۲. در این جا منظور از قضاوت نوعی، صدور آراء وحدت‌رویه و ایجاد رویه توسط هیأت عمومی است که برخلاف آراء موردی شعب، عام‌الشمول و کلی بوده و قاعده‌ای عمومی، شکلی یا ماهوی، را دربر دارد.

3. Access to justice

برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک:

<http://www.aclrc.com/what-is-access-to-justice/>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۷/۱۵

نیز روشن نشدن شرایط کمی و کیفی اعمال آن نهاد وفق غایات قانون گذار، تردیدهای پیش گفته، افزون می گردند.

۱- آراء ایجاد رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱-۱. صدور رأی «ایجاد رویه» در خصوص تسویه حساب کارگر با کارفرما
اولاً: تشابه در آراء محرز است. ثانیاً: مطابق ماده ۳۷ قانون کار، پرداخت مزد به صورت روزانه یا ساعتی یا ماهانه تعیین شده است و به وجه نقد رایج کشور یا با تراضی طرفین به وسیله چک از سوی کارفرما به کارگر پرداخت خواهد شد. ضرورت وجود اسناد پرداخت منطبق با صور ساعتی، روزانه و یا ماهانه اقتضاء می کند که کارفرما نحوه پرداخت مزد و حقوق و اسناد آن را در اختیار داشته باشد و صرف این که کارگر با تنظیم یادداشتی اعلام کند که مزد و حقوق مربوط را دریافت کرده بدون این که کارفرما اسناد مالی ناظر بر نحوه پرداخت را ارائه کند موجود یقین بر پرداخت مزد و حقوق کارگر نخواهد بود. از این رو در هر مورد که کارفرما مدعی پرداخت مزد و حقوق و مزایا به کارگر است و سندی منتسب به کارگر ارائه می کند که وی مزد و حقوق خود را دریافت کرده ارائه اسناد مثبت به پرداخت این مزد و حقوق الزامی است و با توجه به مراتب آراء مندرج در گردش کار که اسناد ناظر بر پرداخت مزد و حقوق به کارگر را برای احراز تسویه حساب کارفرما با کارگر لازم دانسته صحیح و موافق مقررات تشخیص شد و در اجرای بند ۳ ماده ۱۲ و ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، مفاد آراء مذکور با استدلال پیش گفته به عنوان رأی ایجاد رویه تصویب می شود. این رأی برای سایر شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم الاتباع است.^۱

محمد کاظم بهرامی

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

۱. نظر به حجم زیاد، از آوردن گردش کار احتراز گردید. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

۲-۱. صدور رأی «ایجاد رویه» در خصوص پرداخت حق بیمه سنوات

ارفاقی کارکنان سازمان آموزش و پرورش استثنایی

مطابق تبصره ۵ ماده واحده قانون تشکیل سازمان آموزش و پرورش استثنایی مصوب سال ۱۳۶۹ پنج سال خدمت دولتی رضایت‌بخش در سازمان از هر نظر از جمله بازنشستگی شش سال محسوب می‌شود و به موجب ماده ۵۲ آیین‌نامه خاص استخدامی آموزش و پرورش استثنایی مقرر شده است که «در اجرای تبصره ۵ ماده واحده قانون تشکیل سازمان هر ۵ سال خدمت در آموزش و پرورش استثنایی از لحاظ بازنشستگی، از کارافتادگی، وظیفه و وراثت ۶ سال محسوب می‌گردد». و براساس رأی صادر شده در هجدهمین جلسه شورای سازمان آموزش و پرورش استثنایی مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۱۷ این امر به کلیه مستخدمین رسمی و پیمانی سازمان تسری داده شده است. نظر به مراتب فوق‌الذکر دادنامه‌های متعدد شعبه ۴ که با توجه به مقررات فوق‌الذکر حکم بر الزام سازمان آموزش و پرورش استثنایی به پرداخت حق بیمه معوقه سنوات ارفاقی و سازمان تأمین اجتماعی به پذیرش حق بیمه مذکور و احتساب آن در سنوات خدمتی صادر شده صحیح است و در اجرای حکم مقرر در بند ۳ ماده ۱۲ و ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ به‌عنوان رأی ایجاد رویه برای شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است.^۱

محمد کاظم بهرامی

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

۳-۱. صدور رأی ایجاد رویه در خصوص مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه

به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب سال ۱۳۹۲ به دولت اجازه داده شده است مرخصی زایمان مادران را به نه ماه افزایش دهد و هیأت وزیران نیز در راستای این اختیار به موجب بند یک تصویب‌نامه شماره ۹۲۰۹۱/ت/۴۶۵۲۷-۱۹/۰۴/۱۳۹۲، مدت مرخصی زایمان (یک و

۱. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

دوقلو) زنان شاغل در بخش‌های دولتی و غیردولتی را نه ماه تمام با پرداخت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط تعیین کرده است. نظر به این که شعب ۴۵ و ۱۰ و ۴ دیوان عدالت اداری به شرح آراء مندرج در گردش کار که در شعب هشتم و دهم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری عیناً تأیید و استوار شده است در ارتباط با خواسته شکات مبنی بر الزام دستگاه دولتی متبوع خویش به افزایش مدت مرخصی زایمان از شش ماه به نه ماه حکم به وارد دانستن شکایت صادر کرده‌اند این آراء در راستای حکم پیش‌گفته مقنن و مصوبه یادشده هیأت وزیران صادر شده‌اند و به‌عنوان رأی صحیح تلقی می‌شوند و به همین جهت در راستای ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مفاد آراء مذکور به‌عنوان رأی ایجاد رویه برای شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است.^۱

محمدجعفر منتظری

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

۲. مبنای صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در صدور آراء وحدت و ایجاد رویه در قیاس با هیأت عمومی دیوان عالی کشور

هرچند که اصل ۱۶۱^۲ قانون اساسی ایجاد وحدت رویه قضایی را در صلاحیت دیوان عالی کشور دانسته است، اما با توجه به این که دیوان عدالت اداری، به‌عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی در حوزه دادرسی اداری، حق رسیدگی شکلی [و ماهوی] نسبت به موضوعات مطروحه را دارا بوده و تعدد شعب دیوان احتمال صدور آراء متناقض را دور از ذهن نمی‌گذارد؛ از این رو شناختن چنین نظامی برای دیوان عدالت اداری منطقی به نظر می‌رسد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۴۶). اما، در صورت تعارض

۱. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8940>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۷/۲۶

۲. اصل ۱۶۱- دیوان عالی کشور به‌منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود براساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد.

میان رأی وحدت رویه قضایی دیوان عدالت اداری و رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، از آن جا که اولاً: قانون اساسی (عالی) که این حق را تصریحاً برای دیوان عالی کشور قائل شده است، درمقابل قانون عادی (تالی) که آن را یکی از اختیارات دیوان عدالت اداری می‌داند، قرار می‌گیرد؛ ثانیاً، دیوان عالی کشور، بنا به قرائن قانونی، عالی‌ترین مرجع قضایی کشور به‌شمار می‌رود؛ به‌نظر می‌رسد که رأی دیوان عالی کشور مقدم بر رأی دیوان عدالت اداری باشد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۴۷). اما برخلاف این گفته به‌نظر می‌رسد پذیرش نظریهٔ پیش‌گفته، به‌صورت مطلق، موافق با قوانین نباشد. چه این‌که، هرچند دیوان عالی کشور عالی‌ترین مرجع قضایی است و رأی وحدت رویه را با اتکاء به قانون اساسی [و قوانین عادی] صادر می‌نماید؛ لیکن فلسفه و مبنای صدور رأی وحدت رویه به دلیل وجود حکم و نص قانونی در اصل ۱۶۱ قانون اساسی مبنی بر جواز صدور رأی وحدت رویه از دیوان عالی کشور نیست، بلکه مبنای صدور رأی وحدت رویه، حق تفسیر قضایی است که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی به دادرسان داده شده است (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۳۸). زیرا حق تفسیر قضایی که به قضات داده شده است موجب نفوذ استنباط شخصی قضات از قانون در آراء می‌گردد و چون قاضی ملزم به تبعیت از نظر قانونی دیگران نیست، لذا تعدد و تشّت در آراء صادره به وجود می‌آید و چنان‌چه رأی وحدت رویه که حاصل خرد جمعی و تفسیر قضایی چندین قاضی مجرب و باسابقه است نسبت به رأی قاضی واحد یا قضات متعدد در مراجع تجدیدنظر یا شعب دیوان لازم‌الاتباع نباشد، تعدد و تفاوت مفاد آراء صادره قطعاً با مراد مقنن که از هر نصّ قانونی مشخص و واحد بوده است، متعارض و متفاوت خواهد بود و زمینهٔ تضییع حقوق اشخاص فراهم می‌گردد (شمس، ۱۳۸۰: ۱۴۵). بنابراین مبنای صدور رأی وحدت رویه حکم مقنن اساسی نیست بلکه اگر حکم مقرر در اصل ۱۶۱ قانون اساسی (درخصوص صدور رأی وحدت رویه) نیز وجود نداشت، دیوان عالی کشور در مقام نظارت بر حسن اجرای قوانین در محاکم، حق صدور رأی وحدت رویه را دارا بود و چون دیوان عدالت اداری مرجع ناظر بر حسن اجرای قوانین در مراجع اداری

۱. اصل ۷۳ - شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از

تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند، نیست.

است، لذا همین حق براساس حق تفسیر قضایی از قوانین برای دیوان عدالت اداری هم پیش‌بینی شده است و پیش‌بینی صلاحیت صدور رأی وحدت رویه در قانون اساسی برای دیوان عالی کشور و پیش‌بینی این حق در قانون عادی برای دیوان عدالت اداری موجب تقدم رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری نخواهد بود و از طرفی چون دیوان عدالت اداری مرجع قضایی ناظر بر حسن اجرای قوانین در مراجع اداری است و مراجع اداری مکلف به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری هستند ولی ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نمی‌باشند، عقیده بر تقدم رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نسبت به دیوان عدالت اداری موجب بلا تکلیفی مرجع اداری خواهد بود؛ زیرا این مراجع ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نیستند و با تقدم رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور بر دیوان عدالت اداری، رأی مرجع اخیرالذکر نیز لازم‌الاتباع نخواهد بود؛ بنابراین، در محدوده حقوق اداری و تکالیف مربوط به دستگاه‌های اجرایی، رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری نسبت به مراجع اداری لازم‌الاجرا است حتی اگر با رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در تعارض باشد، چون دیوان عالی کشور صلاحیت صدور رأی وحدت رویه در امور حقوقی و کیفری را دارد ولی صدور رأی وحدت رویه در خصوص آراء مربوط به امور اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری است (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۳۹). همچنین، وفق ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، فقط مراجع قضایی مکلف به تبعیت از آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور هستند نه مراجع اداری و این دو امر، لازم و ملزوم هم نیستند تا گفته شود به دلیل تکلیف مراجع قضایی، به طریق اولی مراجع اداری نیز مکلف‌اند. النهایه، نظر به شناسایی نهاد «ایجاد رویه قضایی» در حوزه صلاحیتی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری توسط قانون‌گذار، می‌توان مبانی پیش‌گفته را به این تأسیس حقوقی نیز تسری داد.

۱-۲. تبیین جایگاه حقوقی رأی ایجاد رویه

نظر به اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، قضات به هنگام رسیدگی قضایی و در مقام تمییز حق، حق تفسیر قوانین را دارند. در واقع این مهم {تفسیر قوانین} امری اجتناب‌ناپذیر در رسیدگی‌های قضایی است؛ چه این‌که لازمه تطبیق حکم عام بر

موضوعات خاص، تفسیر قوانین عام و کلی توسط دادرسان است. گاهی موضوعات مشابه توسط قضات متعددی مورد قضاوت قرار گرفته و در این میان احکام متعارضی صادر می‌شود؛ مقوله‌ای که احیاناً شهروندان را با این پرسش روبه‌رو می‌کند که چگونه در خصوص وقایع و اعمال مشابه و نیز قوانین یکسان، احکام قضایی متفاوت و متعارضی صادر می‌یابد و در صورت عدم وجود راه‌حلی در این باره، ممکن است اعتماد و اطمینان مردم به دستگاه قضایی و تأمین عدالت، از بین برود. برای جبران این کاستی احتمالی، نهاد وحدت رویه پیش‌بینی شده است که به مثابه آراء قضایی نوعی، آثاری همانند قانون دارند و برای دیگر محاکم در خصوص همان موضوعات لازم‌الاتباع هستند. یعنی رأی وحدت رویه ضمن رفع و دفع تعارض موجود میان آراء و احکام قضایی در خصوص موضوعات مشابه، ارائه تفسیر و استنباط صحیح و نهایی از حکم قانون‌گذار را نیز به همراه دارد. در واقع علت اصلی وجود این تعارض‌ها در احکام قضایی مورد بحث، عدم توافق قضات بر سر فهم و کشف غایت اساسی حکم قانون‌گذار است که این عدم توافق در آراء متعارض نمود یافته و متعین می‌شوند. اما در مواقعی حکم قانون‌گذار از آن‌چنان صراحت و وضوحی برخوردار است که تمام موضوعات مشابه مطروحه در آن خصوص، با احکام قضایی مشابه و یکسان مواجه شده می‌شوند؛ گو این‌که حکم قانون‌گذار و مراد وی برای قضات آن‌چنان روشن، واضح و مسلم است که در تمامی موارد مشابه مطروحه، احکام قضایی مشابه صادر می‌شود. به عبارت دیگر، صدور آراء مشابه در یک موضوع، مبین آن است که مراد قانون‌گذار روشن بوده و نیازی به تفسیر ندارد. مسأله‌ای که قانون‌گذار از آن با نام «ایجاد رویه» به‌عنوان نهاد جدیدی در حوزه دادرسی اداری رونمایی کرده است. به دیگر سخن، آن‌چه که مبنای صدور رأی وحدت رویه است، تعارض احکامی است که تفاسیر و برداشت‌های متفاوت از حکم واحد قانونی به وجود می‌آید اما صدور آراء مشابه در موضوع واحد از ناحیه شعب مختلف حاکی از مبتلا به بودن موضوع است و بر این نکته دلالت دارد که آن موضوع مورد تنازع بوده و طرفین شکایت، برداشت واحدی از حکم قانون ندارند ولو این‌که در شعب دیوان استنباط واحد وجود داشته باشد (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۴۳). یعنی رأی وحدت رویه به دلیل تعارض احکام شعب دادگاه‌ها در صدور رأی نسبت

به «موضوعات مشابه» است که ناشی از تلقی متفاوت قضات نسبت به حکم یکسان مقنن می‌باشد حال آن‌که در رأی ایجاد رویه برداشت‌های متفاوت از حکم قانون‌گذار را طرفین شکایت و شهروندان دارند و به همین دلیل نیز به طرح دعاوی دیگر در همان خصوص می‌پردازند؛ در حالی که احکام شعب دیوان در مورد آن «موضوع مشابه» یکسان است. طرح موضوعی که در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در عالم حقوق مورد مناقشه است و چند شعبه مختلف آراء مشابه صادر کرده‌اند، موجب می‌شود تا در صورتی که استنباط حقوقی شعب مختلف صادرکننده آراء مشابه مورد تأیید قرار گیرد، موضوع از استحکام حقوقی بیشتری برخوردار شده و در موارد مشابه لازم‌الاتباع باشد و چنان‌چه آراء مشابه صادرشده از شعب مختلف برخلاف حکم قانون‌گذار باشد با صدور رأی هیأت عمومی، از تکرار آراء ناصحیح و مخالف منظور مقنن جلوگیری به عمل آید (مولابیگی، ۱۳۹۳: ۱۴۳).

بنابراین نظر به این‌که قضات دیوان نیز، مانند سایر قضات، در مقام صدور رأی، برداشت شخصی خود را از قوانین و مقررات اعمال می‌نمایند و مکلف به تبعیت از نظر قضات دیگر نمی‌باشند، برداشت متفاوت قضات متعدد از نص واحد همواره امکان‌پذیر است اما در عین حال نظر به این‌که مقصود و مراد مقنن از هر نصی مشخص بوده و نمی‌تواند {=نباید} برحسب مفسر آن تفاوت نماید، لازم است آن مقصود و مراد، در موارد اختلاف، تشخیص و اعلام شود تا حقوق اشخاص، با تفسیر قضایی غیرصحیح، در معرض تضییع قرار نگیرد. با این حال در این‌جا ذکر این نکته ضروری است که مراجع ایجاد وحدت رویه قضایی علی‌الاصول ملزم به انتخاب یکی از آراء معارض نیستند؛ چون امکان دارد که آراء صادره علی‌رغم تناقضی که دارند، هیچ‌یک موافق قانون شناخته نشوند. در این حالت هیأت عمومی ضمن تصدیق تعارض آراء مورد بحث، موظف است که با صدور رأی شایسته بر تبیین نظر و غرض اصلی قانون‌گذار در ایجاد وحدت رویه صحیح اقدام و به هر تقدیر تکلیف مراجع صلاحیت‌دار را در موارد مشابه معین کند (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۴۰۸). مسأله‌ای که در خصوص رأی ایجاد رویه نیز صادق است؛ چه این‌که ممکن است در موضوع مشابهی آراء متعدد مشابه غیرصحیحی صادر شده باشد؛ در این وضعیت، هیأت عمومی باید با بررسی ماهوی این قضا یا از تکرار آراء مشابه ناصحیح جلوگیری کرده

و نیز رویه‌ای صحیح را ایجاد نماید. از حیث نظری نیز صدور رأی وحدت رویه قضایی تنها هنگامی قابل توجیه شناخته شده و بر اصل استقلال قضایی و اختیار تفسیر قانون توسط وی برتری یافته که قضات در موضوع واحد، آراء متفاوت صادر می‌کردند، در حالی که تأسیس گفته شده {رأی ایجاد رویه} در واقع مصداق صدور حکم کلی توسط مراجع قضایی است که طبق اصول حقوقی و قضایی باید از آن پرهیز شود. در نظریه موافق آمده است این تحول تأمل برانگیز در مبنای صدور یک رأی وحدت رویه در نظام حقوقی ما سازگاری ندارد لیکن از این جهت که می‌تواند استنباط‌های قضایی رایج در شعب بدوی در مورد دعاوی مشابه را از حالت محدود و غیرالزام‌آور بودن خارج نموده و به‌صورت کلی و الزام‌آور برای مراجع مربوطه و سایر شعب در آورد، دارای اهمیت است. ابتکار عمل یادشده، عملاً استنباط‌های محدود و حاشیه‌ای را به رویه قضایی حاکم تبدیل می‌کند (نجابت‌خواه، ۱۳۹۰: ۲۴۱) و همچنین، رسیدگی خارج از نوبت مانع اتلاف وقت شعبه و اصحاب دعوی و در نتیجه منجر به تسریع در رسیدگی می‌شود (دلآوری، ۱۳۹۳: ۴۲۸).

۲-۲. تبیین جایگاه قانونی رأی ایجاد رویه

پیشینه نهاد حقوقی ایجاد رویه، به قانون سال ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری برمی‌گردد؛ نهادی که از نظر ماهوی به نظام دادرسی اداری ما وارد شده بود اما با عنوان اشتباه «وحدت رویه». مقوله‌ای که طبق بند ۳ ماده ۱۲ و نیز ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از «وحدت رویه» به «ایجاد رویه» تغییر یافته است؛ چه این که وحدت رویه یعنی رویه‌هایی که موجود اما متعارض است و با طرح در هیأت عمومی، جای خود را به وحدت رویه می‌دهد اما در ایجاد رویه طبق بند ۳ نیاز به آراء مشابه متعدد از شعب دیوان دارد و ماده ۹۰ آراء مشابه متعدد را «پنج رأی مشابه» و شعب دیوان را «دو یا چند شعبه» مشخص نموده و منظور این است که آراء مذکور رویه‌ای ایجاد نمایند تا با جلوگیری از تبادل لوایح و اتلاف وقت، پرونده‌های مشابه زودتر به رأی بیانجامد که از اصلاحات مطلوب لفظی به شمار می‌رود (ویژه و آگاه، ۱۳۹۱: ۱۳۸). هرچند که باز هم عنوان این نهاد از نظر حقوقی و ادبی محل تأمل است؛ چه این که، نهاد ایجاد رویه و هیأت عمومی

دیوان در واقع رویه ایجادشده توسط چند شعبه را تأیید و تنفیذ می‌کنند نه این‌که رویه‌ای جدید را ایجاد کنند؛ پس عنوان تأیید یا تنفیذ رویه از نظر ادبی و حقوقی صحیح‌تر به نظر می‌رسد. ماده ۴۴ قانون سابق این‌گونه بود؛

«ماده ۴۴- هرگاه در موضوع واحدی حداقل پنج رأی مشابه از شعب مختلف دیوان صادر شده باشد با نظر رئیس دیوان موضوع در هیأت عمومی مطرح و رأی وحدت رویه صادر می‌شود این رأی برای شعب دیوان، ادارات، اشخاص حقیقی و حقوقی ذی‌ربط لازم‌الاتباع است.

تبصره- پس از صدور رأی وحدت رویه رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به تبادل لوایح انجام می‌گیرد».

ماده ۴۴ قانون دیوان عدالت اداری عملاً جزء مواد متروکه در دیوان بود و به‌رغم وجود تشابه آراء در دیوان که از فرط وفور قابل احصاء نبوده تنها در یک مورد نسبت به اعلام تشابه آراء طی دادنامه شماره ۳۴ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به قانون فوق‌العاده خاص کارکنان سازمان‌های پزشکی قانونی کشور مصوب ۱۳۹۰/۰۲/۰۴ رأی وحدت رویه {ایجاد رویه} صادر نمود^۱ که انتظار می‌رود با پیش‌بینی ایجاد رویه واحد در صورت اعلام تشابه آراء در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رئیس دیوان از این اختیار قانونی استفاده نموده و با دنبال نمودن مزایای مثبتی که ایجاد رویه واحد داشته و آثار آن بر رسیدگی شعب دیوان با اطالۀ دادرسی مقابله نماید (دلآوری، ۱۳۹۳: ۴۳۰). به‌علاوه، در خصوص ماده ۴۴ قانون سابق قابل ذکر است که آیا طرح موضوع در هیأت عمومی از وظایف {تکالیف} قانونی رئیس دیوان و امری الزامی بود یا اختیاری و نیز وضعیت افراد و مراجع دیگر در این خصوص چگونه بود؟ آیا تشخیص تشابه آراء از اختیارات رئیس دیوان بود یا از اختیارات هیأت عمومی؟ قانون‌گذار تصریح نکرده بود که منظور از شعب مختلف، چند شعبه بود؟ وفق ماده ۴۴ مشخص نبود که پس از طرح موضوع در هیأت عمومی، شیوه عمل هیأت عمومی و اختیارات این هیأت تا چه حدود و میزان است؟ مسائلی که قانون‌گذار

۱. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید: <http://divan-edalat.ir/aho-detail/8201>

جدید در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و تبصره آن، ابهامات پیش گفته را تا حدی برطرف کرده است.

«ماده ۹۰- هرگاه در موضوع واحد حداقل پنج رأی مشابه از دو یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را به موضوعات مشابه نماید. در صورتی که هیأت عمومی آراء صادرشده را صحیح تشخیص دهد، آن را برای ایجاد رویه تصویب می‌نماید. این رأی برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است. تبصره - پس از صدور رأی ایجاد رویه، رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به ارسال نسخه‌ای از دادخواست و ضمائم آن برای طرف شکایت، انجام می‌گیرد.»

یکی از بخش‌های قابل تأمل ماده ۹۰ در خصوص چگونگی طرح موضوعی ایجاد رویه در هیأت عمومی است. قانون‌گذار در این ماده اظهار داشته که «رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را به موضوعات مشابه نماید». بنابراین در این خصوص و برخلاف رأی وحدت رویه که شرایط اصدار آن در ماده ۱۸۹ مرقوم شده، ریاست دیوان در خصوص رأی ایجاد رویه صلاحیت اختیاری دارد. مسأله‌ای که از جهاتی چند قابل توجه است. به واقع، صلاحیت‌گزینشی یا اختیاری^۲ در حقوق اداری عبارت است از اختیار اتخاذ تصمیم مقام اداری در راستای انجام وظایف که در شرایط، اوضاع و احوال خاص و شخصی براساس گزینه‌های پیش‌رو صورت می‌گیرد و آن مقام اداری در انتخاب یک یا چند تصمیم، «آزادی نسبی» دارد. یا بنابر تعریف توصیه‌نامه مارس ۱۹۸۰ کمیته وزیران اتحادیه اروپا در خصوص اعمال صلاحیت‌های اختیاری که بیان می‌دارد: «صلاحیت اختیاری به‌عنوان اختیاری است که به یک مقام اداری درجه‌ای از آزادی عمل را برای تصمیم‌گیری واگذار می‌کند و مقام اداری را مجاز می‌سازد که میان تصمیمات

۱. هرگاه در موارد مشابه، آراء متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان موظف است به‌محض اطلاع، موضوع را ضمن تهیه و ارائه گزارش در هیأت عمومی دیوان مطرح نماید. هیأت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض و اعلام رأی صحیح ...

متعدد مجاز و قانونی، تصمیمی را که از نظر او مناسب‌تر است، اتخاذ نماید». درعین حال باید گفت که صلاحیت اختیاری معمولاً متضمن دو مفهوم مشترک است؛ انتخاب و منفعت عام. یعنی قانون به مقام اداری اجازه می‌دهد که از میان گزینه‌های متعدد قانونی، با توجه به معیارهای غیرحقوقی، دست به انتخاب بزند. این انتخاب متضمن برقراری توازن میان منافع عمومی و خصوصی با استفاده از ارزش‌های فراحقوقی در جهت تعیین یک «منفعت عام» است که به‌وسیله قوانین موضوعه تعیین نشده است (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۳: ۱۱۲-۱۱۳). پس اداره و مقام اداری در اعمال و اجرای صلاحیت‌های اختیاری نیز با نوعی الزام مواجه هستند و حتی در اعمال «اختیارات» خود آزادی کامل ندارد و هنگامی که مقام عمومی دارای صلاحیت اختیاری، انتصابی باشد؛ درجه الزام پیش‌گفته بیشتر شده و چگونگی اعمال آن اختیار نیز با محدودیت‌های بیشتری همراه خواهد بود؛ در غیر این صورت، صلاحیت اختیاری محملی برای سوءاستفاده از جایگاه اداری و اختیار برآمده از آن خواهد شد. درواقع قانون‌گذار در ماده ۹۰ به‌جای عبارت «با نظر رئیس دیوان» مذکور در ماده ۴۴ قانون سابق از واژه «می‌تواند» استفاده کرده است؛ بنابراین همچنان دست رئیس دیوان برای طرح یا عدم طرح موضوع در هیأت عمومی باز است. نکته‌ای که توجیه منطقی ندارد و معلوم نیست چرا در موضوع آراء متعدد متناقض (موضوع رأی وحدت رویه)، رئیس دیوان چنین اختیاری ندارد اما در نوع دوم این آراء (رأی ایجاد رویه) صلاحیت اختیاری دارد. هم‌چنین سؤال است که این اختیار با چه هدف و بر چه مبنایی اعطاء شده است؛ در این راستا، شاید یادآوری این نکته واجب باشد که ریاست کل دیوان و در کل، رؤسای نهادهای قوه قضاییه جز در موارد بسیار نادر، صرفاً جهت مدیریت امور منصوب شده و برتری قضایی بر دیگر قضات ندارند و بهتر بود مقنن به‌جای اعطاء اختیار «می‌تواند» و «نمی‌تواند» به رئیس دیوان، این را هم در صلاحیت هیأت‌های تخصصی هیأت عمومی قرار می‌داد (ویژه و آگاه، ۱۳۹۱: ۱۳۸). لذا، اگر صلاحیت اختیاری ریاست دیوان، اختیار محض تلقی شود، ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گرفته و هدف کلی تأسیس ایجاد رویه، معطل این اختیار شده و امکان اجرایی نیابد. به همین دلیل به‌نظر می‌رسد که در این مورد خاص، هنگامی که تمام شرایط

مندرج در این ماده حاصل شود، دلیلی مبنی بر عدم طرح این موضوع از ناحیه ریاست دیوان نیست؛ پس به محض فراهم آمدن تمامی شرایط شکلی و ماهوی امکان طرح موضوع ایجاد رویه در هیأت عمومی، رئیس دیوان مکلف به ارائه موضوع صدور رأی ایجاد رویه به هیأت عمومی است تا در نهایت در این هیأت نسبت به اخذ تصمیم نهایی، مبادرت شود.

نکته مهم دیگر در خصوص ماده ۹۰ آن است که اعلام تشابه آراء غیر از احراز تشابه می باشد و آن چه از ظاهر ماده برمی آید، اعلام تشابه آراء توسط رئیس دیوان عدالت اداری است که معمولاً پس از اطلاع رئیس دیوان از صدور آراء مشابه، این مقام صرفاً از جهت اعلام مشابَهت آراء و طرح موضوع در هیأت عمومی اقدام می کند. یعنی پس از اطلاع رئیس دیوان از وجوه آراء مشابه، مجوز طرح موضوع در هیأت عمومی با اختیار رئیس دیوان است و تا قبل از اظهار نظر رئیس دیوان، ولو آن که آراء مشابه متعدد صادر شده باشد، موضوع قابل طرح در هیأت عمومی نیست. مؤید امر مذکور این است که چنانچه احراز تشابه را به قبل از طرح موضوع در هیأت عمومی تسری دهیم، موافق با اصول حقوقی نمی باشد؛ چه این که احراز تشابه امری قضایی است و به عبارتی اظهار نظر قضایی قبل از طرح موضوع در هیأت عمومی موضوعیت ندارد و به فرض این که قائل شویم این یک نظر قضایی است، فاقد اثر قانونی می باشد؛ زیرا رسمیت و اعتبار اظهار نظر به عنوان یک رأی قضایی پس از تشکیل جلسه هیأت عمومی است نه قبل از آن و از طرف دیگر با عنایت به این که تصور اظهار نظر هیأت عمومی خلاف نظر رئیس دیوان باشد، امری بعید نمی باشد. پس علی رغم تشخیص رئیس دیوان بر ضرورت طرح موضوع در هیأت عمومی، این هیأت می تواند آراء مزبور را مشابه تشخیص ندهد چون مرجع تشخیص آراء مشابه هیأت عمومی است و نظر هیأت عمومی در این خصوص معتبر است و اختیار {و به نوعی تکلیف} تشخیص تشابه آراء جهت طرح در هیأت عمومی با رئیس دیوان است؛ به نوعی که طبق ظواهر ماده ۹۰ با عدم طرح موضوع از جانب رئیس دیوان در هیأت عمومی، رأی ایجاد رویه صادر نخواهد شد (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۴۸).

هر چند همان گونه که از نظر گذراندیم دوباره لازم به یادآوری است که جهت

اختیار ریاست دیوان در این موضع چندان قابل درک نیست و قانون‌گذار باید همانند ماده ۸۹ و به سیاق تکلیفی که برای ریاست دیوان در خصوص اطلاع از آراء متعارض در موارد مشابه برای رأی وحدت‌رویه مقرر کرده بود، به تکلیف و وظیفه رئیس دیوان در خصوص اعلام مشابهت آراء به محض اطلاع نیز اشاره می‌کرد. در نهایت باید گفت که اطلاع رئیس دیوان از وجود آراء مشابه می‌تواند از طرق مختلف صورت گیرد و به همین دلیل هر شخص حقیقی و حقوقی در صورت اطلاع می‌تواند مراتب را به رئیس دیوان منعکس کند؛ مقوله‌ای که رویه قضایی در خصوص آراء ایجاد رویه نیز حکایت از آن دارد. برای نمونه در رأی ایجاد رویه به شماره ۱۶۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۱۱ و در رأی ایجاد رویه دیگری به شماره ۲۶۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۹، به ترتیب قائم‌مقام سازمان انرژی اتمی و معاون قضایی دیوان عدالت اداری در امور شعب و استان‌ها به‌عنوان اشخاص حقوقی، در مقام شاکای مطلع‌کننده رئیس دیوان، تقاضای اعمال ماده ۹۰ و صدور رأی ایجاد رویه کرده‌اند و در رأی شماره ۱۹۰۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۷ آقای محمدرضا دلاوری از قضات دیوان و به‌عنوان شخصی حقیقی رئیس دیوان را از وجود آراء مشابه در موضوع مشابه بدین نحو مطلع ساخته است؛

«احتراماً، ضمن ارسال آراء مشابه صادر شده از شعب مختلف دیوان عدالت اداری، در خصوص لازم‌الاجرا بودن آیین‌نامه استخدامی اعضای غیر هیأت علمی دانشگاه تهران و الزام سازمان بازنشستگی کشوری و دانشگاه تهران به رعایت آیین‌نامه مذکور در خصوص صدور احکام بازنشستگی و مندرجات آن، به‌منظور ایجاد وحدت رویه وفق ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ به استحضار می‌رسد».

۱. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8683>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۱۵

۲. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8940>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۱۹

۳. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8916>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۲۰

یکی از تفاوت‌هایی که رأی ایجاد رویه با وحدت رویه دارد، ذیل تبصره ماده ۹۰ مورد حکم قانون‌گذار قرار گرفته است که طبق آن، پس از صدور رأی ایجاد رویه، رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به ارسال نسخه‌ای از دادخواست و ضمایم آن برای طرف شکایت، انجام می‌گیرد. هر چند که طبق ماده ۹۵^۱ قانون ت و آ.د.ع.ا، مسئولان ذی‌ربط مکلف به اجرای آراء هیأت عمومی پس از انتشار آن می‌باشند و عدم اجرای این تکلیف موجب انفصال موقت مستنکف خواهد بود. این ضمانت اجرا در خصوص تمام آراء صاداری از هیأت عمومی دیوان وجود دارد و چون رأی ایجاد رویه طبق تبصره ماده ۹۰ ضمانت اجرای خاص و قوی‌تری نیز دارد، هر چه بیش‌تر می‌توان انتظار اتقان و استحکام اجرایی این نهاد حقوقی را داشت؛ توضیح این‌که معنای تبصره ماده ۹۰ این است که اگر شاکی اقدام به شکایت کند، دیوان مکلف است موضوع شکایت را با اداره طرف شکایت تبادل کرده و به صرف وجود رأی هیأت عمومی که وفق ماده ۹۰ در مقام ایجاد رویه صادر گشته، بدون تبادل لایحه و رسیدگی قضایی، اقدام به انشاء رأی نماید؛ هر چند که این ضمانت اجرای خاص با انتقادات شدیدی هم مواجه است از جمله این‌که، به نظر می‌رسد در این مقام {عدم تبادل لوائح}، بین مسائل موضوعی و حکمی تفکیک درستی صورت نگرفته است، چه این‌که در هر اختلاف حقوقی، احراز واقعیات خارجی مورد ادعای طرفین از شئون مراجع قضایی است که صلاحیت رسیدگی موضوعی دارند؛ واقعیات خارجی البته باید طبق موازین قانونی توصیف شده، سپس حکم آن از قانون استخراج و رأی براساس آن‌ها صادر شود. در این فرآیند، جایگاه رأی وحدت یا ایجاد رویه، چیزی از وظیفه اولیه قاضی در احراز وقایع کم نمی‌کند {یا نباید کم کند} که مورد ادعای طرفین است پس در این مواقع ضروری است که به طرف شکایت فرصت دفاع داده شود؛ چه بسا دستگاهی که از آن شکایت شده بتواند با دلایل قانع‌کننده مرجع رسیدگی‌کننده را متقاعد

۱. ماده ۹۵- احکام صادرشده از هیأت عمومی دیوان که مستلزم عملیات اجرایی باشد از طریق دفتر هیأت عمومی به واحد اجرای احکام دیوان ابلاغ می‌گردد. واحد اجرای احکام دیوان موظف است مراتب را به مبادی ذی‌ربط اعلام نماید. مراجع مذکور مکلف به اجرای حکم و اعلام نتیجه به دیوان می‌باشند و در صورت استنکاف طبق ماده ۱۱۰ قانون اقدام می‌شود.

سازد که دعوی تحت رسیدگی از مصادیق رأی وحدت رویه خارج می‌باشد یا واقعیاتی که به دنبال اثبات آن است با دفاعیات طرف شکایت احراز نگردد (کاشانی، ۱۳۸۶: ۱۰۹). وانگهی، به فرض این که راجع به ماده‌ای، رأی ایجاد رویه صادر شده باشد، کسی مشابه دعوی قبلی، اقامه دعوا کند؛ ممکن است آن فرد، اصل دعوا را جعل کرده باشد. وقتی دادخواست برای طرف مقابل ارسال نمی‌شود، وی از ارائه دفاع محروم می‌شود. ممکن است همین کسی که خواهان بوده، اساساً در روابط، دعوا و اختلافش با دستگاه مربوطه با یک دادخواست شخصی از حقوق خودش صرف‌نظر کرده باشد ولی دوباره بنا به دلایلی، دعوا را مطرح کرده باشد. آیا نباید تبادل لوایح صورت گیرد؟ آیا می‌توان با توجه به همان رأیی که صادر شده، راجع به این موضوع تصمیم‌گیری کرد؟ (کاشانی، ۱۳۹۴: ۳۰) براین اساس، عدم تبادل لوایح و جاهت حقوقی ندارد، زیرا اگر قانون اجرا نشود و کسی شکایت کند، تبادل انجام می‌شود اما اگر ایجاد رویه اجرا نشود و شکایت شود، تبادل انجام نمی‌شود؛ در این معنا، ایجاد رویه را در حکم قانون و بلکه بالاتر دانسته‌ایم. چون اساساً بحث اصل دفاع به این موضوع برمی‌گردد که اصلاً موضوعی که ایشان شاکی است، مشمول رأی ایجاد رویه نیست و شبهه موضوعیه راجع به این موضوع وجود دارد (مولاییگی، ۱۳۹۴: ۳۱).

اما برخلاف رویکرد مطلق و کلی پیشین، باید توجه نمود که در رأی ایجاد رویه، از یک طرف حکم قانونی مانحن‌فیه به دفعات و به صورت مشابه مورد رسیدگی موضوعی قضایی قرار گرفته و در هر مورد نیز حکمی یکسان صادر گشته و این واقعیت حاکی از این است که اگر رسیدگی‌های قضایی دیگری نیز صورت گیرد همین حکم تکرار خواهد شد و تنها مسأله‌ای که رخ داده اشتغال مجدد و بیهوده مقام قضایی بوده است و این جهات موجبی منطقی برای تحدید حق دفاع در وضعیت مطلق است.^۱ از طرفی دیگر، چنانچه شعبه دیوان عالی‌رغم وجود رأی ایجاد

۱. مثال قضایی این مورد در رأی ایجاد رویه شماره ۶۴ مورخ ۱۹ اردیبهشت ۹۴ درخصوص مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه است که دستگاه‌های اجرایی بدون دفاع به خصوصی تنها با معطلی شاکی و عدم تمکین به حکم صریح و شفاف قانون‌گذار موجبات تضییع حقوق شهروندان و به خصوص مادران را فراهم می‌کردند و به همین دلیل معاون قضایی دیوان عدالت اداری در امور شعب و استان‌ها به‌عنوان شاکی و مطلع‌کننده رئیس دیوان در این خصوص، موجب صدور رأی ایجاد رویه شد.

رویه، تبادل را از جهات دیگر مثل این که در تشخیص موضوع شکایت و انطباق آن با رأی هیأت عمومی دچار تردید باشد، می‌تواند اقدام به تبادل لوایح کند هر چند که به دلیل حدوث اطاله دادرسی در این مقام، باید علت تبادل را ضمن صورت جلسه‌ای در پرونده منعکس نموده و توجیه نماید (مولایگی، ۱۳۹۳: ۱۵۰). به عبارتی دیگر، براساس رویه ایجاد شده چنانچه شعب دیوان بدون تبادل لوایح و به صورت خارج از نوبت رسیدگی و مبادرت به انشاء رأی نمودند، محکوم‌علیه موظف است به محض ابلاغ رأی، چنانچه قائل بود دعوی منجر به صدور حکم از مصادیق رأی هیأت عمومی دائر بر ایجاد رویه خارج است، با دلایل قانع‌کننده از قاضی شعبه بدوی صادرکننده رأی تقاضای عدول از نظریه سابق را با اجازه حاصله از ماده ۷۴ این قانون نماید و چنانچه قاضی صادرکننده رأی نیز رأی صادره را مبتنی بر اشتباه ندانست و آن را عاری از خدشه و منقصت قانونی اعلام نمود، در آن صورت نیز با استناد به ماده ۶۵ نسبت به رأی صادره تقاضای تجدیدنظرخواهی نماید و اگر خواسته‌ای که شاکی به دنبال آن بوده به حق از مصادیق رویه ایجاد شده است نیز بلافاصله پس از ابلاغ رأی دیوان به فوریت تمهیدات لازمه را جهت اجرایی شدن رأی فراهم آورد و از توسل به طرق تجدیدنظرخواهی نسبت به رأی دیوان که تحمیل هزینه بر بیت‌المال و اشتغال بی‌هوده وقت دیوان در رسیدگی که در نهایت تأیید رأی اولیه است، پرهیز شود (دلوری، ۱۳۹۳: ۴۳۰).

نظر به کلیت این ماده و پیرامون مبانی آن می‌توان در چند محور به طرح مباحث، پرسش‌ها و فرضیه‌های لازم برای پاسخ‌گویی به آن‌ها مبادرت کرد. این که آیا نهاد ایجاد رویه با اصول کلی حقوقی از جمله تفکیک قوا، سازگار است یا خیر؟ قانون‌گذار چه شرایط و مقدماتی را برای اعمال نهاد ایجاد رویه تعیین کرده است؟ آیا مبادرت به تأسیس نهاد حقوقی ایجاد رویه، به نوعی تحمیل استنباطی مشابه از حکم قانونی بر قضات، ادارات و اشخاص نبوده و برهم‌زدن نظم تفکیک قوا و برساختن امر «تقنین قضایی» را نتیجه نمی‌دهد؟ آیا با وجود الزامی بودن رأی ایجاد رویه برای شعب، استقلال قضایی قضات در موضوعات مشابه مخدوش نشده و شأن قضایی قضات به کارمندان اداری ابلاغ‌کننده آراء از پیش تعیین‌شده، فروکاسته نمی‌شود؟ و آیا لازم‌الاتباع بودن احکام قضایی ایجاد رویه برای شعب، ادارات و اشخاص حقیقی و

حقوقی که تبعاً بررسی موضوعی هر پرونده و تبادل لوائح را ممتنع می‌کند، احقاق حق اشخاص [حق دادرسی] و ادارات را غیرممکن نمی‌کند؟ برای پاسخ فرضیاتی نیز مطرح است؛ از جمله این که، تأسیس حقوقی ایجاد رویه هر چند موجب تحدید و البته تهدید استقلال قضات در برخی موضوعات مشخص و محدود است اما باعث می‌شود تا حکم قانون‌گذار صراحت و شفافیت بیشتری یافته و در اجرا، کارآمدی داشته باشد و با طرح دعوی مشابه که نتایج یکسانی دارند، موجبات معطلی حکم قانون‌گذار فراهم نشود. همچنین، به نظر می‌رسد که پیش‌بینی چنین نهادی در حوزه دادرسی اداری می‌تواند به‌نحو مناسبی از حقوق شهروندان در مقابل دستگاه‌ها و مقامات اجرایی صیانت کرده و امنیت قضایی شهروندان را موجب شود و از طرف دیگر از طرح شکایات واهی که موجب اطاله دادرسی بیش از وضع موجود می‌شوند نیز جلوگیری به عمل می‌آید و این مقوله شاید یکی از توجیهات تأسیس این نهاد باشد که به‌خوبی در تبصره ماده ۹۰ مورد اشاره قرار گرفته است؛ امری که فلسفه اصلی و اولیه تشکیل دیوان عدالت اداری که شکایت مردم از دولت است را نیز به‌خوبی تأمین می‌کند.

۳- تردید در جایگاه رویه قضایی به مثابه موجد قاعده حقوقی

همان‌گونه که از نظر گذراندیم، بخش عمده انتقادات پیرامون تأسیس «ایجاد رویه قضایی» به این مسأله برمی‌گردد که قاعده‌گذاری در نظام حقوقی ما به مثابه خانواده حقوقی رومی - ژرمنی، وفق تفکیک قوای حاکمیتی، مختص دستگاه قانون‌گذاری و پارلمان است و دستگاه قضایی و قضات را مجالی برای وضع قاعده نبوده و ایشان صرفاً مجری قواعد وضع‌شده در فصل خصومت و رفع اختلاف، هستند. اما تردید در این انگاره، مبانی نظری آن و ارزیابی آن با نظر داشتن به نهادی انضمامی همچون «ایجاد رویه قضایی»، می‌تواند مقرون به تأملاتی جهت بازاندیشی در این اصول متصلب باشد.

به‌واقع، درجایی که قواعد حقوقی منابع متنوع و متعددی دارند، این پرسش مطرح است که از نظر توانمندی و تنظیم کارآمد روابط انسانی کدام یک از قواعد حقوقی و منابع آن‌ها از کیفیت و مطلوبیت بیشتری برخوردار است. این پرسش وقتی معنادارتر است که بدانیم نقش و ارزش قواعد حقوقی و منابع تولیدکننده

آن‌ها در نظام‌های حقوقی مختلف به یک اندازه نیست (وکیلان، ۱۳۹۷: ۵۸). مثلاً نقش رویه‌های دادگاه‌ها و قاعده‌گذاری قضایی در نظام حقوقی کامن‌لا غیرقابل انکار است. برعکس، نقش و جایگاه قانون موضوعه و قانون‌گذاری در نظام‌های عضو خانواده رومی-ژرمنی نیز بر همگان آشکار است (وکیلان، ۱۳۹۲: ۵۹). کامن‌لا امروزه ساختار خود را که بسیار متفاوت با ساختار رومی-ژرمنی است، حفظ کرده است؛ ولی نقش قانون در آن افزایش یافته است و روش‌هایی که در دو سیستم به کار می‌رود به یکدیگر نزدیک می‌شوند و [از همه مهم‌تر] از نظر ماهیت، راه‌حل‌های بسیار نزدیکی که از فکر واحد درباره عدالت الهام گرفته است، غالباً در این‌جا و آن‌جا برای مسائل حقوقی پذیرفته می‌شود (داوید و ژوفره، ۱۳۹۱: ۳۳). در این بین اما، جایگاهی که برای تصمیمات قضایی در میان منابع حقوق قائل شده‌اند، موجب افتراق خانواده حقوقی رومی-ژرمنی از کامن‌لا است. این مهم، سابقه طولانی در سنت حقوقی مغرب‌زمین دارد؛ به طوری که کد ژوستینیان^۱ اعلام می‌دارد: «حکم دادگاه باید مبتنی بر قانون باشد، نه وقایع دعوی»^۲. در غیر از اروپای بری اما وضع به گونه‌ای دیگر است؛ چه، «الزام به رعایت قواعدی که قضات وضع کرده‌اند»^۳، «قاعده سابقه»^۴، و احترام‌گذاردن به سوابق قضایی، مطابق با منطق نظام حقوقی مبتنی بر آراء قضایی است (داوید و ژوفره، ۱۳۹۱: ۲۱۷).

این مسأله باید در مسأله دیگری بررسی شود و بنیادهای آن به نحوی مبنایی‌تر مورد مطالعه قرار بگیرد و آن روابط، توازن و تعادل قوای حاکمیتی است. چه، تفکیک قوا و اشکال مختلف آن در خدمت سه آرمان خاص هستند؛ دموکراسی یا تحقق آرمان حاکمیت بر سرنوشت خویش، کارآمدی یا ارتقاء سطح عملکرد دولت و درنهایت تقویت و تحقق حقوق اساسی بشری (اکرمن، ۲۰۰۰: ۶۳۹). مقوله‌ای که

1. Code of Justinian;

Britannica encyclopedia; <https://www.britannica.com/topic/Code-of-Justinian>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۸/۲۰

2. Non exemplis sed legibus iudicandum est

3. Stare decisis ; to stand by things decided;

see for instance; https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis -<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۸/۲۸

4. Rule of precedent

مؤید این رهیافت است که، باید به وجه ایجابی نظریه و ساختار تفکیک قوا که ناظر به کارآمدی و مدیریت بهتر امور است نیز توجه داشت (وکیلان، ۱۳۹۲: ۶۴). زیرا نظریه جدید تفکیک قوا مبین رویکردی تعاملی به کارکرد قواست و خواستار محصورشدن یک کارکرد در یک قوه و به دنبال آن یک قوه در یک کارکرد نیست؛ بلکه واقعیت تسری کارکرد قوای سه‌گانه به خارج از قوا را به‌عنوان یک امر واقعی و حقیقی پذیرفته است و با دیدی واقع‌گرایانه‌تر بیان می‌دارد که امروزه هر قوه چندین کارکرد را در خود جای داده و در یک کارکرد محصور نمانده است (امیرآفتابی، ۱۳۹۰: ۵۳). به همین دلیل می‌توان گفت که تفکیک قوا دیگر تفکیکی نهادی نیست بلکه جنبه‌ای کارکردی به خود گرفته و برای مثال این کارکرد اجرایی است که از کارکرد قضایی تفکیک می‌شود. بنابراین ارگانی در قوه مجریه می‌تواند کارکرد قانون‌گذاری یا قضایی داشته باشد بدون این‌که در قوای مربوطه قرار گرفته باشد؛ دگردیسی‌هایی که به دلیل پیچیدگی نهادی دولت (در معنای عام) در مفهوم و ساختار نظریه تفکیک قوا به وجود آمده است (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۰۵-۲۰۸). پس باید از تفکیک کارآمد حوزه‌های تقنین و قضا سخن گفت؛ به‌گونه‌ای که هم مرزهای آن‌ها به‌درستی ترسیم شود و هم ناکارآمدی‌های ساختاری هریک، با کارایی‌های قوه دیگر، مرتفع گردد. حال می‌توان و به نوعی ضروری است تا باتوجه به اهمیتی که نظریه تفکیک قوای کارکردی، عملاً واجد آن گشته است، به تحلیل تأسیس حقوقی رأی ایجاد رویه مبادرت کرد و به ایده «از آن‌جا که ایجاد یا اصلاح رویه قضایی به مثابه استثنایی بر اصل استقلال قضا در مقام تصمیم‌گیری و همچنین برهم‌خوردن نظم تفکیک قوا است، لذا باید در اعمال آن به قدر متیقن اکتفا نمود چون ایجاد وحدت رویه قضایی در موارد مشابه، با این اصل در تعارض است» با دیده تردید نگریست و به ایجاد قواعد حقوقی توسط رویه قضایی رویکرد مثبتی نشان داد. البته باید اذعان داشت، تأکید بیش‌ازحد بر قانون در تنظیم روابط اجتماعی و نادیده‌گرفتن نقش «قاعده‌گذاری قضایی»^۱ علاوه بر

1. Judicial Legislation

معادل انگلیسی قاعده‌گذاری قضایی Judicial Legislation اما برخی از نویسندگان مانند باراک این اصطلاح را نادرست می‌دانند و واژه Judicial Law Making را مناسب‌تر می‌دانند زیرا معتقدند واژه اول ناظر بر ایجاد قاعده به‌وسیله نهادهایی است که عامدانه، مستقیماً و آگاهانه وضع قانون می‌کنند

این که موجب قانون‌زدگی، تورم تقنینی، ناکارایی و افت کیفی قوانین شده، موجب تکیدگی کل نظام حقوقی ایران شده است. بدون شک قانون و قانون‌گذار نمی‌تواند همه روابط اجتماعی را پوشش داده و تمام زوایا و ابعاد موضوع مورد تنظیم را پیش‌بینی کرده و برای آن تعیین تکلیف کند. عدم شناسایی نقش فعال قضات در این میان، صرفاً تنزل و تردید افکندن در نقش مهمی است که قضات در عمل بازی می‌کنند یا باید بازی کنند (وکیلان، ۱۳۹۷: ۵۹).

۳-۱. نهاد ایجاد رویه، کارکردگرایی قضایی و تقنین قضایی

کارکردگرایی^۱ از واژه function از ریشه لاتینی functio به معنای انجام یک وظیفه گرفته شده و در علوم اجتماعی نقشی را می‌رساند که یک جزء از کل تقبل کرده و به انسجام می‌رساند و درنهایت این‌که، کارکردگرایی به مجموعه فعالیت‌هایی گفته می‌شود که در جهت برآوردن یک نیاز یا نیازهای نظام انجام می‌گیرد (ریترز، ۱۳۸۲: ۱۳۱). به دیگر سخن، کارکردگرایی دیدگاهی نظری بر پایه این اندیشه که رویدادهای اجتماعی را می‌توان به بهترین وجه برحسب کارکردهایی که انجام می‌دهند و کمکی که به دوام و بقای جامعه می‌کنند، تبیین کرد (گیدنز، ۱۳۸۲: ۸۰۰). کارکردگرایی به ذکر نظریاتی می‌پردازد که حوزه فعالیت‌شان در پارادایم اثباتی قرار دارد و آنچه که در این نظریات مهم و کلیدی است، توجه به نظم و ثبات در جامعه است (اسکیدمور، ۱۳۸۵: ۱۶۶). با نظرکردن به مفاهیم پیش‌گفته می‌توان به تفکیک قوا و غایت هر قوه نیز رویکردی کارکردگرایانه، نه صرفاً ساختارگرایانه، داشت؛ در رهیافت کلاسیک تفکیک قوا و در پرتوی «ذات‌گرایی حقوقی»^۲ بیشتر بر روی ساختار قوا و جدا انگاشتن کارکرد قوا بر اثر تفکیک ساختاری تمرکز می‌شد و می‌شود اما در رهیافت مدرن

درحالی‌که دادگاه‌ها مستقیماً و اولاً و بالذات قانون‌گذاری نمی‌کنند و برای اینکار نیز ساخته نشده‌اند. (به نقل از: حسن وکیلان، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷)، پاورقی ص ۶۰
برای مطالعه اثر مورد استناد وکیلان، نک:

Barak, Aharon, (2008), *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press.

1. Functionalism

2. Legal essentialism

بیش‌تر از ساختار، کارکرد مورد نظر است^۱ و به جای تفکیک ساختاری قوا، از تفکیک کارکردهای اجرایی و اداری از کارکردهای قانون‌گذاری و نظارتی و نیز قضایی سخن می‌گوییم که در نتیجه ممکن است قوه‌ای بیش از کارکرد ذاتی خود را دارا باشد (ویژه، ۱۳۹۴، ۶۵). در پرتو این تبیین‌ها است که می‌توان به رهیافت تقنین قضایی جواز داد و مشخصاً از قاعده‌گذاری نوعی و کلی توسط قضات در قالب نهاد وحدت و ایجاد رویه آن هم به جواز خود قانون‌گذار، سخن گفت؛ نهادی که هرچند به ظاهر از اصول اساسی و سنتی تفکیک قوا عدول کرده اما با توجه به کارکردها و کارایی‌های قابل‌اعتنایی که دارد، توجیه‌پذیر است؛ چون نیازها و اهدافی را رفع می‌کند و این مهم توجیهی قوی در راستای طرد ایده اولیه و ناکارآمد تفکیک قوا است؛ به نحوی که ایجاد رویه نسبت به موضوع واحد در موارد مشابه از صدور آراء متهافت متعارض جلوگیری می‌کند و همچنین رسیدگی به شکایات موضوع این رأی بدون تشریفات و ضوابط مقرر در مواد ۳۰، ۴۱، ۴۲ و ۴۳ قانون تجارت و آیین دادرسی مدنی و خارج از نوبت صورت می‌گیرد و این امر مانع اتلاف وقت شعبه و اصحاب دعوی و در نتیجه تسریع در رسیدگی می‌شود. نهادی کارآمد که مبین آن است که خواسته خواهان صریح، کامل و منطبق با قانون بوده و خواننده به تکلیف قانونی خود در قبال خواسته خواهان عمل ننموده و با طرح دعوی در دیوان، شعبه با انطباق خواسته موافق روح و مفاد قوانین و مقررات موضوعه خواننده را ملزم به تبعیت و تمکین از خواسته به‌حق خواهان نموده و یا بالعکس اقدام خواننده را منطبق با قوانین و مقررات ملاک عمل تشخیص و رأی به بی‌حقی خواهان صادر نموده است و اساساً با صدور رأی بر ایجاد رویه واحد، قضات شعب دیوان و ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی به سوی قانون هدایت می‌شوند

۱. در این مقام ذات‌گرایی به‌طور کلی، اصطلاحی است در حوزه نقد که ادعا می‌کند دیگران به غلط باور دارند برخی مقولات ماهیت ثابت دارند؛ درحالی‌که در واقع، این مقولات به علت‌گزینش‌های انسانی است که دارای چنین شاکله‌ای هستند. در بین نظریه‌پردازان انتقادی، استدلال‌هایی راجع به ذات‌گرایی معمولاً متمرکز بر این است که تا چه حد می‌توان جنسیت‌ها یا گروه‌های مختلف نژادی یا قومی را دارای ماهیتی اصلی یا شیوه متمایز تفکر، تحلیل یا تجربه عالم دانست. ذات‌گرایی اغلب در مقابل «نام‌انگاری/Nominalism» یا «برساخته اجتماعی/Social construction» مطرح می‌شود (بیکس، ۱۳۹۳: ۱۹۳).

(دلوری، ۱۳۹۳: ۴۲۸-۴۲۹). به‌واقع نگاهی واقع‌گرایانه به اصول کلی حقوقی به‌طور کلان و حقوق عمومی به‌صورت خرد، موجبی برای بازنمایی، بازنگری و بازتولید امروزی انگاره‌های متصلبی است که عملاً و درواقع کارکردهای لازم‌ه را ندارند و امر عمومی و خیر همگانی را به درستی تمشیت نمی‌کنند؛ لذا از همین منظر می‌توان از نهاد بدیع ایجاد رویه، نظر به کارآمدی‌هایش و تأمین امنیت قضایی شهروندان، ارزیابی‌های مثبتی به‌عمل‌آورد. وانگهی، هم‌آوا با هربرت هارت^۱، می‌توان و به نوعی باید به امر «تقنین قضایی»، اندیشیده‌تر نظر کرد. هارت می‌گوید، اختیارات قانون‌گذاری‌ای که من به قضاوت نسبت می‌دهم، متفاوت با اختیارات قوه قانون‌گذارند؛ چه، نه‌تنها اختیارات قاضی مقید به قیودی هستند که انتخاب او را محدود می‌کنند و قانون‌گذار ممکن است کاملاً از آن‌ها آزاد باشد، وی نمی‌تواند از این اختیارات برای ایجاد اصلاحات وسیع یا وضع قوانین جدید استفاده کند؛ بدین ترتیب، اختیارات قاضی هم درون‌سازمانی هستند و هم مقید به بسیاری از قیود ماهوی (هارت، ۱۳۹۳: ۳۹۹-۴۰۰).

۲-۳. نهاد ایجاد رویه و استقلال قضایی

از یک منظر شاید استقلال قضایی نتیجه منطقی نظریه تفکیک قوا باشد ولی به‌دلیل اهمیت آن به‌طور معمول جزء عناصر ساختاری مهم «دولت حقوقی» تلقی شده و جداگانه بر آن تأکید می‌شود. باید توجه داشت که استقلال قضایی خود دارای ارزش ماهوی نیست بلکه به‌عنوان ابزاری برای تحقق غایت «دادگستری مطلوب» به‌کارگرفته می‌شود و دلیل اهمیت ویژه و تأکید بسیار بر استقلال مرجع قضایی در دولت حقوقی این است که اگر در دولت حقوقی از عمومیت هنجارهای حقوقی و استقلال مرجع وضع آن‌ها سخن می‌رود، استقلال مرجع ضامن این هنجارها، مکمل مورد پیشین به‌شمار می‌رود؛ درواقع استقلال مرجع قضایی به‌نوعی تضمین سایر عناصر دولت حقوقی به‌شمار می‌رود (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۰۹-۲۱۰). همچنین، استقلال قضایی در دو سطح قابل اعمال است؛ یکم، در نفس عمل قضایی و دوم، در مورد قضاوت. به‌واقع ماهیت اعمال قضایی ایجاب می‌کند که

1 Herbert lionel adolphus hart

قضات تحت نفوذ، اراده و کنترل هیچ مقامی خارج از مقامات قوه قضاییه قرار نگیرند لذا اصل بر این است که قضات دادگاه‌های صالح حاکم بالاطلاق بر تصمیمات متخذه خود باشند و بس (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۰: ۲۷۸). به‌نحوی که به هنگام دادرسی و تمیز حق، قاضی مستقلاً عمل کرده و متأثر از عوامل فشار نباشد و حتی فراتر از نظر مرحوم دکتر قاضی، قضات حتی نباید تحت نفوذ مقامات قوه قضاییه قرار گیرند چه رسد به مقامات خارج از قوه قضاییه. امروزه استقلال کلان‌نهادی (در سطح قوه قضاییه) جای خود را به استقلال خرد کارکردی (در سطح هر مرجع قضایی) داده است؛ به دیگر سخن استقلال نهادی در دو جنبه شخصی و کارکردی، استقلال مرجع قضایی را تضمین می‌کند. مصونیت قضات و منع نقل و انتقال آن‌ها از نتایج استقلال خرد نهادی به‌شمار می‌رود و استقلال کارکردی ناظر به این معنا است که هر مرجعی که کارکرد قضایی دارد مستقل است ولو از نظر ساختاری درون قوه قضاییه نباشد (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۱۳). به همین دلیل و در راستای تحلیل نهاد ایجاد رویه، توجه به نفس عمل قضایی و نیز کارکرد آن از این منظر شایان توجه است؛ چه این‌که، باوجود رأی ایجاد رویه به‌نوعی استنباط قضایی محمول بر قانون در مورد دعاوی مشابه در شعب دیوان جنبه الزام‌آور پیدا کرده (دلوری، ۱۳۹۲: ۴۲۸) و تفسیر و قرائت واحدی از حکم قانون‌گذار بر قضات تحمیل می‌شود و این مقوله شائبه امتناع عمل قضایی در پرتو ایجاد رویه مشابه را دوچندان می‌کند. اما پرسش این است که مگر نه این‌که قضات ملزم به تبعیت از مراد و منظور حکم مقنن هستند؟ به‌طوری که این مهم در سطوح ایجاد رویه، وحدت رویه و حتی تفسیر قانون در مجلس یکسان است و معنای آن لزوم پیروی و اجرا کردن حکم قانونی توسط قضات است. در موارد بسیاری قضات در انجام عمل قضایی استقلالی ندارند چون قانون‌گذار این‌گونه حکم کرده است. مثلاً وقتی به حکم مقنن قاضی دادگاه حقوقی مکلف است از نتیجه رأی دادگاه کیفری تبعیت کند، آیا در این‌جا استقلال قاضی مخدوش شده است؟ مسلماً خیر. بنابراین باید پرسید که محدوده استقلال قاضی تا کجاست؟ قضات تا چه حدی می‌توانند و باید استنباط کنند؟ (مولابیگی، ۱۳۹۴: ۳۱) آیا لازم است حتی در مواقعی که حکم قانون‌گذار صریح و شفاف است و به محک قضا نیز

سنگش یافته، باز هم به استنباط قضایی قائل بوده و بلاوجه به آن تن دهیم؟ از طرفی دیگر وقتی قضاتی از شعب مختلف در آراء مشابهی نسبت به موضوع واحدی و براساس حکم قانونی یکسانی، نظر به استقلال قضایی، قضاوت مشابهی کرده‌اند و همین قضاوت در مقامی بالاتر و به صورت جمعی [هیأت عمومی] و مجدداً با استقلال قضایی، رویه مشابه موجود را جهت اتقان و استحکام بیش‌تر و جلوگیری از تکرار شکایات بی‌مورد، لازم‌الاتباع اعلام می‌کنند، به نظر نمی‌رسد که استقلال قضاوت را در خصوص موضوعات مشابه بعدی مخدوش کرده باشند؛ چه این که قاعده صریح و شفاف قانون‌گذار را با حکمی قضایی الزام بیشتری بخشیده و در تمام فرآیند صدور رأی ایجاد رویه نیز استقلال قضایی حاکم بوده است چون خود قضاتی که در شعب حکم یکسانی صادر کرده‌اند، در هیأت عمومی به آراء اصداری خویش قوت و وزن بیشتری داده و تنها در موضوعی به خصوص حکم به یکسانی رویه داده‌اند و این مسأله هرگز استقلال قضایی را مخدوش نمی‌کند.

نتیجه

در سطح مبانی به این مسأله پرداختیم که نهاد ایجاد رویه در تنافی با استقلال قضایی نبوده و نفس عمل قضایی را با امتناع و بحران مواجه نمی‌کند؛ چه این که رأی ایجاد رویه خود جز از طریق اراده و خواست قضاوت و نظر به استقلال قضایی ایشان نمود نمی‌یابد. در عین حال و با رویکردی کارکردگرایانه فواید این نهاد حقوقی را متذکر شدیم و بر همین اساس نیز ایده قاعده‌گذاری قضایی را مجاز شمرده و برهم خوردن نظم کلاسیک تفکیک قوا را عملاً واجد مضراتی برای نظم حقوقی و نیز حقوق فردی و آزادی‌های عمومی ندانستیم؛ به‌علاوه شائبه تقلیل جایگاه و شأن قضاوت به کارمندان اداری با وجود نهاد ایجاد رویه را نیز رد کردیم به این دلیل که عملاً و با وجود شناسایی ده ساله نهاد ایجاد رویه، از این محمل قانونی تاکنون سوءاستفاده‌ای صورت نگرفته و جز در مواقع ضرور، حدود پنج تا هفت مرتبه آن هم در امور محدود و مشخصی، رأی ایجاد رویه‌ای صادر نگشته و این مهم حاکی از استفاده منطقی و به‌جا از این تأسیس حقوقی بوده است؛ هرچند که برخی برای مخالفت با کلیت این نهاد، عدم کاربرد زیاد آن را به‌عنوان کاربردی

نبودن و مناسب نبودن این تأسیس حقوقی تلقی کرده‌اند (ویژه، ۱۳۹۴: ۳۲) که البته به باور نگارنده این مسأله حاکی از استفاده مناسب از ظرفیت موجود بوده است که اگر این‌گونه نبود و در موارد بیشتری این نهاد مورد استفاده قرار می‌گرفت آنگاه تحمیل استنباط یکسان از حکم مقنن بر قضات قوت می‌گرفت و ای‌بسا در این وضعیت استقلال قضایی با مخاطره مواجه می‌گشت. نکتهٔ مهم دیگری که از چالش‌های دیگر این نهاد حقوقی به‌شمار می‌رود، اختیار رئیس دیوان مبنی بر طرح موضوع در هیأت عمومی است که گفته شد و جاهت منطقی و حقوقی آن روشن نبوده و اصلاح آن در سنوات بعدی قانون‌گذاری لازم می‌نماید.

فهرست منابع

- امیرآفتابی، زهره سادات (۱۳۹۰)، دگردیسی تفکیک قوا از مفهوم کلاسیک به مفهوم مدرن، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- اسکیدمور، ویلیام (۱۳۸۵)، تفکر نظری در جامعه‌شناسی، جمعی از مترجمان، چاپ اول، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- بی‌نام (۱۳۹۴)، ارزیابی رأی وحدت رویه و ایجاد رویه در دیوان عدالت اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- بیکس، برایان (۱۳۹۳)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۱)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام حقوقی بزرگ، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- دلاوری، محمدرضا (۱۳۹۳)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، بی‌جا: نشر آویشن.
- ریتزر، جورج (۱۳۸۲)، نظریه‌های جامعه‌شناسی در دوران معاصر، ترجمه محسن ثلاثی، چاپ هفتم، بی‌جا: نشر علمی.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- صدرالحفاظی، نصرالله (۱۳۷۲)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، بی‌جا: نشر شهریار.
- صدقی، غلامعلی (۱۳۸۸)، آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و میزان اعتبار آن در سایر مراجع قضایی، تهران: نشر جنگل.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ چهل و دوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
- کاشانی، جواد (۱۳۸۶)، «مطالعه‌ای در قانون جدید دیوان عدالت اداری»، دو فصل‌نامه حقوق و سیاست، دوره ۹، شماره ۲۲.

- گیدنز، آنتونی (۱۳۸۷)، **جامعه شناسی**، ترجمه منوچهر صبوری، چاپ بیست و دوم، تهران: نشر نی.
- مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۳)، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۰)، **قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوق کنونی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۲)، **ویژگی‌ها و معیارهای ارزیابی نظام‌های حکومتی: مطالعه تطبیقی نظام های پارلمانی، ریاستی و مختلط**، بی‌جا: گزارش دفتر مطالعات حقوقی (گروه حقوق عمومی) مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- (۱۳۹۷)، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکتربین حقوقی»، **فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی**، سال نوزدهم، شماره ۵۸.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، **مبانی نظری و ساختاری دولت حقوقی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- (۱۳۹۴)، **کلیات حقوق اساسی**، چاپ دوم، تهران: نشر سمت.
- ویژه، محمدرضا و وحید آگاه (۱۳۹۱)، «کاوشی انتقادی در لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، **فصل‌نامه حقوق عمومی**، سال چهاردهم، شماره ۳۸.
- هارت، هربرت (۱۳۹۳)، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۳)، **اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)**، چاپ سوم، بی‌جا: نشر خرسندی.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۲)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- یزدان مهر، محمد (۱۳۹۴)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: نشر مجد.

دادخواهی موجر پس از ملغی‌الأثر شدن حکم سابق

احسان باقری*

چکیده

موجری که با وجود علم به مهلت قانونی و تمکن مالی، از تودیع حق کسب و پیشه در مقطع اجرا امتناع می‌ورزد و بعد از گذشت شش سال پس از ملغی‌الأثر شدن حکم سابق، دعوای تخلیه به جهت انتقال به غیر مطرح می‌کند دادگاه را ناگزیر می‌کند که این اقدامات او را حمل بر تنفیذ عملی نموده و دعوای وی را محکوم به بی‌حقی بداند.

واژگان کلیدی: حق کسب و پیشه، ملغی‌الأثر شدن، تخلیه، انتقال به غیر،

تنفیذ عملی

مقدمه

در این دعوی، خواهان (بانک سپه) ملک تجاری خویش را در سال ۱۳۴۴ با شرط عدم انتقال به غیر، به مورث خواندگان ردیف ۱ تا ۴ اجاره می‌دهد، با این حال بعد از فوت وی احدی از وارثین (خواننده‌ی ردیف اول)، در تاریخ ۱۳۹۲/۰۵/۰۷ منافع ملک استیجاری را در قالب قرارداد صلح به موجب سند رسمی به خواننده‌ی ردیف ۷ منتقل نموده است. خواهان پس از اطلاع، فوراً دادخواستی به خواسته‌ی ۱. اعلام و تأیید فسخ قرارداد ۲. تقاضای صدور حکم تخلیه ۳. مطالبه‌ی خسارات دادرسی تنظیم می‌کند که پس از ارجاع به شعبه‌ی ۳۴ دادگاه حقوقی تهران، این مرجع با احراز مراتب فوق، حکم به تأیید فسخ قرارداد و تخلیه‌ی ملک استیجاری علیه مستأجر اول و منتقل‌الیه صادر، و ضمن رأی قید می‌کند موجر مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، نصف حق کسب و پیشه را وفق ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶ در صندوق دادگستری تودیع نماید، ولیکن از آن جا که نامبرده در موعد قانونی نسبت به تأمین آن اقدامی نکرده حکم صادره ملغی‌الأثر می‌شود و قابلیت اجرایی خویش را از دست می‌دهد. پس از گذشت شش سال، بانک سپه به جهت آن که بیمی از «اعتبار امر قضاوت شده» نداشته عیناً دعوایی با اوصاف و خواسته‌های فوق‌الذکر طرح می‌کند که این بار پس از ارجاع به شعبه‌ی ۱۶ دادگاه حقوقی تهران، این مرجع با لحاظ این که امتناع موجر از تودیع حق کسب و پیشه، در دعوای سابق، دلالت ضمنی بر تنفیذ عمل حقوقی (صلح منافع) فی‌مابین مستأجر اول و منتقل‌الیه دارد حکم به بطلان دعوای مطروحه صادر می‌کند.

۱- متن رأی

درخصوص دعوای خواهان موصوف به طرفیت خواندگان فوق‌الذکر به خواسته‌ی تقاضای صدور حکم بر فسخ قرارداد اجاره مورخ ۱۳۴۴/۰۹/۱۶ درخصوص یک باب حجره به شماره ۳۹ واقع در طبق ۹ ساختمان بانک سپه شعبه بازار واقع در خیابان پانزده خرداد جنب بازار آهنگرها جزء پلاک ثبتی شماره ۳۳۵۱ و ۳۳۵۲ و ۱ الی ۳۳۵۲ بخش ۹ تهران و تخلیه ملک مورد اجاره به لحاظ انتقال به غیر و تخلف

مستأجر از شرط مندرج در بند هفتم قرارداد اجاره و محکومیت‌های به جبران کلیه خسارات و هزینه‌های دادرسی به شرح دادخواست و مستندات تسلیمی، دادگاه با مطالعه اوراق پرونده و لایحه تسلیمی از سوی احدی از خواندگان (خواننده ردیف آخر) و تصویر رأی قطعی سابق‌الصدور دادنامه شماره ۹۲۰۷۲۵ مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۳۱ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران متوجه این امر می‌گردد که خواهان دعوی کنونی در پرونده‌ی سابق محکوم‌گه واقع شده است و مکلف به پرداخت حق سرقفلی و کسب و پیشه بوده است لیکن در موعد قانونی نسبت به تودیع آن اقدامی نکرده است و حکم صادره ملغی‌الأثر گردیده است با این وصف دادگاه معتقد است نظر به این‌که انگیزه‌ی خواهان از طرح دعوی کنونی ملغی‌الأثر گردیدن حکم سابق بوده است و ایراد اعتبار امر مختومه وارد نیست لیکن این مرجع با لحاظ این‌که علت الغای حکم مذکور استنکاف مالک (خواهان) از تودیع حقوق مستأجر بوده است و نظر به این‌که این رفتار او دلالت ضمنی بر تنفیذ عمل حقوقی انجام شده (صلح منافع توسط مستأجر سابق به منتقل‌الیه (خواننده ردیف آخر)) دارد وانگهی خواهان که با وجود طرح دعوی و موفقیت در محکومیت مستأجر در مرحله اجرا جهت احقاق حق خویش از پرداخت سرقفلی امتناع می‌ورزد دادگاه را ناگزیر می‌کند که این سلسله افعال او را حمل بر ((اسقاط ارادی حق خویش)) نماید کما این‌که خواهان بانک است و نمی‌توان گفت قدرت پرداخت مبلغ یکصد و بیست میلیون تومان به عنوان حق سرقفلی را نداشته است لذا دادگاه با تنقیح مناط از ماده‌ی ۲۴۸ قانون مدنی که اشعار می‌دارد ((اجازه‌ی مالک نسبت به معامله‌ی فضولی حاصل می‌شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضا عقد نماید)) و با استناد به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. حکم صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

۲- نقد شکلی

۲-۱. قالب‌های سه‌گانه‌ی رأی

یک رأی فنی باید مشتمل بر قالب‌های سه‌گانه باشد که عبارت‌اند از: مقدمه (شرح موضوع)، اسباب موجه (ارزیابی دلایل) و منطوق (نتیجه) رأی، که این حکم بنا به دلایل ذیل از جهت مقدمه (شرح موضوع) بی‌بهره مانده و از این جهت درخور نقد و تأمل است؛ اولاً: در ابتدای رأی از تعابیری همچون «خواهان موصوف» یا «خواندگان فوق‌الذکر» استفاده شده است، در واقع به جهت آن‌که دادگاه یک‌بار اسامی و مشخصات اصحاب دعوی را در صدر رأی (یا گردش کار) ذکر کرده از

آوردن دوباره‌ی مشخصات ایشان خودداری کرده است، در صورتی که لزوم «اخبار» در مقدمه‌ی رأی، چنین اهمالی را بر نمی‌تابد. ثانیاً: قضای اهتمامی در راستای تبیین سبب موضوعی دعوی خواهان و دلایل وی نداشته است، در صورتی که رأی دادگاه بایسته است آیینی تمام‌نمای پرونده باشد تا مخاطب بتواند با مطالعه‌ی آن تصویر کلی از روند پرونده را در ذهن خود ترسیم کند، که این امر با توجه به آن‌چه که گذشت در رأی مذکور به خوبی منعکس نشده است.

۲-۲. موارد نگارشی و تایپی

غلط‌های تایپی بسیاری از گذرگاه بی‌توجهی امضاءکننده‌ی رأی به متن راه یافته است (قراداد - طبق - مرحله اجراء - تنفیح مناط - اسقاط) که این امر حکایت از قصور منشی دادگاه در تایپ پیش‌نویس آراء دارد و ضروری است قضاات در قبال نوشته‌هایی که از سوی کارکنان دفتری نگارش می‌یابد همچون ویراستاری سخت‌گیر و آگاه عمل کنند.

از نظر نحوه‌ی نگارش دستوری و حقوقی نیز اشکال‌هایی وجود دارد و مواردی می‌بایست مورد توجه قرار می‌گرفت؛ اولاً: کلمه‌ی «دعوی» در همه‌ی عبارات رأی به صورت «الف» مقصوره نگارش یافته است که غلط است و درست آن «دعوا» است، به ویژه در عبارت دعوی خواهان که کلمه‌ی دعوا به خواهان اضافه شده است. ظاهرشدن «الف» بلند به جای الف کوتاه ضروری است. ثانیاً: رأی از نشانه‌های نقطه‌گذاری و علائم سجاوندی، بی‌بهره است به طوری که در کل متن یک ویرگول بیشتر مشاهده نمی‌شود و از آن‌جا که رعایت این موارد در راستای تسریع و تسهیل انتقال مطلب به خواننده مؤثر می‌باشد، نقد مهمی را به این رأی وارد می‌کند. ثالثاً: صرف‌نظر از اشتباه تایپی عبارت «تنفیح مناط» در متن رأی و همچنین تفاوت آن با قیاس منصوص‌العله که به نظر می‌رسد دادگاه به آن توجه نداشته است،^۱ به

۱. قیاس منصوص‌العله در مورد حکمی به کار می‌رود که علت آن به طور صریح در نص مربوط به آن آمده باشد، برخلاف تنفیح مناط که علت در نص مربوطه، به طور صریح ذکر نشده و فقیه تنها از راه قرائن داخلی و خارجی و با بهره‌گیری از مناسبت حکم و موضوع، به مناط حکم دست یافته و بر طبق ضوابطی، آن را به غیر مورد منصوص تعمیم می‌دهد (برای مشاهده‌ی تفصیل بیشتر رجوع کنید به:

کارگیری اشتباه این تعبیر برای استناد به ماده‌ی ۲۴۸ قانون مدنی می‌باشد؛ چراکه دادگاه برای مستندکردن استدلال خویش با موضوعی مسکوت‌الحکم مواجه نیست و اتفاقاً ماده‌ی فوق حکم قضیه‌ای است که دادگاه در راستای منطوق (نتیجه‌ی رأی) خویش بایسته است به طور مستقیم و از باب صراحت به آن متوسل می‌شود، نه از باب سکوت. رابعاً: به کار بردن واژه‌های ثقیل و سنگین همچون تنقیح مناط، استتکاف، ملغی‌الآثر گردیدن - که بایسته است به ملغی‌الآثر شدن مبدل می‌شد - خلاف مقتضای بلاغت یک متن می‌باشد، به این دلیل که مخاطب رأی و خواننده‌ی آن بیشتر مردم عادی هستند و به نظر می‌رسد قاضی تا ناگزیر نباشد نیاز به توسل به چنین واژگانی ندارد. خامساً: معمولاً حکم به چیزی می‌دهند نه حکم بر چیزی یعنی که حکم به بطلان دعوی نه بر بطلان دعوی و ضرورت دارد پس از واژه‌ی حکم حرف اضافه به قید شود نه حرف استعلا‌ی «بر» (خسروی، بی‌تا: ۳۱). سادساً: ترجیح دارد که به جای رأی صادره که عبارت غلطی است نوشته شود رأی این دادگاه یا این رأی.

۲-۳. بی‌حقی یا بطلان دعوا؟

در رویه‌ی قضایی زمانی که دعوا از نظر ماهوی قابل استماع نیست، دادگاه‌ها یا از قالب حکم به بی‌حقی یا بطلان دعوا استفاده می‌کنند اگرچه مرز این دو روشن نیست، برخی محاکم معتقدند که در دعاوی غیرمالی از بطلان دعوا و در دعاوی مالی از صدور حکم به بی‌حقی استفاده شود، در رأی حاضر هم به نظر می‌رسد دادگاه با اشراف به غیرمالی بودن دعاوی تخلیه‌ی عین مستأجره تعبیر حکم بطلان دعوا را به کار برده است،^۱ اما غالب محاکم این تفکیک را نمی‌پذیرند و از هر دو حکم استفاده می‌کنند. برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند در حالت نامشروع بودن موضوع دعوا مانند قمار یا ربا، حکم به بطلان دعوا مناسب‌تر است با قواعد دعاوی دارد و حکم به بی‌حقی خواهان، مناسب‌جایی است که عدم

فصلنامه‌ی فقه، جلد ۳۵، صفحه‌ی ۴

۱. نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۷/۸۳۶۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۵ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه: «دعوی خلع ید،

مالی و دعوی تخلیه عین مستأجره و امثال آن، غیرمالی است، ...».

استماع دعوا، علت دیگری از جهت ماهوی، در میان باشد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۲۳۴-۲۳۷). به عقیده نگارنده حاضر نیز، معیار مذکور انطباق بیشتری با نظام حقوق دعاوی دارد، چراکه کاوش در برخی از منابع فقهی و قانونی (جواهری، بی تا: ۳۹۵)^۱ ما را رهنمون به این می‌سازد که در مواردی همچون قمار یا ربا، نکاح مسلمه با غیر مسلم، صدور رأی به بطلان دعوا مناسبت بیشتری با موارد استفاده از این مفهوم دارد، و حکم به بی‌حقی مختص زمانی است که دادگاه با فقدان دلایل یا ادله‌ی کافی (یا نتیجتاً هر علت ماهوی غیر از بطلان دعوی) مواجه می‌باشد.

۳. نقد ماهوی

۳-۱. حق سرقتی یا حق کسب و پیشه یا تجارت

به عنوان اولین بحث، به لحاظ ماهوی آنچه که جلب توجه می‌کند این است که؛ دادگاه در ابتدای رأی مفاهیم «حق سرقتی» و «حق کسب و پیشه یا تجارت» را در کنار یکدیگر به کار برده، اما در ادامه فقط صحبت از «حق سرقتی» کرده است که از این جهت نکاتی را برای نگارنده مطرح می‌سازد؛ اولاً: از آن جا که ملک تجاری و قرارداد اجاره‌ی آن به قبل از ۱۳۷۶/۰۷/۰۱ برمی‌گردد، قانون حاکم بر دعوا قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ می‌باشد که از این جهت دادگاه موفق عمل کرده است، با این وجود به نظر می‌رسد دادگاه به تفاوت‌های این دو مفهوم توجهی نداشته است،^۲ چراکه مقررات آمره قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ صرفاً راجع به «حق کسب و پیشه یا تجارت» می‌باشد و حق سرقتی علی‌رغم جایگاه عرفی خویش در آن زمان، به عنوان یک حق امری مورد توجه قانون‌گذار ۱۳۵۶ نبوده است. ماده‌ی ۲۸ قانون مذکور هم از این امر مستثنی نیست و ضمانت اجرای سنگین ملغی‌الأثر شدن حکم تخلیه را فقط منوط به عدم ایداع حق کسب و پیشه در مهلت قانونی دانسته است بدون آن که موضعی راجع به حق سرقتی داشته باشد.

شاید ایراد شود سرقتی یک حقی با منشأ قراردادی و عرفی بوده که تا قبل از

۱. ماده ۶۵۴ قانون مدنی: «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم

در مورد کلیه‌ی تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است».

۲. برای مشاهده‌ی تفاوت‌ها رجوع کنید به: (صدقی، ۹۱: ۱۲ و ۱۳).

به رسمیت شناخته شدن آن توسط قانون‌گذار ۱۳۷۶، وجود داشته است و بر فرض تخلف مستأجر؛ چنانچه وی در ابتدا سرقفلی به موجر داده باشد، از دست دادن حق کسب و پیشه ملازمه‌ای با محرومیت وی از حق مزبور در زمان تخلیه نخواهد داشت (صدقی، ۱۳۹۱: ۴۰). بنابراین با لحاظ موارد مذکور؛ محتمل است دادگاه علی‌رغم حاکمیت قانون ۱۳۵۶، در مقام صدور حکم صرفاً راجع به سرقفلی بوده است، که این امر نقد مزبور را متزلزل خواهد کرد.

در پاسخ باید گفت؛ اگرچه متصور است که مستأجر مبلغی را به عنوان سرقفلی در ابتدای عقد اجاره به موجر داده باشد و در زمان تخلیه استحقاق دریافت آن را داشته است اما از آن طرف نیز باید توجه داشت که تخلف مستأجر از نوع انتقال به غیر بوده که باعث سقوط کامل حق کسب و پیشه نمی‌شود بلکه او مستحق حق مذکور ولو به صورت نصف بوده است، که با لحاظ این فرض دادگاه می‌بایست در کنار سرقفلی، حق کسب و پیشه را الزاماً مورد لحوق حکم خویش قرار می‌داد، حال که چنین نکرده باید گفت مستأجر اصلاً مبلغی تحت عنوان سرقفلی به موجر در ابتدای عقد اجاره نپرداخته است و همان‌طور که ذکر شد، به نظر می‌رسد دادگاه با یکسان دانستن سرقفلی و کسب و پیشه به تفاوت‌های این دو حق توجهی نداشته است.

۲-۳. تنفیذ عملی

موضوع محوری این رأی، طرح دعوای مجدد موجر پس از ملغی‌الأثر شدن حکم سابق می‌باشد، همان‌طور که می‌دانیم وفق ماده‌ی ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، هرگاه موجر پس از سه ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی حق کسب و پیشه را در صندوق دادگستری تودیع ننماید حکم تخلیه ملغی‌الأثر و کأن لم یکن می‌شود به این معنا که قابلیت استناد و اعتبار خویش را از دست داده و گویا اصلاً چنین رأیی به نفع موجر صادر نشده است، این رویکرد قانون‌گذار دلایل متعددی می‌تواند داشته باشد ولی مهم‌ترین مبنای آن جلوگیری از موجبات سوءاستفاده موجر جهت پرداخت حق کسب و پیشه می‌باشد.

اکنون سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا دادگاه در مواجهه با طرح دعوای مجدد موجر، و با فرض احراز صحت و سقم ادعای وی و انتقال مورد اجاره به غیر، لزوماً بایسته است حکم تخلیه‌ای دیگر صادر کند؟ شاید گفته شود ظاهر

ماده و اطلاق تعبیر ملغی الأثر شدن و همچنین معنایی که از آن متبادر می‌شود ایجاب می‌کند که این چنین عمل کند بدون آن که توجهی به رفتارهای موجر در جریان اجرای حکم سابق داشته باشد. لیکن در پاسخ باید گفت مقتضای یک رسیدگی منصفانه آن است که دادگاه بین موجری که بی‌اثر شدن حکم وی ناشی از جهل به مهلت قانونی و یا به دلیل عدم تمکن مالی در تودیع حق کسب و پیشه بوده با موجری که چنین حسن‌نیتی نداشته است تفاوت گذارد.

در نظر بگیرید؛ مستأجر تمام حقوق خود را در ازای مبلغی با متصرف مصالحه کرده و رفته است و منتقل‌الیه قائم مقام مستأجر اول می‌شود و موجر فوراً دعوای تخلیه به جهت انتقال به غیر را مطرح می‌کند اما در مقطع اجرا و تودیع حق کسب‌وپیشه وقتی می‌بیند که منتقل‌الیه (مستأجر جدید) از حیث ایفای تعهدات و تکالیف از جمله پرداخت اجاره‌بها به‌طور متعارف عمل می‌کند لزومی به اخراج او از ملک نمی‌بیند و از اجرای حکم تخلیه منصرف می‌شود تا این که حکم مذکور ملغی الأثر می‌شود. بعد از گذشت مدت مدیدی مستأجر جدید با تخلیه‌ی ارادی خویش خواهان حق کسب‌وپیشه به صورت کامل می‌باشد ولیکن موجر برای این که نصف حق کسب‌وپیشه را به وی نپردازد مجدداً دعوایی را به خواسته‌ی فوق‌علیه مستأجر سابق و جدید مطرح می‌کند. حال در این فرض اگر دادگاه بخواهد از ظاهر ماده پیروی و به مقتضای پاسخ طبیعی عمل کند بدیهی است حکم تخلیه‌ی وی نمایان‌گر عدم اهتمام قاضی به قاعده‌ی «منع سوءاستفاده از حق» می‌باشد، بنابراین این امر اتخاذ راهکاری را می‌طلبد، نکته‌ای که قاضی صادرکننده‌ی رأی مورد نقد هم به آن توجه داشته و از آن غافل نبوده است.

در وهله‌ی اول، آنچه که به عنوان یک راهکار شکلی به نظر می‌رسد این است که بگوییم دادگاه با احراز شرایط «اعتبار امر قضاوت‌شده» بدون ورود در ماهیت، از لحاظ شکلی دعوا را رد کند. در مقام توجیه این نظر گفته‌اند؛ در تفسیر ماده‌ی ۲۸ می‌بایست علاوه‌بر صدر، ذیل ماده را نیز در نظر داشت. طبق ذیل ماده در موردی که حکم تخلیه به علت تغییر شغل یا تعدی و تفریط مستأجر یا عدم پرداخت اجاره‌بها صادر می‌شود، پس از گذشتن مهلت، قدرت اجرایی حکم زایل می‌شود. بدیهی است در این فروض تجدید دعوای تخلیه ممکن نیست؛ در غیراین صورت

تعیین مهلت یک‌ساله لغو و بیهوده است. به این ترتیب اگر ماده‌ی ۲۸ در مجموع در نظر گرفته شود باید گفت در دعوای تخلیه به جهت انتقال به غیر، نیز پس از گذشتن مهلت، تجدید دعوا ممکن نیست و دعوای جدید با ایراد امر قضاوت‌شده روبه‌رو است (ایزنلو، ۱۳۹۱: ۱۲۴). لیکن پذیرش این نظر اشکالاتی را به لحاظ فنی به دنبال دارد، اولاً: منظور از ملغی‌الأثر شدن رأی آن است که گویی اساساً رأیی صادر نشده است تا بتواند مبنای اعتبار امر قضاوت‌شده قرار گیرد. قاعده‌ی مزبور ناظر به آرای واجد اثر حقوقی می‌باشد نه رأیی که اثر خود را پس از گذشت مهلت فوق از دست داده است و در حکم عدم می‌باشد. ثانیاً: باید پذیرفت که مستأجر معامله‌ای فضولی انجام داده و متصرف جدید در حکم غاصب است، پس بایسته است راهکاری اتخاذ کرد که رعایت قواعد عمومی قراردادها شود، اگر دادگاه در این‌جا ورود در ماهیت دعوی نکند وضعیت حقوقی معامله‌ی فضولی مشخص نمی‌شود و در واقع قاضی با اتخاذ چنین تصمیمی مالک را در برابر مستأجری قرار داده که رضایتی به تصرفات او ندارد، علاوه بر این نیز تحمیل چنین رابطه‌ی قراردادی به مالک، خود زمینه‌ساز بروز دعوای متعدد در آینده می‌شود.

برای جلوگیری از توالی فاسد فوق باید پذیرفت که دادگاه مکلف است ورود در ماهیت کند تا سایه‌ی حمایت خود را از غاصب دریغ کرده باشد و به عنوان یک مرجع تظلمات عمومی متهم به بی‌اعتنایی به معاملات فضولی نشود. بنابراین به عنوان یک راهکار ماهوی می‌بایست پذیرش نسبی دعوا را پیشنهاد کرد. بدین معنا که دادگاه بین موجری که بی‌اثر شدن حکم وی ناشی از جهل به مهلت قانونی و یا به دلیل عدم تمکن مالی در تودیع حق کسب‌وپیشه بوده با موجری که چنین حسن‌نیتی نداشته است تفاوت گذارد. در فرضی که موجر با علم به مهلت قانونی و همچنین توانایی پرداخت حق کسب‌وپیشه، از تأدیه‌ی آن در موعد مذکور امتناع می‌ورزد و سپس با دریافت اجاره‌بها از متصرف مغازه به مدت طولانی، ناگزیر از اخراج او از محل کسب‌وپیشه می‌شود و دادگاه نتیجه‌ی این اقدامات او را جز به تنفیذ عملی تعبیر نکند و لذا به جهت آن که طرح دعوای تخلیه به علت انتقال به غیر با این اقدام عملی موجر در تضاد می‌باشد باید دعوای وی را محکوم به بی‌حقی بدانند. ولیکن در فرضی که موجر جهل به مهلت قانونی داشته یا توانایی پرداخت

حق کسب‌وپیشه را نداشته است، با احراز مجدد صحت و سقم ادعای وی و انتقال مورد اجاره به غیر، برای وی حکم تخلیه صادر کند. دلیل آن نیز به این امر بازمی‌گردد که در این فرض جهل و یا اعسار موجر نمی‌تواند حاکی از رضایت او به تصرفات منتقل‌آلیه باشد، مضافاً به این که طرح دعوی مجدد موجر در فرض مذکور بیانگر اعلام اراده‌ی موجر مبنی بر رد معامله‌ی فضولی می‌باشد و بنابراین دادگاه در این جا توانسته است با رسیدگی ماهیتی خود وضعیت حقوقی معامله‌ی فضولی را مشخص کرده و ملک موجر را از بند مستأجر جدید که در حکم غاصب می‌باشد برهاند.

در رأی حاضر نیز هنگامی که دادگاه می‌داند که موجر با وجود تمکن مالی (خواهان بانک است) از پرداخت حق کسب‌وپیشه در سال ۱۳۹۲ امتناع ورزیده و طی شش سال با اخذ اجاره‌بها از منتقل‌آلیه (مستأجر جدید)، هم‌اکنون بنا به هر انگیزه‌ای دعوی تخلیه به جهت انتقال به غیر مطرح کرده است، ناگزیر این سلسله اقدامات او را حمل بر تنفیذ عملی می‌کند. دادگاه با بیان این استدلال: «نظر به این که این رفتار او دلالت ضمنی بر تنفیذ عمل حقوقی انجام شده (صلح منافع توسط مستأجر سابق به منتقل‌آلیه) دارد...» و همچنین اشاره به تمکن مالی خواهان، به‌خوبی مشخص می‌سازد که معیار نسبی پذیرش دعوا را مدنظر داشته که رأی از این جهت درخور تقدیر است.

نتیجه

همواره در قواعد دادرسی مدنی صحبت از رویکرد حق‌گونه‌ی محض اقامه‌ی دعوا کرده‌ایم، امری که در قانون اساسی نیز به موجب اصل ۳۴^۱ به رسمیت شناخته شده و کسی منکر آن نیست، لیکن در بعضی موارد این رویکرد با قواعد، مبانی و اصول حاکم بر نظام حقوقی اصطکاک پیدا می‌کند؛ گاه اقامه‌ی دعوا با تأخیر همراه است به‌گونه‌ای که به سقوط حق یا دعوا می‌انجامد در واقع اگرچه قواعد مرور زمان در قانون جدید آیین دادرسی مدنی پایگاه حقوقی خویش را

۱. اصل ۳۴ قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه‌ی افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.»

از دست داده‌اند لیکن این امر مانع از پذیرش درخواست خواهانی که مدت‌ها فرصت کافی برای طرح دعوا و احقاق حق خویش داشته نخواهد بود، که نمونه‌ی رأی حاضر مؤید این مطلب می‌باشد. در مواردی نیز این تأخیر و تعلل رنگ سوءاستفاده به خود می‌گیرد، در نظر بگیرید؛ دارنده‌ی چکی بعد از ده سال از دریافت گواهینامه‌ی عدم پرداخت از بانک، دعوایی علیه ید بلافضل خویش مطرح می‌کند با این امید که می‌تواند علاوه بر اصل مبلغ، خسارت تأخیر تأدیه با مبدأ سررسید دریافت دارد. مسلماً دادگاهی که در زمان صدور حکم خویش به مبانی چون قاعده‌ی اقدام، «قاعده‌ی منع سوءاستفاده از حق»^۱ و نظریه‌ی «وظیفه‌ی کاهش خسارت»^۲ نظر دارد نمی‌تواند در جهت خواسته‌ی خواهانی حرکت کند که عرف خسارات را ناشی از اهمال خود او می‌داند و موظف بوده در حد توان و با فقدان معاذیر موجهه نسبت به کاهش خسارت کمک کند، این دادگاه با لحاظ تکلیف خواهان نسبت به مطالبه‌ی دین در یک مهلت عرفی، تاریخ تقدیم دادخواست او را مبدأ مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه تلقی خواهد کرد. بنابراین همان‌طور که برخی از نویسندگان حقوقی نیز گفته‌اند باید از تلقی حق‌گونه‌ی اقامه‌ی دعوا به تحلیل حق تکلیف تغییر جهت داد و روابط فعلی را با این رویکرد بررسی کرد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۴۶). امری که در رأی حاضر هم از چشم قاضی صادرکننده‌ی آن پنهان نمانده و دادگاه با اشراف به قواعد مذکور و مبانی قواعد عمومی قراردادها (تنفیذ عملی) ضمانت اجرای چنین دعوایی را که بی‌حقی خواهان می‌باشد به درستی تشخیص داده است، قاضی باید هوشیار باشد که کسی اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر قرار ندهد، چراکه برای خواهانی که صاحب حق اقامه‌ی دعوا می‌باشد تکالیفی در مقابل خواننده و اجتماع نیز وجود دارد. امید است رویه‌ی قضایی با اهتمام به مبانی «حق-تکلیف اقامه‌ی دعوا» بتواند گام مؤثری در جهت اخلاقی کردن دادرسی و پرهیز از اطاله‌ی دادرسی بردارد البته که این امر نهایتاً مال کاربران نظام قضایی ایران می‌باشد.

1. Abuse de droit

2. Duty of mitigation

فهرست منابع

- ایزانلو، محسن (۱۳۹۱)، اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوای انتقال به غیر، **نقد رویه‌ی قضایی (در امور مدنی)**، معاونت آموزش دادگستری کل استان تهران.
- جواهری، حسن محمدتقی (بی‌تا)، **رسائل فقهیه - الربا فقیهاً و اقتصادياً**، نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت.
- خسروی، محمدرضا (۱۳۹۶)، **نقد نگارش آرای قضایی**، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه: تهران.
- خدابخشی، عبدا... (۱۳۹۳)، **حقوق دعوای، جلد اول (قواعد عمومی دعوای)**، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار: تهران.
- صدقی، غلام‌علی (۱۳۹۱)، وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی «با تحلیل آراء قضایی»، **فصلنامه‌ی نقد رأی**، دوره‌ی جدید، شماره‌ی اول.

**Landlord's lawsuit after the annulment of the previous
sentence**

Ehsan Bagheri¹

Abstract

A landlord who, despite knowing the legal deadline and financial means, refuses to deposit the right to do business during the enforcement period and, six years after the annulment of the previous eviction order, files an eviction lawsuit to transfer to another, obliges the court. That his actions means to practical enforcement and condemn his lawsuit to be unjust.

Key word(s): The right to do business, cancellation of effect , Evacuation , Transfer to other , Practical enforcement

1. ehsan_bagheri77@yahoo.com

**An Analyze Regarding the Theoretical Foundation of the
Administrative Justice Court Function's in "Creation of
Judicial Precedent"**

Mohammad Solgi¹

Abstract

The General Board of the Administrative Justice Court has three functions. One of the most important of them is the annulment of regulation, according to which the Administrative Justice Court is the only judicial body with competence for annulment of regulation in judicial system of the Islamic Republic of Iran. Another function of the General Board is related to the uniform judicial precedent, which has been emphasized by the legislator in the laws passed in 1981, 2006 and 2011, and since its formation in 1982 until today, it has issued many uniform judicial precedent. The most problematic establishment of the legislator regarding the General Board of the Administrative Justice Court, is related to the institution of "creation of judicial precedent", which is of great importance due to the novelty of this legal establishment in the Iranian judicial system and specifically "administrative proceedings". Recognition of this function has created many challenges, at least theoretically.

Keyword(s): jurisdiction, Administrative Justice Court, uniform judicial precedent, annulment of regulation.

1. mohammadsolgi93@yahoo.com

**Compensation Litigation Based on European Convention on
Human Rights (1950): Richard Greenfield v. UK Home Office
Review**

Mojtaba Reza'ea¹

Abstract

One of the lawsuits against the state is the compensation litigation resulting from administrative decisions, according to which the person who has been affected by decisions of the government due to material and moral damages caused by deprivation of property or benefits, initiates a lawsuit against the government. In this study, we analyze one of the rulings issued by the Judiciary Commission of the House of Lords of the United Kingdom, regarding the claim for damages resulting from an administrative decision. In this lawsuit, the plaintiff claiming violations of his fundamental rights recognized in the 1950 European Convention on Human Rights by the UK Home Office, sued the administration based on the UK Human Rights Act 1998 rules regarding compensation. This lawsuit was not successful in the first instance and appellate stages and the appellant at the last stage, re-submits his lawsuit to the Judicial Commission of the House of Lords, consisting of the Lord of Laws and the judge.

Key word(s): compensation, administrative decisions, loss of object, House of Lords.

1. mojtabarezaei466@yahoo.com

Acquitted of Charges of Being in the Public Without Hijab.

MohammadReza Abdian¹

Abstract

According to article 1285 of the Civil Code, local affidavitis is considered as a testimony and has the validity of testimony. Therefore, first of all, the sham pleading of untruthful testimony and the existence of enmity between witnesses and and one who a testimony is against will not be a reason to deny the testimony, and the judge should have summoned witnesses and discovered the absence of enmity between witnesses and one who a testimony is against. While courts only paid attention to the defendant's claim that there is enmity between him and the witnesses. We talk about article 120 of the Islamic Penal Code and the application of the Dar rule in ta'zir crimes when there is no reason to deny suspicion. However, the local affidavitis for not observing hijab by defendant does not make sensible to use Dar rule in this case. Referring to custom is not allowed to understand hijab requirements. Because, hijab has a religious meaning and basically custom cannot be used in this matters. In addition, according to the well-known opinion of customary jurists, custom is considered as a guidance source in criminal law and will not be able to oppose article 167 of the constitution and jurisprudential sources in explaining the concept of hijab.

Keyword(s): hijab, custom, testimony, article 638.

**Possibility to Dismiss the Divorce Litigation Filed by Husband
in Family Courts
Atefeh Zabihi¹**

Abstract

Considering the legislative background in the Iranian legal system regarding the absolute authority of the husband in divorce and the Civil Code amendments regarding the divorce application by wife which is limited to cases of judicial divorce or in cases which the wife has permission to divorce and also according to amended article 1133 of the Civil Code which considers it necessary for the husband to go through the court; The question arises as to how does the court settle the divorce litigation at the request of the husband and whether can judges limit the man's authority in deciding to divorce by dismissing his divorce litigation or whether the husband's will in the divorce is essentially absolute and is not limitable? In the verdict of the first instance court of Roodehen, the court, based on the various reasons mentioned in the verdict and considering the wife's circumstances, prevented the husband from divorcing. The present article seeks to evaluate the citation evidence of this lawsuit.

Keyword(s): incompatibility, right of divorce, one sided disposition, prohibition of Detriment, la haraj.

The Role of Non-payment of Goodwill After the Expiration of the Lease Contract in Entitlement to Rental Value.

AmirHoseyn Alizadeh¹

Abstract

Finding the law governing the lease contract play a key role in settlement of related lawsuits, because of dispersion in laws regulating this area. In addition, the laws relating to landlord-tenant relations prescribe legal statuses which are not in accordance with general rules. One of these regulation is the Law on Landlord-Tenant Relations (1997), which in article 1, has pointed to the general rules governing rent in the Civil Code and the consent of the parties. However, in this code some rules have been prescribed which have not been mentioned in the Civil code. One of these rules is the non-payment of goodwill and it's role in the landlord's entitlement to rental value after the expiration of the lease contract.

Keyword(s): goodwill, landlord, tenant, rental value, general rules.

1. alizadeh.amir57@yahoo.com

Inquiry into the Termination of the Contract by the Option of Condition and Option of Unfulfilled Condition

Abas Niazi¹

Abdolah Jamshidi

Abstract

Sometimes the method of writing the option of condition and clause relating to the option of unfulfilled conditions in the contract causes intermixture between these concepts and makes it difficult for jurists to inquire will of the parties. This article seeks to critique the verdict, revise the option of condition and the violation of the condition in order to provide the judge with the basis for describing the contract and facilitate the analysis and decision-making process. In addition it has aimed to prevent considering the option of condition as the option of unfulfilled conditions by offering a suggestion, considering the payment date as the end of the option of condition period, in order to know the validity of the contract. Also with giving the promisee authority for initial termination and without the need for promisor permission in the option of unfulfilled condition, prevent his rights from being violated.

Keyword(s): option of condition, option of unfulfilled condition, case law.

1. abasniasi@yahoo.com

Lawyer and Appropriate Behavior in Relation to Judiciary

Hasan Mohseni¹

Abstract

Lawyers should always try to maintain this profession's dignity. Regarding to their job requirements and status they are required to observe restrictions such as being polite in speaking, writing and behavior in front of courts. Therefore, they should not infringe the lawyer's dignity by any kind of misbehavior, slander, disrespect and contempt for others, all in order to represent the client ; Even in the position of lawyers and despite having immunity from criminal prosecution and enjoying a kind of freedom of expression, they are still required to observe respect and decency. Violation of this obligation (although not been subject to criminal law and disciplinary offense), should certainly be observable by courts. Undoubtedly, this respect is mutual and guarantees the respective manner by the judiciary ,other lawyers and associates.

Keyword(s): lawyer, judiciary, professional dignity, professional duty.

Feasibility of Arbitration by Legal Entities Based on Case Law
Mostafa Mozafari¹
Morteza Mirza'ea Moghadam

Abstract

Arbitration by legal entities is one of the issues that the legislator has passed over in the Code of Civil Procedure's arbitration section. This negligence has led to contention among jurists and judges and has caused different views and practices. Arguments such as using "individual" in the Code of Civil Procedure and assigning it to a natural person, alluding specific features of natural persons in the arbitration regulations such as death, resignation, etc., the necessity of arbitrator definiteness and its impossibility regarding arbitration by legal entities, etc., have been made in opposition of arbitration by these persons. On the other hand, advocates of arbitration by legal entities, while rejecting the above reasons, citing article 588 of the Commercial Code, considering criminal and legal liability for these persons, comparing arbitrator with lawyer, legal expertise and plaintiffs and defendants in lawsuits and existence of regulations related to the arbitration by legal entities have supported their arbitration. The second view seems to be more in line with the philosophy of arbitration, which is to reduce the burden on the judiciary. On the other hand, with the possibility of a judicial assessment of the arbitration by legal entities and its eventual annulment, the general opposition to this issue has no logical justification.

Key word(s): arbitration by legal entities, legal capacity, legal entity's liability, philosophy of arbitration.

1. m_mozafari@sbu.ac.ir

Contents

Feasibility of Arbitration by Legal Entities Based on Case Law..	a
Mostafa Mozafari, Morteza Mirza'ea Moghadam	
Lawyer and Appropriate Behavior in Relation to Judiciary ...	b
Hasan Mohseni	
Inquiry into the Termination of the Contract by the Option of Condition and Option of Unfulfilled Condition.....	c
Abas Niazi, Abdolah Jamshidi	
The Role of Non-payment of Goodwill After the Expiration of the Lease Contract in Entitlement to Rental Value.....	d
AmirHoseyn Alizadeh	
Possibility to Dismiss the Divorce Litigation Filed by Husband in Family Courts	e
Atefeh Zabihi	
Acquitted of Charges of Being in the Public Without Hijab.	f
MohammadReza Abdian	
Compensation Litigation Based on European Convention on Human Rights:(1950) Richard Greenfield v .UK Home Office Review.....	g
Mojtaba Reza'ea	
An Analyze Regarding the Theoretical Foundation of the Administrative Justice Court Function's in" Creation of Judicial Precedent"	h
Mohammad Solgi	
Landlord's lawsuit after the annulment of the previous sentence.....	j
Ehsan Bagheri	

Ray

Judicial Case Review Quarterly

The 9rd Year of Publication / No. 32 / 2020 Fall

Publisher:

Iran Judiciary Research Institute

Director-in-Charge: Hossein Azami ChaharBarj

Editor-in-Chief: Siyamak Rahpeyk

Executive Director: Sina Rostami

Editorial Board(in Alphabetical order):

Hossein Azami Chaharbarj, Abdol ali Tavajohi, Nejad ali Almasi,
Tavakol Habibzadeh, Siyamak Rahpeyk, Seyed Hossein Safaei,
Hossein Mehrpour

Senior Editor: Zahra Nikmaram

English Text Editor: Mohammad Hassan Kabgani

Circulation:400

Price:320.000 Rials

Print ISSN: 2476-4566

Online ISSN: 2476-7058

Fax:021-22091869

Web Site: www.raayjournal.ir

E-mail: raayjournal@ijri.ir