

الحمد لله  
الرحمن  
الرحيم

## شناسنامه دوفصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی

### صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران

ویراستار فارسی: محمدرضا خسروی  
ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب آبادی  
شماره پروانه انتشار: ۸۸۸۷۹

سرمدیر: محمد جواد شریعت باقری  
مدیر مسئول: محمد درویش زاده  
مدیر داخلی: محمد مهدی توکلی

### اعضای نخستین نشست نقد و تحلیل آراء قضایی (براساس مروف الفبا):

- ۱- مهدی انجم شعاع ۲- محسن اهوراکی ۳- قاسم برموز ۴- بهرام بهرامی ۵- جعفر پوربدخشان ۶- محمد مهدی توکلی ۷- مهدی جوهری ۸- بهرام درویش ۹- محمد درویش زاده ۱۰- محمدحسین ساکت ۱۱- سام سوادکوهی ۱۲- محمد جواد شریعت باقری ۱۳- جواد طهماسبی ۱۴- غلامرضا موحدیان ۱۵- سیدعباس موسوی ۱۶- سیدفاضل نوری

## تحلیل آراء قضایی نقد و تحلیل آراء قضایی



پژوهشکده حقوق و قانون ایران  
Iranian Law and Legal Research Institute

ناشر: داد و دانش

صفحه آرای: نسیم قلی زاده

امور هماهنگی: فاطمه ماستری، نسترن آقایی

امور فنی و رایانه: محمد جواد مجد

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۰۲ (داخلی ۷)

نمابر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی نشریه: میدان انقلاب، خیابان وحیدنظری، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی سایت: [www.Analysis.illrc.ac.ir](http://www.Analysis.illrc.ac.ir)

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال

## راهنمای نگارش، ارسال و پذیرش مقالات دو فصلنامه علمی تخصصی نقد و تحلیل آراء قضایی

### بخش اول راهنمای نگارش و ویرایش مقالات

مقالاتی که برای این نشریه نگارش می‌شود باید دارای اجزای زیر باشد. ۱- چکیده ۲- متن دادنامه (در صورت وجود) ۳- مقدمه ۴- بدنه اصلی مقاله ۵- نتیجه‌گیری ۶- فهرست منابع. توضیح هر کدام از این اجزا به شرح زیر است:

۱. چکیده: این قسمت شامل عنوان مقاله، مشخصات نویسندگان، متن و کلید واژه‌هاست.

۱-۱. عنوان: عنوان مقاله به صورت دقیق کوتاه و جالب انتخاب و در اولین صفحه ذکر می‌شود.

۱-۲. نام نویسندگان: به ترتیب اولویت نوشته می‌شود در صورتی که میزان فعالیت همه نویسندگان به یک اندازه باشد می‌توان نام آنان را به ترتیب حروف الفبا نوشت. باید از نوشتن عنوانهایی مانند دکتر پروفسور مهندس و موارد مشابه خودداری کرد، رتبه علمی دانشگاهی یا سمت قضایی و آدرس پست الکترونیکی نویسندگان مقاله در پاورقی صفحه اول درج می‌شود در صورتی که یک مقاله دارای نویسنده مسؤول است مشخص می‌شود.

۱-۳. متن چکیده: حداکثر دارای ۳۰۰ کلمه است.

۱-۴. کلیدواژه‌ها: بین ۴ تا ۷ واژه است. ۱-۵- کل صفحه چکیده به یکی از دو زبان انگلیسی یا فرانسوی ترجمه می‌شود.

۲. متن دادنامه: در صورتی که نیاز به استناد به متن رأی وجود داشته باشد لازم متن آن بعد از صفحه چکیده و قبل از مقدمه درج شود و جدول مشخصات رأی به صورت زیر آورده شود.

مشخصات رأی (بدون تجدیدنظر)

شماره دادنامه:

تاریخ:

خواسته یا اتهام:

خواهان یا خوانده (حقوق عمومی)

مرجع رسیدگی (صدور رأی)

۳. مقدمه: مقدمه بیانگر مسأله اصلی است. در مقدمه زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن با موضوع مقاله و نمونه آراء مرتبط بیان می‌شود و در پایان انگیزه تحقیق آورده می‌شود.

۴. **بدنه اصلی مقاله:** بدنه اصلی مقالات این نشریه دارای دو قسمت است. قسمت اول توصیف رأی: در این قسمت توضیحی واضح و گویا از مفاد رأی یا آراء مورد تحلیل و یا نقطه مرکزی مورد بحث ارائه شود. به عنوان مثال در صورتی که تمام متن رأی مورد تحلیل باشد لازم است توضیحی گویا و مختصر از رأی ارائه شود در این توصیف گزارشی از بخش‌های زیر ارایه می‌شود، گردش رأی- مقدمه رأی- ذکر ادله و مدافعات طرفین- استناد و استدلال رأی- منطوق رأی یا الزامات طرفین- اما اگر نقطه کانونی و مرکز تحلیل رأی یکی از قسمت‌های فوق‌الذکر باشد لازم است توصیفی نسبت به همان قسمت ارایه شود. به عنوان مثال اگر مقاله موردنظر بر یکی از استدلال‌های رأی متمرکز است یا نحوه ارزیابی ادله و مدافعات را تحلیل خواهد کرد کفایت که قسمت توصیف هم نسبت به همان بخش متمرکز باشد. قسمت دوم تحلیل رأی: این قسمت متناسب با هدف مقاله تنظیم می‌شود برای تحلیل رأی سوال‌های ذیل زیر می‌تواند مدنظر تحلیل‌گر آرا باشد.

۱- آیا رأی مورد بررسی از انسجام لازم برخوردار است و هر یک از قسمت‌ها با قسمت دیگر ارتباط منطقی دارد؟ یا نه؟ و اگر ندارد چه نقایصی قابل ذکر است؟

۲- انعکاس کامل و منسجمی از ادله و مدافعات طرفین در رأی مورد تحلیل وجود دارد یا نه؟ و اگر چنین نشده نقایص مربوط کدامند؟

۳- آیا اصل مستند و مستدل نویسی در آراء قضایی رعایت شده است؟ و در صورت اجمال، تعارض و سکوت قانون استناد به سایر اصول حقوقی و منابع حقوق رعایت شده است یا نه؟ و اگر رعایت نشده موارد نقض چیست؟

۴- آیا به شکل صریح و منجز الزامات طرفین تبیین شده است؟ و اگر نیست موارد نقص چیست؟

۵- وجوه قوت، امتیاز و برجستگی رأی چه مواردی است؟

۶- ارزیابی رأی از نظر میزان ابتناء بر انصاف، عدالت و اصول کلی حقوقی چگونه است؟

۷- نکته قابل توجه در تحلیل رأی این است که هر گزاره علمی در متن مقاله باید مستند به منابع معتبر یا مستدل باشد. لذا توصیه می‌شود نویسنده مقاله را بازخوانی کند و گزاره‌ای را که در درستی آنها شک دارد حذف یا اصلاح کند.

۵. **نتیجه‌گیری:** در این قسمت یافته‌های تحقیق ارائه شده و توصیه و پیشنهادهای بهبود برای رویه قضایی، اصلاح قانون و دکترین حقوقی ارائه می‌شود.

## راهنمای تنظیم فهرست منابع:

فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب فارسی و غیرفارسی دسته‌بندی شده و بدون شماره‌گذاری 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 چاپ (در صورت تجدید چاپ)، نام شهر محل انتشار: نام مؤسسه انتشاردهنده. برای مثال:

میرمحمد صادقی، 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 دادگستر**، 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.

## ۷- حجم و ترتیب مطالب:

۷-۱- حجم مقاله بدون احتساب متن دادنامه‌ها بین ۴۰۰۰ تا ۸۰۰۰ واژه باشد.

۷-۲- شماره‌گذاری عناوین باروش شماره گذاری عددی و از راست به چپ تنظیم شود.

## بخش دوم راهنمای ارسال مقاله:

۱- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه ... انجام شود.

لذا از ارسال مقاله به صورت کتبی یا ایمیل خودداری شود.

۲- راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله به شرح جدول زیر است.

| موضوع                           | اندازه  | نوع فونت         |
|---------------------------------|---------|------------------|
| عنوان مقاله فارسی               | Bold ۱۲ | B Lotus          |
| اسامی نویسندگان فارسی           | ۱۲ نازک | B Lotus          |
| مشخصات نویسندگان فارسی          | ۱۱ نازک | B Lotus          |
| متن چکیده فارسی                 | ۱۱ نازک | B Lotus          |
| متن رأی                         | ۱۱ نازک | B Lotus          |
| تیتراهای داخل متن               | Bold ۱۲ | B Lotus          |
| کلیدواژه                        | ۱۲ نازک | B Lotus          |
| متن                             | ۱۳ نازک | B Lotus          |
| پانویس فارسی                    | ۱۰ نازک | B Lotus          |
| پانویس لاتین                    | ۱۰ نازک | Times New Romans |
| عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها | ۱۱ نازک | B Lotus          |
| منابع فارسی                     | ۱۱ نازک | B Lotus          |
| منابع لاتین                     | ۱۱ نازک | Times New Romans |

۳- راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده لاتین یا فرانسه به شرح زیر است:

| چکیده های انگلیسی       |         |                  |
|-------------------------|---------|------------------|
| تیترا Abstract          | Bold ۱۱ | Times New Romans |
| عنوان مقاله انگلیسی     | Bold ۱۲ | Times New Romans |
| اسامی نویسندگان انگلیسی | ۱۲ نازک | Times New Romans |
| متن چکده انگلیسی        | ۱۱ نازک | Times New Romans |

۴- راهنمای روش ارجاع دهی به شرح زیر است:

### راهنمای روش ارجاع دهی

در صورت لزوم ارجاع دهی به دیگر منابع، روش ارجاع به منابع به صورت درون متنی و به سبک APA، به شرح آتی خواهد بود:

• ارجاعات بلافاصله بعد از نقل مطلب به این صورت داخل پرانتز ذکر می گردد (نام صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه)، برای مثال: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

• اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو ذکر می شود، مانند: (ره پیک 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 می شود. مانند: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

• در ارجاع درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از op, Ibid، همان یا پیشین منبع عیناً ذکر شود.

• علایم نگارشی (،:؛)، حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

۵- هنگام ارسال مقاله تمامی مشخصات اشخاص حقیقی و حقوقی و نیز نام قضات رسیدگی کننده در آراء حقوقی و کیفری گمنام سازی شده و با حروف اختصاری بیان شود؛ به جز آراء صادره از دیوان عدالت اداری که صرفاً حذف نام اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و قضات رسیدگی کننده کفایت اما نام اشخاص حقوقی حقوق عمومی باقی خواهد ماند.

### بخش سوم راهنمای پذیرش مقاله:

۱- مقالاتی قابل پذیرش است که از نظر محتوایی ناظر به نقد، تحلیل و معرفی آراء، رویه و رسیدگیهای قضایی باشند.

۲- از هر نویسنده حداکثر دو مقاله در سال قابل چاپ و دو مقاله نیز قابل ارجاع به داوری است.

۳- مقالات پس از فرایند داوری پذیرش خواهند شد.

۴- مقالات دانشجویان کارشناسی ارشد به تنهایی قابل ارجاع به داوری نیست مگر این که همراه با عضو هیئت علمی یا مقام قضایی نگارش شده باشند.

۵- نویسندگان با ارائه مقاله به فصلنامه حقوق چاپ و نشر آن را به این نشریه واگذار می کند.

۶- فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.





- سخن سردبیر ..... ۱۱  
محمد جواد شریعت باقری
- سرمقاله: کارکرد توسعه‌سنجی و توسعه‌سازی در رأی قضایی ..... ۱۴  
محمد درویش زاده
- شرح و نقد رأی وحدت رویه ۶۵۲ دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۸۰/۱/۲۸ با موضوع لغو معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی ..... ۲۱  
بهرام بهرامی
- گزارش اولین نشست پژوهشی نقد و تحلیل آراء قضایی ..... ۴۰  
محمد مهدی توکلی
- نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایات عمدی مادون نفس) ..... ۷۵  
امید توکلی کیا
- نگاهی به برداشت دادگاه از عنوان خواسته ..... ۱۰۶  
محمد رضا خسروی
- بررسی و تحلیل رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر: آنی بودن جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و شمول مرور زمان بر آن ..... ۱۱۲  
رقیه فراهانی
- یادداشتی بر رأی شماره‌های ۱۱۸ الی ۱۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (ابطال شرط «تعهد کتبی مبنی بر ۱۰ سال خدمت بدون قید و شرط» در دفترچه راهنمای ثبت نام آزمون استخدامی) ..... ۱۳۱  
محمدوزین کریمیان
- نقد و تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۹۹-۷۹۴ دیوان عالی کشور (امکان ابطال اجرائیه بانکی و آثار آن) ..... ۱۴۴  
حمید گوینده

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسندگان.

مسأله اظهار نظر پیشین در رد دادرس - تایید صحت مزایده؛ اظهار نظر شکلی یا ماهوی؟ (نقد و بررسی دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۲۹۰۰۰۴۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور). ۱۶۰۰  
حسن محسنی، محمد والایی، نیلوفر طاهری لسکوکلایه

«نقد رأی» از «عدالت آیینی» تا «عدالت قضایی» ..... ۱۷۵  
سید عباس موسوی

صدور حکم اعدام، ناشی از عدم توجه به ادله اثبات جرم (تحلیل دادنامه شماره ۱۳۹۶/۷/۹۶۰۹۹۷۰۲۶۲۳۰۰۵۲۲-۲۵ شعبه ۲۳ دادگاه انقلاب اسلامی تهران) ..... ۱۹۸  
سید فاضل نوری

### محمدمهدی شریعت باقری<sup>۱</sup>

مسأله نقد آراء قضایی چند سالی است که مورد بحث محافل حقوقی و قضایی است و اوضاع و احوال، حکایت از نوعی نابسامانی در آراء قضایی دارد؛ یعنی ظاهراً چنین که پیداست آراء دادگاهها به اندازه‌ای اشکال پیدا کرده‌اند که باید برای بیان ایرادها و اشکالهای آنها جلسه گذاشت و کتاب تالیف کرد و آنها را نقد کرد.

البته آراء دادگاهها برای این که خوب فهمیده شوند نیاز به تجزیه و تحلیل دارند و این کاری است که در کشورهایی که نظام حقوقی و قضایی موفق و کارآمدی دارند معمولاً و مرتباً انجام می‌شود اما این که تصور کنیم که آراء دادگاهها آن قدر آکنده از ایرادهای نگارشی، شکلی و ماهوی است که باید نشست و ایرادهایشان را گفت و نوشت، داستان دیگری است.

اما این یک واقعیت است که دادنامه‌های پر ایراد ما چند دسته اند:

یک دسته آراء کلیشه‌ای هستند که یک قالب و محتوای از پیش تعیین شده دارند که اعداد و ارقام و اسامی را در درون آن می‌ریزند و به رأی تبدیل می‌کنند.

یک دسته هم اساساً فاقد استدلال هستند، یا این که در یک جمله می‌نویسند که: با توجه به نظر کارشناس فلان حکم صادر می‌شود.

یک دسته دیگر هم دادنامه‌های پر از غلطهای املائی و انشایی است.

البته، همه اینها توجیه می‌شود به این دلایل که اولاً اشتباهات چندان مهم نیست و ثانیاً منظور از فلان جمله فلان چیز است و ثالثاً این که پرونده‌ها زیاد است و آمار باید داد و....

در چنین شرایطی تعجب‌آور هم نیست که می‌بینیم بخشهای مختلف قوه قضاییه از دیوان عالی تا دیوان عدالت و پژوهشگاه و غیره، همگی، از یک سو راه نقد و نقادی در پیش گرفته‌اند و از سوی دیگر، به دنبال آراء «فاخر» می‌گردند.

۱. قاضی پیشین دیوان عالی کشور و سردبیر نشریه نقد و تحلیل آراء قضایی

Email: shariat.bagheri@yahoo.com

در این گیرودار دسته دیگری از آراء ظهور کرده که می‌شود به آنها آراء «متفاخر» گفت؛ یعنی رای‌هایی که آسمان و ریسمان را به هم بافته و اسامی فیلسوفان قدیم یونان و فیلسوفان جدید آلمان را قاطی رأی کرده‌اند و یک رأی مفصل و دندان‌شکن تحویل داده‌اند تا رأی فاخر تلقی شود. این پدیده اخیر، از جمله، معلول سستی و ناپایداری قوانین و تزلزل در انواع و اقسام مسائل حقوقی و کیفری است که این معرکه را به پا کرده است.

اما صرف‌نظر از این شرایط، اصولاً بررسی و تجزیه و تحلیل آراء دادگاه‌ها نه تنها پسندیده است بلکه ضروری هم هست. تفاسیر دادگاه‌ها و رویه‌ها در مسیر طبیعی خویش بستر تکامل طبیعی دانش حقوق است. دادگاه‌ها قوانین به اصطلاح خشک و بی روح را در کالبد پرونده‌ها می‌دمند و جاندار می‌کنند. حقوق، تنها قانون نیست؛ رویه قضایی و عمل دادگاه‌ها نیز از منابع حقوق است. دادگاه‌ها میدان آزمایش قوانین و انطباق آنها با واقعیتهای موجود در جامعه است و البته این میدان آزمایش، قوانین و قواعد خود را دارد، نه محل آزمون و خطاست و نه جولانگاه خواسته‌ها و خیالات جاده‌های خاکی. بر این اساس، آراء دادگاه‌ها باید در عرصه تضارب آراء قرار بگیرند: تضارب آراء دادگاه‌ها از یک سو و آراء اندیشمندان حقوقی از سوی دیگر.

هدف اصلی فصلنامه حاضر همین «تضارب آراء» است. در شرایط کنونی می‌توان بیشتر برای اصلاح ناهنجاریهای پیش گفته تلاش کرد. امید است که در رسالت خویش توفیق یابد.

## Editor-in-Chief Note

Mohammad Javad ShariatBagheri<sup>۱</sup>

### Abstract:

There are several years that we discuss, in Iran, the issue of reviewing or criticism of courts judgements. The situation looks so critical that we have to convene the meetings to express the objections and to write the books on the matter.

Anyway, regardless of these circumstance, reviewing and analyzing court decisions is not only desirable but also necessary. Interpretations of courts decisions and *jurisprudence* are the basis for the natural evolution of legal knowledge. The courts enliven the so-called dry and soulless Acts of legislator in the body of cases. Law is not the only the Acts of legislator; Judicial practice and the practice of the courts are also sources of law. The courts are the testing ground for laws and their conformity with the realities of society, and of course this testing ground has its own rules, it is not a place of trial and error, nor a hotbed of dirt road desires and fantasies.

---

۱. Former justice of the Supreme court and Editor-in-Chief of Analysis of Judicial Decisions Journal, (Email: shariat.bagheri@yahoo.com)

## سرمقاله: کارکرد توسعه‌سنجی و توسعه‌سازی در رأی قضایی

محمّد درویش‌زاده<sup>۱</sup>

### مقدمه:

در شرایط کنونی کشور، مسائل و مشکلات اقتصادی اولویت‌نمایی پیدا کرده است. حل این مشکلات باید از طریق برنامه‌های توسعه کشور دنبال شود. این برنامه‌ها باید در قالب قوانین ۵ ساله تدوین و تصویب شود. تدوین برنامه‌های توسعه عمده توسط افراد و نهادهای دارای تخصص اقتصادی و اجتماعی کشور انجام می‌شود. معمولاً ابعاد حقوقی و قضایی در تدوین برنامه‌های توسعه کشور جدی گرفته نشده است و حداکثر فصل خاص یا چند ماده از قانون برنامه توسعه به «امور حقوقی و قضایی» اختصاص پیدا می‌کند، در حالی که بسیاری از «شاخصهای توسعه ساز» و یا «توسعه سنج» ماهیت یا کارکردی کاملاً حقوقی و قضایی دارند. مثلاً «حمایت از آزادیهای فردی» یا «حقوق مالکیت» یا «حاکمیت قانون» و امثال آن شاخصهایی هستند که در تمام برنامه‌های توسعه‌ای کشور موثرند و یا بر آنها تأثیر می‌گذارند. این شاخصها زمانی بهبود و ارتقا پیدا می‌کنند که ساز و کارهای حقوقی لازم برای آن پیش‌بینی شده باشد، رسیدگی به بیش از ۵ میلیون پرونده یکتا و قریب به ۱۵ میلیون پرونده - که معمولاً با صدور یک رأی قضایی مختومه شده‌اند - ظرفیتی عظیم از تأثیر شاخصهای حقوقی و قضایی در توسعه کشور را نشان می‌دهد، لذا نقش و کارکرد رأی قضایی در تحقق برنامه‌های توسعه کشور نیازمند توجهی درخور آن است که در اینجا به آن اشاره می‌شود.

۱. قاضی پیشین دیوان عالی کشور و مدیر مسؤول دوفصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی

## ۱. اهمیت مشکلات اقتصادی و فراوانی آنها:

می‌دانیم و می‌بینیم که مشکلات اقتصادی اهمیت و اولویت دارند. رفع و حل مشکلات اقتصادی در گرو برنامه‌های توسعه کشور است. بعد از انقلاب اسلامی ۶ برنامه توسعه پنج ساله طراحی و اجرا شده است. اکنون در آستانه برنامه هفتم توسعه کشور هستیم و همچنان با مشکلات اقتصادی فراوانی دست به گریبان هستیم. و این سؤال مطرح است که چگونه در برنامه هفتم بر مشکلات اقتصادی غلبه کنیم؟

## ۲. خلاء استفاده از علوم اجتماعی به طور عام و ابعاد حقوقی و قضایی

### مسائل در برنامه‌های توسعه به طور خاص

برنامه‌های توسعه با نگرش اقتصادی نوشته می‌شود. این برنامه‌ها عمدهً توسط اقتصاددانان تدوین می‌شود و پایه اصلی آن تحلیلهای اقتصادی است. به طور کلی نگرشهای اجتماعی و استفاده از علوم اجتماعی در تدوین برنامه‌های توسعه کم رنگ بوده و به طور خاص توجه به ابعاد حقوقی و قضایی در برنامه‌های توسعه اندک است. فرصتی که اکنون، با مدیریت قوه مجریه توسط رئیس سابق قوه قضاییه، فراهم آمده، ایجاب می‌کند که به عوامل ناکارآمدی برنامه‌های توسعه بیشتر توجه کنیم. به نظر می‌رسد که یکی از عوامل ناکارآمدی برنامه‌های توسعه و مشکلات اقتصادی - که بعد از اجرای ۶ برنامه توسعه با آن مواجه هستیم - دقیقاً مربوط به غلبه نگرش اقتصادی و غفلت از نگرشهای اجتماعی به طور عام و بی‌توجهی به نگرشهای حقوقی به طور خاص باشد.

## ۳. ویژگی چندوجهی و پیچیدگی در برنامه‌های توسعه و وجود صدها

### نوع شاخص مؤثر در آن

توضیح بیشتر این مدعا آن است که توسعه یک کشور امری میان بخشی، چندوجهی و پیچیده است. به عبارت دیگر از پنجره‌های مختلفی می‌توان به مقوله توسعه توجه کرد مثلاً توسعه از منظر اقتصادی، توسعه از منظر اجتماعی، توسعه از منظر فرهنگی، توسعه از منظر فردی و امثال

آن از جمله پنجره‌های متعددی است که به سوی توسعه باز می‌شود. هر یک از پنجره‌های مختلفی که به توسعه باز می‌شود، با شاخصهای متعددی اندازه‌گیری می‌شود. در برخی از آثار مطالعاتی توسعه تعداد ۳۸۰ شاخص برای نمایشگری وضعیت توسعه معرفی شده‌اند.

این شاخصها به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: که عبارت است از «شاخصهای توسعه‌سنج» و «شاخصهای توسعه‌ساز» بهبود وضعیت شاخصهای توسعه‌ساز منجر به حرکت در مسیر توسعه می‌شود. مثلاً توسعه زیرساختهای صنعت با شاخصهای توسعه‌ساز نشان داده می‌شود و نتیجه گرفته می‌شود که «سطح تولید» افزایش یافته و درآمد سرانه بیشتر شده است و در نتیجه آن توسعه محقق می‌شود و لذا به آنها شاخصهای توسعه‌ساز می‌گویند. در مقابل آنها شاخصهای «توسعه‌سنج» هستند. این شاخصها نشان می‌دهند که توسعه از یک منظر و پنجره خاص چه وضعیتی دارد؟ شاخصهای توسعه‌سنج به طور مستقیم تغییری در وضعیت توسعه ایجاد نمی‌کنند، بلکه وضعیت موجود را اندازه‌گیری کرده و سطح آن را نشان می‌دهند. این شاخصها به طور مستقیم برای افزایش درآمد سرانه طراحی نشده‌اند. اما افزایش آنها می‌تواند به بهبود سایر شاخصها کمک کرده و به تحقق توسعه کمک کند. نکته مهم این است که هم در میان شاخصهای توسعه‌سنج و هم در میان شاخصهای توسعه‌ساز مفاهیمی وجود دارد که صد در صد ابعاد حقوقی و قضایی دارند. یعنی بهبود وضعیت آنها در نهایت منجر به تحقق توسعه می‌شود و عدم تحقق اهداف توسعه‌ای می‌تواند ناشی از کم‌توجهی به این شاخصها باشد.

#### ۴. شاخصهای توسعه‌سنج و توسعه‌ساز با ماهیت حقوقی

برخی از شاخصهای توسعه‌ساز که در توسعه کشور بسیار مؤثر هستند، و ماهیتی ذاتاً حقوقی دارند عبارت است از: کیفیت محیط سرمایه‌گذاری، کیفیت شرایط کسب و کارها، سازوکارهای حمایت از حقوق مالکیت، میزان حاکمیت قانون، کارایی‌ساز و کارهای کنترل فساد، ساز و کارهای حمایت از حقوق فردی، آزادی و سهولت تجارت فرامرزی، سرعت، سهولت و اثربخشی در ضمانت اجرای قراردادها، درجه تفکیک قوا، میزان توجه و رعایت حقوق شهروندی، بی‌طرفی و استقلال دادگاهها، استقلال قوه قضاییه، میزان و نحوه رسیدگی به جرایم علیه عدالت، میزان



تعارض یا عدم توافق میان قوا، میزان رعایت حقوق متهم و فرآیندهای دادرسی عادلانه، آزادی اجتماعات، ساز و کارهای مدیریت تعارض منافع، شفافیت دولت و حاکمیت و... همچنین برخی از شاخصهای شناسایی شده در مطالعات توسعه که از نوع شاخصهای «توسعه سنج» بوده و ماهیتی کاملاً حقوقی و قضایی دارند عبارت است از: نرخ جرایم خشن، نرخ جرایم علیه اموال و مالکیت، سطح عمومی اختلاف و منازعه میان فردی و میان گروهی، محدودسازی اختیارات قوه مجریه توسط قوای قضاییه و مقننه، مجازات مقامات متخلف، سطح دخالت در حریم خصوصی و آزادیهای فردی، میزان تبعیض و استثنانگرایی قانونی، کارایی نظامهای حل و فصل اختلافات و...

ملاحظه می شود که این شاخصها ماهیتی کاملاً حقوقی و قضایی داشته و تأثیر مستقیمی در شاخصهای کلان اقتصادی نظیر: نرخ رشد اقتصادی، درآمد سرانه، تولید ناخالص داخلی، نرخ بیکاری، نرخ تورم، ضریب جینی و... دارد. اما ماهیتاً و موضوعاً! در حوزه مسائل حقوقی و قضایی تعریف می شود.

## ۵. تأثیر رأی قضایی بر شاخصهای توسعه سنج و توسعه ساز با ماهیت

### قضایی

اکنون این سؤال مطرح است که نقش رأی قضایی در شاخصهای توسعه سنج و توسعه سازی که ماهیت قضایی دارد و بهبود آنها تابع یا مرتبط با رأی قضایی است چگونه است؟ به نظر می رسد که آراء قضایی از دو جهت بر شاخصهای توسعه سنج و توسعه ساز تأثیر مستقیم دارد.

**اول؛** از جهت کمیت و فراوانی، **دوم؛** از جهت کیفیت و محتوا، منظور از جهت کمیت آن است که سالانه بیش از ۵ میلیون منازعه مطرح می شود، برای حل و فصل این منازعات قریب به ۱۵ میلیون رأی قضایی صادر می شود. این موضوع به آن معناست که سالانه حدود ۱۵ میلیون رأی قضایی برای حل و فصل رویدادهای اختلافی در کشور صادر شده و به وسیله این آراء نحوه حل و فصل اختلاف مشخص می شود.

در جریان صدور این آراء به صورت مستقیم وضعیت شاخصهای مؤثر در توسعه کشور تعیین تکلیف می‌شود. به عنوان مثال شاخصهایی همچون میزان «حمایت از حقوق مالکیت» و یا «حاکمیت قانون» و یا «ضمانت اجرای قراردادها» با این حدود ۱۵ میلیون پرونده رأی مستقیماً مشخص می‌شود و فراوانی این حجم رأی قضایی تأثیری مستقیم در فرایند توسعه کشور ایجاد می‌کند و وضعیت شاخصهای مزبور را مشخص می‌کند اما از جهت کیفی تأثیر آراء قضایی در شاخصهای توسعه‌ساز و یا توسعه‌سنج از آن جهت است که وضعیت بهبود یافته و یا آسیب دیده هر یک از شاخصهای مزبور مستقیماً تحت تأثیر آراء قضایی است. به عنوان مثال نرخ جرایم خشن به عنوان یک شاخص توسعه‌سنج می‌تواند تحت تأثیر کیفیت رسیدگیهای قضایی و آراء صادر شده، افزایش یا کاهش یابد. همچنین شاخص «سطح عمومی اختلاف» و منازعه نیز می‌تواند تحت تأثیر آراء قضایی افزایش یا کاهش پیدا کند. زیرا تمرکز آراء بر حل قطعی اختلاف و قلع ماده نزاع، می‌تواند موجب کاهش این شاخص شود و در مقابل عدم توجه به حل و فصل واقعی اختلاف، می‌تواند با وجود مختومه شدن پرونده و صدور رأی، زمینه طرح پرونده‌های دیگری را هم پدید آورد و در نتیجه شاخص سطح عمومی اختلاف و منازعه می‌تواند با صدور آراء ضعیف افزایش پیدا کند و به تبع آن مسیر توسعه کشور تحت تأثیر کیفیت آراء قضایی ممکن است هموار شده و یا با ناهمواریهای جدیدی مواجه شود! نمونه دیگر میزان تبعیض و استثنانگاریهای قانونی است که به عنوان یک شاخص توسعه‌سنج شناخته می‌شود، می‌تواند تحت تأثیر رویه قضایی و تفاسیری که قضات از قانون ارائه می‌دهند، و در آراء آنها متبلور می‌شود، افزایش یا کاهش پیدا کند و در نتیجه از این رهگذر مسیر توسعه کشور ممکن است بهبود یافته یا با مشکلاتی مواجه شود.

بنابراین هر یک از شاخصهای حقوقی و قضایی مثل «میزان حاکمیت قانون»، «بی‌طرفی و استقلال دادگاهها»، «میزان و نحوه رسیدگی جرایم علیه عدالت»، «رعایت حقوق متهم» و فرآیندهای دادرسی عادلانه و امثال آنها تماماً تحت تأثیر آراء قضایی می‌تواند بهبود یافته و یا با موانع و مشکلاتی مواجه شود و این موضوع به طور مستقیم برنامه‌های توسعه کشور را تحت تأثیر قرار می‌دهد و مشکلات اقتصادی را کاهش یا افزایش می‌دهد.

## نتیجه‌گیری:

نقد و تحلیل آراء قضایی می‌تواند به بهبود این فرایندها کمک کرده و آنها را ارتقا دهد و این نشریه در پی آن است که با نقد و تحلیل روشمند و تخصصی آراء در بهبود و اثر بخشی برنامه‌های توسعه کشور عزیزمان سهیم باشد.

در این مسیر دست یاری و همکاری به سوی اتحاد جمعیت حقوقی کشور دراز کرده و از مشارکت قضات، اعضای هیأت علمی دانشکده‌های حقوق، وکلا، سردفتران اسناد رسمی، مدیران و کارشناسان حقوقی در بخشهای دولتی، عمومی و خصوصی برای نقد و تحلیل آراء قضایی استقبال می‌کنیم امید آن که در توسعه ادبیات حرفه‌ای و حقوق عملی و نیز تحقق رشد و توسعه کشور عزیز و اسلامی‌مان مؤثر باشیم. بعون الله تعالی

## The Function of Measuring Development and Develop Building in a Judicial Decision

Mohammad Darvishzadeh<sup>1</sup>

In the current situation of the country, economic issues and problems have gained high priority.

Solving these problems should be pursued through the country's development programs.

These programs must be drafted and approved in the form of 5-year laws. Draft of development plans is mainly done by individuals and institutions with economic and social expertise in the country.

Usually, the legal and judicial aspects are not taken seriously in the development in the national development plans, and at most a chapter or a few articles of the National Development plan Act are dedicated to "legal and judicial affairs". While many "develop builder indicators" or "measuring developments" have a completely legal and judicial nature or function.

For example, "protection of individual liberties" or "property rights" or "rule of law" and the like are significant indicators that are embodied in all national development plan or have an impact on them.

These indicators are improved and promoted when the necessary legal enforcement mechanisms are foreseen. Handling more than 5 million unique cases and nearly 15 million cases that have usually been closed by issuance of a single judicial decision shows the existence of an enormous potential for the impact of legal and judicial indicators in national development.

Therefore, the role and the function of the judicial decision in realization of the developmental programs of the country, requires proper attention which will be referred to in here.

**Keywords:** Verdict, Judgmental Procedure, Analysis, Criticizing, Unity of Procedure.

1. Former justice of the Supreme court and Director-in-Charge of Analysis of Judicial Decisions Journal, (Email: darvishzadeh@lawpedia.ir)

## شرح و نقد رأی وحدت رویه ۶۵۲ دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۸۰/۱/۲۸ با

### موضوع لغو معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی

بهرام بهرامی<sup>۱</sup>

#### چکیده:

هدف از نگارش این مقاله، نقد، بررسی و تحلیلی بر رأی شماره ۶۵۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور است. به موجب این رأی، چون به موجب ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی نسخ شده است، بانک ملی ایران، به عنوان یک نهاد دولتی مکلف به پرداخت هزینه دادرسی است. در این مقاله، رأی مذکور از دو حیث قواعد شکلی و قواعد ماهوی مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است. ایرادات و انتقادات وارد بر این رأی از جنبه رعایت قواعد شکلی نگارش رأی در هفت بند احصا و ارائه شده است. نکات و انتقادات ماهوی وارد بر رأی مذکور نیز در هشت بند احصا و مورد بررسی قرار گرفته است.

*کلیدواژه‌ها: رأی وحدت رویه، دادرسی، قانون آیین دادرسی مدنی، نهاد دولتی*

### رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

به موجب تبصره ۳ ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، متقاضی تجدید نظر از آراء باید مبلغ ده هزار ریال بابت هزینه دادرسی بپردازد و چون بر طبق ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی نسخ شده است، علی هذا بانک ملی ایران در تعقیب شکایت کیفری موظف به تأدیه هزینه دادرسی است و رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان گرگان که با این نظر مطابقت دارد به اکثریت آراء اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور ابرام می شود.

این رأی برطبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم الاتباع است.

### الف) تحلیل، تنقید و توصیف شکلی (ساختاری)

۱. ضمیر اشاره «این» و «آن» باید جدا از کلمه یا حرف قبل و بعد نوشته شود. بنابراین «این که» در سطر اول نظر دادستان کل کشور نادرست است. و باید «این که» نوشته شود.
۲. نظر به این که تنوین ویژه زبان عربی است. و در نگارش فارسی تنوین به کار نمی رود. بنابراین اگر به جای «نتیجتاً» معادل فارسی آن و یا «در نتیجه» نوشته شود بهتر است.
۳. «علیهذا» در سطر ۷ رأی وحدت رویه مرکب از «علی» به معنی «بر» یا «بنابر» و «هذا» به معنی «این» می باشد. و معادل فارسی آن «بنابراین» «برای این» می باشد.
۴. «ذیل» در سطر ۷ نظر دادستان کل کشور به معنی زیر، پایین، پهلوی و کمی بالا می باشد. در کتابهای قدیمی وقتی کسی کتابی را مطالعه می کرد. توضیح یا شرح و نقد خود را کنار مطلب می نوشت آنرا «ذیل» می گفتند. بنابراین عبارت «در ذیل ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م» مسامحه در تعبیر و نادرست است. و بهتر است می آمد قسمت پایانی یا قسمت اخیر یا در سطر پایانی ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م هر چند ضرورتی هم در به کار بردن «ذیل» نیست. چنان که نوشته شود: با توجه بر ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م از روانی بیشتری برخوردار می شد.

۵. «موجه» به معنی صاحب جاه و مقام و وقار، همچنین لغت فاعلی از توجیه و به معنی آن که چیزی را بر یک روش قرار می‌دهد و به معنی پسندیده و مقبول و شایسته و قابل پذیرش و گاه با ترکیب‌هایی مانند «عذر موجه» ماده ۳۰۵ ق.آ.د.م «دلایل موجه بودن عذر» و یا «دلیل عذر موجه» ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م و «رأی داور باید موجه و مدلل بوده» ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م. یا در ماده ۳۷۴ ق.آ.د.ک آمده است: «.... رأی دادگاه باید مستدل، موجه، و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد...» در هر حال واژه «موجه» دارای ابهام و اجمال و نامشخص است.

از سوی دیگر دادگاه واژگانی چون «بلاوجه» و «اظهارات بلاوجه» و «بی وجه» و «ناموجه» نیز در نوشته‌های حقوقی دیده یا شنیده می‌شود که ایراد و اشکال به مراتب بیشتری دارد و در رأی ضعف تألیف است. در هر حال اگر در سطر ۱۱ نظر نماینده دادستان کل کشور به جای واژه «موجه» از واژه مشخص با تعریف و مفهوم روشن تری استفاده شود. بی تردید از ضعف تألیف کمتری برخوردار بود.

۶. واژه «وفق» در سطر ۱۲ رأی وحدت رویه به معنی مطابق، سازگار و مطابقت، برابر، یکسان، تطبیق و موافقت بین دو یا چند چیز می‌باشد. عبارت «این رأی وفق ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک» دارای ضعف تألیف و نامأنوس است. و به جای آن می‌توان نوشت «این رأی برابر ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک» و یا «این رأی به استناد ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک»

۷. «به موجب» در سطر اول رأی وحدت رویه به معنی ایجاب کننده، هر آن چه ایجاد می‌کند، مقرر کننده و گاه به اشتباه به جای سبب و جهت و باعث به کار می‌رود. نانم نداد چرخ ندانم چه موجب است / ای چرخ ناسزا ندیم من سزای نان؟ (خاقانی)، (آخر چه موجب است که باز از حدیث وصل / کم کرده‌ای و در سخن زر فزوده‌ای) (خاقانی) (راستی موجب رضای خداست / کس ندیدم که گم شد از ره راست) (سعدی) به هر حال بین «موجب» «سبب» «جهت» و «علت» فرق است چنان که به استناد ماده ۸۶۱ ق.م «موجب ارث نسب و سبب است. و به استناد ماده ۸۶۴ ق.م از جمله اشخاص که به موجب سبب ارث می‌برند هریک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد. در هر حال عبارت «به موجب» نامناسب و بهتر است به جای آن عبارت «به استناد تبصره ۳ ماده ۲۸...» به کار می‌رفت.

## ب) تحلیل، تنقید و توصیف ماهوی (محتوای)

۱. ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ مقرر می‌دارد: «در موارد زیر مدعی از تأدیه هزینه دادرسی معاف است: (۱) دعوای که خواسته آن از بیست هزار ریال بیشتر نباشد. (۲) دعوی اعسار نسبت به هزینه دادرسی (۳) دولت و همچنین دادستان از تأیه هزینه دادرسی معاف هستند.

۲. ماده ۵۰۲ و ۵۰۳ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «هزینه دادرسی عبارت است از (۱) هزینه برگهایی که به دادگاه تقدیم می‌شود (۲) هزینه قرارها و احکام دادگاه (۳) هزینه دادخواست کتبی یا شفاهی اعم از دادخواست بدوی و اعتراض به حکم غیابی و متقابل و ورود و جلب و اعتراض شخص ثالث و دادخواست تجدیدنظر و فرجام و اعاده دادرسی و هزینه وکالتنامه و برگهای اجرایی و غیره همان است که در ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ و یا سایر قوانین تعیین شده است که به صورت الصاق و ابطال تمبر یا واریز وجه به حساب خزانه پرداخت می‌گردد.»

۳. ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن و مواد ۳۱، ۲۳، ۲۱، ۱۹، ۱۸ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و سایر قوانین و مقررات در موارد و مغایر ملغی می‌گردد.»

۴. دادستان کل در نظر خود نسبت به صدر و قسمت پایانی ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م قایل به تفکیک شده و آورده است: «به صراحت صدر ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن ملغی گردیده است و هر چند در ذیل ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م و سایر موارد در صورت مغایرت ملغی می‌گردد اما ظاهر در این است که قسمت اخیر یعنی «در موارد مغایر» فقط ناظر بر عبارت «سایر قوانین و مقررات» می‌باشد.»

در سطر ۴ رأی وحدت رویه نیز آمده است: «برطبق ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ در مورد معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی نسخ شده است....»

۵. در ارتباط با «وضعیت مخصص بعد از چند جمله» یا «وضعیت یک قید بعد از چند جمله» سه نظر بیان شده است:



**(الف) نظر اول:** جمله اخیر به هر حال تخصیص می‌یابد ولی جمله‌ها و عبارتهای پیشین از ظهور می‌افتد و مجمل می‌شود. زیرا نه تخصیص یافتن آنها مسلم است. تخصیص نیافتن و با تحقق اجمال و تردید در تسری مخصص به عبارات دیگر باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی و یا اصول حقوقی و اصول عملیه رجوع کرد.<sup>۱ و ۲</sup>

**(ب) نظر دوم:** اگر عبارات و جمله‌ها موضوعشان تکرار شده باشد، (یکسان باشد) مخصص به همه جمله‌ها و عبارات بر می‌گردد. مانند اکرم العلماء و اصفهم و اطعمهم الا الفساق یا اکرم العلماء و اصف افعلماء و اطعم العلماء الا الفساق یعنی: علماء را اکرام و پذیرایی پنهانی و اطعام کنید یا علماء را اکرام کنید، کل الناس هالکون الا العالمون و اعالمون هالکون الا العالمون و العالمون هالکون الا المخلصون و المخلصون فی خطر عظیم همه مردم در هلاکت‌اند مگر عالمان، عالمان در هلاکت‌اند مگر آنان که به علم خود عمل می‌کنند و عاملان نیز در هلاکت هستند مگر آنان که از روی اخلاص کار کنند و انسانهای مخلص نیز در خطر عظیمی هستند.

در اینجا موضوع یک بار ذکر شده است و مخصص در مقام اخراج بعضی افراد موضوع از حکم است بنابراین با اخراج مورد استثناء از موضوع، همه جمله‌ها تخصیص می‌یابند.<sup>۳</sup>

**(ج) نظر سوم:** اگر عبارات و جمله‌ها موضوعشان تکراری نباشد (تکرار نشده باشد) مخصص فقط به جمله اخیر می‌خورد مانند اکرم العلماء و اصف الفقهاء و اطعم الفقراء الا الفساق<sup>۴</sup>

**نتیجه:** اولاً فرض بر این است که قانون‌گذار حکیم و از مقدمات حکمت برخوردار است ثانیاً قانون‌گذار در ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ مقرر داشته است: «از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن و... سایر قوانین و مقررات در موارد مغایر ملغی می‌گردد». و این در حالی است که یک سال قبل قانون‌گذار در ماده ۳۰۸ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ مقرر داشته است: «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون دادگاههای عمومی و انقلاب فقط بر اساس این قانون عمل کرده و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ و

۱. آخوند خراسانی، مرحوم ملا محمدکاظم، کفایه الاصول ج ۱ ص ۳۶۵

۲. محمدی دکتر ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی ص ۸۱

۳. خویی، آیت الله ابوالقاسم، اجود التقريرات نأیینی ص ۴۹۷

۴. محمدی، دکتر ابوالحسن مبانی استنباط حقوق اسلامی ص ۸۱

اصلاحات بعدی آن و همچنین کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون نسبت به دادگاههای عمومی و انقلاب لغو می‌گردد». با مقایسه مفاد و مندرجات این دو ماده چنین استفاده می‌شود که در ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م بنابر نسخ بنحو مطلق نبوده است و در موارد مغایر ملغی گردیده است. اگر نظر قانون‌گذار این بود که به طور مطلق نسخ گردد. همانند آیین دادرسی کیفری تصریح می‌کرد.

ثانیاً در آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و اصلاحیه ۱۳۳۸ و الحاقات بعدی ۴۰۱ مورد حکم بیان شده است که در قانون جدید (آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹) مسکوت گذاشته است. و تکلیف آن را معین نکرده است. صرف نظر از این که بین بیان با سکوت تغایر وجود ندارد. از سوی دیگر با عنایت به ماده ۳ ق.آ.د.م که در موارد نقص و تعارض و سکوت (مواردی که در قضیه مطروحه حکمی وجود نداشته باشد) با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی باید حکم آن را دریافت و مبادرت به صدور رأی کرد. اصول حقوقی و منابع معتبر اسلامی اقتضای استصحاب و عدم نسخ قانون پیشین را دارد.

۶. در صفحه ۹ مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۰ از قول یکی از قضات که سمت معاونت دیوان را نیز به عهده داشت آمده است: «... هیأت عمومی در مقام وضع قانون نیست ما وظیفه داریم در چهارچوب قانون اگر اختلاف استنباط باشد برای ایجاد وحدت رویه اقدام کنیم در قانون سابق مستثنیات را در نظر گرفته بودند که اینها از پرداخت هزینه دادرسی معاف هستند در قانون جدید به تعدادی از ارگانها مثل بنیاد شهید، بنیاد جانبازان، کمیته امداد و بعضی از سازمانهای دولتی تصریح شده ولی برخلاف قانون سابق دولت به عنوان کل در اینجا نیامده بنابراین طبق قانون جدید دولت خود مستثنی نیست. این که در آخر اشاره فرمودند که آن چه مغایر با این قانون هست منسوخ است مغایر که حتماً لزومی ندارد که از نظر لفظ و عبارات مغایر باشد. در قانون سابق دولت جزء مستثنیات بوده ولی در این قانون مستثنی نشده و ما

مكلف هستيم طبق قانون فعلى عمل كنيم و حسب اين قانون دولت مكلف به پرداخت هزينه دادرسى است....»<sup>۱</sup>

اولاً اين مقامعالى قضايى محترم به گمان يكبار هم ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ و قانون آيين دادرسى مدنى ۱۳۷۹ را ملاحظه نفرموده اند زيرا برخلاف تصور و گمان و بيان ايشان در قانون جديد هيچ نهاد و بنيادى را معاف نكرده است نه بنياد شهيد، نه جانبازان و نه كميته امداد و نه بعضى از سازمانهاى دولتى، در سطر ۵ اظهار نظر ايشان آمده است: «در قانون جديد به تعدادى از ارگانها مثل بنياد شهيد..... تصريح شده است» کدام ماده قانون جديد چنين تصريح دارد!!! ثانياً ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ مقرر مى داشت: «در موارد زير مدعى از تأديه هزينه دادرسى معاف است:

۱. دعاوى كه خواسته آن دويست ريال يا كمتر است.

۲. دعوى اعسار نسبت به هزينه دادرسى.

۳. دولت و همچنين دادستان از تأديه هزينه دادرسى معاف هستند.

در مورد بند ۱ به موجب ماده ۲۳ قانون شوراى حل اختلاف ۱۳۹۴ مقرر گرديده است: «هزينه رسيدگى شوراى حل اختلاف در كلييه مراحل در دعاوى كيفرى و غير مالى معادل هزينه دادرسى در محاكم دادگستري و در دعاوى مالى معادل پنجاه درصد ۵۰٪ آن است. رسيدگى به دعاوى مشمول ماده ۸ اين قانون بدون هزينه دادرسى است. ماده ۸ قانون شوراى مقرر مى دارد: «در موارد زير شوراها با تراضى طرفين براى صلح و سازش اقدام مى نمايند:

الف) كلييه امور مدنى و حقوقى

ب) كلييه جرايم قابل گذشت

پ) جنبه خصوصى جرايم غير قابل گذشت

۱. نيرى، حسينعلى متولد ۱۳۳۵ دماوند در ۲۶ سالگى به عنوان حاكم شرع در زندان اوين بوده است و از ۱۳۶۸ تا زمان نگارش اين سطور وي به سمت معاون ديوانعالى کشور منصوب شده اند. در پرونده هاى حساس چون اعدام هاى ۶۷ در اوين و پرونده سيرجان و اصل ۴۹ و غير نقش داشته است. اظهارات توأم با ضعف تأليف و استدلال و استنباط در هيأت عمومى ديوان، نشانه اى از درد جانكاه در عدليه است.

بنابراین در خصوص بند ۱ ماده ۶۹۰ آ.د.م ۱۳۱۸ به استناد ماده ۲۳ ناظر به ماده ۸ قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ تعیین تکلیف شده است. در مورد بند ۲ ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ قانون گذار سکوت کرده است و نهایتاً به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۶۲ مورخ ۱۳۸۲/۷/۲۹ که آمده است: «بر طبق ماده ۲۶ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ حکم رد یا قبول اعسار در مورد محکوم به قابل استیناف است و به موجب بند ب و ماده ۳۳۱ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ کلیه احکام صادره در دعاوی غیر مالی قابل درخواست تجدیدنظر می باشد بنابه مراتب و با توجه به غیر مالی بودن دعوی اعسار رأی شعبه دوم دادگاه تجدید نظر استان همدان که دعوا مذکور را قابل تجدید نظر دانسته مستنداً به ماده ۲۷۰ ق.آ.د.م ۱۳۷۸ صحیح و منطبق با قانون تشخیص و تأیید می شود....»

در مورد بند ۳ ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ در ق.آ.د.م ۱۳۷۹ هم در مورد دولت و هم در مورد دادستان حکمی نیامده است و سکوت اختیار کرده است.

ثالثاً مطلبی که همواره مغفول واقع شده است دادستان است. که در قانون قبلی معاف بود و در قانون جدید سکوت کرده و در عمل رویه استمرار معاقبت دادستان صورت پذیرفته است.

رابعاً در ماده ۱۳۹ ق.ت. آمده است: «در صورت فوت یکی از شرکا (شرکت تضامنی) بقای شرکت موقوف به رضایت سایر شرکا و قائم مقام متوفا خواهد بود. اگر سایر شرکا به بقای شرکت تصمیم نموده باشند، قائم مقام متوفا باید در مدت یک ماه از تاریخ فوت، رضایت یا عدم رضایت خود را راجع به بقای شرکت به طور کتبی اعلام کند. در صورتی که قائم مقام متوفا رضایت خود را اعلام کرد، نسبت به اعمال شرکت در مدت مزبور از نفع و ضرر شریک خواهد بود، اما در صورت اعلام عدم رضایت در منافع حاصل شده در مدت مذکور شریک بوده و نسبت به ضرر آن مدت سهیم نخواهد بود. سکوت تا انقضای یک ماه در حکم اعلام رضایت است.»

قاعده «لاینسب لساکت قول» یک قاعده کلی بوده و قلمرو و دامنه شمول آن وسیع است. به عکس قاعده «السکوت فی معرض الحاجه بیان» قاعده استثنایی است و باید به قدر متیقن عمل شود و مصادیق آن محدود تفسیر شود.

همچنین سکوت ابتدایی و محض همان گونه که گذشت، منشأ هیچ اثر حقوقی نمی‌تواند باشد، مگر این‌که همراه با قرینه‌های عرفی و اجتماعی و اوضاع و احوالی شود که بر اراده دلالت کند، که به اصطلاح سکوت ملابس<sup>۱</sup> غیرابتدایی یا سکوت توأم با قرینه نامیده می‌شود.

قلمرو سکوت خارج از محدوده بیان اراده یک جانبه و ایقاعات است و در طلاق، فسخ و ابرا ورود نداشته و از شمول «ایجاب» (offer) خارج است و صرفاً در تعهدات و عقود و آن هم در خصوص «قبولی» (agreement acceptance) و تحت شرایطی قابل پذیرش خواهد بود.

طبیعت معاملات و قراردادهای و همچنین عرف تجاری اقتضا دارد که ایجاب کننده پس از ایجاب به طور متعارف منتظر قبولی طرف مقابل باشد و اگر قبولی در وقت مناسب خود اعلام نشود، قرارداد انعقاد نخواهد یافت.

اما اگر میان متعاقدان قراردادی در سابق بوده باشد و ایجاب جدیدی متصل به آن قرارداد پیشین به عمل آید، سکوت پس از آن دلالت بر قبولی ایجاب دارد.

در بند یک ماده ۹۸ ق.م مصر آمده است: «اذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري او غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فان اعقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب» بند ۲: «و يعتبر السكوت عن الرد قبولاً اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل الايجاب بهذا التعامل، او اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه» هنگامی که طبیعت قرارداد یا عرف تجاری و غیر آن بر این دلالت کند که ایجاب کننده منتظر تصریح در قبولی نباشد، در این صورت اگر در وقت مناسب ایجاب رد نشود چنین عقدی معتبر خواهد بود. به عبارت دیگر سکوت به منزله قبولی تلقی می‌شود. و اگر سابقاً بین طرفین عقد قراردادی در بین بوده باشد و ایجاب جدیدی متصل به آن صورت پذیرد این سکوت دلالت بر قبولی خواهد داشت.

به عبارت دیگر سکوت در قلمرو ایجاب فاقد اعتبار است. بنابراین نباید تصور کرد که مجرد سکوت دلالت بر ایجاب می‌کند. همچنین مجرد سکوت در قلمرو قبولی نیز دارای اعتبار نیست. زیرا اراده عمل ایجابی و سکوت سلبی است به همین جهت گفته شده: «اینسب لساکت قول» از

۱. جمع ملبس، پوشاک، لباس، پوشیده شده

طرف دیگر به طور کلی و به وجه عام جایگاه «السکوت فی مقام بیان» استثنایی بر اصل است. سکوت بر رد و عدم، بیشتر دلالت دارد تا به قبولی. همچنین در ماده ۸۱ ق.م عراق مشابه همین متن با اندکی تغییر آمده است: «لا ینسب الی ساکت قول ولكن السکوت فی معرض الحاجه الی البیان یتعتبر قبول و یتعتبر السکوت قبولاً بوجه خاص اذا کان تعامل سابق بین المتعاقدين واتصل الایجاب بهذا التعامل...» ماده ۶ قانون التزامات سوئیس و ماده ۱۸ قانون التزامات لبنان مشابه همین متن را دارا می‌باشد.<sup>۱</sup>

سکوت زمانی معتبر است که ابتدایی نباشد و طبیعت معامله یا عرف تجاری و یا سایر ظروف توأم با آن به نحوی باشد که به محض ایجاب انتظار اعلام قبولی به طریق صریح را نداشته باشد. بنابراین اگر قراردادی بین طرفین وجود داشته باشد و متعاقب آن یکی از آنها پیشنهاد جدیدی در جهت تکمیل، عدول، فسخ و تمدید بدهد و طرف دیگر در زمان متعارف و یا معین سکوت اختیار کند، این سکوت دیگر سکوت ابتدایی و بسیط نیست، بلکه سکوت ملایس و مرکب است، از این رو این سکوت قبولی محسوب است. و یا در خصوص نحوه بهره‌برداری و استفاده از مورد اجاره پیشنهاد جدیدی از جانب مستأجر به عمل آید، به فرض، مستأجر از طریق اظهارنامه یا طرق متداول قانونی اعلام کند که قصد دارد تغییر کاربری در مورد اجاره بدهد یا چنانچه مدت اجاره منقضی شده اعلام دارد که در صورت تمایل یک سال دیگر مدت اجاره تمدید شود و موجر سکوت کند یا در خصوص عقد هبه پس از انعقاد آن از جانب واهب یا متهب شرط جدیدی پیشنهاد شود و طرف مقابل سکوت کند، یا در عقود احسانی و ارفاقی مانند عقد ودیعه یا عاریه و... التزام تعهد و شرطی به مستعیر یا امین تحمیل شود و او سکوت کند و یا در عقد وکالت موکل عالم به تجاوز وکیل از حدود وکالت باشد و سکوت اختیار کند، این چنین سکوتی دلالت بر رضایت و قبولی دارد، زیرا طبیعت این عقود چنین اقتضا دارد و عرف نیز مؤید آن است. آن چه راجع به سکوت زوجه هنگام عقد گاهی به اشتباه به عنوان رضایت بیان می‌شود، صحیح نیست.

۱. احمد السنهوری، دکتر عبدالرزاق ج ۱ ص ۲۲۲.

چنان که آمده است: «... ولابد فیها من الایجاب و القبول الفظین بالاجماع...»<sup>۱</sup> در عقد نکاح چاره‌ای جز ایجاب و قبولی لفظی نیست.

همچنین ماده ۱۰۶۲ ق.م نیز مقرر داشته است: «کاح واقع نمی‌شود، مگر به ایجاب و قبول به الفاظی که به صراحت دلالت بر قصد ازدواج کند.» بنابراین سکوت دختران به هنگام عقد نکاح به هیچ وجه قبولی محسوب نمی‌شود. ماده ۳۵۷ ق.م مقرر می‌دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود. مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.»

بنابراین اگر صریحاً (لفظاً یا کتباً) ذکر نشده باشد جزء مبیع محسوب نمی‌شود. ولی اگر بر حسب عرف چیزی جزء یا تابع مبیع باشد ضرورتی به ذکر نیست و جزء مبیع محسوب خواهد بود و اثر ذکر و تصریح تأکید بیشتر است.

در ماده ۳۵۸ ق.م آمده است: «... در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجرا و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل کرد، متعلق به مشتری می‌شود و برعکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود. مگر این که تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود...»

در ماده ۵۰۱ ق.م نیز آمده است: «اگر در عقد اجاره مدت به طور صریح ذکر شده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود...»

هرگاه قانون‌گذار بنابر جهات و مصالحی اعلام اراده را موکول به بیان صریح کرده باشد، دیگر سکوت به عنوان طریقه و روش اعلام اراده نخواهد بود. اگر قانون‌گذار در خصوص موضوعاتی سکوت کرده باشد، اصل اباحه جاری خواهد شد. یعنی نه تکلیف و نه منع، بلکه انجام مورد مباح است. و چنان‌چه قانون‌گذار در سابق نیز حکمی بیان داشته است، ولی در وضع مقررات جدید راجع به آن موضوع سکوت اختیار کرده باشد، برخی معتقدند که سکوت فی مقام بیان است و بر نسخ ضمنی دلالت دارد. چنان‌چه در رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخ ۲۸ فروردین ماه ۱۳۸۰

۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند شیعہ ج ۲ ص ۴۷۵.

آمده است: «به موجب تبصره ۳ ماده ۲۸ ق.ت دادگاههای عمومی و انقلاب، متقاضی تجدیدنظر از آراء باید مبلغ ۱۰ هزارریال بابت هزینه دادرسی بپردازد و چون بر اساس ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م دادگاههای عمومی و انقلاب، ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م در مورد معافیت دولت از پرداخت هزینه دادرسی نسخ شده است، بنابراین بانک ملی ایران در تعقیب شکایت کیفری موظف به تأدیه هزینه دادرسی می‌باشد و رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان گرگان ک با این نظر مطابقت دارد به اکثریت آراء اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور ابرام می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاههای لازم الاتباع می‌باشد.»

واقعیت این است که نمی‌توان سکوت قانون‌گذار را دلیل بر نسخ ضمنی تلقی کرد، زیرا اصل بر بقای سابق است، مگر این‌که به طور صریح و یا به طور ضمنی نسخ شده باشد. نسخ ضمنی زمانی است که دو قانون عام داشته باشیم، در صورتی که از یک نوع و جنس باشند، قانون جدید قانون قدیم را نسخ خواهد کرد و اگر قانون اولی عام و قانون دومی خاص باشد و قانون جدید عام، قانون عام تأثیری بر قانون خاص نخواهد داشت.

در هیچ یک از فروض یاد شده جایگاهی برای سکوت مقنن نیست و سکوت لاحق نمی‌تواند بیان پیشین را نسخ کند. با استناد به ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ نیز بر خلاف استنباط قضات دیوان عالی کشور منصرف از برداشتی که صورت پذیرفته است، زیرا این ماده می‌گوید: «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و الحاقات و... و سایر قوانین و مقررات در موارد مغایر ملغی می‌گردد.»

بنابراین اولاً، «سکوت فی مقام بیان» در کار قانون‌گذار جایگاهی ندارد. به عبارت دیگر عدم بیان و سکوت در قانون‌گذاری راه ندارد. ثانیاً، اصل بر لاینسب لساکت قول است.

ثالثاً، السکوت فی مقام بیان امری استثنایی و قلمرو آن محدود به قبولی است. رابعاً در حقوق عمومی جایگاه سکوت فی مقام بیان نیست و فقط در حقوق خصوصی آن هم به صورت محدود و تحت شرایطی قابل اعمال خواهد بود.



در ماده ۲۴۹ ق.م.راجع به سکوت آمده است «سکوت مالک، ولو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود» ماده ۵۴۹ ق.م.نیز مقرر می‌دارد: «حصه‌های مزبور در ماده فوق باید در عقد مضاربه معین شود، مگر این که در عرف منجزاً معلوم بوده و سکوت در عقد منصرف به آن گردد» ۷. [جناب آقای مجید محسن‌زاده<sup>۱</sup> در مذاکرات مربوط به این رأی وحدت رویه چنین اظهار نظر فرموده‌اند: «من معتقدم ماده ۵۲۹ ق.آ.د.م هیچ‌یک از قوانین قبلی را مستقیماً نسخ نکرده، عناوین مذکور در ماده یاد شده جملگی مبتدی برای خبر آخر عبارت در صورت مغایر بودن می‌باشد به این جهت ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م سابق در این قانون صریحاً لغو نشده و به قوت خود باقی است.»

مفاد ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ حکایت از معاف بودن دولت از پرداخت هزینه دادرسی دارد. همان‌طور که بنیاد طبق قوانین موضوعه از پرداخت هزینه دادرسی معاف می‌باشد اگر صریحاً بیان شده بود حرفی نبود. استدلال دیگر این که آقایان می‌گویند چون گفته شده قانون دادرسی مدنی ۱۳۱۸ و الحاقات و اصلاحات آن الخ در موارد مغایر ملغی می‌گردد که کلیه مغایر مندرج در آخر این ماده مربوط است به دو سه عنوان آخر جمله آن را با عنوان اول مربوط نمی‌دانند. با مقایسه عبارات ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م و ماده ۳۰۸ ق.آ.د.م کیفری این معنی به خوبی روشن می‌شود چه طرز نگارش ماده ۳۰۸ ق.آ.د.م که به گونه‌ای است که چنین شبه‌ای را ایجاد نمی‌کند. ماده ۳۰۸ ق.آ.د.م که از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون دادگاههای عمومی و انقلاب فقط براساس این قانون عمل کرده و قانون آیین کیفری مصوب ۱۳۹۰ و اصلاحات بعدی آن و همچنین کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون نسبت به دادگاههای عمومی و انقلاب لغو می‌گردد.

کلمه همچنین که بعد از اصلاحات بعدی آن آمده نشانگر آن است که قوانین و مقررات مغایر با این قانون به اضافه مصوب ۱۲۹۰ و اصلاحات بعدی لغو شده است. بنابراین من می‌گویم آیین دادرسی مدنی سابق به کلی لغو نشده است مگر در مواردی که با قانون جدید مغایرت داشته

۱. آقای مجید محسن‌زاده مستشار شعبه بیست و چهارم در ۱۳۸۰/۱/۲۸ و آخرین اطلاع ایشان با شماره پروانه ۴۳۱۶ در کانون وکلای دادگستری مرکز به عنوان وکیل بوده است. (ر.ک ص ۶۵ مجموعه مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور ۱۳۸۰)

باشد. مواردی که در قانون جدید ساکت می‌توان به قانون قدیم مراجعه کرد. از جمله موضوع پرداخت هزینه دادرسی سازمانها و ادارات دولتی و نظایر آن چرا هزینه بگیریم و بعد پس بدهیم یعنی از این جیب به آن جیب کنیم که عملی صحیح نیست. می‌گویند طراحان چنین نظری داشته‌اند که سازمانها و ادارات دولتی هزینه بپردازند تا جلوگیری از تضییع حق شود و علت را چنین توضیح می‌دهند چون بعضی سازمانها به عقیده اضرار به خواننده که احتمالاً محکوم خواهد شد عمداً خواسته را زیاد تقدیم می‌کنند که خواننده نتواند هزینه تجدید نظر را بپردازد. در صورتی که دولت ناچار از پرداخت هزینه باشد خواسته را جمع و معقول تقدیم خواهد کرد.

اما در ما نحن فیه بانک مرکزی اقدامی در این باره ندارد این بانکها هستند که تسهیلات می‌دهند و کار بانکها اعمال تصدی است نه اعمال حاکمیت، بالاخره معتقدم موضوع باید مطرح تا تکلیف معین شود و معتقدم که بانک ملی باید هزینه دادرسی بپردازد.]

نکات و مطالب مذکور در بیان جناب آقای مجید محسن زاده بسیار حائز اهمیت و دقت بوده است لیکن ظاهراً در تاریخ صدور رأی وحدت رویه هیأت محترم قضات دیوان عالی کشور بی‌تجربه از کنار آن گذشته‌اند.

۸. جناب آقای محمد ناصری صالح‌آبادی<sup>۱</sup> در صفحه ۴ مجموعه مذاکرات ۱۳۸۰ مرقوم فرموده‌اند «در پرونده‌ای که گزارش آن خواننده شد مربوط به قبل از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید است...»

جناب آقای محمد سلیمی<sup>۲</sup> نیز در صفحه ۸ مجموعه مذاکرات ۱۳۸۰ مرقوم فرموده‌اند: «آراء مطرح شده بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی و در سال ۱۳۷۵ صادر شده است اکنون می‌خواهیم رأی وحدت رویه ایجاد کنیم نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی که چهار سال بعد از

۱. قاضی محمد آقا ناصری صالح‌آبادی رئیس شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور از قضات شریف با قریب ۶۰ سال سابقه قضایی و معروف به سلامت و قانونمداری بوده است. زندگی نامه و خاطرات وی در کتاب در شعاع عدالت به رشته تحریر در آمده است.

۲. قاضی محمد سلیمی متولد ۱۳۳۳ همدان / فامنین روحانی و عضو حقوق دانان شورای نگهبان در اداره پنجم و ششم و دارای سابقه حاکم شرعی در تهران، خراسان، فارس و همدان و رئیس شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور و رئیس شعبه دوم دادگاه ویژه روحانیت و دادستان کل ویژه روحانیت بوده است.

صدور این آراء تصویب شده و در اختیار ما است لذا قابل طرح نمی‌باشد و ما براساس آراء صادره به موجب قانون قدیم برای قانون جدید می‌خواهیم رأی وحدت صادر کنیم و ملاک عمل قراردسیم و این کار نادرست و قابل طرح نمی‌باشد»

جناب آقای بهروز صفرزاده<sup>۱</sup> در صفحه ۱۱ مجموعه مذاکرات ۱۳۸۰ بیان داشته‌اند «... بانکهای ملی به نمایندگی از طرف بانک مرکزی در استانها طرح دعوا می‌کنند ایرادی که فرمودند بانک ملی دولتی نیست درست است. ولی در اینجا به نمایندگی از بانک مرکزی عمل کرده است...»

واقعیت این که منظور از رأی وحدت رویه ایجاد رویه درست در استنباط و تفسیر از ماده قانونی است که به دوگونه آن استنباط و برداشت شده است. حال اگر ماده قانونی مورد اختلاف در قانون جدید نیامده و حکم آن مسکوت گذاشته شده است. همان‌طوری که برخی از قضات محترم دیوان به آن اشاره کرده‌اند قابلیت طرح نخواهد داشت و ثمره‌ای هم به آن مترتب نیست و یا لااقل دو دادنامه صادره از تجدید نظر گلستان و تهران که از سوی دیگر بنابر گزارش نماینده دادستان کل کشور در پرونده ۶۹۴ شعبه نهم دادگاه عمومی گرگان سرپرست بانک ملی استان گلستان به نمایندگی از بانک مرکزی شکایتی علیه آقای محمدحسین... مدیر شرکت... گرگان به خواسته ایفاء تعهدات ارزی و جریمه تأخیر به دادگاه عمومی گرگان تقدیم کرده است دادگاه با احراز بزهکاری حکم به محکومیت صادر کرده است و سپس بانک ملی ایران از دادنامه مذکور به جهت این که دادگاه حکم به استرداد عین ارز موضوع تعهد صادر نکرده است شعبه چهارم تجدید نظرخواهی کرده است و هیأت شعبه نهم تجدیدنظر به این استدلال که بانک هزینه دادرسی را نپرداخته قرار دادخواست تجدید نظرخواهی صادر کرده است.

در پرونده دیگر در شعبه ۲۸ دادگاه عمومی تهران بانک مرکزی شکایتی علیه آقای حسین... مطرح کرده است در نهایت شعبه مزبور حکم برائت متهم را صادر کرده است و اداره حقوقی بانک مرکزی تجدید نظرخواهی کرده است و هیأت شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران بدون مطالبه هزینه دادرسی با نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته حکم به محکومیت صادر کرده است.

۱. قاضی بهروز صفرپور در زمان صدور رأی وحدت رویه فوق و نیز شعبه بیست و یکم دیوان عالی کشور بوده است. از وی اطلاع جامعی در دست نیست.

و برخلاف نظر نماینده دادستان کل کشور که به اشتباه مرقوم داشته است: «... بین شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان گلستان و شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص لزوم پرداخت هزینه دادرسی از سوی بانک مرکزی اختلاف وجود دارد...»

علت تعیین تجدیدنظر گلستان بی توجهی به نمایندگی بانک ملی از جانب بانک مرکزی بوده است و در تجدید نظر استان تهران چون خود بانک مرکزی مبادرت به طرح دعوا و تجدید نظرخواهی کرده است این اشتباه رخ نداده است اصولاً در زمان صدور هر دو رأی تصور این که دولت و بانک مرکزی معافیت دارد یا ندارد زیرا وضعیت قانون جدید در این که حکم موضوع ماده ۶۹۰ ق.آ.د.م ۱۳۱۸ مسکوت گذاشته شده در کار نبوده است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری حاصل از بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور حاکی از آن است که رأی مذکور اولاً: از حیث رعایت قواعد ادبی نگارش رأی، واجد اشکالات متعددی است. لذا لازم است تدابیر لازم در خصوص نگارش این نوع آراء که واجد اهمیت است صورت گیرد.

و ثانیاً: از حیث ماهوی نیز تفاسیر متفاوت، ایرادات و انتقاداتی از سوی صاحب‌نظران و برخی قضات با سابقه دیوان عالی کشور بر این رأی وارد شده است که به نظر نگارنده، وجود تعدد برداشتها و تفاسیر متفاوت از متون مواد قانونی مورد استناد در این رأی و مقایسه آن با مواد مشابه در قوانین دیگر، دلایل متعددی دارد از جمله عدم پیروی نویسندگان و تصویب‌کنندگان قوانین از ضوابط و قواعد ثابت و استاندارد قانون نویسی و حتی فقدان این ضوابط در زمان نگارش مواد قانونی است که موجبات برداشتها و تفاسیر متفاوت را فراهم کرده است.

## منابع و مأخذ:

۱. قانون اعسار
۲. قانون التزامات سوئیس
۳. قانون التزامات لبنان
۴. قانون آیین دادرسی کیفری
۵. قانون آیین دادرسی مدنی
۶. قانون تجارت
۷. قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب
۸. قانون شورای حل اختلاف
۹. قانون مدنی ایران
۱۰. قانون مدنی عراق
۱۱. قانون مدنی مصر
۱۲. قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین

# An explanation and Critique of the Binding Precedent No. 652 of the Supreme Court of Iran Passed on April 17<sup>th</sup>, 2001 regarding Revocation of State Exemption of the Court Costs

**Bahram Bahrami<sup>1</sup>**

## **Abstract:**

The present study aimed to criticize, examine, and analyze the binding precedent No. 652 of the General Board of the Iranian Supreme Court.

According to this decision, since Article 529 of the Code of Civil Procedure of General and Revolutionary Courts repeals Article 690 of the Civil Procedure Code concerning the state's exemption from paying legal costs, the National Bank of Iran, as a government institution, is obliged to pay the court costs.

In this article, the said decision has been examined and analyzed in terms of procedural and substantive rules.

The objections and criticisms that can be raised in regard to this decision concerning adherence to procedural points in its writing have been listed and presented in seven sections.

The substantive points and criticisms of the said decision have also been analyzed in eight sections.

**KeyWords:** *Binding precedent, proceedings, Code of Civil Procedure, State institution.*

---

1. Former justice of the Supreme Court, (Email: negahebayeneh@yahoo.com)

## گزارش اولین نشست پژوهشی نقد و تحلیل آراء قضایی

محمّد مهدی توکلی<sup>۱</sup>

### چکیده:

رأی محکمه به عنوان نتیجه و ثمره فرآیند دادرسی که تجلی‌گر کنشهای دفاعی متداعیین و کوشش استدلالی و استنباطی قاضی است باید در بستر نظرها و رویه‌ها مورد تحلیل و واکاوی قرار گیرد تا نقاط قوت و ضعف هر رأی خود را بنماید و فرآیند استدلال و استنباط بدنة دستگاه قضایی کشور تقویت یابد. این نقد و تحلیل می‌تواند توسط قضات، وکلا و حقوق دانان با توجه به مبانی حقوقی و مستندات قانونی و اصول حقوقی به عمل آید و هم ناظر به شکل و اسلوب صدور رأی و هم ناظر به ماهیت و درون‌مایه و بن‌مایه استدلال است. نقد و تحلیل می‌تواند در مقام رد و نقض و نفی ساختار شکلی یا درون‌مایه ماهوی رأی باشد یا در مقام تایید و ابرام آن؛ یعنی نقد و تحلیل می‌تواند حسب مورد و با توجه به رأی مورد واکاوی، دارای بار منفی یا مثبت باشد. نقد و تحلیل رویه قضایی می‌تواند ناظر به آراء محاکم باشد یا آن‌که در مرتبه‌ای بالاتر، ناظر به آراء اصراری یا حتی آراء وحدت رویه؛ همچنین ممکن است موضوع نقد و تحلیل، آراء مراجع قضایی یا اداری باشد. آن‌چه اهمیت دارد آن‌که در نقد و تحلیل رویه قضایی چه نقد با رویکرد رد و نفی باشد و چه با رویکرد تایید و ابرام، نگاه مبتنی بر اصلاح و سازندگی رویه قضایی وجود داشته باشد. گاه نقد رویه، ناشی از نقد به قانون است؛ چنین نقدی می‌تواند به طور تدریجی به اصلاح قانون منتهی شود.

کلیدواژه‌ها: رأی، رویه قضایی، تحلیل، نقد، وحدت رویه

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و مدیر داخلی دوفصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی



محصول نهایی تقنین و استدلال و دفاع متداعیین و استنباط قاضی، رأی صادر شده از دادگاه است. نقد و تحلیل و پایش و پژوهش در رویه قضایی بسان پاسداری و پاسبانی از نهاد قضاوت، میزان انطباق آراء را با قانون و اصول حقوقی می‌سنجد و تضمین کننده آن است که انحراف احتمالی آراء از قانون هویدا شود و نقاط قوت و شایستگی رأی نمایانگر شود. در کنار طرق عادی و فوق العاده اعتراض به آراء محاکم که ابزار قانونی تضمین اتقان و استحکام آراء محاکم است، پایش آراء محاکم توسط حقوق دانان، ابزار مؤثر دیگری برای این هدف است. اعتراض به آراء محاکم مانند تجدیدنظر و فرجام، رأی را در محدوده‌ای شخصی مورد پایش قرار می‌دهد و نقد و تحلیل رویه قضایی رأی را در حیطه‌ای گسترده‌تر به ارزیابی و ارزشیابی می‌نشیند.

از همین روست که قانون‌گذار در ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه به درستی انتشار عمومی آراء محاکم را مقرر داشت و البته پیش از آن نیز جامعه علمی حقوقی کشور، با درک اهمیت تحلیل رویه قضایی، به تدوین کتب و نشریاتی در این زمینه همت گمارده بود مانند آن چه تحت عنوان «توجیه و نقد رویه قضایی» یا «عدالت قضایی» به قلم مرحوم استاد دکتر ناصر کاتوزیان نگاشته شده است. نهادن آراء قضایی در معرض پایش عموم، نه فقط به معنای خرده‌جویی و خرده‌گیری از رأی است بلکه یاری می‌کند که قوتها و انتقانها مورد پاسداشت قرار گیرد و ضعفها و کاستیهای احتمالی با چراغ شفافیت نمایانده شود و راه اصلاح آن بیان شود.

درست است که در نظام حقوقی مبتنی بر قانون نوشته، ابتدای استدلالات حقوقی بر مبنای قانون است اما نباید از نقش رویه قضایی به عنوان مکمل و مفسر قانون و به عنوان یک منبع فرعی که گاه اصیل‌تر از اصل می‌شود، غافل شد. رویه قضایی چه در معنای نرم که همان رویه قضایی غیر الزام‌آور جاری در محاکم باشد و چه در معنای سخت که همان آراء وحدت رویه دیوان عالی و عدالت اداری و آراء ایجاد رویه دیوان عدالت اداری، در نظام مبتنی بر قانون نوشته نیز نقش مهمی در پیشرفت حقوق و حتی اصلاح قوانین دارد که امید است بتوانیم ضمن نمایاندن اهمیت آن، بخشی از حق آن را به جای آوریم.

## اعضای حاضر در نشست (بر اساس حروف الفبا):

| ردیف | نام و نام خانوادگی    | سمت                                           |
|------|-----------------------|-----------------------------------------------|
| ۱    | مهدی انجم شعاع        | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۲    | محسن اهواری           | رئیس پیشین دادگاه تجدیدنظر استان تهران        |
| ۳    | قاسم برموز            | قاضی دادگستری                                 |
| ۴    | بهرام بهرامی          | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۵    | جعفر پوربدخشان        | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۶    | محمد مهدی توکلی       | مدیر اجرایی نشریه                             |
| ۷    | مهدی جوهری            | رئیس مرکز آموزش قوه قضاییه                    |
| ۸    | بهرام درویش           | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۹    | محمد درویش زاده       | مدیر مسؤول نشریه و قاضی پیشین دیوان عالی کشور |
| ۱۰   | محمد حسین ساکت        | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۱۱   | سام سوادکوهی          | قاضی دیوان عالی کشور                          |
| ۱۲   | محمد جواد شریعت باقری | سردبیر نشریه و قاضی پیشین دیوان عالی کشور     |
| ۱۳   | جواد طهماسبی          | قاضی دیوان عالی کشور                          |
| ۱۴   | غلامرضا موحدیان       | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۱۵   | سید عباس موسوی        | قاضی پیشین دیوان عالی کشور                    |
| ۱۶   | سید فاضل نوری         | قاضی پیشین دادرسی انتظامی قضات                |

## آقای درویش زاده:

بسم الله الرحمن الرحيم

در باب رأی قضایی؛ مستحضرید از نظر تاریخی رأی قضایی اولین بار در متمم قانون اساسی مورد توجه جدی قرار گرفت. بعد هم در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ و ۱۳۶۸ و بعد هم در قوانین فعلی وارد شد. موضوع تحلیل آراء قضایی در قوانین پیش بینی شده است. توجه به این پیشینه تاریخی از آن جهت اهمیت دارد که بدانیم نشریه نقد و تحلیل آراء قضایی در واقع کجا ایستاده؟ و چه رسالتی را برای خودش قایل است؟ و بعد هم از نظر استادان استفاده می‌کنیم.

در متمم قانون اساسی اصل ۷۸ آمده که «احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه که بر طبق آن حکم صادر شده است، بوده و علناً قرائت شود.» این جایگاه رأی در متمم قانون اساسی است که در سال ۱۲۸۶ به تصویب رسیده است. در وضع فعلی اصل ۱۶۶ قانون اساسی در قانون اساسی فعلی، تأکید دارد که عبارتش چنین است «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است» در سیاستهای کلی قضایی سال ۸۸ نیز در بند ۱۴ باز هم به مستدل و مستند بودن آراء توجه شده است. در قوانین آیین دادرسی هم مواد مختلفی به آراء قضایی اختصاص یافته است. که همه آنها در واقع، زیرساختهایی است که در قوانین به رأی قضایی اشاره شده بود.

اما تحلیل رأی: اولین بار در برنامه پنجم توسعه کشور، در شق ۴ بند «د» ماده ۲۱۱ برنامه پنجم پیش‌بینی شد که آراء باید به صورت برخط منتشر شود و در معرض نقد و تحلیل صاحب‌نظران قرار بگیرد. برنامه پنجم که منقضی شد، در این فاصله قانون آیین دادرسی کیفری به تصویب رسید، این قانون صریحاً در رابطه با نقد و تحلیل آراء قضایی ظرفیتهایی را ایجاد کرد. بند «ت» ماده ۶۵۳ این تکلیف را ایجاد کرده است: «آراء صادره از سوی محاکم، در صورتی که به تشخیص قاضی اجرای احکام خلاف عفت عمومی یا امنیت ملی نباشد، به صورت برخط برای تحلیل و نقد صاحب‌نظران و متخصصان با حفظ حریم خصوصی اشخاص». این زیرساختهای قانونی مربوط به نقد و تحلیل آراء قضایی باعث شده که در رابطه با تحلیل و نقد آراء قضایی کارهای زیادی انجام شود. از نظر پیشینه هم نقد و تحلیل آراء قضایی دارای سابقه است. از نظر تجربه شخصی در سال ۱۳۷۸ بود که به اتفاق استاد پوربدخشان در دادگستری خراسان بودیم، بنده معاون قضایی بودم. ایشان هم استاد ما بودند آنجا ما شیوه‌نامه تشخیص رأی قوی و مستحکم را نوشتیم. سال ۱۳۷۴ که من در آموزش قوه بودم، یک شیوه‌نامه‌ای را به عنوان شیوه‌نامه نقد و تحلیل آراء قضایی نوشتیم، کتابهایی هم در همین زمینه منتشر کردیم. بعد از آن، در واقع ایده تولید ادبیات و آثار حقوقی، با محتوای نقد و تحلیل آراء قضایی رواج پیدا کرد. می‌دانید انواع ادبی در ادبیات جهانی، یک طبقه‌بندی دارد که یکی از انواعش در واقع ادبیات علمی است. اگر از تحلیل آراء قضایی استقبال شود و آثار فاخری تولید شود ممکن است شاخه خاصی در سبک

انواع ادبی علمی پدید آید در این شاخه، تولید محتوای علمی با سبک و سیاقی انجام خواهد شد که محتوای آن تماماً بر مدار یک رأی می‌چرخد. تا الان این نوع تولید ادبیات علمی خیلی رونق نگرفته است. البته نشریاتی وجود دارد که پژوهشگاه قوه قضاییه منتشر کرده و دانشگاه علوم قضایی اقدام کرده، تک‌نگاریهای متعددی وجود دارد، اما بخش خصوصی تا به حال در این زمینه فعالیت نظامندی نداشته است.

نشریه نقد و تحلیل آراء قضایی که این پژوهشکده در واقع مجوزش را گرفته، در صدد است که این کار را توسعه و تعمیق بخشد و به نقد و تحلیل آراء قضایی بپردازد، فاصله نشریه ما فعلاً دو فصلنامه است. اما فکر می‌کنیم در نهایت به فصل نامه و بعد در صورتی که تولید محتوای خوبی بشود و مورد استقبال جامعه حقوقی قرار بگیرد فکر می‌کنم به ماهنامه هم بتوانیم تبدیل کنیم و تولید ادبیات تخصصی بر مدار و محور رأی قضایی انجام شود.

کلیاتی که در این جلسه می‌خواهیم صحبت کنیم، یک‌سری سؤالهایی مطرح هست که می‌توانیم به آنها بیندیشیم، و در موردش گفتگو کنیم. از جمله این که نقد و تحلیل رأی قضایی اساساً چه مفهومی دارد؟ چه اهدافی می‌تواند داشته باشد؟ بایدها و نبایدهای آن چیست؟ این که، بالاخره با وجود این زیرساخت قانونی که عرض کردیم از زمان مشروطه در متمم قانون اساسی، رد پای آن را می‌بینیم تا این قانون آیین دادرسی کیفری، ظرفیت قانونی وجود دارد. اما به هر حال بایدها و نبایدهایی که در این تحلیل آراء قضایی باید رعایت بشود، چیست؟ آیین و روش آن چیست؟ خود این روش‌مندی، در تولید ادبیات اهمیت بسیار بالایی دارد و این که چگونه اثربخشی این نقد و تحلیل را بیشتر کنیم؟ سؤال دیگر این که، رأی مورد تحلیل با چه معیاری انتخاب بشود؟ نتایج آن چگونه تدوین و تبیین و ترویج شود؟ چه افرادی را دعوت کنیم؟ اینها سؤالهایی است که در کلیات، در ارتباط با نقد و تحلیل آراء قضایی قابل طرح خواهد بود. اگر جناب آقای دکتر شریعت باقری و دیگر استادان موافق باشند در زمینه سؤالاها گفتگویی بشود. سپس در قسمت دوم جلسه هم برسیم به همان رأی مشخصی که در ارتباط با صلاحیت دادگاه انقلاب مطرح شده و در دیوان‌عالی کشور در سال ۷۱ و دو بار هم اعلام رأی کرده است نیز مفصل گفتگو خواهد شد.

**دکتر شریعت باقری:** در ادامه مطالب استاد درویش‌زاده عرض کنم که در بخش خصوصی راحت‌تر می‌توان آراء قضایی را نقد کرد. جایی مثل اینجا راحت‌تر می‌شود مطالبی را بیان کرد. اما اینکه منظور از نقد رأی چیست؟ نقد و تحلیل رأی معنایش چیست؟ و چه باید بکنیم؟

در دنیا اصولاً زیاد نمی‌بینیم رأی دادگاهها را نقد کنند. نه در دنیای انگلیسی‌زبان و نه در دنیای فرانسوی‌زبان. یعنی مثل اینکه دیکته‌هایی نوشته شده و یک عده‌ای بنشینند و غلط اینها را بگیرند. آنچه که ما می‌بینیم بیشتر «**معرفی آراء دادگاه» و تجزیه و تحلیل آنهاست.** یعنی رأی دادگاههای عالی و تالی را می‌دهند دانشمندان آن رشته تحلیل می‌کنند و البته در تحلیل تحلیل کننده نظرات خودش را هم می‌گوید. در یک کلام آراء را معرفی می‌کنند. البته در معرفی همه ابعاد آن را توصیف می‌کنند هم محاسن و هم معایب آن را توصیف می‌کند. چرا حالا این کار را می‌کنند؟ برای اینکه معتقدند که رویه قضایی هم منبع حقوق هست، خب اینکه رویه قضایی منبع حقوق است این معنایش باید فهمیده بشود. بالاخره یعنی چه رویه قضایی منبع حقوق است؟ یعنی قضاات و حقوقدانان قواعد را فقط از قانونگذار نمی‌گیرند. البته حدودش ممکن است برای ما تاریک باشد. آیا قضاات در نظامهای حقوقی مانند ما از آراء قضایی تبعیت باید بکنند؟ نه. این نیست. پس اینکه رویه قضایی منشا حقوق است چه معنایی دارد؟ البته الزام قانونی به تبعیت وجود ندارد ولی گاهی الزام عملی هست. شنیده اید که می‌گویند شیخ انصاری گفته که مخالفت با مشهور مشکل است «**مخالفت المشهور مشکل و لکن موافقته بلا دلیل اشکل.**» البته ایشان می‌گویند که موافقت بی دلیل هم به نظر من مشککش بیشتر است. یعنی شما اگر در دیوان عالی کشور هستید، یا در دادسرا هستید یا در دادگاه تجدیدنظر می‌بینید، مثلاً نوع قضاات همه راجع به یک موضوع یک جور رأی می‌دهند و یک روالی را دارند طی می‌کنند. در اینجا بدون اینکه لازم باشد قانونگذار شما را الزام کرده باشد به این که تبعیت کنید، یک جور تبعیت غیر الزام قانونی دارید. فکر نکنید چون الزام قانونی نیست، پس هیچ نوعی از الزام نیست. بله الزام قانونی نیست ولی عملاً هست و تولید قاعده می‌شود. اگر این را ما بپذیریم، معنیش این می‌شود که ما حالا که رویه قضایی و عادات دادگاهها تولید قاعده می‌کند، پس باید این آراء دادگاهها را باید بیاریم روی میز بگذاریم معرفی کنیم. نه برای اینکه نقد کنیم.

بلکه برای اینکه بدانیم محتوا چیست. در نقد کردن یعنی گویا یک ناهنجاری اتفاق افتاده، املاهای غلط دارد نوشته می‌شود، وضعیت قرمز است، کار خراب هست، شاید. در فرانسه دیوان عالی کشور هیأت عمومی تشکیل می‌دهد و رأی هم می‌دهد ولی رأی الزام‌آور نمی‌دهد. یعنی مثل ما نیست که قانونی آمده باشد. گفته باشد که رأی وحدت رویه لازم‌الاتباع است.

احتمالاً قانونگذار ما در همان سال ۱۳۲۸ که ماده واحده راجع به رأی وحدت رویه را نوشته از خودشان این ابتکار را کرده. هرچند من خیلی مخالف این قضیه نیستم ولی می‌خواهم نتیجه‌گیری از آن بکنم. لابد اینگونه فکر شده که این بحث استنباط است، قانون‌گذاری که نیست. ولی این در مدل فرانسوی، این را قانونگذاری می‌دانند. چون شما رأی هیأت عمومی را لازم‌الاتباع می‌کنید. چون تا آن زمان استنباطها آزاد بود ولی دیگر باید از رأی وحدت رویه تبعیت بشود. این در واقع، وضع قاعده است. و این در حالی است که این رأی وحدت رویه در دل قوه قضاییه صادر شده و قانونگذاری فقط کار مجلس است. این مقتضای تفکیک قوا است. مسأله سه قوه، یعنی شکستن قدرت و تقسیم آن میان سه جای جداگانه. این سه جای جداگانه همدیگر را مثل افلاک آسمانی کنترل می‌کنند. مثل خورشید و ماه و اینها و می‌دانیم که فاصله این کرات آسمانی کم یا زیاد بشود از مدار خارج می‌شوند. این تعادل باید رعایت شود. پس در بحث قوا هم مهمترین کار طراحی یک الگوریتم و مدلی است که شما بر اساس آن قدرت را تقسیم کنید. سه قوه یعنی وحدت در عین کثرت، و کثرت در عین وحدت داشته باشید. این قوا یکدیگر را کنترل و بر هم نظارت می‌کنند. اگر یکی از قوا را حاکم کنید بر دو تای دیگر، دوباره می‌شود یکی. نباید این اتفاق بیفتد. بر این اساس، قانونگذاری در قوه قضاییه ممنوع است. نتیجه‌گیری و جمع‌بندی بنده اینجا این می‌شود که ما آرا را چگونه نقد کنیم؟ به نظر ما دو رویکرد می‌توانیم داشته باشیم.

**یکی این که** در واقع نقش مشاور حقوقی و تکنسین حقوق است. یعنی اینکه بگوییم حکم قانون این است، رأی وحدت رویه این را می‌گوید و راه حل این است ....

**یکی این که** آرا را معرفی کنیم، یا اگر نقد رأی می‌کنیم آرای که مشکلاتی دارد را مطرح کنیم....

**دکتر سوادکوهی:** عنوانی که برای این بحث انتخاب کردید من را یاد این مرکز تحقیقاتی انداخت که ابتدا رفتم فرانسه. خیلی جالب بود چون ( Centre de recherches critiques sur le droit ) مرکز نقد حقوقی اساسش این بود. و برای ما آنجا خیلی جالب بود که اینها یک مرکزی دایر کرده اند برای نگاه انتقادی به مسایل حقوقی. البته گرایششان هم به مسایل جامعه شناسی حقوقی بود. یعنی بیشتر نگاهشان، نگاه کاربردی بود. یعنی ببینن حقوق در جامعه اثرش چگونه است؟ نگاه تجربی به مسایل داشتن. همان طور که جامعه شناسها تحلیل می کنند. حالا این که فرمودید شیوه نقد و تحلیل آراء به چه نحو باشد، آنها برای این که ببینن یک موضوعی مؤثر در کارها هست یا نیست، نگاهشان را به اثرش در جامعه معطوف می کنند. یا حداقل آن مرکزی که من رفتم و این فرصت برایم پیش آمد برای مقطع دکتری می خواهم عرض کنم جالب بود که شما این مطلب را از نگاه آن چه که جامعه داوری می کند یعنی به صورتی نقادانه تحلیل کنید. این تحلیل انتقادی، تجربه این مرکز این بود که ضمن جذب محققین یا کسانی که کار می کنند اجاره اشخاص را هم داشته باشید. عالمان این علم را توی فرانسه هست. حالا شاید در آلمانی جدی مقابله می کنند با این کلمه اجاره علمی، برای نقد، برای نگاه کردن به مسائل. یعنی تمام اشخاصی که این روحیه در آنها بود از لحاظ علمی آمادگی داشتند که فرصتش را هم در اختیار این مرکز قرار بدهند، یک سال، دو سال، پنج سال. فرصت زندگیشان را بگذارند برای کار کردن در جهت تحقق هدف این مرکز، اینها اجازه داشتند استخدام کنند. بنابراین؛ نتایجی که کسب می کردند برای مراجع حاکمیتی هم بسیار مؤثر بود. آنها می خواستند ببینند این قانون، این رأی، این شکل گیری قاعده توسط محکمه یا توسط قانون گذار، آیا در جامعه مؤثر هست یا نیست؟ حالا این تحقیق در مسایل مختلف از جمله مثلاً در مورد مواد مخدر و قانون کیفری انجام می شد. در کشور خودمان هم دیدم یک کتاب پر فروش در مورد خاطرات یک کسی که معتاد بوده و حالا ترک کرده بود. پس انتخاب آراء می تواند در موضوعات مختلف باشد.

مثلاً خانواده، آزادیهای قانون اساسی، مسایل مربوط به زن، فرزند، و امثال آن مورد توجه باشد. می خواهم عرض کنم مهم آن است که رایی انتخاب شود که یک ارتباطی با جامعه برقرار بشود از آن چه جامعه شناسان به آن توجه می کنند این کار ممکن است خیلی کمک بکند به آن چه نقد

آراء هم، جهت مشخص و شاخصی از این حیث پیدا کند. البته خب چون در کشور ما همه چیز شرعی هست، قاعداً با تحلیل آراء باید شاخصهای اصلی حق‌مداری داشته باشد.

جناب آقای دکتر شریعت باقری نکاتی را فرمودند راجع به نظامهای حقوقی غرب می‌خواهم عرض کنم که غربیها امروز در جهت اتحاد پیش می‌روند. یعنی کشورهای رویه قضایی محور می‌روند به سمت قانونی، کشورهای قانونی می‌روند به سمت رویه قضایی. یعنی ترکیبی شدن. امروز نمی‌توانید بگویید فرانسه مسلم این شد، انگلیس مسلم این است... رویه قضایی اهمیتش در تمام کشورها امروز معلوم است. یعنی اعتنا می‌شود به رویه، اعتنا می‌شود به رأی دادگاه، و این اعتنا شدن به رأی دادگاه به خاطر اثر فعلی و عملی آن هست. امروز رأی صادر شده است. مؤثر است در آن‌چه در جامعه می‌خواهد باشد. و این‌که فرمودند در غرب که نقد رأی قضایی نیست، می‌خواهم عرض کنم که نقد هست، این نقد، تحلیل امریست که در مورد بعضی از آراء شکل می‌گیرد. یعنی غربیها به این رسیده‌اند که نقد نباشد تحلیل سودمند نیست. چرا چون برخی از آراء تحلیلش برای مخاطبانی مناسب است. اما رأی و قانون نقدش برای بسیاری می‌تواند مفید باشد. حالا من می‌خواهم عرض کنم که یکی از عللی که توجه من را به این مطلب جلب کرد که محضر شما امروز شرف یاب شدم و توفیق دارم در هم‌چین جلسه‌ای باشم، این است که در دیوان کشور هم نقد می‌شود، تا به یک رأی برسند. یعنی یک رأی از جهات مختلف مورد تحلیل و نقد واقع می‌شود تا بعد به یک نتیجه می‌رسند.

ولی باز از یک جهت احساس کردم اینجا چقدر جالب شد، که این‌گونه جلسات شکل می‌گیرد و باید تقویت شود. این‌که بعد از شکل‌گیری آراء در دیوان عالی کشور اقلیت و اکثریت جامعه تخصصی متقاعد نمی‌شود، نسبت به آن‌چه رأی اکثریت در دیوان کشور شکل گرفته. آن‌چه جامعه متقاعد نشد نیاز دارد به مجموعه‌هایی.

که با نیت و باطنی خوب به نقد و بررسی آراء بپردازند. در کلیات این سؤال هم مطرح است که آیا در این نشریه فقط به آراء قضایی پرداخته می‌شود؟ و به نقد قانون پرداخته نمی‌شود؟

نمی‌دانم تفکیک به چه اعتبار است اما قاعداً وقتی که قانون نوشته شد زندگیش را از دادگاهها به دست می‌آورد. با این وضع یا قانون متروک داریم یا قانونی که مورد عمل واقع



می‌شود. اگر بخواهم این تفکیک را قایل شویم قاعداً یکی از جهات برجسته‌ای که من فکر می‌کنم لازم است توجه شود رابطه نقد و تحلیل رأی با نقد و تحلیل قانون است. در واقع در کشوری که قانون محور است، در کشوری که قانون، به موجب قانون اساسی ما محوریت پیدا کرده و به موجب قانون اساسی، قضات مکلفند قانون را مبنا قرار بدهند، مثلاً این ماده ۳ آیین دادرسی مدنی که اجازه داده اصول حقوقی را ما مورد توجه قرار بدیم، به نظرم مناسب است که ما در اینجا آن اصول حقوقی را بررسی می‌کنیم و به آن یک محوریت بدهیم. یعنی نقد به اعتبار چی؟ به اعتبار چیز دیگری که قانون ما آن را پذیرفت. آن چیست؟ اصول حقوقی است. اصول حقوقی است که قطعاً شرع هم به آن دلالت دارد. خب این را عرض کنم.

چرا؟ چون وقتی شد اصل حقوقی، دیگر این شبهه راه ندارد. چون اگر شبهه راه می‌داشت اصل حقوقی نمی‌شد. اصل حقوقی امروز فقط در ایران نیست.

آخرین تحلیلی که دیدم آقای گستن<sup>۱</sup> راجع به اصول حقوقی داشت، در آن مقدمه عمومی حقوق دیدم گستن آن را پی حقوق می‌داند و این مسأله حقوق را دو قسمت می‌کند.

یکی می‌گویند. حقوق طبیعی تحت عنوان دکترین و دوم دکترین (پوزیتیویسم) دو دکترین طرح می‌کند. می‌گوید غیر از این همه حواشی است. اصلش به دو مطلب مربوط می‌شود در اصل حقوق چیز است که به یک چیز آرمانی فکر می‌کند، همان‌طور که آقای دکتر شریعت باقری اشاره فرمودند از زمان دوران باستان به این آرمان فکر می‌کردند که فلسفه حقوق است و دکترین پوزیتیویسم که هم دولتیست و هم دکترین پوزیتیویسم علمی، نظر آن چه آرمانی است به حقوق نگاه می‌کند و نهایتاً وضعیت فعلی را بیشتر دنبال می‌کنند. گستن و در واقع فلاسفه غرب نتیجه‌ای را که که گستن طرح می‌کند به این می‌رسد که دکترین ایده‌آلیست خیلی کلی، ناتوالیستها خیلی کلی مطالب را مطرح می‌کنند و این دقیقاً یکی از مواردی که ایراد می‌گیرد به این می‌گویند شما بخواهید بگویید هم آن چه که خدا گفته نمی‌توانید بگویید. همان که این است نمی‌توانید بگویید.

1. Ghestin

دومی این است که گاهی کارکردی که شما می‌خواهید از یک قاعده حقوقی انتظار داشته باشید نیست.

با دو ایراد به این حقوق طبیعی شما می‌بینید اینها شبهه می‌کنند تا برسند به جایی که حد وسط پیدا کرد. پزیتیویستها را هم دو ایراد بهش می‌گیرند که واقعا به جاست. یک می‌گویند ناقص است. شما هر پزیتیویستی هم بشید با هر علم و دانشی، با هر مسأله‌ای، آخر به این نتیجه خواهید رسید که ناقصه و ناچارید بپذیرید که یک چیزی باید باشد. نقصش این است که یک چیز دیگر بعدش باید باشد. می‌گویند خیلی خطرناک است که شما فقط پزیتیویست باشید و بگویید که فقط ماییم مبنا برای این حرکت کردن. نهایتا گستن و فلاسفه مشهور آن چه غربیها نهایتاً به اتفاق می‌رسند، می‌گویند بنابراین این دوگانگی را با هم جمع کنید. یعنی هم ناتورالیست شوید هم پزیتیویست شوید. حالا من البته می‌خواهم تحلیل کنم این طور می‌گوید شما با خود قرآن می‌توانید به جایی برسید که پزیتیویست بشوید؟ با خود قرآن فقط؟ چون فقط کتابی است یعنی پزیتیویستها هستند و کتاب قانون. یا با همین کتاب شما می‌توانید به همه جا برسید؟ یا یک چیز دیگر هم پشتش می‌خواهید داشته باشید؟ اگر به ما بگویند خیلی سخت نیست پاسخ، ولی می‌خواهم عرض کنم خیلی مهم است برای ما در پی‌ریزی یک امری که می‌خواهیم فلسفه یا پی کارمان داشته باشیم برای حرکتی که در آینده می‌خواهد داشته باشد. آیا با قرآن تنها می‌توانید شما به این برسید؟ سنیها یک جور می‌گویند، اشاعره، معتزله جوری می‌گویند، حالا می‌خواهم عرض کنم که شیعه این مطلبی که مهم دارد خیلی برای من هم جالب است!! چه طور می‌خواهیم این دو را با این وضعیتی که ما می‌بینیم خوب است به آن برسیم. ثقلین را مطرح می‌کنند «کتاب الله و عترتی» را با هم می‌گویند جمع کنیم. یک چیزی است در آن که می‌گویند کتاب است اما کتابی تنها که نمی‌توانید بشوید. یک چیز دیگر هم باید کنارش باشد که بتوانید بهش برسید و برای رسیدن به آن یک عشقی که من دیدم بعضیها دارند.

یعنی این محور نباشد باز به نتیجه نمی‌رسیم. چرا؟ چون پذیرفته‌اند که برای عدالت می‌شود جان داد. برای چه جان می‌دهند؟ چه امریست؟ و آن اصول حقوقی یا مسایلی که می‌خواهد

باشد که ما دنبالش هستیم، حالا من برای شروع بحث البته می‌خواهم عرض کنم در نقد مسایل، خیلی چیزها ممکن است معیار، شاخص باشد. اما آن عشق را ما تمجیدش می‌کنیم. یعنی اگر این شکل گرفت، دیگر برایش قدر نمی‌شود قایل شد. کاری که شما دارید می‌کنید. خدا رحمت کند استاد کاتوزیان را خیلی زیبا مواردی را مطرح می‌کند و چند رأی و در مواردی در آن کتابشان که مربوط به رویه قضایی است مطرح می‌کنند. ببینید از عدالت چقدر خوب دفاع می‌کند، روحش شاد. و همین طور همه کسانی که حق به گردن ما دارند.

در قرآن بشارت این‌طور می‌دهد که (والذین یمسکون بالكتاب و اقاموا الصلوة انا لا نضیع اجرالمصلحین) واقعا همین‌طور است. می‌خواهم عرض کنم اگر بناست برای این مطلب داشته باشید، فکر می‌کنم جمع این دو تا مطلب تردیدناپذیر است، یعنی ناچار یک چیزی را با کتاب هماهنگ جلو ببرید و خوشا به سعادت شما و الحمدالله زحمتی که می‌کشید و زحمتی که عزیزانمان انشالله بکشند، بنده هم نمی‌دانم حالا توفیق داشته باشم چقدر محضر شما باشم، ولی تمام سعیم را امیدوارم بکنم.

**دکتر طهماسبی:** بسم الله الرحمن الرحيم. بسیار خوشحال هستم که امروز در جمع پیشکسوتان و نخبه‌های واقعی قوه قضاییه هستم و ابتدا که آدم و وارد این جلسه شدم، غبطه خوردم، که مدیریت و راهبردی بخشهای مختلف قوه قضاییه الان باید در دست این عزیزان باشد، و آن زمان هست که می‌توانیم یک قوه قضاییه ایده‌آلی داشته باشیم. اما متأسفانه وضعیت به گونه‌ای شده که همه دارن از قوه قضاییه خارج می‌شوند. من قصد دارم کمی عینی‌تر در مورد این موضوع یعنی نقد رأی یا شاید بهتر است بگوئیم تحلیل آرا صحبت کنم.

اگر ما یک میوه‌ای را ببریم آزمایشگاه و از ابعاد مختلف بررسی کنیم، می‌توانیم بگوئیم که این میوه در چه خاکی به بار آمده؟ چقدر نور خورده؟ چجوری باغبانی شده؟ و نحوه آبیاری آن چگونه بوده است؟ و از چه نژادی است؟ و سایر عناصری که در ثمردهی این میوه تاثیر داشته چگونه بوده است؟ نقد یک رأی به نظر من یک محکی بر تمام عواملی است که در صدور آن دخیل هستند. از نظام قانونگذاری گرفته تا قضایی اعم از وضعیت قضات و حتی مدیریت

قضایی و کیفیت زیرساختها و ملزومات مرتبط با صدور رأی و دیگر عناصر موثر. نقد رأی می‌تواند تمام اینها را محک بزند و نتیجه درست از آن گرفته شود.

وقتی یک رأی نقد می‌شود به نظر من بیش از همه وضعیت قوه قضایی شناخته می‌شود که در چه سطحی از توسعه و پیشرفت و رعایت استانداردهای صحیح قضایی است. وقتی می‌بینیم که آرا ضعیف هستند، نشان از این دارد که وضعیت قوه قضاییه مناسب نیست. یعنی وضعیت مدیریت قوه قضاییه و ساختار کلی قوه قضاییه را از همین نقد آرا می‌شود فهمید. توان، سواد و انگیزه قضات را می‌شود از نقد رأی فهمید. وقتی یک رأی را تحلیل می‌کنید، وقتی می‌بینید یک قاضی با علاقه قلم زده، با عشق نوشته، استدلال کرده، معلوم می‌شود که این قاضی دل خوشی از سیستم قضایی دارد. ولی وقتی دوخط نوشته، معلومه که بالاخره فشارها پشت سرش هست، پرونده‌ها زیاد است و می‌خواهد آمار بدهد. یعنی از نقد رأی می‌شود اینها را استنباط کرد و فراتر از این، وقتی که رأی قضایی نقد می‌شود نقد قانون در این امر مهم هست و از جایگاه خاصی برخوردار است، زیرا بخش اصلی و اساسی رأی مبتنی بر قوانین نوشته شده است. بنابر این، در نقد رأی می‌شود سیستم قانون گذاری و کیفیت قوانین را هم فهمید و نقد کرد مثلاً سیاست جنایی قانونگذار در حوزه تقنین چگونه است اگر قانونگذار امروز سیاستی را دنبال می‌کند و با فاصله کوتاهی بدون توجیه علمی سیاست دیگری در پیش می‌گیرد معلوم است که از سیاست جنایی تقنینی با ثباتی تبعیت نمی‌کند. نتیجه این بی ثباتیها در اون رأی انعکاس پیدا می‌کند، بنابر این نقد رأی خود به خود نقد و تحلیل نظام قانون گذاری هم هست. فراتر از این می‌شود رویکردهای کلی حاکمیت را از نقد رأی استخراج کرد. مثلاً حقوق زنان چقدر رعایت می‌شود. یعنی می‌شود خیلی از دید بالاتری به قضیه نگاه کرد. وقتی فرض کنید که بخش تقریباً قابل توجهی از آراء اصراری حقوقی این است که زن در عسر و حرج هست یا نیست؟ و تقاضای طلاق وی را به علت عسر و حرج بپذیریم یا خیر؟ بخش اعظمی از آراء اصراری حقوقی الان با موضوع همین عسر و حرج است. از این آرا و این رویکردها و بحثهایی که در هیات عمومی دیوان عالی کشور مطرح می‌شود می‌توان فهمید که حقوق زنان، چقدر رعایت می‌شود. آثار نقد و تحلیل رأی را در تغییر دیدگاه قانونگذار هم می‌توانیم ببینیم. مثلاً شما نمونه‌اش را دیدید که ما هنوز قانونی

نداشتیم اما دادگستری تهران، آراء مجازاته‌های جایگزین حبس را صادر کرد. شاید در سطح دانشگاه‌ها این قضیه مطرح بود، ولی قضات آمدند مجازاته‌های جایگزین را در مورد اطفال و نوجوانان و ... اعمال کردند با استنباط از قوانین موجود و بعداً همین رویکرد بر دیدگاه قانون‌گذار اثر داشت و فصل مجازاته‌های جایگزین نوشته شد و تبدیل به قانون شد. لذا می‌توانیم تحلیل آرا را به یک گونه‌ای هدایت بکنیم که نکات مثبتی که در آرا وجود دارد بر دیدگاه قانونگذاری تأثیرگذار باشد. می‌شود از دیدگاه دیگری به این قضیه نقد رأی نگاه کرد مثلاً انتقال مال غیر، یکی از فراوان‌ترین پرونده‌ها هست، حبس‌های طولانی می‌دهند. خب اینها نقد بشود و بررسی شود که این همه حبس که داده می‌شود چقدر برای پیشگیری از این جرم در جامعه اثربخش بوده. یعنی اثربخشی آرا قضایی را در بازدارندگی و پیشگیری که هدف اصلی و مهم آراء قضایی هست، می‌شود در این بحث تحلیل آرا یا نقد آرا دید.

باز اجتماعی شدن متهم، متهمینی که مرتکب جرایم متعدد می‌شوند و می‌بینیم که حبس‌های طولانی مدت برایشان نوشته می‌شود، نقد بشود این آرا، این رویکرد قانون‌گذاری، رویکرد قضایی، در یک مورد خاص مثل مواد مخدر چقدر اثربخشی داشته برای باز اجتماعی شدن مجرم. این بحث تحلیل آرا و نقد آرا برای جلوگیری از یک سری اشتباهات فاحش قضایی، نقد یک سری دیدگاه‌ها خاص که در آراء انعکاس پیدا می‌کند، بسیار مهم هست. من نمونه اش را بگم، مثلاً یک زمانی، ۳-۴- الی ۵-۶ سال پیش دو تا نوجوان رفتند جلو موتور سواری را گرفتند و ۵۰ الی ۶۰ هزار تومن ازش پول گرفتن، آمدن اون را محاربه گرفتن و جلسات متعددی برای نقد این رأی در جاهای مختلف گذاشته شد، که اثر داشت در تمام اون جلسات آمدن گفتن که این ناشی از مثلاً صحبت‌های فلان مسئول قضایی بوده و ناشی از بحث رسانه بوده و این موضوع نمی‌تواند محاربه محسوب بشود از دید قضایی. خب این وقتی گفته می‌شود و به گوش قضات می‌رسد، جلوگیری می‌کند از اشاعه این رویکردی نا صواب که ممکنه در آینده تبدیل به یک رویه غلطی بشود. یا اقداماتی که متأثر از رسانه‌های جمعی است. در بسیاری از موارد می‌توان اثر فعالیت‌های رسانه‌ای را بر آراء و تصمیمات قضایی نقد کرد.



بحثهایی مثل جرایم اقتصادی و آرایایی که در حوزه جرایم اقتصادی صادر می‌شود، اگر اینها نقد و تحلیل بشود از نظر علمی می‌تواند جلوی این رویه‌های غلط را بگیرد. نقد رأی می‌تواند پشتیبان علمی خوبی باشد برای قضاتی که با شجاعت رأی می‌دهند. خیلی جاها قضات اعتقاداتی دارند ولی شاید مثلاً جو سیاسی، وضعیت جامعه، و امثال آن جسارت اونها را بگیرد. اما اگر این رأی به نقد گذاشته شود و مراکز علمی بیایند آن رأی را تأیید کنند، می‌تواند تبدیل به رویه شود. شعبی که رأی با شهامت و جسارت صادر کرده بالاخره ممکن است در یک تنگنایی قرار بگیرد، ولی اگر این رأی نقد بشود و از یک پشتیبانی علمی برخوردار شود، قطعاً می‌تواند تبدیل به یک رویه درست شود. لذا نقد رأی می‌تواند پشتیبان علمی خوبی برای رویکردهای شجاعانه قضات شود. و نکته دیگر اینکه، نقد رأی می‌تواند برای تفسیر صحیح قانون ارائه طریق بدهد. برای مثال یکی از مواردی که در بیشتر جلساتی که اداره حقوقی هستیم و به سؤالات پاسخ می‌دهیم، خیلی جاها تکرار می‌کنم این مسأله است که مبتنی بر مبانی و اصول باید قوانین را تفسیر کرد، به نظر من آن چه الان گریبان گیر قضات ما هست، تفسیرهای لفظی و صوری از قانون است. برخی فقط دنبال این هستند که متن قانون را بیارند و بگویند که این‌طور نوشته در صورتیکه أسلوب صحیح تفسیر این است که الفاظ قانون را در پرتو اصول حقوقی معنی کنیم و نتیجه منطقی حاصل شود نه تکیه گاه ما تنها صورت قانون اشد صورت گرایی در أسلوب تفسیر شیوه مtroکی است. خب وقتی که رأی نقد بشود می‌تواند اون مبانی و اصول صحیح تفسیر را ارایه بدهد برای قضات تا مبتنی بر اون بتوانند آرائشان را صادر کنند. این اهداف و فوایدی بود که به نظر حقیر برای تحلیل آراء قضایی باید بررسی شود. اما یکی دو نکته متفرقه هم عرض کنم، یکی این که در اون مستندات قانونی که آقای دکتر درویش زاده اشاره کردند، دستورالعمل اتقان آراء قضایی را اضافه کنیم، که سال ۹۹ نوشته شده توسط معاونت حقوقی و رئیس قوه قضاییه ابلاغ کرد این دستورالعمل در واقع خیلی مرتبط با این بحث هست و عناصر و اجزاء یک رأی درست در این دستورالعمل اتقان آراء آمده و در کار شما می‌تواند مورد توجه قرار بگیرد، در کنار سایر مستنداتی که فرمودند.

نکته دوم اینکه پژوهشکده قوه قضاییه هم یک کار مشابهی آغاز کرده، حتی یک مدیریتی برای این کار دارد. یعنی در ساختاری که جدیداً نوشتن ظاهراً ۳ تا پژوهشکده دارد و چند مدیریت که یک مدیریت دارد و اون مدیریت اسمش این هست «قوانین و رویه قضایی» که بخش قوانین آن بیشتر به قوانین جدید التاسیس و لوایح جدید می‌پردازد و بخش رویه قضایی همین نقد آرا هست که خوب است آنجا هم یک ارتباطی باشد و کارهای مشابه در آنجا هم انجام می‌شود و من پیشنهاد می‌کنم که این ارتباط برقرار شود.

نکته آخر اینکه؛ درمورد نحوه انتخاب آرا که فرمودید، به نظر من بهتر است که هر شماره‌ای از مجله اختصاص به یک رشته باشد و تخصصی باشد. یعنی اینجوری نباشد که یک شماره بیاد مثلاً رأی اداری داشته باشد، حقوق مدنی هم داشته باشد، حقوق جزا هم داشته باشد، اگر بشود آرا به صورت تخصصی در هر شماره تحلیل شوند که افرادی که دنبال موارد خاصی هستند. بتوانند استفاده کنند یا حداقل خیلی تخصصی هم نباشد، مثلاً حقوق کیفری و مدنی و حقوق بین‌الملل هر شماره به یکی از این شاخه‌های تخصصی اختصاص داده شود. معیار دیگری برای انتخاب رأی این است که به مسایل مبتلابه جامعه بپردازیم. یعنی اولویت در انتخاب آرا، مواردی باشد که مبتلابه امروز است آقای دکتر شریعت باقری فرمودند که گاهی مشاهده می‌شود بحثهای خیلی ابتدایی حل نشده است. مثل خسارت مازاد بر دیه. سالهای سال این حل نشد چون در قوانین پیشنهادی هر بار آمد اما قبول نکردند ولی واقعاً مبتلا به است از یک طرف درد مردم است، طرف می‌آید و می‌گوید که من چاقو خوردم، درد کشیده‌ام، تحقیر شدم، و ... ولی مثلاً ۱۰۰ میلیون تومان هزینه مداوای من شده، شما می‌گویید ۱۰ میلیون تومان دیه آن شده. و یا بحث اعدام نوجوانان و ظرفیتی که ماده ۹۱ قانون اسلامی برای جلوگیری از اعمال قصاص و حدود در مورد نوجوانان ایجاد کرده ولی کمتر مورد توجه قرار گرفته است. که هنوز حتی در دیوان عالی کشور داریم که متأسفانه آراء مربوط به این موارد را تایید می‌کنند. و دهها مسأله مبتلا به دیگر که می‌تواند حسب مورد اولویت بندی گردد. با پوزش از تصدیع و آرزوی توفیق برای همه عزیزان. والسلام

**دکتر انجم شعاع:** بسیار خوشبختم که این توفیق حاصل شده است که از محضر استادان محترم در این جلسات می‌توانم استفاده کنم. عرض بنده اشاره‌ایست به سرفصلهایی که جناب درویش زاده به آن اشاره کردند که ما چگونه آراء را انتخاب بکنیم؟ آقای دکتر شریعت باقری هم فرمودند، آرائی که به هر حال تأثیرگذار بودند یا تحلیل و نقد آنها می‌تواند تأثیرگذار باشد. قطعاً در اولویت است. خب مواردی است که یک رأی در یک پرونده صادر شده، مهم هم هست یا ایراد مهم دارد، یا نقاط قوت مهم دارد، به جای خود محفوظ، اما بعضی آراء هست که یک چتری گشوده است روی موضوعات متفاوت و فراوان، آن قطعاً مهم‌تر است. بعد از سال ۸۱ دادسراها دوباره تشکیل شدند، رأی وحدت رویه صادر شده بود در پایان این رأی طرداً للباب با یک کلمه «ضمناً» موضوعی را هم رأی داده بودند که اصلاً در قالب اختلاف نبود. خب این‌طور مسایل هست، یا همین موضوعی که الان مورد بحث در قسمت دوم جلسه قرار خواهد گرفت، خب من عقیده دارم یکی از بحثهای خیلی جدی این است که چه‌طور دیوان عالی کشور وارد موضوع بشود؟

این‌که در مقدمه رأی هیأت عمومی آمده است گزارشهایی به من رسیده آیا می‌تواند مبنای قانونی برای ورود مجدد باشد؟ خب این‌طور مسائل را داریم. اما نکته‌ای که من در ارتباط با فرمایش جناب آقای درویش زاده می‌خواستم عرض کنم این است که، الان نگاه کردم به آن متن دعوتنامه دیدم که تحلیل آراء قضایی است. خب خیلی روشن است که ما آرائی را انتخاب کنیم، حالا با همه معیارهایی که مورد توجه است و آن رأی را تحلیل بکنیم، نقد کنیم، بسیار هم خوب. اما من عرضم شاید جنبه سؤالی‌اش بیشتر باشد تا پیشنهاد یا نظر، که می‌شود موضوعی هم تحلیل کرد؟

اشاره کنم به یک سابقه‌ای اسمش را هم خاطرم هست از پیش‌کسوتان آقای یدالله بازگیر، چون کتابهای متعددی نوشته بودند، مثلاً قتل عمد در آراء دیوان عالی کشور. حالا چیزهای دیگری هم بود، چندین جلد. آیا این در حوزه فرمایش جناب آقای درویش زاده این‌که می‌شود به این شکلها عمل کرد که مثلاً فرض کنیم، حالا خیار تبعض صفقه در آراء دیوان عالی کشور جایگاهی دارد یا ندارد؟ البته موضوعات مبتلا به باید انتخاب بشود. نه موضوعات غریبی که بود و نبودشان



چندان تأثیری ندارد. ولی می‌شود در قالب تحلیل آراء به این‌گونه عمل کرد که، موضوعی انتخاب کرد و آراء متعددی را بررسی و از آن رویه استخراج کرد، جدا از این‌که حالا در مواردی مثل بحثی که امروز ادامه پیدا خواهد کرد یک موضوع خاص، یک رأی خاصی را ما تحلیل کنیم و مورد بررسی قرار بدهیم.

این را من بیشتر در قالب یک سؤال دارم عرض می‌کنم که از جناب دکتر درویش زاده و آقای دکتر شریعت باقری در این مورد استفاده کنیم از نظرشان.

**آقای درویش زاده:** یکی از معیارهای انتخاب، معیار موضوعی است. یعنی بر اساس موضوع خاص، آرائی انتخاب می‌شود، پیرامون آن موضوع توصیف و تحلیل می‌شود.

**آقای ساکت:** بسم الله الرحمن الرحيم

من هم به نوبه خودم خوشحالم از دیدار پساکرونا با دوستان عزیز. مسأله چند چیز هست در این قضیه، یکی این‌که شما باید دست کم از برخی رسانه‌ها، حتی اگر شده رسانه ملی، برای این کار استفاده کنید. حتی میزگردی در آنجا تشکیل دهید که افکار عمومی متوجه شوند. این انگیزه‌ای خواهد بود در تقویت روحی- روانی آن کسی که آن رأی را داده یا همانند آن رأی را خواهد داد. که آقای دکتر طهماسبی هم اشاره کردند.

در پیوند با تأثیر آراء قضایی در اصلاح قوانین در شعبه دهم تجدید نظر که بودیم. برابر دادنامه شماره ۷۶۷-۱۳۸۱/۱۰/۳۰ برای نخستین بار با گسیخته شدن رأی شعبه ششم تجدید نظر در شعبه چهلیم دیوان عالی کشور، به عنوان رأی دادگاه هم عرض، تساوی دیه اقلیتهای رسمی با مسلمانان را اعلام داشتیم برای یک زرتشتی در صدمات بدنی، درست دیه یک مسلمان در نظر گرفته شد ریاست فقید قوه قضائیه، آیه الله شاهرودی در آن هنگام با دیدن این رأی از آن استقبال کرد. چندی بعد در تاریخ ۱۳۸۲/۰۸/۰۲ قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید رأی مزبور در شماره ۳۷ (بهار ۱۳۸۱) مجله حقوق دادگستری به چاپ رسید که در کتاب دادکاوی، روزه‌ای به اندیشه نگاری حقوقی این جانب (شرکت سهامی انتشار ۱۳۸۵) نیز آمده است.

درباره بند (چ) ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری بارها پیش از اصلاح سال ۹۴ می‌گفتیم که هنگامی که عدم تناسب جرم و کیفر، مجوز پذیرش اعاده دادرسی موضوع ماده ۴۷۴ است به طریق اولی جرم نبودن هم این تجویز را به دنبال می‌آورد. اکثر قریب به اتفاق قضات دیوان نمی‌پذیرفتند تا این که بند (چ) اصلاح شد حالا هم با کثرتالی و برداشت نادرست پاره‌ای از شعب، می‌گویند: ما که ماهیت رسیدگی نمی‌کنیم. من در یک جا نوشتم: شما می‌خواهید تشخیص بدهید این جرم هست یا نیست؟ خب باید چکار کنیم؟ نص صریح قانون هم که آمده. اما در شعب دیوان نمی‌پذیرند. من گاهی به دوستان می‌گویم آقا شما رأی که نمی‌دهید شما تجویز می‌کنید. این را دریغ نکنید، یک درصد اگر احتمال بدهید اشتباه بوده، یک درصد. که هست. اما نمی‌کنند این کار را. الآن هم که شما به دیوان می‌روید، صد بار ما گفتیم، آقا چه معنا دارد که شما اعاده دادرسی را به یک شعبه ارجاع می‌کنید، دومرتبه، سومین چهارمینش را می‌فرستند یک جای دیگر. آخر یعنی چه؟ از آن بدتر؛ شعبه‌ای که فرجام را تایید و ابرام کردند. باز اعاده آن را می‌فرستند هم آنجا! این را حتی در نامه‌ای دو سال پیش نوشتم، خب ببینید اینها مشکلاتی است که اساسا ما با آن رو به رو هستیم اگر چنانچه واقعا تحلیلهای علمی بشود این مشکلات کمتر می‌شود. در کشورهای خارج آراء دادگاهها را به عنوان درس می‌دهند. این طور نیست که به آن بی اعتنا باشیم. در بسیاری از کشورها، در کانادا من خودم در دانشگاه مک گیل بودم خود آراء قضات را به عنوان مبنای علمی بحث می‌کردند. در کشورهای دیگر هم شاید همین طور باشد نمی‌دانم. مقصود این است که این می‌تواند همین تحلیلهای مراکز آکادمیک و دانشگاهی منتقل شود و تأثیرش در دکترین و بعد چیزهای دیگر. بسیار مهم خواهد بود.

ما کلاس ششم ابتدایی که بودیم، متنی را که باید به عنوان متن ادبی درس می‌دادند در آن زمان رأی دادگاه متن درسی ما بود. ولی الان نیست. در آن زمان بود. ۵۰ الی ۶۰ سال پیش بوده است.

**دکتر بهرامی:** بسم الله الرحمن الرحيم

جا دارد از دوستان بزرگوار که این دیدگاه را پیدا کرده‌اند کمال تشکر را داشته باشم. بی شک یکی از مسائل و دغدغه‌های جامعه حقوق همین آراء و تفسیرهای متفاوت و گاهی متناقض

است. در برنامه و دستور جلسه امروز دو مطلب ذکر شده بود، اول تبیین و گزارش از اهداف و علل و انگیزه تنقیه و تحلیل و تفسیر آراء که جناب آقای درویش زاده به نیکی بیان فرمودند و کمال استفاده را بردیم. لیکن بیشتر خودم را برای قسمت دوم که نقد و تحلیل یکی از آراء پیشنهادی بود، آماده کرده بودم و مطالبی هم یادداشت نمودم که تصور می‌کنم امروز فرصت نداشته باشیم. ان شاء الله برای جلسه آینده تقدیم خواهد شد. اما نکته‌ای را ضروری میدانم عرض کنم؛ اینکه در ارتباط با نقد وقتی صحبت میشود، تصور اولیه به سمت و سوی بیان ایرادها و عیوب میرود. حال آنکه مقصود از نقد، بیان حسن و قبح، نقاط مثبت و منفی با هم است. یک توصیف و تحلیل و ارائه راهکاری برای بهبود وضع موجود است.

در حقیقت من اعتقاد بر این است که امروزه برخی از آراء صادره از نظر شکلی و برخی دیگر از لحاظ محتوا دارای مشکل است. من ابتدا در ذهنم بیم این را داشتم که آراء دیوان عالی کشور از شمول نقد آراء خارج شود و به حریمش نرویم. ولی با توجه به مقدمه‌ای که بیان نمودم و با عنایت بر ایرادات شکلی و محتوای آراء هیأت عمومی و اصراری و فرجامی دیوان، جا دارد این آراء نیز در قلمرو نقد و تحلیل قرار گیرد.

پیشنهاد دیگر بنده این است با توجه به جمع فرهیخته، اگر بنا باشد یک رأی توسط همه عزیزان مورد ارزیابی و تنقیه و تحلیل واقع شود، هر چند از حیث دقت و بیان ابعاد مختلف مفید است ولی زمان زیادی را به خودش اختصاص میدهد. از سوی دیگر مطالب قطعه قطعه و غیر منسجم میگردد. بنابراین اگر برای هر جلسه با توجه به تجارب و تخصص و علاقه چند رأی بین گروههای سه یا پنج نفر تقسیم و توسط ایشان ارائه و سایر بزرگواران پس از شنیدن مطالب نسبت به بیان نظرات تکمیلی، نکات مورد نظر خود را ارائه و ابراز نمایند.

در ارتباط با همین رای که در دستور کار است یعنی آراء وحدت رویه ۵۷۵، ۱۳۷۱/۲/۲۹ و ۵۸۱، ۱۳۷۱/۱۲/۲، پیشنهاد میشود رأی وحدت رویه ۸۱۸، ۱۴۰۰/۱۰/۷ نیز مورد نظر قرار گیرد و هر سه رأی وحدت رویه با توجه به ارتباطی که با هم دارند، یکجا مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

**دکتر جوهری:** موضوع و مسأله تحلیل آراء قضایی؛ کار خوب و پسندیده‌ای است بلا شک به ارتقای سطح علمی جامعه بزرگ حقوقی کشور کمک می‌کند.

بنابراین پس از نقد و بررسی آراء می‌توان از آن درسنامه‌ها و متون آموزشی استخراج کرد با این توضیح وقتی که نقاط ضعف آراء مشخص شد متناسب با آن اداره ی کل آموزش قوه قضاییه می‌تواند سرفصلها و درسنامه‌های آموزشی تدوین نماید. این شکل و نحوه آموزش، آموزش مسأله محور تلقی می‌شود و بسیار سودمند خواهد بود.

به نظر می‌رسد نقد و بررسی آراء به دو دلیل به اتقان آراء قضایی کمک می‌کند اول این که ابعاد مختلف حقوقی یک رأی توسط حقوق دانان مجرب و فرهیخته نمایان می‌شود و مورد استفاده برای جامعه هدف خواهد بود. ثانیاً این که چنانچه قاضی بداند که رأی او مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد حتما در صدور رأی خود دقت و مداخله بیشتری می‌کند.

ما باید برای این منظور شاخص و معیارهای رأی متقن را آموزش دهیم سپس از قاضی بخواهیم آن موارد را در انشای رأی خود رعایت کند در حال حاضر دستورالعمل اتقان آراء مصوب ریاست محترم قوه قضاییه را در دست داریم که ضمن ایجاد تکالیفی برای دیوان عالی کشور به شاخص و سنجه‌های رأی متقن و مطلوب اشاره کرده اما کافی نیست، این مهم نیازمند این امر است که برای هرکدام از شاخصها و سنجه‌ها تعاریفی به دست داده شود که ارزیاب و ارزیابی شونده در مقام ارزشیابی و ارزیابی بدانند که معیار چیست؟

اداره کل آموزش اعلام آمادگی می‌کند که برای جلسات نقد و بررسی آراء همکاری لازم را داشته باشد تا بتواند از موارد و مباحث نقد و تحلیل آراء نکات و نیازهای آموزشی استخراج و مبادرت به آموزش آنها در بدو خدمت و ضمن خدمت کارکنان قضایی و اداری نماید.

نکته دیگر که به ذهن می‌رسد این است که در دانشگاه علوم قضایی و پژوهشگاه قوه قضاییه نشریه و مجله نقد رأی داریم آن چه متبادر به ذهن است، ما نگاه منفی و سلبی به آراء قضایی داریم و صرفاً می‌خواهیم نقاط ضعف رأی را به تصویر بکشیم این در حالی است که از جنبه اثباتی می‌توان به آراء پرداخت. در دستگاه قضایی آراء فاخری وجود دارد که می‌تواند مبنای تفسیر صحیح قوانین و رویه قضایی باشد بنابراین اگر ما تحت عنوان شناسایی آراء برتر به این امر مهم بپردازیم بهتر است.

در پایان از همه ی دوستان و همکاران عزیز و ارجمند علی الخصوص جناب آقای دکتر شریعت باقری و جناب آقای درویش زاده بابت تشکیل این جلسه تشکر و سپاسگزاری میکنم.

### دکتر درویش: بسم الله الرحمن الرحيم

بنده هم از اینکه در این جمع هستم بسیار خرسندم و تشکر وافر می‌کنم از بانیهای این امر پرثمر خصوص که گویا شبیه این پژوهشکده تا به حال در بخش خصوصی پا نگرفته باشد.

تفکیک قوا همان گونه که جناب دکتر شریعت باقری هم فرمودند، از روزی که نطفه آن بسته شده، قرار نبوده متضمن تفکیکی کامل باشد شاهد مثال عمی آن که همیشه در تقنین و رویه در هر نظامی، یک بده و بستانی میان قوا در نقاط مرزی میان قوا بوده است و اصلاً غیر از آن نمی‌شده جامعه را از طریق تاسیس سه جزیره کاملاً مستقل، به نحو درستی مدیریت کرد. لذا در قوه مجریه هم برخی مراجع شبه قضایی داریم مثل تخلفات اداری و کمیسیونها که به هر حال یک نوع قضاوت می‌کنند در قوه قضاییه هم مثالش همین رأی وحدت رویه است. که رویه ساز و مانند قانون عام الشمول و الزام‌آور و از این جهت است که می‌گویند در حکم قانون است؛ ایرادی هم ندارد، منتهی باید موارد استفاده از رای وحدت رویه و نیز تفسیر رای وحدت رویه باید مضیقاً صورت گیرد. هر کدام از این سه قوه در جایی که حس می‌کنند در مرز تفکیک قوا قرار دارند باید احتیاط کنند تا مبادا خط مرزی را رد کنند یعنی قوه مجریه وقتی می‌بیند قضاوت می‌کند یا قوه قضاییه وقتی می‌بیند وارد اجرا شده است باید دست نگه دارد.

ای کاش بعضی از ساختارها از جمله ساختار جذب و تدریس و تربیت حقوق دان و قاضی و استاد حقوق، اصلاح و سختگیری بسیار بیشتر می‌شد تا این قدر مواجه با ضرورت نقد آرا و نظریات صدمه‌زا نشویم مثلاً چرا باید برای فردی با سنی حدود ۲۴ بتوان ابلاغ قضایی برای يك دادگاه بخش با آن همه صلاحیت و در شرایط عدم دسترسی به کافی به قضات مجرب و فقد دیگر امکانات صادر کرد؟

در خصوص انتخاب رأی بنده به هر رأیی ولو وضوحاً اشتباه، آنقدر اهمیت نمی‌دهم که لازم باشد روی آن وحدت رویه صادر کنند. زیرا یک سری اختلافات فقط صرف اختلاف است که زیبایی و اقتضای مباحث حقوقی است و صدمه جدی به حقوق مردم نمی‌زند؛ ثانیاً در بعضی از اختلافات

مانند ماهیت دیه یا جواز یا عدم جواز خسارت مازاد بر دیه، چنان هر طرف استدلال خود را دارد که نمی‌توان اقتناع حقوقی ایجاد نمود. نباید به هر رای ساختارشکن بها داد بلکه باید آن رای ساختارشکن را نقد کرد و مانع توسعه آن شد که به سبب صدور از مرجعی مهم یا شخصی علماً متنفذ، ممکن است رویه ساز باشد. بعضی مواقع آرای صادر می‌شود که قابل تحمل نیست، صدمه می‌زند، نمی‌توانیم منتظر بمانیم تا با وحدت رویه رفع مشکل شود و به علاوه نمی‌توانیم منتظر بمانیم تا مجلس سر فرصت ۴ الی ۵ سال دیگر، با تقنین رفع مشکل کند، اینجا باید با نقد جدی مانع توسعه آن آرا شد.

دیگر آن که هر رأیی را نباید نقد کرد مثلاً یک رأی از نظر تئوری غلط است اما از نظر عملی خیلی به درد مملکت می‌خورد.

گاه دیده می‌شود آرای مورد نقد واقع می‌شوند که در حقیقت در دو بعد علمی و عملی، صحیح‌اند. در رابطه با رأی وحدت رویه‌ای که اعتراض ثالث به آرای اصل ۴۹ قانون اساسی را هم داخل در صلاحیت دادگاه انقلاب دانسته، این رای صحیح است زیرا از باب صلاحیت تبعی است و نمی‌توان با توسل به صلاحیت ذاتی، مانع صلاحیت تبعی شد کما این که به تبع کیفرخواست، برای دادگاه کیفری صلاحیت رسیدگی به دادخواست ضروریان که دعوی حقوقی است، ایجاد می‌شود و اصولاً همه دعاوی اعتراض ثالث راجع به همان دادگاه صادرکننده رای قطعی است به علاوه رای وحدت رویه مذکور مانع صدور آرای متهاافت می‌شود و برای ثالث هم بهتر است که دعوی خود را در همان دادگاه قبل طرح کند. یا مثلاً یکی هم بحث خسارت مازاد بر دیه است. این یکی از همان بحثها است. من سال ۹۰ روی این ۶۰ صفحه نوشتم که می‌خواستم به صورت مقاله در آید واقعاً این یک بحثی هست که هیچ وقت جمع نمی‌شود یعنی هر کار بکنیم آخرش نمی‌شود به یک نظر برسیم که مخالف را مجاب کنیم.

**دکتر شریعت باقری:** اصلاً در باب دیه اقلیتهای دینی بر اساس فتوا رأی دادیم نتیجه اش این شد که قانون هم اصلاح شد. پس اگر تئوری کامل باشد می‌تواند اینها را تغییر بدهد.

**آقای ساکت:** ببخشید خیلی جسارت آمیز است این حرف. این را من یک دفعه در کمیسیون پزشکی قانونی گفتم اصلاً دیه باید جمع بشود آیت الله مرعشی هم نظرش همین بود.

**آقای برموز:** یک طنزی در شبکه‌های مجازی خیلی جالب آمده بود. مردم عادی نوشته بودند که «حالا که گوشت اینهمه گران شده آیا گوشت انسان گران نشده است؟ که دیه یک انسان این قدر پایین تعیین می‌شود؟!!!»

مردم می‌فهمند الان یک دیه کامل ۶۰۰ میلیون تومان در سال ۱۴۰۱ تعیین شده است سوال این است آیا واقعا ارزش ریالی گوسفند یا شتر که مبنا و معیار دیه هست واقعا به این صورت یعنی ۱۰۰ شتر یا ۱۰۰۰ گوسفند به این قیمت هست؟ آیا هدف از تدوین ماده ۵۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این بود که مردم با وضعیتی مواجه شوند که یک دیه کامل انسان هرگز با معیارهای شرعی منطبق نباشد!

با توجه به نمونه فوق گاهی به نظر می‌رسد نقد آراء قضایی می‌تواند با محوریت تأثیر قانون و هدف مقنن در آراء قضایی و ارتقای کیفیت احساس عدالت در جامعه مورد توجه قرار گیرد.

مصادق فوق که نتیجه اصلاح قانون بر اساس نقد آراء قضایی در زمان قبل از تدوین ماده مذکور از حیث به کار بردن کلمات گوسفند و شتر در متن آراء قضایی توسط دادگاهها بود و به خاطر دارم در آن زمان بسیار مورد توجه قرار گرفته بود اندیشمندان حقوقی برای حل این مشکل ماده ۵۴۹ را به عنوان راهکار عملی و پاسخگویی به نقدهای آن زمان مطرح کردند و به تصویب رسید. اما اگر هدف از تدوین ماده فوق اصلاح ادبیات مکتوب در آراء قضایی از حیث ذکر میزان صدمه بدنی و اشاره مستقیم به گوسفند و شتر و... در تعیین خسارت بدنی در پاسخ به نقد آراء قضایی بود. اما اکنون پس از سپری شدن نزدیک به یک دهه از ماده مذکور ملاحظه می‌شود در جبران خسارت بدنی هرچند در ادبیات آراء قضایی قانون‌گذار به هدف خود رسید و دیگر شاهد به کار بردن کلمات گوسفند و شتر در آراء دادگاهها نیستیم اما این ماده از هدف خود منحرف شده و عدم توجه به نحوه اجرای صحیح قانون و تعیین دیه بر خلاف واقعیتهای اجتماعی و تورم ناخواسته با پدیده بی ارزش تر شدن جان انسانها در جبران خسارت رو به رو شده ایم و به نظر می‌رسد اگر به همین صورت پیش رود در چند سال آینده جبران خسارت بدنی بسیار ساده و بازدارندگی خود را از دست خواهد داد.

لذا به نظر می‌رسد در نقد آراء قضایی نقش قانون و تأثیر آن در کیفیت آراء قضایی لازم است مورد توجه قرار گیرد.

این گونه نقدها می‌تواند سازنده و برای برنامه‌ریزیهای تقنینی در آینده مؤثر واقع شود. متن ماده ۵۴۹: «موارد دیه کامل همان است که در مقررات شرع تعیین شده است و میزان آن در ابتدای هر سال توسط رئیس قوه قضاییه به تفصیل بر اساس نظر مقام رهبری تعیین و اعلام می‌شود.»

**دکتر اهواری:** بسم الله الرحمن الرحيم، من قبل از هر چیز تشکر می‌کنم از حضرت‌عالی این کاری که این‌جا انجام می‌شود به اعتقاد من کاری است که باید حاکمیت انجام دهد کاری در این وسعت با این عمق، یک عرضم به شما که بخش خصوصی داره کار انجام می‌دهد واقعا کار ارزشمندی است. در رابطه با این که نقد رأی را که چه مفهومی دارد می‌توان گفت رأی مهمترین محصول دادگاه هست. محصول قوه قضاییه هست یعنی اگر ما رأی را از قوه قضاییه بگیریم چیزی برایش نمی‌ماند، رأی بیانگر دانش قاضی، شجاعت تفکر، بینش و شناخت قاضی نسبت به موضوع است. بسیاری از موضوعاتی را که آقای دکتر طهماسبی و سایر دوستان فرمودند از رأی می‌شود فهمید، بعضی از استادان که در جلسات نقد رأی ما می‌آمدند گفتند ما فکر نمی‌کردیم قضات این‌گونه آراء را تحلیل کنند. یکی از فوایدی که برای نقد رأی وجود دارد این است که قاضی خودش را در معرض نقادی ببیند، نگوید من این رأی را دادم تمام شد و رفت، در یکی از اولین جلسات نقد رأی که ما در دادگاه تجدیدنظر داشتیم، یکی از همکاران ما خیلی نگاه اعتراض آمیز داشت که آقا چه کسی گفته اصلا رأی قاضی را باید نقد کرد؟ قاضی مستقل است در رأی خودش، کم کم به این نتیجه رسیدیم و به این پختگی و تکامل رسیدیم که استقلال قاضی مانع از این نیست که رأی او مورد نقد قرار بگیرد و بعد همکارمان که رأی صادر کرده بود می‌آمد و همکاران دیگر رأی او را مورد نقد قرار می‌دادند. نقد ابعادش می‌تواند بسیار وسیع باشد، آقای دکتر طهماسبی فرمودند، آقای دکتر بهرامی هم فرمودند نگرارش یکی از ابعاد رأی هست، انطباق رأی با قانون گاهی اوقات حسن است گاهی اوقات انحراف از ظاهر قانون و تعهد به فلسفه قانون خودش می‌شود حسن، ممکن است یک مقدار خروج از ظاهر قانون پیدا کند



منتها نتیجه را می‌برد به سمت عدالت و انصاف، این اتفاقا بد هم نیست. ما در یک جایی بگوییم این رأی با قانون زاویه دارد ولی در مقابل نتیجه را به سمت عدالت و انصاف می‌برد. زیبایی کار قاضی در همین است. قاضی با یک مامور یا افسر یا یک مجری قانون تفاوتش در این است که اجازه تفسیر قانون دارد و قاضی می‌تواند با توجه به مختصات و ویژگیهایی که برای دعوا وجود دارد آن قدر این قانون را انعطاف بدهد که در نگاه اول بر خلاف ظاهر قانون باشد، منتها در نگاه عمیق انطباق با عدالت و انصاف آن را زیبا می‌کند.

از تجربه‌ای که ما در نقد رأی در دادگاه تجدیدنظر داشتیم استفاده می‌کنم آقای دکتر موسوی در جلسات تشریف داشتند، ما شروع کارمان خیلی سخت بود چون همین طور که یکی از دوستان فرمودند می‌گفتند که نقد انگار می‌خواهد نقاط عیب را نشان دهد، در رابطه با نظری که در جلسه مطرح شد که آراء برتر را نقد کنیم یا نه، تحلیل آراء قضایی عنوان نقد را مناسب‌تر می‌بینم، ما هیچ ابایی نداشته باشیم اگر ما بخوایم نقد کنیم به مفهوم این نیست که من رأی برتر را دارم انتخاب می‌کنم، اگر من رأی برتر گفتم بسیاری از آراء از گردونه تقدمان خارج می‌شود. چون چه بسا در تحلیل یک رأی که بخواهیم بگوییم آقا این دیدگاه دیدگاه درستی نیست. دیگر نمی‌توانیم از آراء برتر صحبت کنیم. اما در نقد نقاط ضعف و نقاط قوت همه را با هم می‌بینیم. اگر یک رأی نقاط برتر و برجسته‌ای دارد آنها را باید زیر ذره‌بین بگیریم و بزرگش کنیم و اگر نقاط ضعفی دارد باید با قلم و بیان شیوا بدون این که بخواهد مخاطب آزار ببیند او را متوجه کنیم که این برداشت منطبق با قانون نیست. این تجربه‌ای است که من دارم به عنوان یک دیدگاه بیان می‌کنم، گاهی یک موضوع را به نقد می‌گذاریم گاهی راجع به یک موضوع دو دیدگاه را به نقد می‌گذاریم می‌گوییم راجع به این موضوع این دیدگاه و این دیدگاه مخالف وجود دارد همان کاری که دیوان عالی کشور می‌کند در تطبیق یک موضوع با دو برداشت بهتر می‌شود تحلیل کرد ما قضات صادرکننده رأی را هم دعوت می‌کردیم به جلسه، البته اوایل همیشه می‌گفتیم آقا اجازه می‌دهید بعد کم کم این اجازه گرفتن همیشه مواجه با این بود که همکارمان استقبال می‌کرد می‌گفت بله من خیلی خوشحال می‌شوم بلااستثنا همه دوستانی که صاحب قلم بودند، صاحب آن رأی بودند در جلسه می‌آمدند و از رأی خود دفاع می‌کردند و مبانی آن را

تشریح میکردند، سپس همکران قضایی با دیدگاه موافق و مخالف آراء را مورد نقد قرار می دادند. تجربه دیگر این است برای این که مباحث تکراری نشود یک دفعه ده نفر از یک دیدگاه صحبت نکنند ضربدری هم صحبت می کردیم از اول معلوم بود چه همکارانی چه رأیی را مورد دفاع قرار می دهند ثبت نام می کردیم. موافق، مخالف اظهار نظر می کردند. اما در رابطه با تحلیل موضوع محور به نظرم می رسد که نباید از رأی فاصله بگیریم. اگر بخواهیم موضوع را محور قرار بدهیم باز هم باید آراء مرتبط با موضوع را مورد تحلیل و نقد قرار بدهیم. یعنی همیشه باید ما رأی داشته باشیم نمی خواهیم مقاله بنویسیم، نمی خواهیم یک بحث علمی داشته باشیم اما اشاره ای به این شد که از رسانه استفاده کنیم. من رسانه ملی را گزینه مناسبی نمی بینم، هم دسترسی به آنها و دعوت کردن آنها سخت است و هم این که امروز ما یک رسانه قوی تری داریم، فضای مجازی به خوبی توانسته خلا موجود رسانه ملی را پر کند. در فضای مجازی مخاطبان خاص که تشنه این موضوع هستند مطلب را می گیرند و استفاده می کنند. در رابطه با آرائی که می خواهد مطرح بشود پیشنهادم این است که ما یک کمیته ای داشته باشیم، به درستی دوستان اشاره کردند که در انتخاب موضوع باید خیلی دقت بشود اگر ما موضوعاتی که مورد ابتلای جامعه نیست انتخاب کنیم هم وقت خودمان را خیلی استفاده نکردیم. هم مخاطبانمان احساس می کنند که خیلی بحث مهمی نبود، اهمیتی نداشت. چه این دیدگاه و چه دیدگاه مقابل آن اهمیتی نداشت.

من مثال می زنم از رأیی که در تاریخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۰ هنوز انتشار پیدا نکرده است در رابطه با اسقاط کافه خیارات و بحث خیار فاحش و افحش مورد بحث قرار گرفت ببینید به محض این که این رأی صادر شد آن فرمهای مبیعه نامه ها یک کلمه ولو افحش و فاحش و چهار تا از این هم بلندتر را می آورند که آقا از هر درجه باشد بخواهد بیوشاند اما آیا این موضوع هست؟ نه این نیست ما باید برویم یک مرحله جلوتر اگر ما خوب دقت کنیم بحث این است اگر من در قرارداد نوشتم فاحش افحش ولی بعدا معلوم شد اصلاً این ملک ۲۰۰ میلیون تومانی، ۲ میلیارد تومان قیمتش بود آیا با نوشتن این که کافه خیارات اسقاط شد ولو خیار افحش آیا من واقعا فهمیدم این را اسقاط کردم؟ یک موضوع دیگر که امروز جامعه حقوقی تشنه آن است در رابطه با تغییر کاربری است. در رابطه با جرم تغییر کاربری که مبتلا به هست در سطح جامعه آیا این جرم

مستمر است یا آنی است؟ که دو تا نظر و آراء متعدد وجود دارد در استانه‌های متعدد، اگر ما این را واقعاً تحلیل کنیم می‌توانیم تأثیرگذار باشیم در رویه قضایی. در هر حال نقد رأی در ارتقاء دانش حقوقی و اتقان آراء بسیار موثر است و ان شاء الله جلسات نقدی که با حضور استادان حاضر برگزار خواهد شد مفید و قابل استناد خواهد بود.

**دکتر شریعت باقری:** در رابطه با نقد یا تحلیل آراء یا آراء برتر که گفته شده دوستان می‌دانند که نقد در صنعت تشخیص طلا استفاده می‌شود این نقد اصلاً از آنجا آمده است قبلاً یک سنگ مخصوصی بوده که می‌زدند به طلا و مثلاً می‌گفتند این طلا چهارده عیار است یا شانزده عیار یا بیست عیار به این کار می‌گفتند نقد کردن. حافظ می‌گوید «نقدها را بود آیا که عیاری گیرند؟ تا همه صومعه داران پی کاری گیرند.» در نقد کردن، منظور این است که عیار طلا را شما مشخص کنید بنابراین یعنی ممکن است بگوییم طلای ۲۴ عیار است، یعنی نقد همه‌اش انتقاد و بدگویی نیست. بلکه بستگی دارد به تقوا و عدالت نفری که دارد این کار را می‌کند.

پس نقد کردن یعنی ارزش آن کالا یا خدمت را شما به عنوان متخصص بفرمایید که این ارزشش این قدر هست.

**دکتر درویش:** درباره بحث اولمان که مبانی نقد چه باشد رویکردهای مختلفی وجود دارد. مثلاً نقد با رویکرد نقد تقنینی بررسی می‌کند که چه قانونی منجر به این رأی غلط شده است؟ نقد با رویکرد مصالح اجرایی بررسی می‌کند که چه مصالحی منتهی به این رأی شده است؟ نقد با رویکرد عدالت‌گرا از آن جهت مهم است که عدالت یک امر نسبی هست هر کس ممکن است به سمت خودش تعبیر بکند در نقد رأی با رویکرد عدالت‌گرا معمولاً اجتناب از جمود بر لفظ مقنن مورد تأکید هست. نقد با رویکرد بررسی می‌کند که چه تفسیری منتهی به این رأی شده و آیا ناشی از ضعف آموزش است و یا غیر آن؟ نقد با رویکرد ممانعت از گسترش دیدگاه مبنای رأی یعنی رأی یک جوری هست مثلاً یک مرجع عالی صادر کرده و از مسلمات هست که غلط هست خب ممکن است این رأی پا بگیرد، باید حساسیت داشت نه این که یک رأیی مثلاً یک آدم ۲۷ ساله گمنام ادعایی هم ندارد خب این رأی پا نمی‌گیرد. اما نقد با رویکرد توسعه و گسترش دیدگاه علمی زمانی است که می‌بینید آدم استخوانداری یک رأی را صادر کرده رأی خوبی است

اما در عین حال خوب است باز بشود تا این دیدگاه توسعه پیدا کند و تقویت بشود، نقد با رویکرد امکان ایجاد وحدت رویه هم زمانی است که شما هر چه مقاله بنویسی آخرش جمع نمی‌شود عرض کردم یک سری اختلافات واقعا حل نمی‌شود راه حل و خروج عملی ندارد. من معتقدم خسارت مازاد بر دیه در سیستم حقوقی ما یکی از آنهاست، نقد ولو نقد رأی وحدت رویه این گونه نیست که ما فقط آراء محاکم را نقد کنیم.

**دکتر شریعت باقری:** در مباحث جبر و اختیار متکلمان یک عده‌ای عقیده دارند که این جبر و اختیار که انسان مجبور است یا مختار؟ هرگز مشکلش حل نمی‌شود و می‌گویند که خداوند مخصوصاً خواسته این اختلاف لاینحل باقی بماند. یعنی خداوند کمک می‌کند به طرفداران جبر و به طرفداران اختیار و هی دلیل برای آنها جور می‌کند و هی دلیل برای اینها جور می‌کند و تا قیامت همین ادامه دارد ولی خب باید دید که آن موارد که قابل حل نیست چه مواردی است؟ واقعا یک سری موارد قابل حل هست الان.

**دکتر موحیدیان:** بسم الله الرحمن الرحیم بنده هم تشکر می‌کنم افتخاری هم هست که بنده خدمت دوستان هستم. دوستان عزیز خیلی به مدینه فاضله دارند نگاه می‌کنند یعنی اگر ما رأی را ۵۰ پله ببینیم ارتفاعش را خب دوستان همه روی پله چهلیم تا پنجاهم دارن صحبت می‌کنند، مثالی تداعی می‌شود که می‌گوید یک افسری یک ماشینی را متوقف کرد به راننده گفت گواهینامه را بدهد. راننده گفت مگه گواهی‌نامه دادی که از من طلب می‌کنی؟ ما همیشه با دوستان ابتدای خدمت به خصوص کارآموزان طرف بودیم یک جایی باید بحث تحلیل آراء برای صدور رأی صحیح دیده شود. البته نمی‌دانم تا چه حد در محدوده فعالیت نشریه قرار می‌گیرد؟ به عنوان مثال ما موقعی که تجدیدنظر بودیم، می‌دیدیم که ۳ جلد پرونده آمده ۱۲۰۰ الی ۱۳۰۰ برگ آقای قاضی محترم کیفری نوشته در خصوص شکایت (الف) علیه (ب) دایر به خیانت در امانت به لحاظ فقد ادله حکم برائت صادر می‌شود اصلا معلوم نمی‌شود که موضوع چه بوده؟ دلایل چه بوده؟ تحقیقات چه بود؟ گاهی هم برعکس است، به خصوص مجتمع اقتصادی را نام می‌برم که در برخی آراء همه‌اش کپی-پیست است. مثلاً ۷۵۰ برگ از این رأی ۱۲۰۰ صفحه‌ای می‌شود عین کیفرخواست و ۳۰۰ صفحه می‌شود، این چه گفت؟ آن چه گفت؟ در حالی که یک

سری اصول باید رعایت بشود در صدور رأی که از قبل می‌گفتند نه ایجاز مخل نه اطناب ممل یعنی این حداقلها رعایت نمی‌شود. در واقع من دارم فقط سؤال می‌کنم آیا در محدوده کاری نشریه اصلاً صدور رأی صحیح، مبانی آن، این که رأی چه اجزایی دارد؟ چه ارکانی دارد؟ مقدمات چگونه باشد؟ اسباب موجهه رأی چه باشد؟ منطوق یا نتیجه اش چه می‌شود؟ الزامات قانونی چه باشد؟ اینها به نظر می‌رسد برای افرادی که ابتدای خدمت هستند لازم است و نباید از آن غافل شویم. مثال دیگر این است که در بعضی از آراء می‌بینید تا یک سطر مانده به آخر آدم احساس می‌کند که قاضی دارد محکوم می‌کند آنچنان می‌چینه کنار هم ادله را یک دفعه می‌بینی رد کرد یا برعکس.

**دکتر شریعت باقری:** یک نکته از فرمایش آقای موحدیان به ذهنم خطور کرد و آن این که یک سری آراء می‌بینم در فضای مجازی که ۵ الی ۶ صفحه از رأی دادگاه تجدیدنظر یا شهرستانهای دور افتاده از نظرهای هگل، افلاطون و از مطالب خیلی مختلف نقل کرده است. من احساس می‌کنم این هم یک جوری انحرافی هست چرا؟ چون یک سری الفاظ را که بر اساس یک سری اطلاعات کاملاً سطحی که در این طرف و آن طرف شنیدم و از آنها خوشش آمده را وارد رأی می‌کند مثلاً این که توماس هابز این گونه گفته باشد و بعد هشت صفحه توضیح داده حتی ممکن است مطالبی عربی و فقهی را کاملاً به خطا و با استدلالهای کاملاً ضعیف و بیجا در متن رأی وارد کند. شاید بتوان اسم این آراء را بگذاریم آراء متفاخر در مقابل آراء فاخر و آراء برتر یعنی طرف یک جوری به دنبال اظهار فضل بی‌جاست، مثل این که گفت «تا نشان سم اسمت گم کنند / ترکمانا نعل را وارونه زن» به نظر من اصلاً نباید امثال ما آراء متفاخر را تایید کنیم. چون آخرشم هم هر نتیجه‌ای دوست داشته خواسته بگیرد ولی با یک قلمبه‌سلمبه‌ای گفته که افرادی که سواد متوسط یا ضعیفی دارند هول کنند و فکر کنند لابد مثلاً تو این رأی مطلبی هست در حالی که نگاه می‌کنیم کاملاً خطاهای مهم در آن هست.

یعنی یکی از معیارهای انتخاب هم آراء متفاخر می‌تواند باشد. ولی باز نسبت به آن دسته اول شاید اینها بهتر باشد.

نه ما نمی‌خواهیم قضات دانشمند تضعیف بشوند. ولی خب حساب دارد به هر حال.

دکتر اهواری: نقد رأی از این جهت مهم هست که این رأی صورت ظاهرش قشنگ است ولی باطنش هیچ چیز نیست. این هم اتفاقاً بد نیست چون رأی ضعیف را هر کس ببیند متوجه می‌شود رأی ضعیفی است ولی رأی متفاخر را نه ولی اگر رأیی هم خوب بود و قوی باید مورد تجلیل قرار بدهیم بگوییم آفرین.

**دکتر موسوی:** بسم الله الرحمن الرحيم با سپاس فراوان از عزیزانی که در برپایی این هم اندیشی همت گماشتند و تشکر ویژه از دکتر شریعت باقری و دکتر درویش زاده، مطالب مورد نظر را در چند عنوان معروض می‌دارم:

۱- عناصر مهم در نقد و تحلیل رأی

به باور من چهار عنصر مهم در نقد و تحلیل رأی عبارت است از:

– موضوع رأی

– مرجع و مقام صادر کننده رای

– مخاطب رای

– آثار و نتایج رای

۲- متغیرهای ناظر بر رأی شایسته نقد و تحلیل

رأی کارزماتیک، مدلل و به تعبیر حقوق دانان کامن لا؛ راسیو (Ratio decidendi) که شایسته نقد و تحلیل باشد باید واجد ویژگیهایی باشد. این ویژگیهای مهم نهفته در چنین تصمیم ارزشمندی در گام نخست متضمن این ویژگی است که همه اجزای ساختمان رأی وجود داشته و مشخص باشد. اجزای رأی به گمان من هفت جز مهم هست.

آغاز رأی که در قانون آیین دادرسی کیفری ما متبلور شده ( ماده ۳۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری)، اما در مقررات دادرسی مدنی نصی راجع به آن نداریم

مقدمه رأی

خلاصه جریان پرونده

مستندات موضوعی

مسایل و وقایع یا فکته‌ها

استدلال (Raisonnement) به تمایز استدلال با دوگانه‌هایی مثل توجیه، حجت، اقناع آوری و استناد (مستندات حکمی) لازم است توجه شود. در احکام مقرر در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری و بند یک ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات دوگانه استدلال و استناد با یک ضمانت اجرا برخورد شده است. در حالی که این برخورد یکسان دور از منطق حقوقی است. از دیدگاه قانون‌گذار ما، رأی فاقد استدلال و فاقد استناد، مجازات یکسانی دارد. در حالی که چنین حکمی خردمندانه و منصفانه نیست. یعنی رأی فاقد استدلال به نظر من رأی نیست. در حالی که رأی فاقد استناد رأی تلقی می‌شود اما یک نارسایی دارد. از یک نبود و کمبودی رنج می‌برد. اما رأیی که استدلال ندارد رأی نیست چون استدلال، جوهر رأی است، ذات رأی است. در حالی که استناد، لباس رأی است، پوشش رأی است. لذا این که قانون‌گذار آمده این دو را کنار هم گذاشته و در موضع انتظامی و نزد مراجع نظارتی هم نبود این دو به یکسان مورد تنبیه قرار می‌گیرد جای نقد دارد.

منطوق رأی

پایان رأی

هرچند وجود همه این عناصر و این طبقه بندی در آراء ما کمتر دیده می‌شود اما در برخی وقتها شما می‌بینید بعد از این که قاضی صادر کننده، منطوق رأی را آورد در حد یک پاراگراف توصیه‌ای دارد یا موعظه می‌کند و در همان پایان رأی ممکن است که تعابیر و عبارات و برداشتهایی به دست آید که خود باعث اعاده دادرسی شود یا اساساً محتوای رأی را تخریب کند. این جزء دیگری از رأی هست.

۳- معیارهای ناظر بر رأی در خور نقد

عنصر دیگر در بحث متغیرهای ناظر بر رأی شایسته نقد؛ انعکاس پیام و تحلیل تازه از رأی است. تلنگر به قانون‌گذار است. خودم این رویه را داشتم. اگر مقرر یا ماده حاکم بر موضوعی را قبول نمی‌داشتم ضمن این که محترمانه نقد می‌کردم تلاش می‌کردم تا یاریگر قانون‌گذار باشم. اما از قانون تبعیت می‌کردم. به هر حال قاضی تابع قانون است.

معیار دیگر بازتاب ملاحظات اخلاقی در رأی است همین‌طور پوشش تکنیکهای ادبی و ملاحظات اخلاقی داخل رأی است. که بنا داریم کمک کنیم به رویه قضایی در این مسیر. در برخی از آراء شما حتی یک نقطه نمی‌بینید! یعنی ابتدای رأی تا انتهای رأی نقطه ندارد از نشانه‌های سجاوندی که یادگار دوران کهن فارسی و میراث گرامیان ادب فارسی ما هست بهره‌ای برده نمی‌شود.

#### ۴- چگونگی نقد و تحلیل رأی

مطلب دیگر چگونگی نقد و تحلیل رأی هست. در بحث چگونگی نقد و تحلیل رأی به اعتقاد من باید:

- ۱- تمرکز بر نقاط برجسته و مفید رأی داشته باشیم.
  - ۲- به شناسایی نارساییها و کمبودها در رأی بپردازیم.
  - ۳- تحلیل نتایج رأی و پیامدهای مترتب بر رأی را بازگو کنیم.
- گاهی صدای دلنواز عدالت از واژگان و تعبیر به‌کار رفته در یک رأی قابل برداشت است. پروفیسور پاسنر<sup>۱</sup> تعبیر قشنگی دارد و می‌گوید: ندای آرمانی در رأی چیزی شبیه صدای خداست. این صدای خدا را از بعضی از آراء عادلانه به روشنی می‌شود شنید.
- #### ۵- ناقد و تحلیلگر رأی

بحث دیگر هم بحث ناقد و تحلیلگر رأی هست. چه کسی باید رأی نقد کند؟ آیا هر کسی و هر حقوق‌دانی شایسته نقادی رأی هست؟ من دو ویژگی در این زمینه را لازم می‌بینم.

ویژگی اول: اولین ویژگی بحث اتصاف ناقد رأی را به انصاف، شکیبایی صداقت، شرافت، دانش حقوقی و سواد تخصصی در آن موضوع خاص است، بحث شرافت و صداقت را در خیلی از نوشته‌ها می‌بینم که یکسان به کار بردن از واژه اینتگریتی<sup>۲</sup> استفاده می‌کنند. این واژه با واژه

1. Posner.A.Richard.How Judges Think?  
2. Integrity



صداقت<sup>۱</sup> یکسان نیست. اینتگریتی به معنای شرافت هست و هر چند پوشش دهنده صداقت است اما صداقت معنای جداگانه و متمایزی دارد.

ویژگی دوم در نقد کننده اعتبار کافی ناقد در نزد مخاطبان رأی هست. حالا اگر نقد به صورت شخصی انجام می شود اعتبار شخصی لازم است و اگر به صورت گروهی انجام می شود. گروهی که ناقد رأی هستند باید واجد اعتبار کافی باشند. همان طوری که ما در نقد فیلم می بینیم و خیلی جالب است که هر فیلمی که بیشتر نقد می شود این نقد گسترده یک اماره هست برای این که آن فیلم جذاب تر هست و دارای معیارهای کامل تر هنری است، رأی هم باید این گونه باشد یعنی همان طور که آقای اهواری فرمودند قاضی صادرکننده رأی نباید هراسی داشته باشد و از این که رأی او مورد نقد قرار گیرد باید خشنود و دلگرم باشد. باز اشاره کنیم به تعبیری که مرحوم دکتر آخوندی داشتند. خدا رحمتشان کند ایشان می فرمودند: آراء شما قضات مثل کبوترهایی است که در آسمان به پرواز در می آید. وقتی آمد بالا همه آن را می بینند. ما بارها دیدیم داخل تاکسی در هر جمع و محفلی رأی یک قاضی دست یک انسان با سواد یا کم سواد یا دست یک کارگر، دسته یک صنعتگر و نویسنده بود و آنها در حال تحلیل رأی هستند. بنابراین قضات صادرکننده رأی که تصمیم ایشان در محل نقد و تحلیل هست باید خوشبین باشند. دادگستری نیز باید با استفاده از ابزار و مکانیزمهای مختلف در شکوه و اتقان این محصول که مهم ترین پروژه اوست، بکوشد. یک عزم جدی، ترغیب و بهره از محافل نقد و تحلیل رأی است.

## Report of the First Research Meeting on the Analysis of Judicial Decisions

Mohammad Mahdi Tavakoli<sup>1</sup>

### Abstract:

The court's judgment as a result of the judicial process, which reflects the arguments for the defense of the parties and the reasoning and argumentative efforts of a judge, should be analyzed and reviewed in depth in the context of legal theories and judicial precedent so that the strengths and weaknesses of each judgment are shown and the reasoning and inference processes of the judicial body of the country is strengthened.

This critique and analysis can be performed by judges, lawyers and jurists, taking into account the legal basis, the related articles on statutes and legal principles and refer to both the form and style of making a judgment and the merits, theme and foundation of an argument. Critique and analysis can be in a position of rejection, nullification and negation of the procedural structure or a substantive theme of a judgment or they can be in a position of its approval and confirmation. In other words, criticism and analysis taking into account the judgment subject to review can have positive or negative aspect, as the case may be. Critique and analysis regarding judicial precedent can be related to a judgment handed down by a court or, on a higher level to a case where a judge insists on the validity of his previous decision despite the opinion of the Supreme Court, or even to a binding precedent; it is also possible that the subject matter of critique and analysis be judgments made by judicial or administrative authorities. What is of importance is that critique and analysis regarding judicial precedent, whether with the rejection and negation approach or that of the approval and affirmation, there is a view based on the reform and construction of the judicial procedure.

Sometimes critique regarding judicial precedent arises out of criticizing the law; this criticism can eventually lead to the amendment of the law.

**Keywords:** *Judgment, Judicial precedent, Analysis, Critique, binding precedent.*

1. PHD of Private Law, University of Tehran and internal manager of Analysis of Judicial Decisions Journal, (Email: lawyer.tavakoli@gmail.com)

## نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (پرداخت دیه از بیت المال در جنایات عمدی مادون نفس)

امید توکلی کیا<sup>۱</sup>

### چکیده

در خصوص پرداخت دیه از بیت المال در مواردی که جراح پس از ایراد جرح متواری شده و شناسایی نشده است، از مواد مربوط در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دو دیدگاه کلی وجود دارد. برخی پرداخت دیه از بیت المال در جنایات عمدی مادون نفس را مشروط به شناسایی جانی دانسته اند و برخی دیگر مطلق وقوع جنایت عمدی، حتی در صورت عدم شناسایی جانی را مستوجب مسؤولیت بیت المال دانسته اند. این اختلاف نظر در محاکم قضایی موجب دو استنباط مختلف از قانون و در نهایت ورود هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این خصوص شد تا به تعارض موجود در عمل خاتمه داده و با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۰، رویه ای یکسان در این رابطه ایجاد کند. در این نوشتار به بررسی و ارزیابی دیدگاههای موجود و رأی وحدت رویه خواهیم پرداخت.

**کلیدواژه ها:** دیه، بیت المال، جنایات عمدی مادون نفس، روایت «لایبطل دم امرء مسلم»، رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

۱. پژوهشگر پژوهشکده حقوق و قانون ایران و رئیس شعبه اول دادگاه عمومی و رئیس حوزه قضایی شهرستان صالح آباد (خراسان رضوی)  
Email:omidtavakolijia@gmail.com

دیه در اصل به صورت «وَدْی» بوده است که حرف اول آن حذف شده و حرف «ها» در آخر کلمه به جای آن قرار گرفته است و معانی مختلفی همچون رد کردن، جاری شدن چیزی، جاری شدن چیز مایع، نابودی، هلاکت و... هنگامی که این کلمه به صورت دیه درآید معنای خون‌بهای مقتول یا عضو را پیدا می‌کند. واژه معادل دیه در فارسی «خون‌بها» یا «بهای خون» است. در فقه اسلامی عبارت از مالی است که به عنوان بدل نفس یا اطراف در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص (جنایات) به قربانی یا اولیای دم پرداخت می‌شود. لزوم پرداخت دیه که در آیاتی از قرآن مجید (بقره/۱۷۸، نساء/۹۲) مورد اشاره قرار گرفته است از جمله احکامی است که قبل از اسلام به عنوان شیوه‌ای برای حل و فصل خصومتها و پایان بخشیدن به منازعات در جوامع مختلف از جمله میان اعراب مرسوم بوده است و این حکم توسط اسلام مورد تایید و امضا قرار گرفته است. (زراعت، ۱۳۸۷، ج ۱، ۲۶ / میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳، ۲۱۲-۲۱۳) در اصطلاح فقهی و حقوقی دیه، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیرعمدی بر نفس، اعضاء و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد به موجب قانون مقرر می‌شود. (مواد ۱۷ و ۴۴۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) در مورد ماهیت دیه بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. یک دیدگاه آن است که دیه مجازات است. دیدگاه دیگر این که دیه خسارت مالی است و در مقابل نفس یا اعضای بدن قرار می‌گیرد. دیدگاه سوم آن است که، دیه هم مجازات و هم خسارت مالی است و دیدگاه چهارم این که ماهیت دیه در همه موارد یکسان نیست و باید آن را به دو حالت تقسیم کرد؛ الف- دیه‌ای که از سوی غیرجانی مانند عاقله یا بیت‌المال پرداخت می‌شود؛ این دیه ماهیت خسارت دارد. ب- دیه‌ای که از سوی جانی پرداخت می‌شود؛ این دیه جنبه مجازات و خسارت کیفری دارد. (زراعت، همان، ص ۳۱-۳۵-۴۱-۴۳) در دیه دو طرف وجود دارد، یک طرف که پرداخت‌کننده دیه است و طرف دیگر که دیه را دریافت می‌کند. پرداخت‌کنندگان دیه عبارت است از شخص مرتکب جرم (ماده ۴۶۲ ق.م.ا ۱۳۹۲)، عاقله (مواد ۴۳۵-۴۶۳ ق.م.ا ۱۳۹۲)، ضامن جریره (تبصره ماده ۳۰۷ ق.م.ا ۱۳۷۰)، بیت‌المال (ماده ۴۷۰ ق.م.ا ۱۳۹۲) و شخص حقوقی (تبصره ماده ۱۴ ق.م.ا ۱۳۹۲).

دریافت‌کنندگان دیه عبارت است از: مجنی‌علیه، ورثه مقتول (تبصره ماده ۴۵۲ ق.م.ا)، بیت‌المال (مواد ۴۵۱ و ۵۵۳ ق.م.ا) و جهات بر و احسان (تبصره ماده ۷۲۲ ق.م.ا).

## ۱. گردش کار رأی وحدت‌رویه

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۹۹/۱۱ رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه‌شنبه، مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۰ به ریاست حجت‌الاسلام والمسلمین جناب آقای سیداحمد مرتضوی مقدّم، رئیس محترم دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای محمد علمی، نماینده محترم دادستان کل کشور و شرکت آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل شد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظرهای مختلف اعضای شرکت‌کننده در خصوص مورد و استماع نظر نماینده محترم دادستان کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می‌شود، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۹۰ - ۱۳۹۹/۰۴/۱۰ منتهی شد.

الف: گزارش پرونده

معاون محترم حقوقی و امور مجلس وزارت دادگستری، طی نامه شماره ۰۱/۱۲ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱۶ با ارسال آراء صادر شده از شعب دادگاههای تجدیدنظر استانها، به جهت تعارض و حدوث اختلاف استنباط از ماده ۴۳۵ و مواد مرتبط از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، درخواست طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور را کرده است. گزارش موضوع به شرح ذیل به استحضار می‌رسد:

الف) شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان لرستان به موجب دادنامه ۹۸۰۹۹۷۶۶۱۵۷۰۰۹۵۱ - ۱۳۹۸/۰۹/۲۵، دادنامه تجدیدنظر خواسته به شماره ۹۸۰۷۷۰ - ۹۸/۰۶/۳۰ صادره از شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو کوه‌دشت را که طی آن حکم به پرداخت دیات مصدوم از بیت‌المال صادر شده است، با این استدلال نقض می‌کند:

«اولاً، موارد پرداخت دیه از بیت‌المال استثناء بر اصل است و قانون‌گذار در خصوص جنایت عمدی دون قتل منتهی به عدم شناسایی ضارب، تکلیفی بر بیت‌المال قرار نداده است. مضاف بر این پرداخت دیه از بیت‌المال موضوع ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی صرفاً در خصوص

صدمات منتهی به فوت می‌باشد. ثانیاً، با توجه به استثنایی بودن پرداخت دیه از بیت‌المال، قانون‌گذار در مقام بیان، صرفاً دیه قتل نفس را پذیرفته و سکوت آن در مورد صدمات دون قتل عالماً بوده چه این که اگر غیر از این بود در قانون تصریح می‌کرد. ثالثاً، مواد ۴۷۴، ۴۷۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ناظر به مواردی است که قاتل یا ضارب شناسایی گردیده و به دلیل مرگ یا فرار دسترسی به او میسر نگردیده است. علیهذا من حیث المجموع دادگاه اعتراض تجدیدنظر خواه را وارد دانسته و به استناد بند ب ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری با نقض دادنامه معترض عنه، حکم به رد درخواست شاکی صادر و اعلام می‌کند.»

ضمناً دادنامه‌های دیگری نیز پیوست است که همسو با رأی فوق و با استدلالی مشابه رأی صادر شده است.

ب) شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان در خصوص تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۱۰۸۷/۱۱۲۶۰۹۹۷۶۶۱۱۲۶۰۹۴۰-۱۳۹۴/۱۲/۱۱ شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو اهواز که به موجب آن درخواست مجنی‌علیه دایر بر پرداخت دیه صدمات وارده از ناحیه اشخاص ناشناس از سوی بیت‌المال به علت عدم شمول ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی رد شده است به موجب دادنامه شماره ۱۱۰۱۳۶۵/۱۱۰۹۹۷۶۳۰۹۶۰-۱۳۹۶/۱۲/۲۳ چنین انشاء رأی کرده است:

«نظر به این که... اصل ایراد جنایت عمدی به شاکی از ناحیه افراد ناشناس ثابت و مسلم است و... لهذا به استناد قاعده فقهی لایبطل دم امرء مسلم و ملاک ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی به طریق اولی پرداخت دیات ایراد جراحات مادون از قتل نفس از ناحیه متهمان ناشناس همچون قتل نفس به عهده بیت‌المال است. با این ترتیب، دادنامه تجدیدنظر خواسته به استناد بند پ ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری نقض و به استناد مواد ۴۴۸، ۴۴۹ و ۷۱۳ قانون مجازات اسلامی، بیت‌المال را به سبب... به پرداخت... [درصدی] از دیه کامل مرد مسلمان در حد مدعی خصوصی محکوم می‌کند.»

ضمناً دادنامه‌های دیگری نیز پیوست است که همسو با رأی فوق و با استدلالی مشابه صادر شده است.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان و شعبه بیست و چهارم دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در مواردی که

جارج پس از ایراد جرح متواری شده و شناسایی نشده است، از مواد مربوط در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استنباط مختلف دارند. بنابراین، در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، درخواست طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت ایجاد وحدت رویه را دارد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور در امور هیأت عمومی - غلامعلی صدقی

ب: نظر نماینده دادستان کل کشور

به شرح آتی اظهار عقیده می‌گردد:

۱- شعب محترم محاکم تجدیدنظر و دیوان عالی کشور در استنباط از ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی، آراء متفاوت صادر کرده‌اند. برخی از شعب، پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایات عمدی مادون نفس را مشروط به شناسایی جانی دانسته‌اند و برخی شعب دیگر مطلق وقوع جنایت عمدی، حتی در صورت عدم شناسایی جانی را مستوجب مسؤولیت بیت‌المال دانسته‌اند.

۲- به موجب ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی: «مسؤولیت کیفری شخصی است» این حکم قانونی از اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری که از اصول مسلم حقوق جزا است نشأت گرفته است.

۳- مستفاد از ماده ۱۴۲ قانون مذکور، مسؤولیت ناشی از رفتار دیگری امر استثنایی می‌باشد و نیازمند نص قانونی است و در موارد تردید باید به اصل رجوع نماییم، لذا مسؤولیت بیت‌المال استثنایی بوده و باید گستره آن را به نص قانونی محدود گردد.

۴- ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup> در مقام بیان به موضوع شناسایی و یا عدم شناسایی مرتکب اشاره نکرده است. اما پذیرش نوعی توالی مسؤولیتها، تأکید بر اموال و اقارب مرتکب و

۱. هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود. چنانچه پس از اخذ دیه، دسترسی به مرتکب جنایت اعم از قتل و غیر قتل، ممکن شود در صورتی که اخذ دیه به جهت گذشت از قصاص نباشد، حق قصاص حسب مورد برای ولی دم یا مجنی علیه محفوظ است، لکن باید قبل از قصاص، دیه گرفته شده را برگرداند.

نحوه استخدام مطالب در آن، نوعاً ضرورت شناسایی متهم را در درک منظور قانون‌گذار تقویت می‌کند. مضافاً این که مبنای تفسیر ماده مذکور، اصول کلی بر مسؤولیت کیفری می‌باشد و بر آن اساس نیز، مسؤولیت مقید و مشروط بیت‌المال صرفاً شامل فرض شناسایی مرتکب خواهد بود.

۵- مبنای مسؤولیت بیت‌المال، صرف‌نظر از جنبه‌های امتنان و لطف و مسؤولیت تکمیلی جامعه، ایجاب می‌کند که مقنن نسبت به وقایع جنایی با تفکیک در نوع، شرایط ایجاد و میزان نقش حاکمیت، قانون‌گذاری معقول و هوشمندانه‌ای داشته باشد. قبول و نفی کلی این گونه امور از یک سیاست جنایی معقول به دور است.

بر این اساس، رأی شعبه محترم دهم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان مبتنی بر ضرورت شناسایی مرتکب جهت تحمیل مسؤولیت پرداخت دیه بر بیت‌المال مطابق موازین قانونی تشخیص و قابل تأیید است.

ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰-۱۳۹۹/۰۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

قانون‌گذار به شرح مواد ۴۳۵، ۴۷۴، ۴۷۵ و ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با لحاظ موازین فقهی، در همه موارد قتل نفس یا مادون آن که به مرتکب دسترسی حاصل نشده است اعم از آن که شناسایی شده یا نشده باشد، پرداخت دیه از بیت‌المال را مقرر کرده است که البته در موارد شناسایی مرتکب و عدم دسترسی به وی، پرداخت دیه از بیت‌المال در صورتی ممکن است که ترتب مذکور در مواد قانونی مربوط رعایت شود. بنا به مراتب، در مواردی که مرتکب صدمه عمدی مادون قتل شناسایی نشده باشد، پرداخت دیه بر عهده بیت‌المال است و رأی شماره ۱۳۶۵ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۳ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء هیأت عمومی، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاهها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع

است. (روزنامه رسمی شماره ۲۱۹۵۱ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۰۶)



## ۲. بررسی فقهی و حقوقی

در اینجا دیدگاههای فقیهان و حقوقدانان در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایات مادون نفس در مواردی که ضارب پس از ایراد ضرب و جرح متواری شده و شناسایی نشود مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. دیدگاههای فقیهان

در صورتی که شخص ضارب فرار کند یا ناشناخته باشد، تکلیف دیه جراحات و صدمات مجنی‌علیه چگونه است؟ آیا از بیت‌المال پرداخت می‌شود؟ در این خصوص دو دیدگاه بین فقیهان وجود دارد:

الف- دیدگاه اول: بر اساس این دیدگاه، در مورد ضرب و جرح نیز امکان پرداخت دیه از بیت‌المال وجود ندارد.

آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی

در مورد سؤال، دیه جراحات و صدمات بر بیت‌المال نیست. والله العالم.

آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی

خیر در فرض سؤال دلیلی بر وجوب پرداخت دیه از بیت‌المال به نظر نرسیده است.

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی

در غیر قتل دلیلی بر گرفتن دیه از بیت‌المال یا خویشان جانی فراری نداریم.

آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

در مورد جراحات و صدمات که منجر به مرگ نشده دلیل بر پرداخت از بیت‌المال نداریم.

آیت‌الله حسین نوری همدانی

خیر، مگر این که حاکم شرع مصلحت بداند.

ب- دیدگاه دوم: بر اساس این دیدگاه، در مورد ضرب و جرح همچون قتل نیز امکان پرداخت دیه از بیت‌المال وجود دارد. اگر چه قائلان به این قول، نادر هستند لکن می‌توان به فتوای حضرت آیت‌الله بهجت اشاره کرد که می‌فرماید: «در صورت عدم امکان استیفای از ضارب، حاکم می‌تواند از بیت‌المال پرداخت کند.» (مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه، ۱۳۸۱، س ۵۷۵۳)

## ۲-۲. دیدگاه‌های حقوق‌دانان

در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در مواردی که جراح پس از ایراد جرح متواری شده و شناسایی نشده است، به‌طور کلی دو دیدگاه وجود دارد. برخی پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایات عمدی مادون نفس را مشروط به شناسایی جانی دانسته‌اند و برخی دیگر مطلق وقوع جنایت عمدی، حتی در صورت عدم شناسایی جانی را مستوجب مسؤولیت بیت‌المال دانسته‌اند.

### دیدگاه نخست: پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایت عمدی مادون نفس،

#### مشروط به شناسایی جانی

بر اساس این دیدگاه در جنایت عمدی مادون نفس، پرداخت دیه از بیت‌المال در صورتی است که مرتکب مورد شناسایی قرار گیرد. این گروه برای اثبات ادعای خویش به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

اولاً اصل بر شخصی بودن مسؤولیت کیفری است و این اصل از اصول مسلم حقوق جزاست.<sup>۱</sup> مسؤولیت ناشی از رفتار دیگری امر استثنایی است<sup>۲</sup> و نیازمند نصّ قانونی است و در موارد تردید باید به اصل رجوع کنیم، لذا مسؤولیت بیت‌المال استثنایی بوده و باید گستره آن را به نصّ قانونی محدود شود. (نظر نماینده دادستان کل کشور)

ثانیاً، موارد پرداخت دیه از بیت‌المال استثنای بر اصل است و قانون‌گذار در خصوص جنایت عمدی دون قتل منتهی به عدم شناسایی ضارب، تکلیفی بر بیت‌المال قرار نداده است.

ثالثاً پرداخت دیه از بیت‌المال موضوع ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که بیان می‌دارد: «اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته نشود یا بر اثر ازدحام کشته شود، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد.» صرفاً در خصوص صدمات و جراحات منتهی به قتل است.

۱. ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: مسؤولیت کیفری، شخصی است.

۲. ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شخص به طور قانونی مسؤول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتكابی دیگری، مرتکب تقصیر شود.

رابعا، با توجه به استثنایی بودن پرداخت دیه از بیت‌المال، قانون‌گذار در مقام بیان، صرفاً دیه قتل نفس را پذیرفته و سکوت آن در مورد صدمات دون قتل عالماً بوده چه این‌که اگر غیر از این بود در قانون تصریح می‌کرد.

خامسا، مواد ۴۷۴، ۴۷۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲<sup>۱</sup> ناظر به مواردی است که قاتل یا ضارب شناسایی گردیده و به دلیل مرگ یا فرار دسترسی به او میسر نشده است. (دادنامه ۱۳۹۸/۰۹/۲۵-۹۸۰۹۹۷۶۶۱۵۷۰۰۹۵۱ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان لرستان)

برخی از حقوق‌دانان می‌گویند: «گرچه روایت شریف می‌فرماید: «لا یبطل دم امرئ مسلم» اما از ظاهر آن نباید چنین استفاده شود که هر جا مسؤولی نمی‌توان برای پرداخت دیه پیدا کرد بیت‌المال مسؤول پرداخت آن است بلکه پرداخت دیه از بیت‌المال نیز همچون مسؤولیت عاقله یک استثنا است، بنابراین مواردی که پرداخت دیه از بیت‌المال جایز است نیاز به اجازه صریح قانونی دارد.» ایشان در ادامه می‌گویند در مورد مسؤولیت بیت‌المال برای پرداخت دیه جراحاتها این احتمال وجود دارد که بیت‌المال مسؤولیتی نداشته باشد، زیرا در پرداخت دیه به همان مورد منصوص یعنی قتل باید اکتفا کرد و روایت «لا یبطل دم امرئ مسلم» نیز ظهور در قتل دارد (زرعت، ۱۳۹۳، ۵۴۳). برخی دیگر نیز بیان کرده‌اند: فقها معمولاً قاعده «لا یبطل دم امرئ مسلم» را به استناد این‌که منظور از «دم» جان می‌باشد و نه جراحات، شامل مادون نفس نمی‌دانند و عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که پذیرش مسؤولیت برای بیت‌المال در پرداخت دیه منوط به تصریح آن در قانون است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ۲۶۹). برخی دیگر بیان داشته‌اند: دلیلی نیست که دیه را از بیت‌المال پرداخت کرد و تادیبه دیه از بیت‌المال خلاف اصل است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد و این مورد از آن موارد نیست (شامبیاتی، ۱۳۸۶، ۳۶۷). برخی دیگر از حقوق‌دانان گفته‌اند: موارد پرداخت دیه از بیت‌المال مشخص شده است [مواد

۱. ماده ۴۷۴- در جنایت شبه عمدی در صورتی که به دلیل مرگ یا فرار به مرتکب دسترسی نباشد، دیه از مال او گرفته می‌شود و در صورتی که مال او کفایت نکند از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

ماده ۴۷۵- در جنایت خطای محض در مواردی که پرداخت دیه بر عهده مرتکب است اگر به علت مرگ یا فرار، دسترسی به او ممکن نباشد دیه جنایت از اموال او پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

۱۳، ۳۳، ۳۳۴، ۴۳۵، ۴۷۳، ۴۷۴، ۴۷۵، ۴۸۴ و ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲] و این مورد شامل هیچ یک از آن موارد نیست (گلدوزیان، ۱۳۹۳، ۳۶۴).

## دیدگاه دوم: پرداخت دیه از بیت‌المال در مطلق جنایت عمدی مادون نفس،

### حتی در صورت عدم شناسایی جانی

بر اساس این دیدگاه در جنایت عمدی مادون نفس، پرداخت دیه از بیت‌المال حتی در صورتی که جانی مورد شناسایی هم قرار نگیرد باید پرداخت شود. قائلان به این دیدگاه برای اثبات ادعای خویش به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

اولاً با توجه به این که اصل ایراد جنایت عمدی به شاکی از ناحیه افراد ناشناس ثابت و مسلم است به استناد قاعده فقهی «لایبطل دم امرء مسلم» پرداخت دیه به عهده بیت‌المال است.

ثانیاً با توجه به اصل ایراد جنایت عمدی و ملاک ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به طریق اولی پرداخت دیات ایراد جراحات مادون از قتل نفس از ناحیه متهمان ناشناس همچون قتل نفس به عهده بیت‌المال است. (دادنامه شماره ۱۳۶۵/۱۱۰۱۱۰۹۹۷۶۳۰۹۶-۱۳۹۶/۱۲/۲۳ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان)

### ۲-۳. رویه قضایی

در این قسمت به نشستهای قضایی دادگستریهای سراسر کشور و نظرهای اداره کل حقوقی قوه قضاییه و بخشنامه‌های ریاست قوه قضاییه اشاره می‌کنیم.

### ۲-۳-۱. نشست قضایی دادگستری خراسان رضوی

سوال: توجهاً به مواد ۴۳۵، ۴۷۴ و ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در صورتی که در صدمات و جراحات وارده به مجنی‌علیه، ضارب شناسایی نگردد، مورد مشمول پرداخت دیه از بیت‌المال خواهد بود یا این که شناسایی قاتل یا ضارب در موارد قانونی مشارالیه موضوعیت دارد؟

**نظر اکثریت:** در این صورت بیت‌المال مسؤول پرداخت دیه خواهد بود و تفاوتی با موارد فرار یا مرگ مرتکب ندارد، چه این که فرار یا مرگ مرتکب که در ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی ذکر

شده است، دو مصداق از مصادیقی هستند که به مرتکب دستیابی حاصل نمی‌شود نه این که موضوعیت داشته باشند و شامل مورد عدم شناسایی مرتکب نشود، چه مشخص است هدف مقنن محترم در این ماده این بوده است که اگر به هر علتی، در جنایت عمدی، به جانی دسترسی حاصل نشد، دیه مجنی‌علیه هدر نمی‌رود و بیت‌المال مسؤول پرداخت آن است. لذا چنان که مقنن مسؤولیت پرداخت دیه را در جنایت عمدی (غیر از قتل) در صورت فوت و یا مرگ مرتکب، بیت‌المال دانسته است، در صورت عدم شناسایی مرتکب نیز بیت‌المال مسؤول پرداخت دیه خواهد بود. ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی حاکم بیان می‌دارد: اگر شخصی به قتل برسد و قاتل شناخته نشود یا بر اثر ازدحام کشته شود، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌گردد که نظر مشورتی شماره‌های ۵۸۸۲/۷ مورخ ۱۳۸۹/۰۴/۲۹ و ۲۷۶۳/۷ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه، عمومیت این ماده را در مورد غیر قتل، و جراحات نیز شامل دانسته است. روایتی که خون مسلم هدر نمی‌رود اختصاص به قتل ندارد، این روایت با قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم»، نیز تطابق کامل دارد چه این که حاکم شرع که اموال بلاصاحب و... را تصرف می‌کند، تبعاً مسؤول پرداخت دیه در در مورد سوال نیز خواهد بود؛ بعضی مواقع، میزان دیه در جنایت عمدی غیر از قتل، از دیه قتل هم بالاتر می‌رود، چه‌طور می‌شود مجنی‌علیه را در این موارد رها کرد؟! در قانون مجازات اسلامی قدیم، مواد ۳۱۲ و ۳۱۳ سابق بیان می‌داشت اگر در محکومیت به دیه، عاقله موظف به پرداخت بود و به هرجهتی پرداخت نکرد، بیت‌المال پرداخت می‌کند که خود نیز موید صریح بر مطلب است، در ماده ۴۷۴ قانون مجازات نیز بیان شده در جنایات غیر عمدی در صورتی که به علت فرار یا مرگ به مرتکب دسترسی نباشد، در صورتی که مرتکب مالی داشته باشد، دیه از اموال او و الا از بیت‌المال اداء خواهد شد که از این ماده استفاده می‌شود اولاً ملاک عدم دسترسی به مرتکب است و فرار و مرگ موضوعیت ندارند، و ثانیاً اگر در جنایات غیرعمد، بیت‌المال مسؤول پرداخت دیه خواهد بود، به طریق اولی در جرایم عمدی چنین است. فتاوی چندین تن مراجع عظام نیز موید همین مطلب است. چنان که استفتائی از سوی مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه با این مضمون به عمل آمده است که: «چنان چه صدمه و جراحتی به شخصی وارد شود در موارد ذیل، تکلیف دیه وی چگونه خواهد بود. آیا به عهده بیت‌المال است یا صورت دیگری دارد؟ الف. جراح و صدمه زننده شناسایی



نشده باشد. ب. جراح و صدمه زننده شناسایی شده لیکن فرار کرده و امکان دسترسی به وی نباشد. ج. جراح و صدمه زننده فقیر بوده و به هیچ وجه توان پرداخت دیه را نداشته باشد. د. در هریک از فروض اول و دوم، صورت عمد و غیر عمد (شبه عمد و خطای محض) و موردی که از حیث عمد و غیر عمد بودن مجهول است در قضیه مؤثر خواهد بود یا خیر؟ پاسخ برخی از مراجع معاصر به سؤال مزبور این گونه است: «آیت الله موسوی اردبیلی: چنانچه پس از تحقیقات، جراح و صدمه زننده به هیچ وجه شناسایی نشود و یا اگر شناسایی شده، امکان دسترسی به او نباشد و مالی نداشته باشد و یا در دسترس باشد و مالی نداشته باشد و امید به پیدا کردن او یا مال نباشد و جرح، غیر عمدی باشد و در هر صورت نزدیکان او هم قدرت پرداخت دیه در حال و یا آینده نداشته باشند، دیه از بیت المال پرداخت می شود و در فرض الف و ب، فرقی بین عمد و شبه عمد و خطا نیست... آیت الله نوری همدانی: در هیچ کدام از موارد مورد سؤال، دیه از بیت المال پرداخت نمی شود. آیت الله صافی گلپایگانی: در هیچ یک از موارد مذکوره در سؤال، دیه جراحت وارده، بر بیت المال نیست والله العالم. آیت الله مکارم شیرازی: الف تا آخر؛ در غیر قتل دلیلی بر گرفتن دیه از بیت المال نداریم. آیت الله بهجت: الف تا د؛ می توانند از بیت المال بدهند. آیت الله فاضل لنکرانی: ۱. در فرض سؤال دیه از بیت المال پرداخت می شود. ۲. در این فرض هم بنابر احتیاط از بیت المال پرداخت می شود. ۳. در فرض سؤال مثل سایر دیون افراد معسر می باشد و از بیت المال پرداخت نمی شود بلی از زکات، دین جراح را می توانند بپردازند. ۴. فرقی نمی کند. (گنجینه آراء فقهی، کد ۲۳۳) به نظر می رسد منشأ اختلاف فتاوی مراجع عظام در مورد سوال فوق این است که آیا «عدم بطلان خون مسلمان» اختصاص به قتل دارد و یا نسبت به جراحات نیز شمول دارد، اگر بپذیریم که «قاعدة لایبطل» اختصاصی به قتل ندارد که عقیده آیات عظام بهجت، موسوی اردبیلی و فاضل لنکرانی (رحمت الله علیهم) می باشد، در آن صورت می توان گفت: بیت المال نسبت به دیه جراحت نیز مسؤولیت خواهد داشت، چنان که مقتضای روایات وارده متعدد حکایت از مسؤولیت بیت المال نسبت به دیه جراحات می باشد، از جمله این که حضرت امام صادق (علیه السلام) در روایتی که سند آن را به حضرت علی (ع) رسانده اند، می فرمایند، حضرت علی (ع) دیه بزه دیده در آشوب و فتنه هایی که در شب یا روز واقع شده و شخصی در آن مجروح شده یا به قتل می رسد در حالی که ضارب و قاتل ناشناس است، را از

بیت المال پرداختند» (الکافی ج ۷، ۳۵۵ چاپ ۱۳۶۷). در روایات، مکرراً بر این معنا تأکید شده است که «خون مسلمان هدر نمی‌رود» (الکافی ج ۷ صفحات ۳۵۶-۳۶۲-۳۶۵؛ الاستبصار طوسی ج ۶ ص ۲۶۶ و ج ۱۰ ص ۱۶۷-۱۷۰-۲۰۴ چاپ دارالکتب اسلامیة ۱۳۶۵) چنان‌که در روایت معتبر ابی‌عبیده آمده است: «از امام باقر(ع) از حکم نابینایی که چشم انسان بینایی را کور کرده بود پرسیدم، امام فرمودند، عمد شخص نابینا مانند خطا است در جنایت نابینا، دیه ثابت است که از مالش پرداخته می‌شود، پس اگر مالی نداشته باشد دیه را امام پرداخته و حق مسلمان پایمال نمی‌شود. (الکافی ج ۷ ص ۳۰۲ و من لایحضره الفقیه صدوق ج ۴ ص ۱۱۲ چاپ انتشارات جامع مدرسین ۱۴۰۴) مقصود از «ضایع نشدن حق مسلمان» که در ذیل روایت مذکور آمده است پرداخت «دیه چشم مجنی‌علیه» است. از سوی دیگر «نابینا بودن جانی» خصوصیتی نداشته و آن‌چه که مهم است از بین نرفتن حق یا خون مسلمان است. چند نظر مشورتی نیز به شرح ذیل وارد که پرداخت دیه جانبازان را بر عهده بیت‌المال دانسته و هم چنین به استناد فتوای حضرت آیت‌الله خویی عقیده به مسؤولیت بیت‌المال برای پرداخت دیه در مورد سوال دارند که به شرح ذیل معروض می‌شود: نظر مشورتی: پرداخت دیه جانبازان و شهداء، شماره ۷/۹۲/۹۹۸-۱۳۹۲/۰۵/۳۰ سوال: نظر به این‌که قبل از تصویب و لازم الاجراء شدن قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۹۲/۰۲/۰۱ احکامی از سوی مراجع قضایی با ملاک عمل از ماده ۲۵۵ ق.م. اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ ماده ۴۸۷ ق.م.ا مصوب ۹۲ و سایر قوانین و مقررات موضوعه مبنی بر پرداخت دیه شهداء و مجروحان از بیت‌المال صادر شده و بعضاً با اعتراض روسای دادگستری دادگاه‌های تجدیدنظر استان ضمن نقض حکم خطاب به دادگاه بدوی اعلام می‌داشته‌اند که با طرح سوال از مجروحان و اولیای دم شهدا استعمال شود که آیا خواستار اخذ دیه از بیت‌المال می‌باشند یا قرارگرفتن تحت پوشش بنیاد شهید و امور ایثارگران؟ حال با عنایت به مراتب فوق‌الاشاره خواهشمند است دستور فرمایید در خصوص موضوع تعارض بین اخذ دیه از بیت‌المال و قرار گرفتن تحت پوشش بنیاد شهید نظر تخصصی صادر و نتیجه را به این معاونت اعلام کنند. چنان‌چه بنیاد شهید مقتولی را در زمره شهدا محسوب و به دلیل عدم شناسایی قاتل با استفاده از ملاک ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، دیه وی از بیت‌المال پرداخت و خانواده وی نیز تحت پوشش بنیاد شهید قرار گیرند، چنین اقداماتی فاقد

اشکال قانونی است. زیرا بین برقراری حقوق و مستمری برای بازماندگان مقتول و اخذ دیه از بیت المال تعارضی وجود ندارد. بنابراین اعتراض رؤسای دادگستری به حکم صادر شده از ناحیه دادگاه بدوی مبنی بر پرداخت دیه از بیت المال و اقدام محاکم تجدیدنظر استان در نقض آراء مزبور فاقد وجاهت قانونی است. نظر مشورتی شماره ۷/۹۲/۸۰۲ - ۹۲/۰۴/۳۱ (فتوای آیت الله خوئی بر پرداخت دیه جراحات از بیت المال) سوال: شخصی سه سال قبل در اثر پرتاب جسم سخت (سنگ) از سوی فرد یا افراد ناشناس از ناحیه سر مصدوم که در بیمارستان تحت مراقبت و عمل جراحی قرار گرفته و مداوا می شود نحوه احقاق حق ایشان چگونه است؟ الف- باید شکایت مطرح یا دادخواست تقدیم دادگاه عمومی حقوقی کند؟ ب- متهم یا متهمان و یا حسب مورد خواننده دعوی کیست؟ ج- آیا امکان محکوم کردن بیت المال به پرداخت دیه وجود دارد؟ (با وحدت ملاک از مواردی که جسدی در شارع عام پیدا و یا در قتل عمد قاتل شناسایی نمی شود). د- آیا شاکی می تواند دادخواست به طرفیت شورای تامین شهرستان محل وقوع جرم تقدیم دادگاه عمومی حقوقی کند؟ پاسخ: در صورت ایراد جراحات توسط فرد یا افراد ناشناس در ممر عمومی، در صورتی که تحقیقات جامع و وسیعی که از طرف مأموران کشف جرم انجام یافته مفید واقع نشده و به نتیجه نرسیده و شناسایی مرتکب به هیچ وجه ممکن نگردد، با توجه به فتاوی معتبر از جمله فتوای مرحوم آیه الله خوئی (ره) در کتاب تکملة المنهاج در مواردی که دیه قتل اعم از قتل عمد یا غیر عمد بر بیت المال است، در فرض سوال با اتخاذ ملاک از ماده ۳۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پرونده بدون صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست و در صورت مطالبه دیه، جهت صدور حکم به پرداخت دیه از بیت المال با اعلام مراتب به دادگاه عمومی جزائی ارسال و دادگاه، حکم به صدور دیه از بیت المال صادر خواهد کرد. نظر مشورتی ۷/۷۸۱۰ - ۶۴/۱۲/۲۸: در مواردی که دیه قتل از بیت المال پرداخت می شود، دیه جرح نیز از همان محل پرداخت می گردد.

**نظر اقلیت:** بیت المال مسؤولیتی برای پرداخت دیه ندارد زیرا اولاً: بیت المال امری استثنایی است و نمی شود به صرف این که طرف چاقو خورد احساسات تحریک شود. ثانیاً: تنقیح مناط صحیح نیست، زیرا ما از متن یک سوالی می پرسیم که متن پاسخ آن را نداده و لذا نمی توان قیاس کرد، ثالثاً: نگاه کنیم ببینیم با این حجم خشونت در کشور، اگر بخواهیم بیت المال را



محکوم کنیم، ما نباید عدم توانایی مأموران در شناسایی فرد را پای بیت المال بگذاریم. چند تن از حضرات آیات عظام چون مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی، (ایدهم الله فی الدارین) در پاسخ استفتایی، دیه جراحات و صدمات وارده را در صورت فرار و یا عدم شناسایی جانی، به عهده بیت المال ندانسته‌اند (گنجینه آراء فقهی - قضایی، مرکز تحقیقات فقهی، سؤال ۵۷۵۳).

**نظر هیأت عالی نشست‌های قضایی:** نظر اداره حقوقی به شماره ۱۱۰۷/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۰۱ به شرح ذیل‌الذکر عیناً مورد تأیید هیأت عالی است: «... اما به طور کلی باید گفت موارد مربوط به عدم شناسایی قاتل، مشمول ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است و در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در جراحات در مواردی که جراح شناخته نشود قانون ساکت است». برخی از فقهای معاصر مانند آیت الله محمد تقی بهجت (به طور مطلق) و آیت الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی (فقط در جرح غیر عمدی) معتقدند که دیه جرح نیز در فرض فوق از بیت‌المال قابل پرداخت است و برخی نیز مانند آیات نوری همدانی، مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی، نظر مخالف ابراز داشته‌اند؛ در نتیجه به نظر می‌رسد که موضوع از مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی است و قاضی رسیدگی‌کننده باید مطابق آن عمل کند.

(<https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/0846dd40-ecaa-4b1f-cc51-08d6e2eff544>)

## ۲-۳-۲. اداره کل حقوقی قوه قضاییه

با ملاحظه و بررسی نظرهای اداره کل حقوقی در خصوص دیه مجنی علیه در صورتی که ضارب شناخته نشود سه دیدگاه وجود دارد.

**الف:** در برخی نظرهای، اداره حقوقی معتقد است که پرداخت دیه از بیت‌المال جز در موارد منصوص فاقد وجهت قانونی است و لذا با توجه به عدم تصریح به پرداخت دیه مصدوم در جنایت عمدی در فرض عدم شناسایی ضارب، امکان پرداخت دیه از بیت‌المال وجود ندارد. نظرهای زیر موید این دیدگاه است:

در نظر ۷/۱۵۴۳ مورخ ۱۳۷۲/۰۳/۰۹ آمده است: «متواری بودن متهم یا عدم دسترسی به وی موجبی برای پرداخت دیه از بیت‌المال نمی‌باشد.» (شکری، سیروی، ۱۳۸۴، ۲۸۹)

در نظر ۷/۲۹۰۱ مورخ ۱۳۸۴/۰۵/۰۱ بیان شده است: «مواردی که طبق قانون دیه بر بیت‌المال است در مواد ۲۵۵، ۲۶۰، ۳۱۲، ۳۱۳ و ۳۳۲ قانون مجازات اسلامی [مصوب ۱۳۷۰] و در تبصره‌های ماده ۴۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ تصریح شده است و جز در موارد منصوص، پرداخت دیه از بیت‌المال فاقد وجاهت قانونی است.» مشابه همین موضع در نظرهای ۷/۵۴۴۰ مورخ ۱۳۸۴/۰۸/۰۷ و ۷/۹۴۳۸ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۵ مورد تایید قرار گرفته است.

در قسمتی از نظر ۷/۹۶/۱۰۸۵ مورخ ۱۳۹۶/۰۵/۱۱ اداره کل حقوقی آمده است: «اصولاً مسئولیت پرداخت دیه به عهده مرتکب جرم است و پرداخت آن از بیت‌المال، امری استثنایی است... در ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲... مهم تفحص کافی برای شناسایی و دستگیری جانی و یأس از یافتن وی است که تشخیص آن با مرجع رسیدگی کننده است.»

ب: در برخی نظرهای اداره حقوقی معتقد است که در صدمات عمدی مادون قتل نیز همانند قتل در صورت عدم شناسایی ضارب، دیه می‌بایست از بیت‌المال پرداخت شود. نظرهای زیر موید این دیدگاه است:

در نظر ۷/۷۱۱۱ مورخ ۱۳۸۲/۰۸/۲۱ آمده است: «بنا بر فتاوی معتبر در مواردی که دیه قتل بر بیت‌المال است، دیه جرح نیز بر عهده بیت‌المال است. بنابراین چنانچه تحقیقات معموله به حد کفایت انجام پذیرفته و از این جهت پرونده کامل باشد، ولی به هیچ وجه موجبات شناسایی متهم فراهم نشود، در این صورت با استفاده از ملاک ماده ۲۵۵ ق.م.ا و این که خون مسلمانی نباید هدر رود، می‌توان حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال صادر کرد.» (شکری، سیروی، ۱۳۸۴، ۲۸۹)

در نظر ۷/۹۲/۲۵۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸ آمده است: «در صورت ایراد جراحت توسط فرد یا افراد ناشناس، چنانچه تحقیقات جامع و وسیعی که از طرف مأموران کشف جرم انجام یافته، مفید واقع نشده و به نتیجه نرسیده و شناسایی مرتکب به هیچ وجه ممکن نشود، با توجه به فتاوی معتبر از جمله فتوای مرحوم آیت الله خویی (ره) در کتاب تکمله المنهاج... با اتخاذ ملاک از ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در صورت مطالبه دیه،... دادگاه حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال صادر خواهد کرد.»

در نظر ۷/۹۸/۱۹۵۹ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۱۲ آمده است: «مطابق ماده ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دیه، احکام و آثار مسؤولیت مدنی یا ضمان دارد و از این حیث فاقد ماهیت کیفری است. از سوی دیگر مطابق اصل کلی در مسؤولیت مدنی، هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند و قاعده «لا یبطل دم امرء مسلم» نیز تأکیدی بر این موضوع است. هرچند پرداخت دیه اصولاً بر عهده جانی است، لیکن در موارد خاص (همانند جایی که جانی شناسایی نشود) دیه از بیت المال پرداخت می‌شود. مع الوصف تعهد دولت به جبران این خسارات به این معنی نیست که دولت مسؤول نهایی پرداخت خسارت اشخاص است، بلکه این امر به منظور تضمین حقوق ملت به عنوان وظیفه ذاتی دولت موضوع اصل سوم قانون اساسی و در اجرای فصل سوم این قانون به ویژه اصل بیست و نهم (برخورداری اشخاص از تأمین اجتماعی در حوادث) ذکر شده است. در متون قانونی نیز به کرات به مسؤولیت بیت المال در پرداخت دیه در موارد خاص نظیر فوت مرتکب یا عدم دسترسی به اموال وی و... اشاره شده است. بنابراین پرداخت دیه از بیت المال در قوانین کشورمان به طور کلی به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است و از جهات شرعی نیز با لحاظ اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت، ابهام، اجمال یا تعارض قوانین قابلیت استنادی دارد. بنا بر آن چه گفته شد حکم ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی به معنای منع جواز رجوع به منابع فقهی در خصوص دیه جرح نیست و از این حیث تفاوتی بین دیه قتل و جرح وجود ندارد. مضافاً به لحاظ ماهیت مدنی دیه، استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونمندی جرم و مجازات منافاتی ندارد.»

در نظر ۷/۱۴۰۰/۶۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۵ آمده است: «حکم مقرر در ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۰ در مورد صدمات مادون قتل نیز جاری است. در صورتی که در اجرای ماده ۱۰۴ و دیگر مقررات قانون آیین دادرسی کیفری مرتکب با وجود تحقیقات لازم شناسایی نشود؛ اعم از این که از شخص یا اشخاص معینی به اتهام ارتکاب ایراد صدمه بدنی شکایت شده و نسبت به آنها قرار منع تعقیب صادر شده یا این که اصلاً متهم شناسایی نشده باشد، چنانچه شرایط مقرر در ماده ۴۸۷ یادشده محقق نباشد، مطابق ماده ۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری رفتار می‌شود.»

پ: در نظری اداره حقوقی به طور کلی اظهارنظر کرده است و ضمن تصریح به سکوت قانون‌گذار در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در جراحاتی که جراح شناخته نشود، موضوع را به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و قاضی رسیدگی‌کننده ارجاع داده است.

در نظر ۷/۹۸/۱۱۰۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۰۱ اداره کل حقوقی آمده است: «به طور کلی باید گفت موارد مربوط به عدم شناسایی قاتل، مشمول ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است و در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در جراحات در مواردی که جراح شناخته نشود، قانون ساکت است. برخی از فقهای معاصر مانند آیت‌الله محمد تقی بهجت (به طور مطلق) و آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی (فقط در جرح غیر عمدی) معتقدند که دیه جرح نیز در فرض فوق از بیت‌المال قابل پرداخت است و برخی نیز مانند آیات نوری همدانی، مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی، نظر مخالف ابراز کرده‌اند؛ در نتیجه به نظر می‌رسد که موضوع از مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی است و قاضی رسیدگی‌کننده باید مطابق آن عمل کند.»

### ۲-۳-۳. بخشنامه ریاست قوه قضاییه

ریاست محترم قوه قضاییه در بند ۱ بخشنامه ۹۰۰۰/۵۰۳۱/۱۰۰ - ۱۳۸۸/۰۲/۰۸ مقرر داشته‌اند: «پرداخت دیه از بیت‌المال فقط در مواردی خواهد بود که موضوع حکم، مشمول مقررات مواد ۲۳۶، ۲۵۵، ۲۶۰، ۳۱۲، ۳۱۳، ۳۳۲ و تبصره ماده ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی [مواد ۴۸۷، ۴۳۵، ۴۷۴، ۴۷۳ و ۳۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲] و ماده ۱۳ قانون بکارگیری سلاح توسط مأموران نیروهای مسلح در موارد ضروری است.» برخی بیان داشته‌اند که رئیس قوه قضاییه در جهت حفظ حقوق بیت‌المال با صدور بخشنامه شماره ۱/۷۶/۱۰۶۰۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۹/۳۰ دادگاهها را از صدور حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال بدون وجود مستند قانونی بازداشته بود. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ۲۷۰)

### ۲-۴. بیت‌المال و مصادیق پرداخت دیه

در ابتدا مفهوم اصطلاح بیت‌المال و سپس مصادیق پرداخت دیه از آن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌شود.

منظور از بیت‌المال اموالی است که تماماً متعلق به مردم ایران است و در سازمان اداری و مالی کشور مصداق معین و مشخصی ندارد و مسؤولین حفظ آن هم مسؤولین وزارت دارایی و امور اقتصادی می‌باشند که در شمار نهادهای دولتی محسوب و از شخصیت‌های حقوقی حقوق عمومی است که امروزه به آن «خزانه دولت» گفته می‌شود که معنای مترادف دارند. در قانون هم تعریفی از بیت‌المال نشده اما آن‌چه که مصطلح است خزانه دولت است و چون در قوانین جاری گاهی دیه را بایستی از بیت‌المال پرداخت کرد، نتیجتاً از همان خزانه دولت پرداخت می‌شود که در قوانین کیفری با نام «بیت‌المال» آمده و لذا دولت در تنظیم بودجه هر سال مقداری برای پرداخت دیه از بیت‌المال تخصیص می‌دهد که در اختیار قوه قضاییه و یا در اختیار ارگانهای دیگر به نحوی که در قانون به کارگیری سلاح توسط نیروهای مسلح در موارد ضروری مصوب ۱۳۷۳ و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ آمده است که چنان‌چه به موجب قوانین دیه باید از بیت‌المال پرداخت شود به آن نحو عمل شود. (نظریات ۷/۳۹۳۰ - ۷/۲۵ - ۱۳۸۷/۰۶ و ۷/۲۱۴۹ - ۱۳۸۷/۰۴/۱۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)

#### ۲-۴-۲. مصادیق پرداخت دیه از بیت‌المال

بر اساس قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ موارد پرداخت دیه از بیت‌المال عبارت است از:

- ۱- در همه مواردی که شخص به قتل می‌رسد و قاتل شناخته نمی‌شود. (ماده ۴۸۷)
- ۲- در جنایات مادون نفس عمدی، که مرتکب هرچند ممکن است شناخته شده باشد، لیکن به دلیل مرگ یا فرار او دسترسی به وی ممکن نیست و مالی هم ندارد. (ماده ۴۳۵)
- ۳- در قتل عمدی که مرتکب هرچند ممکن است شناخته شده باشد، لیکن به دلیل مرگ یا فرار او دسترسی به وی ممکن نیست و مالی هم ندارد. البته پرداخت دیه از بیت‌المال علاوه بر مال نداشتن مرتکب، منوط به عاقله نداشتن وی یا عدم دسترسی به آنها و یا عدم تمکن مالی آنها می‌باشد. (ماده ۴۳۵)

۴- در جنایات شبه عمدی یا آن دسته از جنایات خطای محضی که در آنها پرداخت دیه بر عهده شخص مرتکب است، در صورت عدم دسترسی به مرتکب به دلیل مرگ یا فرار او و عدم کفایت اموال او برای پرداخت دیه، بدون نیاز به رجوع به عاقله. (مواد ۴۷۴ و ۴۷۵)

۵- موارد خاصی که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. (مواد ۱۳، ۳۳۴، ۴۷۳، ۴۸۴)

۶- در موارد جنایات خطای محض که عاقله مسوول پرداخت دیه می‌باشد، در صورتی که مرتکب، دارای عاقله نباشد، یا عاقله او به دلیل عدم تمکن مالی نتواند دیه را در مهلت مقرر بپردازد، دیه توسط مرتکب و در صورت عدم تمکن از بیت‌المال پرداخت می‌شود. در این مورد فرقی میان دیه نفس و غیر آن نیست. (ماده ۴۷۰) (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ۲۷۰-۲۷۱)

## ۲-۵. نقد و بررسی

در اینجا به نقد و بررسی دلایل مندرج در رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در حقیقت تایید دادنامه شماره ۱۳۶۵/۱۱۰۱۱۰۹۹۷۶۳۰۹۶-۹۶/۱۲/۲۳ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان خوزستان می‌پردازیم.

### ۲-۵-۱. ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲:

با توجه به این که یکی از مهمترین دلایل استنادی ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی است در این قسمت ابتدا پیشینه قانونی این ماده و سپس مستند فقهی و حدیثی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**الف: پیشینه قانونی:** ماده ۴۲ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱/۰۷/۲۰ مقرر دارد: «اگر شخصی در اثر ازدحام کشته شود یا جنازه‌ای در شارع عام پیدا شود و قرائن ظنی بر نسبت قتل او به شخص یا جماعتی نباشد باید حاکم شرع دیه او را از بیت‌المال بدهد و اگر شواهد ظنی نزد حاکم اقامه شد که آن قتل به شخص یا اشخاص معین منسوب است مورد از باب لوث خواهد بود.» در ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۰۸ آمده بود: «هرگاه شخصی در اثر ازدحام کشته شود و یا جسد مقتولی در شارع عام پیدا شود و قرائن ظنی برای قاضی بر نسبت قتل او به شخص یا جماعتی نباشد حاکم شرع باید دیه او را از بیت‌المال بدهد و

اگر شواهد ظنی نزد حاکم اقامه شود که آن قتل به شخص یا اشخاص منسوب است مورد از موارد لوث خواهد بود.» ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حقیقت جایگزین مواد فوق شده است، با این تفاوت که قسمت ذیل ماده ۴۲ قانون حدود و قصاص و ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی در قانون جدید بیان نشده است و دیگر این که دو ماده سابق در این خصوص در کتاب قصاص ذکر شده بودند، اما در قانون جدید ماده ۴۸۷ در کتاب دیات از آن یاد شده است. با دقت در تمام مواد این مطلب استظهار می شود که موضوع آنها قتل و کشته شدن مجنی علیه و عدم شناسایی قاتل و پرداخت دیه از بیت المال است و در خصوص صدمات بدنی بیانی ندارد.

**ب: مستند فقهی - حدیثی:** مستند این ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

احادیث و روایات فراوانی از سوی معصومین است که به متن برخی از آنها اشاره می شود:

الف: صحیحہ عبد اللہ بن سنان و عبد اللہ بن بکیر جمیعاً، عن اُبی عبد اللہ (علیه السلام) قال: قضی اُمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل وجد مقتولاً لا یدری من قتله، قال: إن کان عرف له أولیاء یطلبون دیتہ أعطوا دیتہ من بیت مال المسلمین، و لا یبطل دم امرئ مسلم؛ لأن میراثه للإمام، فکذلک تکنون دیتہ علی الامام، و یصلون علیه و یدفنونه. قال: و قضی فی رجل زحمه الناس یوم الجمعه فی زحام الناس فمات، أن دیتہ من بیت مال المسلمین؛ حضرت امام علی علیه السلام راجع به مردی که به صورت مقتول یافت شد و قاتلش نامعلوم بود این گونه حکم کرد: اگر شخص مقتول قابل شناسایی است و از خود اولیائی دارد که از او خون خواهی می کنند، دیه شخص مقتول باید از بیت المال به اولیاء وی داده شود، زیرا خون مسلمان بی اثر و ضایع نمی شود، همان گونه که در صورت نداشتن ورثه ماترک وی به امام می رسد، دیه اش نیز بر امام واجب است که پرداخت کند و بر مقتول نماز گزارند و دفنش کنند. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۴۵، أبواب دعوی القتل ب ۶ ح ۱)

ب: صحیحہ محمد بن مسلم، عن اُبی جعفر (علیه السلام) قال: ازدحم الناس یوم الجمعه فی إمرء علی (علیه السلام) بالكوفه فقتلوا رجلاً، فودّی دیتہ إلی أهله من بیت مال المسلمین؛ در زمان حکومت حضرت علی علیه السلام در کوفه در یک روز جمعه مردم ازدحام کردند و بر اثر این ازدحام مردی کشته شد، حضرت دیه آن مقتول را از بیت المال مسلمین به خانواده اش پرداخت کرد. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۴۶، أبواب دعوی القتل ب ۶ ح ۲)

پ: روايه مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): أنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: من مات في زحام الناس يوم الجمعة أو يوم عرفة أو على جسر لا يعلمون من قتله، فديته من بيت المال؛ کسی که در ازدحام مردم در روز جمعه یا عرفة یا بر روی پلی بمیرد و مردم نفهمند که چه کسی او را کشته است، دیه از بیت المال داده می شود. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۴۶، أبواب دعوى القتل ب ۶ ح ۵)

ت: ذیل خبر أبي بصير المشتمل على قوله (عليه السلام): و إن كان بأرض فلاة أدیت دیته من بيت المال، فإنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم؛ اگر کشته ای در بیابانی پیدا شود، دیه اش از بیت المال پرداخت می شود؛ چرا که امیرالمؤمنین علیه السلام پیوسته می فرمود: خون مرد مسلمان باطل نمی شود. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۵۷، أبواب دعوى القتل ب ۱۰ ح ۵)

ث: ذیل روايه مسعده بن زياد المشتمل على قوله (عليه السلام): فأما إذا قتل في عسكر أو سوق مدينة فديته تدفع إلى أوليائه من بيت المال؛ هرگاه کسی بین لشکر یا بازار شهری کشته شود، دیه از بیت المال به اولیای وی پرداخت می شود. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۵۳، أبواب دعوى القتل ب ۹ ح ۶)

با دقت در متن تمامی روایات استظهار می شود که مورد صدور آنان در خصوص قتل و کشته شدن شخص است و لذا نمی توان آن را به غیر آن تسری داد و شامل جراحات دانست.

## ۲-۵-۲. قیاس اولویت و اخذ ملاک ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی:

استدلال دیگر آن است که در ماده ۴۷۰ قانون مجازات اسلامی که مرتکب شناسایی شده و با شرایطی دیه بر عهده بیت المال آمده، در ماده ۴۸۷ که شناسایی صورت نمی گیرد به طریق اولی بیت المال عهده دار دیه است. این استدلال نیز قابل پذیرش نیست چرا که اولاً موضوع ماده ۴۷۰ در خصوص قتل خطای محض است در حالی که مانحن فیه در خصوص ضرب و جرح عمدی است



و قیاس بین دو ماده یادشده قیاس مع الفارق است نه قیاس منصوص العله (قیاس اولویت)<sup>۱</sup> زیرا قیاس اولویت آن است که از ناحیه قانون‌گذار حکمی برای موضوعی ثابت شود و سپس علت آن را بیان کند و بعداً همان علت در موضوع دیگری هم باشد، آن‌گاه قاضی این موضوع را با آن موضوع معلل مقایسه کند و حکمی را که برای او ثابت بود برای این موضوع هم ثابت کند. ممکن است در خصوص تسری حکم مذکور در ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی به جراحات به قیاس اولویت استناد شود که هرچند ماده یادشده در رابطه با قتل است، اما به طریق اولی در خصوص جراحات قابل استناد بوده و باید دیه از بیت‌المال پرداخت شود. در این خصوص باید گفت که اساساً اینجا مجری قیاس اولویت نیست، چرا که قیاس اولویت عبارت از حکمی است که برای مرتبه دانی و پایینی ثابت شده و ما بخواهیم همان حکم را برای مراتب متوسط و عالی ثابت کنیم. به عنوان مثال خداوند می‌فرماید: «و لا تقل لهما اف» یعنی اف گفتن به پدر و مادر که پایین‌ترین مرحله آزار و اذیت است حرام است و وقتی که این مرتبه پایین حرام است با اولویت قطعی مراتب بالاتر مثل ضرب و جرح و غیره حرام است، در اینجا قانون‌گذار بالاترین مرتبه را که قتل است بیان کرده است و لذا نمی‌توان گفت این حکم شامل مراتب پایین‌تر مثل جراحات و صدمات می‌شود و چنان‌چه قانون‌گذار در ماده یادشده حکم صدمات و جراحات را بیان می‌کرد و متعرض حکم قتل نمی‌شد، می‌توانستیم با قیاس اولویت حکم را به آن نیز تسری دهیم. از طرف دیگر با توجه به مبانی فقهی فوق‌الذکر باید گفت که این استدلال قابل پذیرش نیست و با توجه به این‌که محکومیت بیت‌المال خلاف اصل است و در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن که همان قتل است عمل کرد و از طرف دیگر این‌که قانون‌گذار در ماده فوق‌الذکر در مقام بیان بوده است و تنها فرض قتل را بیان کرده است و اگر می‌خواست حکم صدمات و جراحات را نیز بیان می‌کرد. در نظر ۷/۹۲/۲۵۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز به وحدت ملاک ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی استناد شده است که محل ایراد است.

۱. اسامی دیگر قیاس اولویت: مفهوم موافق کلام، فحوی الخطاب، لحن الخطاب، قیاس جلی (مظفر، ۱۳۷۹، ج ۳، ۱۶۲).

### ۲-۵-۳. روایت «لا يبطل دم امرء مسلم»:

دادگاه ضمن استناد به اطلاق روایت «لا يبطل دم امرء مسلم»<sup>۱</sup>، آن را شامل جراحات نیز دانسته و در نتیجه حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال داده است. برخی این روایت را صحیح دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ۱۷۳-۱۷۴). آن چه در این مقام قابل بحث است این است که آیا لفظ «دم» در حدیث مزبور اطلاق دارد یا انصراف؟ شیخ انصاری در کتاب المکاسب می‌فرماید: «بقی الکلام فی أن الدم يشمل الجرح و قطع الأعضاء أو يختص بالقتل وجهان من إطلاق الدم و هو المحكى عن الشيخ» (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ۲۳۲) ایشان می‌فرماید در خصوص این که آیا لفظ «دم» شامل جراحات و قطع اعضا نیز می‌شود دو وجه وجود دارد و از شیخ طوسی حکایت شده است که لفظ «دم» اطلاق دارد. ابن ادریس نیز قائل به اطلاق است و می‌فرماید: «وقد روی أنه إذا وقعت فزعه بالليل فوجد فيهم قتيل، أو جريح، لم يكن فيه قصاص، و لا أَرش جراح، و كانت ديته على بيت مال المسلمين.» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ۳۶۰) اما در مقابل بسیاری از فقهای دیگر معتقدند که لفظ «دم» اطلاق ندارد و تنها شامل قتل است. شیخ انصاری می‌فرماید: «ظهور الدم... فی الدم المبقى للروح و هو المحكى عن الروضة البهية و المصابيح و الرياض و لا يخلو عن قوه» (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ۲۳۲)؛ لفظ دم ظهور در دم مبقی روح دارد و این نظر خالی از قوت نیست. صاحب جواهر می‌فرماید: «المتبادر من الاطلاق هو القتل» (نجفی بی‌تا، ج ۲۲، ۱۶۹)؛ متبادر از اطلاق قتل است. مرحوم حضرت امام خمینی در کتاب المکاسب می‌فرماید: «الظاهر أن الدم كناية عن القتل بأي سبب كان، بإراقه الدم أو غيرها، و ما دون القتل جرحا كان أو غيره خارج» (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۲، ۲۳۵)؛ لفظ «دم» کنایه از قتل است با هر سببی که باشد و ما دون قتل خواه جرح باشد یا غیر آن، خارج از مدلول روایت است. محقق

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلَى بْنِ إِسْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي رَجُلٍ وَجَدَ مَقْتُولًا لَا يُدْرَى مَنْ قَتَلَهُ قَالَ إِنْ كَانَ عَرِفَ وَ كَانَ لَهُ أَوْلِيَاءُ يَطْلُبُونَ دِيَّتَهُ أَغْطُوا دِيَّتَهُ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَ لَا يَنْطَلُ دَمُ امْرَأَةٍ مُسْلِمٍ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِلْإِمَامِ ع فَكَذَلِكَ تَكُونُ دِيَّتُهُ عَلَى الْإِمَامِ وَ يُصَلُّونَ عَلَيْهِ وَ يَذْفِنُونَهُ قَالَ وَ قَضَى فِي رَجُلٍ زَحَمَةَ النَّاسِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فِي زَحَامِ النَّاسِ فَمَاتَ أَنَّ دِيَّتَهُ مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ.» (کلبینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ۳۵۴، ۳۵۶، ۳۶۲؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ۱۴۵)

خوبی می فرماید: «و إن كان هو الدم الذى كان عله لبقاء الحياه» (موسوی خوبی، بی تا، ج ۱، ۴۵۶)؛ منظور از لفظ دم، دمی است که علت بقای حیات است. آیت الله مکارم شیرازی می فرماید: «هل المراد من الدم هو زهاق الروح أو يشمل الجرح أيضا، ظاهر الإطلاق هو الأعم، و لكن لا ينبغي الشك في كون مثل هذا التعبير كناية عن القتل غالبا، كما فهمه صاحب الجواهر و شيخنا الأعظم و غیرهما (قدس الله أسرارهم) و لو فرض الشك كان اللازم الأخذ بالقدر المتيقن، و هو زهاق الروح.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۴۰۳) آیا منظور از دم زهاق روح است یا شامل جرح نیز می شود؟ ظاهر اطلاق اعم از زهاق روح و جرح است ولی شکی نیست که این تعبیر غالباً کنایه از قتل است همان طور که صاحب جواهر و شیخ انصاری و دیگران آن را درک کرده اند و در صورتی که شک حاصل شود اخذ به قدر متیقن لازم است و آن زهاق روح است. بنابراین لفظ «دم» انصراف<sup>۱</sup> [ظهوری] به قتل دارد و منشا انصراف، ظهور خود لفظ در آن مصداق در اثر کثرت استعمال در این معناست و چنین انصرافی مانع از تمسک به اطلاق<sup>۲</sup> لفظ و به منزله قرینه لفظی متصله است و اجازه نمی دهد کلام ظهور در اطلاق پیدا کند تا بتوان به اطلاق آن تمسک کرد. مطلب دیگر این که دادگاه به قاعده (لا یبطل دم امرء مسلم) و قاعده (لا یهدر) استناد کرده است. دو قاعده یادشده، متن روایت است و بازگشت هر دو به یک عبارت است که با تعبیر

۱. انصراف عبارت است از این که ذهن ما از شنیدن یک لفظ مطلق که قابل صدق بر افراد کثیره است بدون قرینه به سوی یک فرد معین از افراد این مطلق یا یک مصداق معین از مصادیق این مطلق منصرف شود. علما برای انصراف اقسامی را ذکر کرده اند:

الف: انصراف ظهوری: عبارت است از آن انصرافی که منشاء و ظهور آن خود لفظ باشد. به این صورت که خود کلام در این معنا ظهور دارد، هر چند آن لفظ معانی دیگری نیز دارد ولی آن قدر در این معنا ظهور دارد که گویی به وضع تعینی این لفظ در این معنا به کار رفته است و متبادر به ذهن ما همین معنای منصرف الیه است. مانند لفظ حیوان.

ب: انصراف بدوی یا ابتدایی: عبارت است از آن که منشاء و مبدء انصراف ظهور خود کلام نیست، بلکه یک عامل خارجی است که ارتباطی با خود کلام ندارد. (مظفر، ۱۴۲۵، ج ۱، ۱۶۵)

۲. مطلق که از اطلاق گرفته شده و در لغت به معنای ارسال یعنی رها بودن از قید و بند در قلمرو مدلول است و در اصطلاح گفته شده است: «المطلق ما دل علی شایع فی جنسه»؛ لفظی که شامل تمام افراد یک ماهیت می شود را مطلق گویند. فرق بین اطلاق و مطلق در این است که اطلاق، اولاً و بالذات صفت معناست و ثانیاً و بالعرض می تواند صفت لفظ نیز باشد، اما مطلق، اولاً و بالذات صفت لفظی است که معنای آن، اطلاق دارد، هر چند ثانیاً و بالعرض صفت معنا نیز می تواند باشد.

متفاوت نقل شده است. روایت (لا یبطل دم امرء مسلم) بیش از موارد دیگر استعمال شده است. در برخی موارد از عبارت «لا یطل دم امرء مسلم» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ۱۰۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ۱۶۷-۲۳۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ۷۶۹-۸۳۶-۸۵۸؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ۳۴۲) و در برخی دیگر از موارد عبارت «لا یهدر دم امرء مسلم» (غروی جزیری، ۱۴۱۹، ج ۵، ۴۱۴؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۲، ۱۶۸) و در موارد دیگری از عبارت «لا یحل دم امرء مسلم» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ۲۷۳؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۱۶، ۵۶۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۵، ۱۲۰، ج ۲۹، ۱۰) استفاده شده است. البته برخی از این نص به «قاعده» تعبیر کرده‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۶، ج ۴، ۵۰۰؛ کاشف الغطاء، بی تا، ۹۵).

این نکته قابل ذکر است که قائلان پرداخت دیه از بیت المال در جنایت عمدی مادون نفس در صورت عدم شناسایی و برخی نظرهای اداره کل حقوقی (نظرهای ۷/۹۸/۱۱۰۷ - ۱۳۹۸/۰۸/۰۱ و ۷/۹۸/۱۹۵۹ - ۱۳۹۹/۰۳/۱۲) به دلیل سکوت قانون‌گذار به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر استناد کرده‌اند، درحالی که اولاً این اصل در مقابل اصول ۳۶ و ۱۶۶ قانون اساسی و ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که بیانگر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است، قرار دارد، ثانیاً با ملاحظه دیدگاههای فقیهان در مباحث فوق و روایت «لا یبطل دم امری مسلم»، قول به پرداخت دیه از بیت المال در صدمات مادون نفس مانند قتل و عدم اطلاق لفظ «دم» در روایت نسبت به جراحات عمدی مادون نفس، در زمره اقوال نادر در فقه است و بیشتر فقیهان اعم از معاصر و غیرمعاصر قائل به عدم امکان پرداخت دیه از بیت المال هستند.

ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام بیان به موضوع شناسایی و یا عدم شناسایی مرتکب اشاره نکرده است. اما پذیرش نوعی توالی مسؤولیتها، تأکید بر اموال و اقارب مرتکب و نحوه استخدام مطالب در آن، نوعاً ضرورت شناسایی متهم را در درک منظور قانون‌گذار تقویت می‌کند. مضافاً این‌که مبنای تفسیر ماده مذکور، اصول کلی بر مسؤولیت کیفری (اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری و اصل مسؤولیت شخص حقیقی) می‌باشد و بر آن اساس نیز، مسؤولیت مقید و مشروط بیت‌المال صرفاً شامل فرض شناسایی مرتکب خواهد بود. از طرف دیگر ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی، در مقام بیان بوده است و اگر صدمات و جراحات عمدی مادون قتل مدنظرش بود، می‌بایست بیان می‌کرد چرا که این امر باعث تاخیر بیان از وقت خطاب است و این‌که تکفل دیه از بیت‌المال یک امر استثنایی و خلاف اصل است و مبنای مسؤولیت بیت‌المال، صرف‌نظر از جنبه‌های امتنان و لطف و مسؤولیت تکمیلی جامعه، ایجاب می‌کند که مقنن نسبت به وقایع جنایی با تفکیک در نوع، شرایط ایجاد و میزان نقش حاکمیت، قانون‌گذاری معقول و هوشمندانه‌ای داشته باشد. قبول و نفی کلی این‌گونه امور از یک سیاست جنایی معقول به دور است. احادیث و روایات معصومین علیهم‌السلام نیز در خصوص قتل است و لفظ «دم» در عبارت «لایبطل دم امرء مسلم» که مستند ماده یادشده است، انصراف به قتل دارد و منشا انصراف، ظهور لفظ در اثر کثرت استعمال است و لذا نمی‌توان دیه را از بیت‌المال پرداخت کرد. از طرف دیگر این‌که در موارد سکوت قانون‌گذار هرچند که می‌توان به طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع فقهی و فتاوای مراجع مراجعه کرد، اما ملاحظه شد که دیدگاه بیشتر فقیهان این است که دلیلی بر پرداخت دیه از بیت‌المال وجود ندارد و این‌که طبق ماده ۴۶۲ قانون مجازات اسلامی دیه جنایت عمدی و شبه عمدی بر عهده خود مرتکب است و دیگر این‌که پرداخت دیه از بیت‌المال این تالی فاسد را دارد که باعث تجری ضاربین و فرار از چنگال عدالت می‌شود چرا که در صورتی‌که شخص ضارب مدتی از انتظار پنهان شود و پس از آن‌که دیه از بیت‌المال پرداخت شود حتی در صورتی‌که بعدها مجنی‌علیه نامبرده را شناسایی کند چه بسا با توجه به دریافت دیه و برای رهایی از رفت و آمد به مراجع قضایی، انگیزه‌ای جهت اقدام کردن در این خصوص را نداشته باشد و حتی اگر ضرب و جرح دارای جنبه عمومی باشد ممکن است

موضوع مشمول مرور زمان شود. بنابراین مبنای ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی در خصوص پرداخت دیه از بیت‌المال در جنایات عمدی مادون نفس، ناظر بر ضرورت شناسایی مرتکب است و با توجه به دیدگاه فقیهان و مهمترین مستند روایی مبحث که روایت «لایبطل دم امرء مسلم» است، انطباق رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با موازین فقهی و حقوقی محل تامل است.

۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۱)، کتاب المکاسب (ط - القدیمه) قم، دارالذخائر.
۲. حرعاملی، محمد (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، قم، موسسه آل البيت.
۳. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳)، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
۴. حلی، محمدبن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵. زراعت، عباس (۱۳۸۷)، شرح قانون مجازات اسلامی - بخش دیات، جلد اول، تهران، ققنوس.
۶. زراعت، عباس (۱۳۹۳)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، تهران، ققنوس.
۷. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر ژوبین.
۸. شکری، رضا، سیروس، قادر (۱۳۸۴)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، تهران، مهاجر.
۹. صدوق، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۱۱. غروی جزیری، سیدمحمد (۱۴۱۹)، الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت علیهم السلام، بیروت، دارالثقلین.
۱۲. فیض کاشانی، محسن (۱۴۰۶)، الوافی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمومنین.
۱۳. کاشف الغطاء، علی بن محمد (بی تا)، باب مدینه العلم، قم، موسسه کاشف الغطاء.
۱۴. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۶)، تحریرالمجله، قم: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۱۶. گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳)، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران، مجد.
۱۷. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴)، مرآه العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۱۸. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶)، ملاذالخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
۱۹. مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه (۱۳۸۱)، گنجینه آراء فقهی - قضایی، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مرکز تحقیقات فقهی.
۲۰. مظفر، محمدرضا (۱۴۲۵)، اصول الفقه، قم، انتشارات اسماعیلیان.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶)، أنوار الفقاهه - کتاب التجاره، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب.

۲۲. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۵)، **المکاسب المحرمه**، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۲۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، **مصباح الفقاهه (المکاسب)**، قم.

۲۴. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۳)، **جرایم علیه اشخاص**، تهران، میزان.

۲۵. نجفی، محمدحسن (بی تا)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت-لبنان، دارالإحياء التراث العربي.

۲۶. روزنامه رسمی شماره ۲۱۹۵۱ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۰۶. <https://rrk.ir>

27. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/0846dd40-ecaa-4b1f-cc51-08d6e2eff544>



# A Critique of the Binding Precedent No. 790 Made by the General Board of the Supreme Court (Payment of Blood Money from the National Treasury in Intentional Felonies Short of Murder)

Omid Tavakoli Kia<sup>1</sup>

## Abstract:

Researcher in the Iranian Law and Canon Research Centre, Head of the First Branch of Salehabad General Court and Head of the Salehabad Jurisdiction (Khorasan Razavi)

In this regard, there are two general views on relevant articles in the Islamic Penal Code adopted in 2013, regarding the payment of blood money from the National Treasury in cases where the party inflicting an injury has fled without being identified.

Some have considered the payment of blood money from the National Treasury in intentional felonies to be conditional on the identification of the perpetrator, while others hold the view that National Treasury has absolute responsibility for the mere occurrence of an intentional felony, even if the perpetrator is not identified.

This disagreement in the courts led to two different inferences from the Act, finally leading the General board of the Supreme Court to get involved in this dispute and to practically end the existing conflict by making the binding precedent No. 790 dated 10/04/1399, and creating a uniform procedure in this regard.

In this article, we shall review and evaluate the existing views and that of the binding precedent.

**Key words:** *blood money, intentional felonies regarding short of murder, the narration stating that “the blood of a muslim killed shall not be wasted”, the binding precedent No. 790 made by general board of*

1. Reasercher in the Iranian Law and Legal Research Institute, Head of the First Branch of Salehabad General Court and Head of Court Jurisdiction of Salehabad (Khorasan Razavi), (Email:omidtavakolijia@gmail.com)

## نگاهی به برداشت دادگاه از عنوان خواسته

محمدرضا فسروی<sup>۱</sup>

### چکیده

برداشت درست از خواسته در جریان دادرسی و صدور حکم نقشی نمایان دارد در این یادداشت به بررسی نمونه رأی حقوقی از همین چشم انداز پرداخته می‌شود در رأی مورد بحث خواسته اثبات حق ارتفاق و رفع ممانعت از حق عنوان شده و دادرس در حکم خود دعوا را به حساب اختلاف در مالکیت گذاشته و نوشته است کسی که راجع به مالکیت اقامه دعوا کرده است نه تنها در همان دادخواست بلکه پس از آن هم نمی‌تواند دعوای تصرف و و ممانعت از حق اقامه کند لذا به استناد موادی از قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوا را صادر و اعلام کرده است در این مقاله رأی دادگاه از حیث شکلی و محتوایی مورد بررسی قرار گرفته است

## دیباجه

نقد از دریچه دانشی به نام فلسفه، ظاهراً می‌بایست برگرد همین جمله دور زده باشد که ناقد در نگاه خود به اثر، آن را کالبد شکافی کند تا ببیند آیا پدید آورنده، مرد میدان عمل، یا زن ایوان کار هست یا نیست.

ناقد باید «هست» های اثر را ببیند و بشمارد و «نیست» های اثر را نیز نشان بدهد، با این باور، قلم نقد برای جار زدن کاستیها سر نشده است، بل نخست داراییهای دلارام سوژه را می‌نگارد و آن گاه می‌پردازد به آن چه می‌جوید و نمی‌بیند.

در نقد نگارشی دستورها، نامه‌ها و رأیهای قضایی که آینه‌دار آگاهیهای نویسنده است بر چند و چون سلامت کار، می‌بایست بیش از پیش هوای توسعه را داشته باشیم، چرا با یکپارچه شدن جامعه جهانی و درآمیختن زبانها در یک‌دیگر اگر بیدار نباشیم زودا که بخش نمایان هویت خود را از دست بدهیم.

می‌پندارم که بخش نمایان هر نوشته برای ما وفاداری به زبان و به ایران است، زبان مادری و خاک میهن پدری و آن‌گاه، پیامی که برای آن کلک و کاغذ را به کار گرفته ایم و در این جا آن پیام رأی قضایی و پژوهش حقوقی و دستور دادرسی است و هم پای بندی ام را به این گوشه از کار نمی‌توانم نگفته بگذارم که در راسته دادرسان، شکل خط جدای از آگاهی به چند و چون نویسندگی، از ریخت دل پذیرش دور شده است و کار بدخطی چنان بالا گرفته است که به شلختگی رسیده است. من در همین حال که در ایستگاهی بزرگ از پرونده‌ها هر روز آنها را می‌بینم و می‌خوانم گاه بی گمان نگاه کردن به صفحه را بر نمی‌تابم که دیده‌ام دادیاری، بازپرسی، دادگاهی، دیوانی، باصلاح جلسه‌ای را تشکیل داده و سخنان دو سوی دعوا را شنیده، و نوشته اما در پایان جلسه که به امضای دادرس و دادخواه و دادخوانده می‌رسیم نمی‌دانیم که خواهان چه گفته است و خوانده چه پاسخ داده است و آن چه گفته است و این چه شنیده است و قاضی چه دستوری داده است!!!

خوب خط باید پیام رسان باشد اگر نه سیاه کردن صفحه برای خالی نبودن عریضه چه دردی را دوا می‌کند.

اکنون باز می‌گردیم به آغاز سخن که در مَثَل رأی یک دادگاه از چه دریچه‌هایی باید نگریسته شود، چه باید داشته باشد و چه باید نداشته باشد و من تا گفته‌هایم به چشم بیاید نمونه‌یی از برگه‌ای یک پرونده را که دیروز و امروز خوانده ام در برابر دیدگان شما باز می‌کنم و همراه شما بدو خوب آنها را و می‌رسم تا نمونه‌یی باشد برای نقد رأی از دیدگاه نگارشی و...

## رأی دادگاه

در خصوص دعوای آقای الف به طرفیت آقای ب بخواسته اثبات حق ارتفاع مقوم به سه میلیون و یکصد هزار ریال و رفع ممانعت از حق ارتفاع از یک رشته راه ۸ متری در روستای ج. پس از بررسی محتویات پرونده، ملاحظه مفاد دادخواست تقدیمی با این توضیح چنانچه شخصی مدعی داشتن حق انتفاع یا حق ارتفاع در ملک دیگری است و شناسایی و احقاق چنین حقوقی، در ماهیت و اصل آن مورد نظر وی باشد دعوای مطروحه در این خصوص دعوای مالکیت شمرده می‌شود پس در نتیجه کسی که راجع به ملکیت اقامه دعوا کرده نه تنها در همان دادخواست بلکه پس از آن نیز نمی‌تواند دعوای تصرف عدوانی یا ممانعت از حق اقامه کند لذا به استناد مواد ۲-۱۶۳ و ۱۷۴ از قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادر شده ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدید نظر خواهی در محاکم تجدید نظر استان... می‌باشد.

رئیس شعبه... دادگاه عمومی...

رأی را با هم نگاه کردیم و من می‌خواهم خوب و بد کار را واریسی کنم اما نخست از خواننده این یادداشتها می‌خواهم که پیش از دیدن یادداشتهای من، یک بار دیگر رأی را بخواند و خود نکته‌هایی را که به نظرش می‌رسد در جایی بنویسد و آن گاه دنباله کار را از نگاه من پی گیرد...

خوب من قرار دادگاه را از دو نگاه بررسی می‌کنم. **نخست** به نگاره، نما، ریخت و سازه قرار می‌پردازم و **دو دیگر** خواسته و درون مایه آن، یا به گفته شما نخست به فرم و قالب و سپس به محتوا و مضمون نگاهی خواهم داشت:

۱- شیوه نگارشی در قیاس با دیگر آراء و احکامی که من هر روزه می‌خوانم به سلامتی نزدیک تر است تا به ناخوشی، چرا که می‌شود گفت بیشتر جدانویسیها و پیوسته نویسیها را رعایت کرده

است اما آن گاه که ریزتر به نوشته دادرس نگاه می‌کنیم می‌بینیم که هنوز می‌توان او را به نکته‌هایی در درست نگاری هشدار داد:

**الف-** از آن جا که ما در زبان فارسی الف مقصوره نداریم و می‌بایست بیشتر آنها را جز در برخی جاها، به صورت الف بلند بنویسیم و واژه دعوا از آن جمله است دادرس در قرار خود یک بار دعوا نوشته است و دیگر بار دعوی که رها از کوتاه و بلند نوشتن حرف الف، خود دوگانه نویسی در یک متن عیب است.

**ب-** خواننده، انتظار دارد پس از عبارت: با ملاحظه مفاد دادخواست تقدیمی با این توضیح، قاضی به توضیحات خواهان و دلایل او بپردازد اما می‌بینیم که او پس از عبارت بالا بی‌درنگ به دلایل دادگاه در رد خواسته خواهان پرداخته است!

**ج-** اصل در نگارش عدد و در داخل متن رأی، با حروف نوشتن آن است. نباید نوشت به ۲۰ ضربه شلاق محکوم می‌شود، باید نوشته به بیست... تا از بدخوانی و تحریف در امان باشد. در متن رأی می‌بینیم که دادرس در نوشتن عددها این بایسته را رعایت نکرده است و باز به دوگونه نویسی روی آورده است.

**د-** دعوا را اقامه می‌کنند، پس اقامه کردن درست نیست. اقامه دعوا کردن، تظاهر به اقامه دعواست!

**ه-** قرار را نیز صادر می‌کنند یا صادر می‌شود و دیگر صورت آن که: صادر می‌گردد. درست نیست.

**و-** قرار قابل تجدید نظر است، نوشتن آن با عبارت قابل تجدید نظر می‌باشد، درست نیست.

**ز-** در نگارش همزه نیز در متن به دوگانه‌نویسی روی آورده است: شناسایی و آیین که در هر دو واژه البته همزه جایی ندارد.

**ح-** چهارچوب کهن و سنتی رأی همچنان حفظ شده است. جای نوآوری را در همه نوشته‌ها و قرارها و احکام دادرسان خالی می‌بینیم.

**۲-** و اما در بخش خواسته و درون مایه یا محتوایی کار نیز نگاه دادرس به موضوعی بحث برانگیز و قابل طرح در جریان یک دعوا، ستایش انگیز است و آن پرهیز از در آمیختن دعوای تصرف و مالکیت است و قابل جمع نبودن آن دو به این معنا که اگر کسی دعوای مالکیت بر رقبه‌یی را

مطرح می‌کند، دیگر دعوای تصرف و ممانعت از حق را نمی‌تواند طرح کند. لیکن در این خواسته بخصوص که از جانب خواهان، عنوان شده است، رفع ممانعت از حق است به اضافه اثبات حق ارتفاق که افاده مالکیت نمی‌کند. به هر روی در بخش درون‌مایه قرار، این نکته‌ها را در خور یادآوری می‌پندارم:

۱- قانون مدنی در ماده ۹۳ به بعد خود، حق را وارد بر ملک تلقی کرده است، به گونه‌یی که حتی پس از اثبات حق ارتفاق در ملک دیگری باز هم به درجه ملکیت ارتقاء نخواهد یافت و حق ارتفاق در ملک غیر یا به اراده و اذن و قرارداد مالک با دیگری صورت می‌بندد یا منشاء قدیمی و برقرار شده‌ای داشته است که به عقد و قرارداد و اذن هم راه نمی‌برد مانند حقوق ارتفاقی املاک و اراضی مجاور در روستاها و مزرعه‌ها. پس تعبیر دادرس از خواسته خواهان درست به نظر نمی‌رسد.

۲- گیرم که بحث دادرس قابل طرح و شنیدنی و درست باشد اما او تکلیف خواهان را در نهایت می‌بایست روشن می‌کرد. دادرس می‌بایست خواسته را با استدلال رد کند یا به بی‌حقی او رأی بدهد یا دعوای مالکیت او را - به قول خودش - بر حق ارتفاق و عبور بی‌دلیل بداند و نپذیرد در وضع کنونی و با نشنیدن تظلم مدعی، ریشه اختلاف همچنان باقی مانده است. در حالی که وظیفه دادگاه فصل خصومت است.<sup>۱</sup>

۱. برای آگاهی بیشتر بر بایسته‌های نگارشی ر.ک: محمد رضا خسروی، آیین نگارش حقوقی، انتشارات « نگاه بینه»، چاپ هشتم، تهران ۱۳۹۸

## A Look at Court' Interpretation of the Title of a Claim

**Mohammad Reza Khosravi<sup>1</sup>**

The correct interpretation of a relief sought has a significant role in the judicial process and the issuance of a judgment. In this note, an example of the civil judgment is examined from this perspective.

In the decision in question, the relief sought is to establish the right of easement and remove an obstruction to an easement. In his judgment, the judge in his judgment considered the dispute as one over ownership. In addition, he wrote that the party who initiates a lawsuit regarding establishment of an ownership, not only in the same lawsuit, but thereafter, cannot file a claim regarding trespass and obstruction to an easement. Thus, relying on relevant articles of the Civil Procedure Code, the judge entered an order of dismissal.

In this article, the court' judgment has been examined in terms of procedure and substance.

---

1. Former justice of Supreme Court, (Email: Khosravisahlabadi@gmail.com)

## بررسی و تحلیل رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر: آنی بودن جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و شمول مرور زمان بر آن

رقیه فراهانی<sup>۱</sup>

### چکیده:

تقسیم‌بندی جرایم از حیث طول زمان ارتکاب جرم، از جمله موضوعات مورد بحث در بین علمای حقوق و قضات است و در تعیین مصادیق این تقسیم‌بندی، همواره اختلاف نظر و تشتت آرا وجود داشته است. این اختلاف نظر در عمل موجب شده است که آراء متفاوتی از سوی شعب مختلف دادگاهها صادر شود. نمونه‌ای از آن که در زمان تدوین این مقاله بحث روز محافل حقوقی است، تعیین آنی یا مستمر بودن جرم «تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی موضوع ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها» است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۳۱ خرداد ماه ۱۴۰۱ با صدور رأی وحدت رویه‌ای در این زمینه و با آنی دانستن بزه تغییر کاربری اراضی به این اختلاف‌نظرها در بین دادگاهها پایان داد. در این مقاله رأی مذکور از دیدگاههای مختلف مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته و به این رأی، انتقاداتی وارد کرده است. مطابق نتایج حاصل از این تحقیق، اگر چه نتیجه رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر شمول مقررات مرور زمان از تاریخ پایان عملیات تغییر کاربری، امری قابل قبول است، اما بر آن بخش از رأی مبنی بر آنی دانستن جرم تغییر کاربری اراضی ایراد جدی وارد است. یکی از مهمترین دلایل این ایراد عدم توجه این رأی به مصادیق تغییر کاربری که در عرف رایج است و در مقررات پیش بینی شده است. مصادیق تغییر کاربری، اقداماتی هستند که انجام دفعه و لحظه‌ای آنها امکان‌پذیر نیست و مستلزم طی مدت زمانی ولو کوتاه است. در این مقاله ضمن ارائه تعریفی از انواع جرم از حیث زمان وقوع، دیدگاههای مختلف در خصوص تطبیق جرم تغییر کاربری اراضی - موضوع رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور - بر هر یک از این جرایم مطرح شد و در یک جمع‌بندی کلی، می‌توان گفت: جرم تغییر کاربری اراضی، جرمی مستمر است و در بستر زمان تحقق می‌یابد و از تاریخ قطع استمرار (پایان عملیات تغییر کاربری اراضی) مشمول مرور زمان است.

**کلیدواژه‌ها:** جرم آنی، جرم مستمر، جرم/استمرار یافته، مرور زمان، تغییر کاربری اراضی



## ۱. توصیف (متن) رأی وحدت رویه

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در روز ۳۱ خرداد ۱۴۰۱ در خصوص اختلاف آراء قطعی دو شعبه دادگاه تجدیدنظر تشکیل و منتهی به صدور رأی وحدت رویه شد. در یک پرونده، شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی با اعتقاد به این که «جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی از جرایم مستمر است که از زمان آغاز فعالیت تجدیدنظر خواندگان شروع و به طور مستمر تاکنون [ زمان استفاده از تغییرات انجام شده] ادامه داشته»، حکم دادگاه بدوی مبنی بر آنی بودن این جرم و شمول مرور زمان تعقیب نسبت به آن را نقض کرده است.

اما در پرونده‌ای دیگر، شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان البرز، با «آنی دانستن بزه تغییر کاربری اراضی» اعلام کرده بود که «با تحقق رکن مادی این جرم، یعنی تغییر کاربری اراضی موضوع این قانون بدون اخذ مجوز از کمیسیون تبصره یک ماده یک قانون مذکور با عملیاتی مانند ایجاد بنا، برداشتن یا افزایش شن و ماسه، گودبرداری و نظایر آن که بنا به تشخیص اداره جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌شود، بزه موضوع ماده ۳ قانون مذکور در سالهای مذکور تحقق یافته است و مشمول مرور زمان از تاریخ پایان عملیات تغییر کاربری قابل محاسبه است.

نهایتاً هیأت عمومی دیوان عالی کشور، با اکثریت آراء اعضای حاضر، این جرم را آنی و شمول قوانین مرور زمان دانسته و رأی شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان البرز را تأیید کرده است.<sup>۱</sup>

## ۲. طبقه‌بندی جرایم از حیث طول مدت زمان ارتکاب جرم

جرایم از نظر طول زمان ارتکاب به جرایم آنی و مستمر تقسیم می‌شوند.<sup>۲</sup> البته تقسیم‌بندی جرایم از حیث طول مدت تحقق به دو جرم آنی و مستمر یک تقسیم‌بندی مطلق نیست و برخی از صاحب‌نظران به دسته‌ای از جرایم با عنون جرایم «استمرار یافته» اشاره کرده‌اند.

۱. در زمان انتشار این مقاله (تیر ماه ۱۴۰۱) رأی وحدت رویه مذکور منتشر نشده است و تحلیل آن بر اساس اخبار و اطلاعات منتشر شده در رسانه‌ها انجام شده است.

۲. گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ۱۳۸۹، صفحه ۱۸۷.

تعریف این انواع جرایم به شرح زیر است:

## ۱-۲. جرم آنی

علمای علم حقوق در موارد متعددی به تعریف جرم آنی با نگارشی متفاوت اما مفهوم یکسان پرداخته‌اند که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود.

- هرگاه توصیف مجرمانه منحصرأ متوجه عمل معین باشد که دفعهٔ انجام می‌گیرد، در این صورت آن را باید جرم آنی به شمار آورد. مثل کلاهبرداری و سرقت. در کلاهبرداری بردن مال غیر به وسایل تقلبی. توصیف مجرمانه متوجه بردن مال غیر است که پس از تمهید مقدمات و به کار بردن حيله ها، دفعهٔ انجام می‌گیرد و دوام و استمرار نتیجه حاصل از آن در توصیف مجرمانه نیست. بنابراین کلاهبرداری جرم آنی است. در مثال دیگر سرقت عبارت است از: ربودن مال متعلق به غیر به طوری که معلوم است توصیف مجرمانه متوجه عمل ربودن است که دفعهٔ انجام می‌پذیرد و دوام و استمرار نتیجه حاصله از آن در توصیف مجرمانه ملحوظ نیست. پس سرقت جرمی آنی است<sup>۱</sup>

مرحوم گلدوزیان در مورد جرم آنی چنین می‌نویسد: «وقتی عنصر مادی جرم در یک لحظه واقع شود، جرم آنی است. مثل سرقت، قتل، ازدواج مجدد بدون اجازه دادگاه در شرایطی که قانوناً جرم تلقی شود، ساخت خانه بدون مجوز قانونی، جرم تحقق پیدا کرده است.»<sup>۲</sup> (از نظر ایشان با کار گذاشتن اولین سنگ بنا).

دکتر محمد علی اردبیلی در تعریف جرم آنی آورده است: جرم آنی به فعل یا ترک فعل مجرمانه اطلاق می‌شود که تحقق آن دفعهٔ یا در فاصله زمانی کوتاه انجام می‌گیرد مثل سرقت که با فعل ربودن پنهانی و یا قتل که با وارد آوردن ضربه یا خوردن مواد سمی تحقق می‌یابد هر چند در این مورد نتیجه مجرمانه یعنی ازهراق نفس مجانی علیه با گذشت زمان نسبتاً طولانی حاصل شده باشد<sup>۳</sup>

۱. محمد باهری و رضا شکری، نگرشی بر حقوق جزای عمومی انتشارات مجد، ۱۳۸۹ چاپ سوم، صفحه ۲۵۶

۲. گلدوزیان، همان، صفحه ۱۶۳

۳. محمد علی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سی و نهم، زمستان ۱۳۹۳ نشر میزان، صفحه ۳۰۷

## ۲-۲. جرم مستمر

مرحوم گلدوزیان در مورد جرم مستمر چنین می‌گوید: «در جرم مستمر، قصد مجرمانه در هر لحظه وجود دارد و لذا رفتار مجرمانه تشکیل دهنده عنصر مادی مستمر در جریان وقوع است مانند ترک انفاق که مبتنی بر عدم پرداخت نفقه با داشتن استطاعت مالی در طول زمان است یا امتناع از انجام وظایف قانونی مسؤولان که عنصر مادی آن خودداری از انجام وظایف است»<sup>۱</sup>.

حقوق دان دیگری در تعریف جرم مستمر آورده است: «اگر توصیف مجرمانه متوجه دوام و استمرار عمل معین یا آثار و نتایج مترتب بر آن باشد، در این صورت آن جرم را باید جرم مستمر دانست»<sup>۲</sup>.

دکتر محمدعلی اردبیلی جرم مستمر را این‌گونه تعریف کرده است: «عبارت است از فعل یا ترک فعل مجرمانه‌ای که در طول زمان استمرار دارد و مبین قصد سوء و مستمر فاعل است. مانند استفاده از لباسهای رسمی ماموران نظامی و انتظامی بدون مجوز توقیف یا حبس غیرقانونی، اخفای مال مسروقه، ترک انفاق».

## ۲-۳. جرم استمرار یافته

در خصوص این نوع از جرایم نیز تعاریف متعددی توسط حقوق دانان ارائه شده که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌شود.

برخی از صاحب نظران «جرم استمرار یافته» را جرمی می‌دانند که توسط مرتکب واحد و علیه موضوع واحد ولی به دفعات و به طور مکرر انجام می‌پذیرد. مثل سرقت برق در شبهای متعدد یا سرقت از انبار غلات به دفعات<sup>۳</sup>.

برخی دیگر، معتقدند جرم استمرار یافته ممکن است جرم آنی محسوب شود و در مدت کوتاهی محقق شود اما این خصوصیت را دارد که با وجود پایان یافتن عمل جزایی مدتی به طول انجامد.

۱. گلدوزیان، همان

۲. شکری، رضا، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، (مجموعه تقریرات محمد باهری و میرزا علی اکبر داوری)

مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۹، صفحه ۲۵۶

۳. ساکی، محمدرضا، دوره مقدماتی حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، صفحه ۳۶۰

مثل مرتفع کردن دیواری بر خلاف مقررات جزایی یا تقاضای ثبت ملک از طرف شخصی که ذی حق نیست.<sup>۱</sup>

محمد باهری در تعریف جرم استمرار یافته آورده است: «گاهی جرمی که طبیعاً آنی است، خصوصیت جرم مستمر را پیدا می‌کند. به این معنی که چند جرم مشابه صورت می‌گیرد که هر یک به تنهایی قابل مجازات است اما چون با قصد مجرمانه واحد، نسبت به مجنی علیه واحد، به دفعات ارتکاب یافته آن را جرم استمرار یافته یا مکرر یا متوالی یا جمعی متحد المقصد می‌نامند. به طور مثال اگر مستخدم خانه‌ای یا کارمند اداره‌ای به جای این که پول مخدوم خود را یکباره از کیف بیرون آورد، دزدی را به دفعات انجام دهد و هر بار مقداری از پول را بردارد عمل ارتكابی را جرم استمرار یافته سرقت می‌گویند. مطابق احکام شماره ۱۱۱۱ مورخ ۲۱ ابان ۱۳۲۵ و ۴۹۶ تاریخ ۲۶ اردیبهشت ۱۳۱۹ شعبه ۵ دیوان عالی کشور و رأی ۱۴/۱۶۶۶ تاریخ ۱۴ فروردین ۱۳۲۹ شعبه ۲ دیوان عالی چنین جرایمی متعدد محسوب نمی‌شود و جرمی واحد است. در متن حکم شعبه دوم دیوان عالی کشور آمده است: «اگر از کسی چند دفعه جنس قاچاق کشف شود در حالی که مجموعه آنها را یک دفعه وارد ایران کرده است جرم او متعدد محسوب نمی‌شود.<sup>۲</sup>

جرم استمرار یافته از جهتی به جرایم آنی شباهت دارد؛ زیرا هر عمل مجرمانه‌ای که صورت می‌گیرد به تنهایی جرم است و مجازات دارد اما از جهت دیگر به جرم مستمر شباهت پیدا می‌کند زیرا اعمال متعددی که صورت می‌گیرد و در طول زمان ادامه می‌یابد، دارای هدف و مقصد واحد است. به علاوه، این اعمال به خاطر ارتکاب جرمی واحد علیه موضوع واحد صورت می‌گیرد و به این ترتیب با آن که هر عملی که صورت می‌گیرد، مستقلاً جرم آنی است اما مجموعه اعمال را جرم استمرار یافته می‌دانند و مشمول احکام جرم مستمر قرار می‌دهند<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، جرم استمرار یافته از حیث نحوه وقوع جرم در زمره جرایم آنی قرار می‌گیرد؛ یعنی

۱. عبدالحسین علی آبادی، حقوق جنایی جلد دوم ۱۳۵۲ چاپ اول نشر بانک ملی صفحه ۳۹۱

۲. شکری، رضا، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، (مجموعه تقریرات محمد باهری و میرزا علی اکبر داوری) مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۹، صفحه ۲۵۹

۳. شمس ناتری محمد ابراهیم و حمیدرضا کلانتری و دیگران قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی جلد اول چاپ دوم ۱۳۹۳ انتشارات میزان صفحه ۳۰ به نقل از پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی

ارتکاب فعل مجرمانه در یک لحظه و دفعه انجام می‌شود اما از نظر نتیجه مانند جرم مستمر است<sup>۱</sup>

حقوق دان دیگری، جرم «ازدواج غیرقانونی با دختری که به سن ازدواج نرسیده است» را از مصادیق جرایم استمرار یافته دانسته و آورده است: عمل ازدواج، عملی آنی است. اما نتیجه جرم که ادامه زندگی با دختر است تا زمانی که دختر به سن قانونی ازدواج نرسیده باقی است و از این جهت شبیه جرم مستمر است.<sup>۲</sup>

### ۳-۱- تفاوت جرم مستمر و جرم استمرار یافته

در جرم مستمر شروع و پایان عمل ارتكابی مدتی طول می‌کشد مثل بازداشت غیر قانونی اما در جرم استمرار یافته عمل ارتكابی در یک لحظه محقق می‌شود اما نتیجه آن تا مدتی ادامه دارد. مثل تصرف عدوانی ملک غیر که تصرف در یک لحظه رخ می‌دهد اما نتیجه آن تا مدتی ادامه دارد. برخی از حقوق دانان در تفاوت این دو جرم آورده‌اند: جرم مستمر در لحظه لحظه زمان در حال وقوع است اما جرم استمرار یافته یک جرم است که به دفعات انجام می‌شود.<sup>۳</sup>

### ۳. ابهام و سرگردانی تئوریک در مختصات جرم استمرار یافته

واقعیت این است که دکترین حقوقی در توضیح و تفکیک دقیق مرز بین جرم استمرار یافته با جرایم آنی و مستمر از شفافیت لازم برخوردار نیست و دچار نوعی ابهام و سرگردانی است. توضیح بیشتر آن در ادامه ذکر می‌شود.

#### ۳-۱. ابهام در تعریف جرم استمرار یافته

تعاریف ارائه شده از جرم استمرار یافته توسط برخی از حقوق دانان مختلف در بند قبلی ذکر شد؛ توجه به این تعاریف به خوبی نشان می‌دهد که صاحب نظران علم حقوق وفاق و نگاه واحدی نسبت به این جرم ندارند و هر یک تعریفی از این جرم ارائه داده‌اند. همان گونه که در بند قبل

۱. زراعت عباس شرح قانون مجازات اسلامی بخش کلیات انتشارات ققنوس ۱۳۷۹ چاپ اول صفحه ۴۸

۲. محسنی، مرتضی، حقوق جنایی، جلد دوم، ص ۳۷۲

۳. ساکی، محمدرضا، دوره مقدماتی حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، صفحه ۳۶۰

آمده است، برخی از حقوق دانان جرم استمرار یافته را جرمی می‌دانند که توسط «مرتکب واحد» و علیه «موضوع واحد» ولی به دفعات و «به طور مکرر» انجام می‌پذیرد و برخی دیگر همین تعریف را با اندکی تغییر پذیرفته و عده‌ای دیگر نیز این جرم را صراحهً نوعی جرم آنی می‌دانند که نتیجه آن برای مدتی استمرار می‌یابد.

### ۲-۳. ابهام در تعیین مصداقهای جرم استمرار یافته

مثالها و مصداقهایی که برای این جرم توسط حقوق دانان اعلام شده نیز حکایت از وجود تشتت و پراکندگی در میان دکترین حقوقی در خصوص مختصات جرم استمرار یافته دارد. به عنوان نمونه برخی از مثالها و مصداقهای ذکر شده در بندهای قبلی، در اینجا ذکر می‌شود.

- ازدواج غیرقانونی با دختری که به سن ازدواج نرسیده است

- سرقت کارگر از کارفرما طی چند نوبت و به دفعات

- سرقت برق در شبهای متعدد

- مرتفع کردن دیواری بر خلاف مقررات جزایی

- تقاضای ثبت ملک از طرف شخصی که ذی حق نیست

و مهمترین مصداق قابل طرح در این خصوص، جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی است که از یک نظر می‌توان این جرم را در زمره جرایم استمرار یافته تلقی کرد.

ملاحظه می‌شود که نحوه ارتکاب هر یک از مصادیق این جرایم با یکدیگر کاملاً متفاوت است. برخی فقط یک نوبت انجام می‌شود. اما نتیجه آن در طول مدت زمانی استمرار دارد. مثل سرقت برق. اما برخی جرایم طی چند نوبت هر چند به طور آنی انجام می‌شود. مثل سرقت کارگر از کارفرما به دفعات. لذا این نمونه‌ها پراکندگی، عدم وفاق و اختلاف جدی در بین دکترین حقوقی راجع به تبیین مصادیق و مختصات جرم استمرار یافته را به خوبی نشان می‌دهد.

اگر چه ابهام و سرگردانی تئوریک در تعریف جرم استمرار یافته با شدت بیشتری وجود دارد، اما در خصوص تعیین مصادیق و نیز آثار جرم مستمر نیز گاهی بین حقوق دانان اختلاف نظرهایی وجود دارد. لذا لازم است که در مرحله اول صاحب‌نظران حقوق جزا برای یک‌نواخت‌سازی تعاریف و مصادیق این جرم تلاش کنند و پس از آن لازم است که قانون‌گذار نیز با دقت و حساسیت هر چه بیشتر نسبت به ارائه تعریف دقیق این جرایم و تعیین مصادیق و آثار هریک از

آنها اقدام کند تا در عمل با تعدد رویه و برداشتها و تفاسیر متناقض در صدور آراء قضایی مواجه نشویم.

#### ۴. مبدأ مرور زمان در جرایم بر اساس طول مدت زمان ارتکاب

تقسیم جرایم به آنی و مستمر آثار و فواید متعددی دارد از جمله این آثار و فواید شمول مرور زمان است. ابتدای مرور زمان در جرم آنی از زمانی است که جرم محقق شده باشد. اما ابتدای مرور زمان در جرم مستمر زمانی است که ادامه عملیات مجرمانه قطع شده باشد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، آغاز مرور زمان در جرایم آنی از لحظه‌ای است که جرم تحقق یافته است، در حالی که مرور زمان در جرایم مستمر از زمان انقطاع رفتار مجرمانه آغاز می‌شود. مثلاً در جرم «توقیف یا حبس غیرقانونی» آغاز مرور زمان از لحظه‌ای است که شخص بازداشت شده آزادی خود را به دست آورد یا در جرم «اخفای مال مسروقه» مرور زمان از لحظه کشف مال نزد بزهکار آغاز می‌شود.<sup>۲</sup> به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران، مرور زمان در «جرایم استمرار یافته» تابع قواعد مرور زمان «جرایم مستمر» است.<sup>۳</sup> در مقابل برخی دیگر از صاحب‌نظران، می‌گویند با توجه به این که در جرایم استمرار یافته، مدت تحقق و وقوع جرم طولانی نیست، باید صرف نظر از نتیجه حاصله، این قبیل جرایم را از نظر آثار حقوقی از جمله قواعد مرور زمان، جزء جرایم آنی محسوب کرد.<sup>۴</sup>

بنابراین می‌توان گفت در جرایم آنی و استمرار یافته، مرور زمان از تاریخ تحقق جرم محاسبه می‌شود. اما در جرایم مستمر چون حالت مجرمانه در تمام مدت استمرار جرم ادامه دارد، مرور زمان از لحظه‌ای آغاز می‌شود که جرم حالت استمرار خود را از دست داده باشد.

۱. حجت سبزواری نژاد حقوق جزای عمومی جلد اول جرم مجرم مسؤولیت کیفری و موانع آن مطابق قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ انتشارات جنگل ۱۳۹۳ چاپ دوم صفحه ۲۶۶.

۲. اردبیلی، ۳۰۷.

۳. ساولانی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی، مشاهیر دادآفرین، چاپ ششم، ۱۳۹۷، صفحه ۱۸۷.

۴. محسنی، همان، صفحه ۳۷۳.

## ۵. دیدگاههای صاحب نظران حقوق جزا در خصوص انطباق جرم تغییر

### کاربری اراضی با یکی از انواع جرایم فوق

#### ۵-۱. این جرم آنی و مشمول مرور زمان است. (نظر موافق با رأی وحدت رویه

#### هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

طرفداران این دیدگاه معتقدند که جرم تغییر کاربری اراضی از جمله جرایم آنی بوده و لذا مشمول مرور زمان است. این دسته از صاحب نظران معتقد هستند که با توجه به این که تغییر کاربری اراضی در یک لحظه و دفعه تحقق می یابد، لذا مشمول تعریف جرم آنی است. برخی از استدلالها و مبانی قانونی این نظر به شرح زیر است:

اولاً: اداره حقوقی قوه قضاییه در نظرهای متعددی (بیش از هفت مورد)، جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی را جرم آنی و مشمول مرور زمان دانسته است. در ادامه برخی از این نظرها ذکر می شود:

الف- نظر شماره: ۱۸۵۱/۹۸/۷ به تاریخ ۳۰/۱۱/۱۳۹۸ در پاسخ به این سوال که:

«۱- آیا جرم تغییر کاربری غیر مجاز اراضی و باغها موضوع قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها یک جرم آنی محسوب می شود یا مستمر؟ ۲- چنانچه جرم تغییر کاربری غیر مجاز یک جرم آنی باشد، با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ که آن را جرم درجه هفت محسوب کرده است، مبدأ محاسبه مرور زمان آن چه تاریخی است؛ زمان شروع یا اتهام ساخت؟ ۳-...» چنین پاسخ داده است:

«۱ و ۲- تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها موضوع قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات بعدی، از جرایم آنی است؛ زیرا عنصر مادی جرم مذکور در همان زمان که کاربری تغییر داده شده، واقع شده است و لذا با حصول شرایط مقرر در قانون، می تواند مشمول مرور زمان باشد. مبدأ احتساب مرور زمان، هنگامی است که تغییر کاربری محقق شده است که تشخیص آن با مرجع قضایی، با توجه به مقررات مربوط است. ۳...»

ب- نظر شماره ۲۲۹۲/۹۶/۷ به تاریخ ۲۶/۰۹/۱۳۹۶ در پاسخ به این سوال که:



«با توجه به اختلاف نظر فیما بین همکاران قضایی در خصوص ماهیت بزه تغییر غیر مجاز کاربری اراضی زراعی و باغها نظر ارشادی آن اداره محترم را اعلام فرمایید که این جرم از زمره جرایم آنی است یا مستمر؟»

چنین پاسخ داده است: «تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها موضوع حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات بعدی، از جرایم آنی است، زیرا عنصر مادی جرم مذکور در همان زمان که کاربری تغییر داده شده، واقع شده است.»

ج- نظر شماره ۱۶۱۶/۹۸/۷ به تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۳۰ در پاسخ به این سوال که:

«جرم تغییر کاربری باغها و اراضی جرم آنی است یا مستمر؟ اتفاق نظر شعب محترم کیفری: با عنایت به این که اولاً اصل بر آنی بودن جرایم است و مستمر بودن آن خلاف قاعده است در ثانی گزارش پرونده در هیأت عمومی دیوان عالی کشور که نهایتاً منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ شده است نیز در خصوص پرونده تغییر کاربری بوده که نهایتاً جرایمی که مجازات آن جزای نقدی متغیر است را درجه هفت قلمداد کرده که این طور می توان نتیجه گرفت که اگر بزه یاد شده مستمر بوده بحث مرور زمان در آن جلسه مطرح نمی شد ثالثاً مصادیقی که ماده ۱۰ قانون یاد شده و دستورالعمل تعیین مصادیق اشاره داشته است مانند گودبرداری با برداشتن شن و استقرار کانکس و غیره به صورت مستمر نمی توان فرض کرد نتیجه جرم یاد شده آنی است. نظر اقلیتی هم در دادسرا وجود دارد که بزه یاد شده را مستمر می داند. سوال دوم: آیا قلع و قمع در قانون فوق اشاره شده است مجازات است یا خیر؟ نظر اقلیتی وجود دارد که آن را مجازات نمی داند.»

چنین پاسخ داده است:

«۱- تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها موضوع قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات بعدی، از جرایم آنی است؛ زیرا عنصر مادی جرم مذکور در همان زمان که کاربری تغییر داده شده، واقع شده است و لذا با حصول شرایط مقرر در قانون، می تواند مشمول مرور زمان باشد ۲۰-...»

د- در نظر شماره ۱۲۷۷/۹۸/۷ به تاریخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۲ چنین گفته شده است که: «۱-تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها موضوع حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴ با

اصلاحات بعدی، از جرایم آنی است؛ زیرا عنصر مادی جرم مذکور در همان زمان که کاربری تغییر داده شده، واقع شده است و لذا با حصول شرایط مقرر در قانون، می‌تواند مشمول مرور زمان باشد. ۲-...

ه- در نظر شماره ۲۱۵۶/۹۶/۷ به تاریخ ۱۳/۰۹/۱۳۹۶ چنین گفته شده است که: «۱- بزه موضوع ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها (اصلاحی ۱۳۸۵/۸/۱) از جمله جرایم آنی است؛ زیرا با تحقق رکن مادی این جرم، یعنی تغییر کاربری در اراضی موضوع این قانون، بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ (اصلاحی ۱۳۸۵/۸/۱) ماده ۱ قانون مذکور مانند ایجاد بناء، برداشتن یا افزایش شن و ماسه، گودبرداری و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌شود، بزه موضوع ماده ۳ قانون مزبور (بزه تغییر کاربری غیرمجاز) تحقق یافته است و رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۲/۳/۲۸-۷۳۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز به دلالت التزامی دال بر آنی بودن این جرم است. ۲- تشخیص زمان وقوع بزه مذکور در استعلام بر اساس زمان ارتکاب رکن مادی مربوط به این بزه است که تشخیص آن حسب مورد بر عهده مقام قضایی ذی‌ربط است»

ز- در نظر شماره ۸۹۲/۹۶/۷ به تاریخ ۱۳۹۶/۴/۲۴ آمده است: «۱- بزه موضوع ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها (اصلاحی ۱۳۸۵/۸/۱) از جمله جرایم آنی است؛ زیرا با تحقق رکن مادی این جرم، یعنی تغییر کاربری در اراضی موضوع این قانون، بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ (اصلاحی ۱۳۸۵/۸/۱) ماده ۱ قانون مذکور مانند ایجاد بناء، برداشتن یا افزایش شن و ماسه، گودبرداری و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌شود، بزه موضوع ماده ۳ قانون مزبور (بزه تغییر کاربری غیرمجاز) تحقق یافته است و رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۲/۳/۲۸-۷۳۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز به دلالت التزامی دال بر آنی بودن این جرم است. ۲- طبق ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و بند ث این ماده، مرور زمان از موانع تعقیب کیفری است و در مواردی که مانع تعقیب کیفری وجود دارد، موجب قانونی برای رسیدگی به ماهیت موضوعات کیفری وجود ندارد و با توجه به پاسخ بند ۱، بزه تغییر کاربری غیرمجاز اراضی زراعی و باغ‌ها، از جمله «جرایم آنی» است؛ لذا با حصول شرایط مقرر در قانون، می‌تواند مشمول مرور زمان شود.

در فرض سؤال نیز در صورت شمول مرور زمان تعقیب نسبت به بزه مذکور، مرجع قضایی رسیدگی کننده باید نسبت به صدور قرار موقوفی تعقیب اقدام کند. ۳-...

ح- در نظر شماره ۲۵۳/۹۹/۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۳/۷ چنین آمده است: «جرم تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی، از جرایم آنی است؛ زیرا عنصر مادی جرم مذکور در همان زمان که کاربری اراضی تغییر داده شده، واقع شده است؛ لذا با حصول شرایط مقرر در قانون می‌تواند مشمول مرور زمان باشد و در مواردی که با احراز تحقق بزه یادشده، حکم محکومیت مرتکب صادر و قطعی شود، با انقضای مدت پنج سال از تاریخ قطعیت حکم به هر علتی حکم محکومیت اجرا نشده باشد، با توجه به ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و بند «ث» آن، «اجرای مجازات تعزیری» مندرج در حکم (یعنی جزای نقدی مقرر در حکم) موقوف می‌شود و لکن قلع و قمع بنا که جزء لاینفک حکم کیفری است؛ چون ماهیت مجازات را ندارد و امری حقوقی است، مشمول مرور زمان موضوع ماده ۱۰۷ قانون اخیرالذکر نمی‌شود (مانند فرض سؤال). ۲- عوارض موضوع ماده ۲ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی ماهیت مجازات ندارد و در نتیجه از قلمرو شمول ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ناظر به شمول مرور زمان اجرای احکام قطعی خروج موضوعی دارد. ۳- بزه تغییر کاربری غیر مجاز موضوع ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها که دارای مجازات نقدی است و با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تعزیر درجه هفت محسوب می‌شود و مدت شمول مرور زمان اجرای این مجازات (جزای نقدی) طبق بند «ث» ماده ۱۰۷ قانون اخیرالذکر پنج سال است، همان‌طور که در بند ۱ اعلام شده است با انقضای مدت پنج سال از تاریخ قطعیت حکم به هر علتی اجرا نشده باشد، اجرای مجازات تعزیری مندرج در حکم یعنی جزای نقدی موقوف می‌شود.»

ثانیاً: علاوه بر نظرهای متعدد مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه در آراء متعددی نیز این نظر پذیرفته شده است؛ از جمله: شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی شهرستان ملارد طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۲۶۶۰۹۰۱۶۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ جرم تغییر کاربری اراضی زراعی را مشمول مرور زمان دانسته و قرار موقوفی تعقیب صادر کرده است. این رأی به موجب دادنامه

شماره ۱۲۸/۰۲۲۳۸۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۳ شعبه ۳۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران تایید شده است.<sup>۱</sup>

ملاحظه می‌شود که مهمترین استدلال این گروه از حقوق‌دانان و نیز اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور تأکید بر آنی و لحظه‌ای بودن بزه تغییر غیرمجاز کاربری است. در حالی که این استدلال با توجه به مصادیق تغییر کاربری که هم در عرف رایج است و هم به موجب بند «د» ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی، مصوب ۱۳۸۶ هیأت وزیران تعیین شده، سازگار نیست و این مصادیق از اعمال و کارهایی نیست که در یک لحظه و به صورت دفعه قابل انجام باشند. مواردی مثل ایجاد بنا که در آیین نامه مذکور قید شده است، از اقداماتی است که در بستر زمان قابل انجام است و از زمره جرایم آنی قابل رده‌بندی نیست؛ لذا نظر این گروه و رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور از این حیث قابل خدشه و رد است.

## ۵-۲. این جرم مستمر است و مشمول مرور زمان نمی‌شود (منطبق و موافق با

رأی دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی و نظر اقلیت در هیأت عمومی دیوان عالی)

این نظر مخالف با رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در جلسه ۳۱ خرداد ۱۴۰۱ و منطبق و مطابق رأی دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی است که اعلام داشته: جرم تغییر کاربری اراضی، از جرایم مستمر بوده و مشمول مرور زمان نمی‌شود.

استدلالات و مبانی نظر طرفداران این دیدگاه به شرح زیر است:

اولاً: برای تحقق این جرم، در عرف و ضوابط مقرر، مصادیقی رایج و تعیین شده است. اکثر این مصادیق به گونه‌ای است که انجام و تحقق آنها، امری زمان بر بوده و باید در بستر زمانی ولو کوتاه اتفاق افتد و امکان وقوع و انجام آنها در یک لحظه وجود ندارد؛ یعنی از زمان شروع عملیات تا جایی که تغییر تحقق پیدا کند، مدت زمانی لازم است تا عملیات تغییر در آن مدت انجام شود. پس عملیات تغییر امری مستمر است و به صورت دفعه و در لحظه تحقق پیدا نمی‌کند، لذا این جرم مستمر است. طرفداران این نظر از حیث نوع جرم، هم عقیده هستند اما از حیث نتیجه به

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای دادگاههای تجدیدنظر استان تهران، بهار ۱۳۹۲، صفحه ۹۱.

دو گروه تقسیم می‌شوند. به این ترتیب که عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که این جرم مستمر است اما از زمان پایان عملیات تغییر کاربری مشمول مرور زمان می‌شود اما عده‌ای دیگر در هر حال این جرم را مشمول مرور زمان نمی‌دانند و معتقدند استمرار استفاده از محلی که تغییر کاربری داده شده موجب استمرار عملیات مجرمانه است. رأی دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی در این دسته قرار می‌گیرد. طرفداران مستمر بودن این جرم استدلالی به شرح زیر دارند:

اقدام به تغییر کاربری اراضی و باغها به لحاظ عرفی و منطقی نمی‌تواند با انجام یک عمل خاص و به صورت دفعه‌محقق شود، بلکه مستلزم انجام سلسله اقداماتی بر روی زمین است که از دید عرف، کاربری یک زمین زراعی یا باغ، تغییر یابد. اقدامات لازم برای احداث نمی‌تواند به طور لحظه‌ای واقع شود بلکه اقدامات مرتکب در یک بازه زمانی کم و بیش طولانی تداوم می‌یابد تا به نتیجه موردنظر او ختم شود لذا با توجه به این نکات، جرم تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغها یک جرم مستمر است.<sup>۱</sup>

### ۳-۵. این جرم مستمر است اما از تاریخ قطع استمرار مشمول مرور زمان می‌شود. (نظر مخالف با رأی وحدت رویه از حیث نوع جرم اما موافق از حیث نتیجه)

طرفداران این نظر، با استناد به مصادیق تغییر کاربری اراضی مذکور در بند «د» ماده یک آیین نامه اجرایی قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ اصلاحی ۱۳۸۵/۸/۱ معتقدند این اعمال و اقدامات، اقداماتی نیستند که به لحاظ عرف رایج و منطقاً در لحظه و دفعه انجام شود؛ لذا این مصادیق و فعل تغییر کاربری اراضی از زمره جرایم آنی قابل دسته‌بندی نیست و انجام آنها با توجه به زمانبر بودن، در شمول جرایم مستمر قرار می‌گیرد و از لحظه قطع استمرار مشمول مرور زمان است. دکتر علی خالقی در صفحه اینستاگرامی خود آورده است: «... رفتار جرم‌انگاری شده در ماده فوق [ماده سه قانون حفظ اراضی زراعی]، «اقدام به تغییر کاربری» اراضی و باغهاست. این اقدام، عرفاً و منطقاً نمی‌تواند با کوبیدن یک میخ یا زدن یک گلنگ یا برداشتن یک بیل خاک محقق شود، بلکه «مستلزم انجام سلسله اقداماتی بر

۱. خالقی، علی در صفحه اینستاگرامی به نشانی: khaleghi.law.ut

روی زمین است که از دید عرف (عرف عام یا خاص)، کاربری یک زمین زراعی یا باغ، به مثلاً مسکونی تغییر یابد.» چنین اقداماتی معمولاً مشتمل بر پی‌کنی، گودبرداری، اجرای فونداسیون، دیوارکشی، سقف‌گذاری، لوله‌کشی، نصب و سایل سرمایشی و گرمایشی و سایر اقدامات لازم برای احداث بناست که نمی‌تواند به طور لحظه‌ای واقع شود بلکه اقدامات مرتکب در یک بازه زمانی کم و بیش طولانی، از چند روز تا چند ماه، تداوم می‌یابد تا به نتیجه موردنظر او ختم شود. با توجه به نکات فوق، بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغها یک جرم مستمر است. اما، این جرم با خاتمه عملیات ساختمانی مورد نظر مرتکب پایان می‌یابد و تاریخ پایان عملیات ساختمانی، تاریخ قطع استمرار و مبدأ مرور زمان تعقیب کیفری است. به عبارت دیگر، «سکونت مرتکب در بنای احداث شده و ادامه تصرف آن»، جزئی از رفتار مادی تشکیل دهنده جرم موردنظر نیست تا با استمرار آن، جرم مشمول مرور زمان نشود.»

بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۷۵۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور جرم تغییر کاربری املاک و اراضی زراعی و باغات جرم تعزیری درجه ۷ محسوب می‌شود و مطابق بند ۳ ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مرور زمان تعقیب در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت سه سال است. لذا در صورتی که سه سال از وقوع تغییر کاربری اراضی زراعی و پایان عملیات تغییر کاربری گذشته باشد، مشمول مرور زمان شده و در صورت تشکیل پرونده بعد از این مدت مستحق صدور قرار موقوفی تعقیب است.

#### ۴-۵. این جرم، از زمره جرایم استمرار یافته و مشمول مرور زمان است

با توجه به این که قانون‌گذار ایران تعریفی از جرم آنی و مستمر ارائه نداده است، می‌توان به نظرهای علمای حقوق متوسل شد. پروفسور گارو در کتاب مطالعات عملی و نظری در حقوق جزا بعد از تعریف جرم آنی و جرم مستمر دسته‌ای از جرایم را ذیل عنوان «جرایم مداوم» یا «استمرار یافته» طبقه‌بندی کرده و در توضیح این جرم می‌نویسد: «مثلاً کسی در شهر بنایی بلندتر از مقدار مقرر در آیین نامه ساختمان شهرداری می‌سازد که این عمل جرم مداوم یا استمرار یافته نامیده می‌شود.»<sup>۱</sup> همچنین گاستون استفانی در کتاب حقوق جزای عمومی می‌نویسد: «جرم

۱. به نقل از ابوذر نصراللهی، متشره در خبرگزاری جمهوری اسلامی، ۲ مهر ۱۳۹۹ کد گزارش ۸۴۰۷۲۶۸۲.

عملیات ساختمانی بدون پروانه اگر ساختمان شروع شود از لحظه اولین کارها در تمام مدتی که در آن مدت کارها انجام می‌شود و تا اتمام کامل آن واقع می‌شود و هر اقدام ساختمانی اراده ساختن بدون اجازه را تکرار می‌کند بعد از اتمام کارها جرایم استمرار یافته به نظر می‌رسند و در مورد ساختمان بدون پروانه جریان مرور زمان دعوی عمومی از لحظه اتمام عملیات ساختمانی شروع می‌شود.<sup>۱</sup> از صاحب‌نظران داخلی مرتضی محسنی نیز در جلد دوم حقوق جزای عمومی آورده است: «بین جرایم آنی و مستمر دسته دیگری از جرایم وجود دارد که از بعضی جهات به جرایم آنی و از برخی جهات دیگر به جرایم مستمر شبیه هستند. مثل ازدواج غیرقانونی با دختری که به سن ازدواج نرسیده. صاحب‌نظران این دسته از جرایم را استمرار یافته یا ادامه یافته نامیده‌اند. آنچه می‌تواند طبع قضایی جرم را از جهت آنی و مستمر بودن تعیین کند، همان لحظاتی است که قصد مجرمانه شروع و خاتمه می‌یابد. هرگاه این لحظات کوتاه باشد، جرم از نظر مدت ارتكابی آنی است و لو آن که آثار و نتایج آن مدتی طول بکشد. بنابراین چون در جرایم ادامه یافته مدت تحقق و وقوع جرم طولانی نیست، باید صرف نظر از نتایج حاصله، این قبیل جرایم را از نظر آثار حقوق جزا، جرایم آنی محسوب کرد. اداره حقوقی وزارت دادگستری در همین زمینه چنین اظهارنظر کرده است: «رکن مادی جرم مذکور در ماده ۱۶ قانون اراضی دولت و شهرداریها «تجاوز و تصرف» است و این امر در زمان معینی وقوع می‌یابد و در نتیجه استمرار تصرف باعث استمرار جرم نیست»<sup>۲</sup> لذا جرم تا زمانی استمرار دارد که ارکان مادی و معنوی آن وجود داشته باشد و با انتفای دو رکن و لو آن که آثار آن قابل مشاهده باشد، جرم خاتمه یافته تلقی و مرور زمان از تاریخ خاتمه آغاز و محاسبه می‌شود.<sup>۳</sup>

از نظر سابقه قانون‌گذاری نیز ماده ۵۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ مقرر داشته بود: «ابتدای مرور زمان تاریخ وقوع جرم و در مورد جرم مستمر تاریخی است که استمرار قطع شده است...» در نتیجه می‌توان با این تحلیل جرم مزبور را از جرایم «استمرار یافته» دانست.

۱. همان.

۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی - پدیده جنایی - جلد دوم - گنج دانش - ۱۳۸۲، چاپ دوم، صفحه ۳۷۲.

۳. همان.

## نتیجه‌گیری و پیشنهاد:

- ۱- عدم ارائه تعریف جرایم آنی و مستمر و قواعد حاکم بر آن توسط قانون‌گذار و به عبارتی وجود نقص در قانون جزا- موجب بروز اختلاف نظر میان صاحب‌نظران در تطبیق مصادیق جرم با هر یک از انواع جرایم و صدور آراء متعارض توسط شعب مختلف محاکم شده است.
- ۲- بررسی نظرهای طرفداران دیدگاههای مختلف، ایراد بر رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور را مبنی بر آنی دانستن جرم تغییر کاربری اراضی قوت می‌بخشد.
- ۳- یکی از مهمترین دلایل این ایراد عدم توجه این رأی به مصادیق تغییر کاربری که در عرف و مقررات وضع شده است. مصادیق تغییر کاربری، اقداماتی است که انجام دفعه و یک لحظه‌ای آنها امکان‌پذیر نیست و مستلزم طی مدت زمانی ولو کوتاه است.
- ۴- در یک جمع‌بندی کلی، می‌توان گفت: جرم تغییر کاربری اراضی، جرمی مستمر است و در بستر زمان تحقق می‌یابد و از تاریخ قطع استمرار مشمول مرور زمان است. لذا چنانچه در رأی وحدت رویه این هم‌نادیده گرفته شده باشد، قابل نقد و واجد اشکال است.
- ۵- پیشنهاد می‌شود در اولین اقدام ممکن، قانون‌گذار کیفری ایران نسبت به تعریف و تعیین دقیق مصادیق جرایم آنی، مستمر و استمرار یافته اقدام کند تا زمینه بروز اختلاف نظر و تشتت آرا کاهش یابد.
- ۶- همچنین پیشنهاد می‌شود در پژوهشهای حقوقی بعدی تلاش بیشتری برای شناسایی مختصات و مرز میان سه نوع جرم آنی، مستمر و استمرار یافته انجام شود.



۱. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ سی و نهم، زمستان ۱۳۹۳
۲. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء دادگاههای تجدیدنظر استان تهران، بهار ۱۳۹۲
۳. خالقی، علی، صفحه اینستاگرامی به نشانی:
۴. زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی - بخش کلیات، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹
۵. ساکی، محمدرضا، دوره مقدماتی حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸
۶. ساولانی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی، مشاهیر دادآفرین، چاپ ششم، ۱۳۹۷
۷. شکری، رضا، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، (مجموعه تقریرات محمد باهری و میرزا علی اکبر داوری) رضا مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۹
۸. شمس ناتری، محمد ابراهیم و دیگران، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ دوم ۱۳۹۳
۹. صانعی، حقوق جزای عمومی، کتابخانه پنج گزارش، ۱۳۷۱
۱۰. عبدالحسین علی آبادی، حقوق جنایی، جلد دوم، نشر بانک ملی، چاپ اول، ۱۳۵۲
۱۱. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی، ۱۳۸۹
۱۲. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی - پدیده جنایی - جلد دوم - گنج دانش - ۱۳۸۲، چاپ دوم
۱۳. محمد باهری و رضا شکری، نگرشی بر حقوق جزای عمومی انتشارات مجد، ۱۳۸۹ چاپ سوم
۱۴. نصراللهی، ابوذر، متشره در خبرگزاری جمهوری اسلامی، ۲۲ مهر ۱۳۹۹ کد گزارش ۸۴۰۷۲۶۸۲
۱۵. نظرهای مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه
۱۶. قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲

# Examination and Analysis of the Binding Precedent Made by the General Board of the Supreme Court Stating that the Crime of Making Unauthorized Changes in Agricultural Land Use is Instantaneous and is Subject to Lapse of Time

Roghayeh Farahani<sup>1</sup>

## Abstract:

The division of crimes in terms of the length of time of committing the crime is one of the topics discussed among legal scholars and judges, and there have always been differences of opinion in determining the examples of this division.

This difference of opinion in practice has caused different judgments to be made by different branches of the courts, an example of this, which at the time of the writing of this article is a hot topic of discussion in legal circles, is determination of the instant or continuous nature of the crime of "making unauthorized change in agricultural land use mentioned in Article 3 of the Preservation of the Use of Agricultural Lands and Gardens Act".

The General Board of the Supreme Court on June 21, 2022, while issuing a binding precedent in this regard, put an end to these differences of opinion among courts by considering unauthorized change in land use as an *instantaneous offence*.

In this article, the said decision has been examined and analyzed from different points of view and certain criticisms have been made.

According to the results of this research, although the result of the binding precedent handed down by the General Board of the Supreme Court to include the regulations regarding lapse of time from the date of the end of change in land use operation is acceptable, but there is a serious objection to a part of the decision in which it considers that crime as an instantaneous offence. One of the most important grounds for this objection is the lack of attention of the said decision to the examples of change in land use, which is common in custom and is foreseen in the regulations. Cases of change in land use are actions that cannot be carried out instantly and require a period of time no matter how short. In this article, while providing a definition of the types of crimes in terms of the time of their duration, different points of view regarding the application of the crime of making change in land use - the subject of the binding precedent of the Supreme Court - are raised and discussed in regard to each of these crimes. In sum, it can be said that the crime of change in land use is a continuous and occurs over time, and from the date of discontinuity (the end of changing land use operation) is subject to lapse of time.

**KeyWords:** *Instantaneous crime- continuous crime- continued crime- lapse of time- change in land use*

1. PhD in criminal law and criminology, (Email: farahani2020@gmail.com)

# یادداشتی بر رأی شماره‌های ۱۱۸ الی ۱۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (ابطال شرط «تعهد کتبی مبنی بر ۱۰ سال خدمت بدون قید و شرط» در دفترچه راهنمای ثبت نام آزمون استخدامی)

محمودزین کریمیان<sup>۱</sup>

## چکیده:

هدف از نگارش این مقاله، تحلیل و ارزیابی رأی ۲۰ / ۱ / ۱۴۰۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال شرط «تعهد کتبی مبنی بر ۱۰ سال خدمت بدون قید و شرط» در دفترچه راهنمای ثبت نام آزمون استخدامی دستگاههای اجرایی است. پس از بیان خلاصه دلایل و مستندات هیأت عمومی، رأی مورد اشاره با نقد هر دلیل در سه سطح دکترین، قوانین و رویه‌ها مورد تحلیل واقع شده است.

**کلیدواژه‌ها:** هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، آزمون استخدامی دستگاههای اجرایی، تحلیل رأی.

یادداشت حاضر شامل توصیف رأی، تحلیل رأی و نتیجه است. تحلیل در سطوح نظری، قوانین و رویه‌ها صورت خواهد پذیرفت.

**توصیف رأی:** هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۲۰ فروردین ۱۴۰۱ در رسیدگی به شکایتی با خواسته ابطال شرط «تعهد کتبی مبنی بر ۱۰ سال خدمت بدون قید و شرط» در دفترچه راهنمای ثبت نام پنجمین آزمون استخدامی متمرکز دستگاههای اجرایی کشور تیرماه ۱۳۹۷ این شرط را ابطال کرده است.

### خلاصه دلایل و مستندات هیأت عمومی:

۱- عدم پیش‌بینی شرطی مبنی بر ارائه تعهد محضری جهت خدمت در محل مورد تقاضا در قوانین و مقررات عمومی کشور؛

۲- به رسمیت شناخته شدن حق انتقال کارمندان رسمی و پیمانی در قوانین و مقررات عمومی کشور؛

۳- امکان کمتر از ۱۰ سال بودن مدت اشتغال کارمندان پیمانی؛

۴- ابطال شرط ارائه تعهد محضری مبنی بر عدم تقاضای انتقال در مدت معین پس از شروع به خدمت، در «آراء متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله شماره ۱۳۲۹-۱۳۰۳، ۱۳۹۸/۰۷/۰۲ و ۱۴۰۰/۰۵/۰۵ و ۱۴۰۰/۱۱/۲۳-۱۴۰۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۳۰۵۸».

۵- خارج از حدود اختیار مرجع وضع بودن شرط مذکور، با استناد به رأی شماره ۲۲۴-۱۳۸۵/۰۴/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

**تحلیل رأی:** تحلیل رأی به ترتیب تحلیل دلایل و مستندات فوق الذکر و در سه سطح دکترین، قوانین (به ترتیب سلسله مراتب)، و رویه‌ها خواهد بود.

۱- **دلیل شماره ۱:** این دلیل در سطح دکترین، قوانین، و رویه قابل نقد به نظر می‌رسد:

۱-۱- **در سطح دکترین:** علی‌الاصول آیا نبود شرطی در قوانین و مقررات، به معنی منع از گنجاندن آن شرط از سوی مقامات و مدیران سازمانهای عمومی کشور در شرایط استخدام است؟

اصولاً، شرایط استخدام در سازمانهای عمومی را می‌توان شامل شرایط عمومی استخدام در سازمانهای عمومی و شرایط اختصاصی استخدام در سازمانهای عمومی دانست. تمایزات در انواع و اقسام سازمانها و مشاغل و موقعیتهای (زمانی، مکانی و...) موجب شرایط اختصاصی استخدام است. علاوه بر این تمایزات که در دسته‌هایی از سازمانها، مشاغل و موقعیتهای مصداق دارد، هر شغل<sup>۱</sup> job نیز دارای شرایط احراز job qualification مخصوص خود است.

چنانچه دسته‌هایی از سازمانها و یا رشته‌ها و یا رشته‌هایی از مشاغل و یا در بعضی از موقعیتهای، به تشخیص قانون‌گذار، واجد آن چنان ابعاد، حساسیت و اهمیتی باشند که اقتضای «قانون» بودن شرایط اختصاصی آنها را بنماید، این شرایط به صورت «قانون» از سوی قانون‌گذار وضع می‌شود. وضع شرایط اختصاصی در مورد سایر سازمانها و یا رشته‌ها و یا رشته‌های مشاغل با مقامات و مدیران ذی‌صلاح قوه مجریه است. آیین و صلاحیت تعیین بعضی از این شرایط اختصاصی را قانون‌گذار وضع می‌کند و بدیهی است که باید از سوی قوه مجریه رعایت شود؛ و مقامات و مدیران قوه مجریه در قلمرو وظایف و اختیارات خود، شرایط اختصاصی سایر مشاغل را با روشی که درست و مناسب تشخیص می‌دهند، تعیین می‌کنند.

**نتیجه ۱-۱:** با اتکا به مبانی عملی - نظری بالا، تعیین همه انواع، اقسام و سطوح شرایط استخدام افراد برای مشاغل در قوانین و مقررات نه درست است و نه ممکن. بنابراین، نبود شرطی در قوانین و مقررات، به معنی منع گنجاندن آن شرط، از سوی مراجع، مقامات و مدیران دستگاههای اجرایی (در حدود اقتضای وظایف و اختیارات) نیست و البته شرط گنجانده شده فی حدّ ذاته نباید مغایر با ضوابط شرع و یا قوانین و مقررات ماهوی موضوع باشد.

**۱-۲- در سطح قوانین:** قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶ «شرایط عمومی استخدام در دستگاههای اجرایی» را در ماده ۴۲ تعیین کرده است.<sup>۲</sup> علاوه بر آن ماده ۴۳ همین قانون مقرر می‌دارد:

۱. شغلها تجزیه و تحلیل job analysis، طبقه بندی job classification و ارزشیابی job invalidation می‌شوند. تجزیه و تحلیل شغل منتج به شرح شغل job description می‌شود، شرایط احراز شغل از ارکان شرح شغل است. طبقه بندی مشاغل منتج رشته‌های شغلی و رشته‌های شغلی (فرعی، اصلی) می‌شود.
۲. ماده ۴۲ - شرایط عمومی استخدام در دستگاههای اجرایی عبارت است از:

«دستگاههای اجرایی می‌توانند در صورتی که در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل خود شرایطی علاوه بر شرایط ماده (۴۲) این قانون داشته باشند، آن را ملاک عمل قرار دهند.»

این قانون «بررسی و تصویب شرایط احراز رشته‌های شغلی» را از «وظایف و اختیارات» شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی قرار داده است (در ماده ۱۱۶). به موجب ماده ۷۰ این قانون «شرایط تصدی مشاغل اختصاصی دستگاههای اجرایی به تناسب وظایف پستهای قابل تخصیص به هر شغل، از لحاظ معلومات، تحصیلات، تجربه، مهارت و دوره‌های آموزشی مورد نیاز و عوامل مؤثر دیگر با پیشنهاد دستگاه اجرایی و تأیید سازمان و تصویب شورای توسعه مدیریت

الف- داشتن حداقل سن بیست سال تمام و حداکثر چهل سال برای استخدام رسمی و برای متخصصین با مدرک تحصیلی دکتری چهل و پنج سال.

ب- داشتن تابعیت ایران.

ج- انجام خدمت دوره ضرورت یا معافیت قانونی برای مردان.

د- عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر.

ه- نداشتن سابقه محکومیت جزائی مؤثر.

و- دارا بودن مدرک تحصیلی دانشگاهی و یا مدارک هم‌تراز (برای مشاغلی که مدارک هم‌تراز در شرایط احراز آنها پیش بینی شده است).

ز- داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری که استخدام می‌شوند براساس آیین‌نامه‌ای که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.

ح- اعتقاد به دین مبین اسلام یا یکی از ادیان شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ط- التزام به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

تبصره ۱- به کارگیری موقت و تعیین حقوق و مدت خدمت اتباع خارجی حسب قوانین و مقررات خاص خود انجام خواهد شد.

تبصره ۲- استخدام افراد در دستگاههای اجرایی در مشاغل تخصصی و کارشناسی و بالاتر منوط به احراز توانایی آنان در مهارتهای پایه و عمومی فناوری اطلاعات می‌باشد که عناوین و محتوای مهارتهای مذکور توسط سازمان تهیه و ابلاغ خواهد شد.

تبصره ۳- استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان براساس قوانین مصوب مربوط به خود خواهد بود.

تبصره ۴- قوانین و مقررات گزینش به قوت خود باقی است.

تبصره ۵- به کارگیری افراد با مدرک تحصیلی دیپلم و یا با حداقل سن کمتر از رقم مذکور در این ماده در موارد یا مناطق خاص برای مدت زمان مشخص و برای فرزندان شهدا صرفاً در مشاغلی که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیأت وزیران می‌رسد مجاز می‌باشد.

تعیین می‌گردد. و در انتصاب افراد به مشاغل مذکور رعایت شرایط مصوب الزامی می‌باشد.» و به موجب تبصره یک همین ماده «شرایط تصدی مشاغل عمومی که در بیش از یک دستگاه شاغل دارند به تناسب پستهای قابل تخصیص به هر شغل توسط سازمان تهیه و پس از تصویب شورای توسعه مدیریت جهت اجرا به دستگاههای ذی ربط ابلاغ می‌گردد.»

ماده ۸ آیین‌نامه استخدام پیمانی، اصلاحی جلسه ۱۳۸۱/۵/۳۰ هیأت وزیران نیز مقرر می‌دارد: «استخدام به صورت پیمانی از طریق امتحان یا مسابقه و گزینش بر طبق ضوابط و مقررات مورد عمل در مورد استخدام رسمی صورت خواهد پذیرفت» و به موجب تبصره یک این ماده: «کلیه ضوابط و مقررات اداری و استخدامی مربوط به مستخدمین رسمی در مورد مستخدمین پیمانی نیز ملاک عمل می‌باشد، موارد استثنا در اعمال مقررات و ضوابط فوق با تصویب شورای امور اداری و استخدامی کشور امکان پذیر است.»

**نتیجه ۱-۲:** مقررات مربوط به تعیین شرایط استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری، و آیین‌نامه استخدام پیمانی، مبتنی بر مبانی نظری بالا است و لذا، بررسی این مقررات نیز به همان نتیجه ۱-۱ خواهد رسید: امکان گنجاندن شرطی که در قوانین و مقررات تعیین نشده است، از سوی مراجع، مقامات و یا مدیران دستگاههای اجرایی، در حدود اقتضای وظایف و اختیارات؛ و البته مغایر نبودن شرط با ضوابط شرع و قوانین و مقررات ماهوی موضوع.

**۳-۱- در سطح رویه:** در رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۸۴۱-۱۳۹۷/۹/۲۰ آمده است که وزارت آموزش و پرورش مجاز است به استناد بند (ز) ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری و رعایت آیین‌نامه اجرایی مربوط، معیارهای توانایی جسمی و شرایط فیزیکی مناسب برای استخدام مشاغل از جمله میزان قد داوطلبان برای مشاغل آموزشی را تعیین کند و رأی شماره ۱۳۱۲-۱۳۹۷/۵/۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری موید این امر است.

اینک، اگر مقصود از «قوانین و مقررات عمومی کشور» در اولین دلیل هیأت عمومی، در این جا (در موضوع بند «ز» مورد اشاره)، **قانون مدیریت خدمات کشوری و آیین‌نامه** مورد نظر در بند «ز» ماده ۴۲ آن است، ظاهراً، میزان قد داوطلبان در هیچ‌یک از آنها تعیین نشده است ولی در عین حال، در وزارت آموزش و پرورش تعیین شده است و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری هم این تعیین را مجاز دانسته است. حال، اگر تعیین این شرایط از سوی وزارت آموزش و پرورش،

وضع مقررہ عمومی دانسته شود- که «عمومی» بودن آن محل بحث است- مغایرتی با استدلال اول هیأت عمومی (در رأیی که این یادداشت روی آن نوشته می‌شود (شماره ۱۱۸ الی ۱۲۰)) ندارد؛ ولی اگر مقررہ عمومی دانسته نشود، وزارت آموزش و پرورش شرطی اختصاصی تعیین کرده است که در قوانین و مقررات عمومی کشور نبوده است و با توجه به مجاز دانستن این تعیین از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور (آراء شماره ۱۸۴۱ - ۱۳۹۷/۹/۲۰ و ۱۳۱۲ - ۱۳۹۷/۵/۹)، چرا نمی‌تواند شرطی دیگر (که خلاف شرع و قانون نباشد) تعیین کند؟ از جمله شرط مورد بحث در رأی محل بحث این یادداشت.

**نتیجه ۱-۳:** در رویه عملی مورد تایید هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز شرطی هست که از سوی وزارت آموزش تعیین شده است، در حالی که در قوانین و مقررات عمومی کشور نبوده است.

**۲- دلیل شماره ۲:** این دلیل نیز در سه سطح دکترین، قوانین و رویه قابل نقد به نظر می‌رسد.

**۲-۱- در سطح دکترین:** در مورد حق انتقال، وضعیت کارمندان پیمانی مثل کارمندان رسمی نیست. حق انتقال کارمندان رسمی هم مطلق نیست - در مورد انتقال از سازمانی به سازمانی دیگر، موکول است به موافقت مدیران و مقامات ذی صلاح سازمان محل خدمت و سازمانی که کارمند تقاضای انتقال به آنجا را دارد؛ و در مورد انتقال درون سازمانی (از واحدی به واحدی دیگر)، موکول است به موافقت مدیران و مقامات همان سازمان محل خدمت کارمند متقاضی انتقال. موافقت با تقاضای کارمند هم تنها در صورت فراهم بودن شرایط متعدد قانونی امکان پذیر است؛ مثل وجود پست سازمانی بدون متصدی که کارمند متقاضی انتقال شرایط احراز لازم برای تصدی آن پست را داشته باشد. در سازمان یا واحدی که کارمند تقاضای انتقال به آن جا را دارد و وجود اعتبار برای پرداخت حقوق او؛ و حتی در صورت فراهم بودن همه شرایط قانونی، موافقت موکول است به رعایت مصالح سازمانی.

در مورد کارمندان پیمانی، علی الاصول، محل خدمت باید مورد توافق متقاضی استخدام پیمانی و دستگاه استخدام کننده باشد و در پیمان نامه معین و مشخص شود. به این ترتیب، حق انتقال، موضوعاً، منتفی است و حتی مفهومیهای تقاضای انتقال و موافقت با انتقال در این جا صدق نمی‌کند و اگر کارمند پیمانی یا دستگاه محل خدمت او بخواهند محل خدمت دیگری را با



پیشنهاد یک طرف و توافق طرفین تعیین کنند، در واقع، قرارداد را تغییر می دهند یا آن را خاتمه می دهند (با رعایت شرایط پیمان نامه و مقررات امری حاکم بر استخدام پیمانی) و قرارداد دیگری می نویسند. واضح است که در اینجا، انتقال از یک سازمان به سازمان دیگر که دارای شخصیت حقوقی مستقل باشند، موضوعاً منتفی است؛ و درمورد درون یک سازمان هم توافق سازمان محل خدمت، تنها در صورت فراهم بودن شرایط قانونی امر و رعایت مصالح سازمانی امکان پذیر است. نکته اساسی مربوط به بحث انصراف از حق، این است که تنها از حقی نمی توان انصراف داد که به موجب «حکم»، روی دیگر آن، تکلیف برای ذی حق باشد و بدیهی است که درمورد حق انتقال، چنین نیست.

**نتیجه ۱-۲:** حق انتقال کارمند پیمانی به سازمان دارای شخصیت حقوقی دیگر، موضوعاً، منتفی است و در درون همان سازمان نیز باید با توافق طرفین (کارمند- سازمان) باشد.

**۲-۲- در سطح قوانین:** قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶، «انتقال» را یکی از «حالات» «کارمندان رسمی» دانسته است (ماده ۱۲۰) و در ماده ۱۲۱ مقرر کرده است که آیین نامه اجرایی نحوه انتقال و مأموریت کارمندان مشمول این قانون به سایر دستگاههای اجرایی و... به پیشنهاد سازمان [امور اداری و استخدامی کشور] به تصویب هیأت وزیران می رسد.

در آیین نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲۱ و ماده ۱۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری [آیین نامه انتقال و مأموریت کارمندان] نیز سخنی از حق مطلق انتقال برای کارمندان به میان نیامده است.

**نتیجه ۲-۲:** در قانون مدیریت خدمات کشوری و [آیین نامه انتقال و مأموریت کارمندان]، سخنی از حق مطلق انتقال برای کارمندان نیست.

**۲-۳- در سطح رویه عملی:** در رویه عملی نیز حق مطلق انتقال برای کارمندان - یعنی بدون نیاز به فراهم بودن شرایط قانونی و موافقت مقامات و مدیران ذی ربط ذی صلاح - وجود ندارد.

**نتیجه ۲-۳-:** نبودن حق مطلق انتقال برای کارمندان، در رویه عملی.

**۳- دلیل شماره ۳:** در مورد دلیل شماره ۳ کافی است به این نکته توجه شود که اگر در قسمت تذکرات مهم دفترچه راهنمای ثبت نام عبارت (به شرط موفقیت در دوره و تمدید استخدام) آمده

باشد، این دلیل مورد نظر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد موضوع شکایت مطرح در این رأی هیأت عمومی، موضوعاً منتفی است.

دلایل و مستندات ارائه شده در رأی هیأت عمومی (شماره‌های ۱، ۲ و ۵ خلاصه شده در بالا) هم در این راستا ارائه شده‌اند که فارغ از مسأله مدت، گنجاندن چنین شرطی در فرآیند استخدام پیمانی قابل ابطال است.

**نتیجه ۳:** فارغ از موضوعیت داشتن یا نداشتن دلیل شماره ۳ در پرونده مورد رسیدگی هیأت عمومی دیوان، دلایل و مستندات ۱، ۲ و ۵ نیز متمرکز بر نفس الامر گنجاندن شرط تعهد محضری ندادن تقاضای انتقال در طول استخدام پیمان بوده است.

**۴- دلیل شماره ۴:** این که بر اساس آراء متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، شرط ارائه تعهد محضری مبنی بر عدم تقاضای انتقال در مدت معین پس از شروع به خدمت، خلاف قانون تشخیص و ابطال شده است، برای مقامات و مدیران اداری در تنظیم شرایط استخدام لازم‌الاتباع است- حتی اگر تنها یک رأی بود نیز چنین بود. با وجود این، آیا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز ملزم بوده است که همان گونه رأی دهد؟

پاسخ این پرسش در سه سطح نظری، قانونی و رویه عملی قابل جستجو است.

**۴-۱- در سطح نظری:** امکان دستیابی به نظرها و آراء جدید، امری است طبیعی و بر این مبنا حقی طبیعی وجود دارد.

در ساختارهای قانونی نیز معمولاً، این حق به رسمیت شناخته می‌شود. بر این مبنا، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز باید این اختیار را داشته باشد که در صورتی که به استدلالها، استنادها و نظرهای جدیدی رسید، اینها را در رأی خود منعکس سازد.

**نتیجه ۴-۱:** امکان طبیعی وقوع نظرها و رایهای جدید و امکان حقوقی رسمیت و ترتیب اثر به نظر جدید و صدور رأی جدید.

**۴-۲- در سطح قانون:** به موجب ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲ «چنانچه مصوبه‌ای در هیأت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیأت عمومی در مصوبات بعدی، الزامی است...» اما در این قانون حکمی مبنی بر الزام تقید هیأت عمومی به نظرهای قبلی خود، به نظر نرسید.

**نتیجه ۴-۲:** توجه به ضرورت رسمیت و ترتیب اثر به نظر و رأی جدید.

**۴-۳- در سطح عملی:** پژوهش سطح عملی، مستلزم استقراء موارد احتمالی است که هیأت عمومی از نظر قبلی خود عدول کرده باشد.

**نتیجه ۴:** هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، در صدور رأی جدید روی یک موضوع، منطقی باید بتواند استدلالها و استنادها و رأیی متفاوت با رأی(های) قبلی ارائه دهد و در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکمی مبنی بر الزام به تقید هیأت عمومی به نظرهای قبلی خود، به نظر نرسید.

**۵- دلیل شماره ۵:** در رأی مورد نظر در یادداشت حاضر، با استناد به رأی شماره ۲۲۴-۱۸/۴/۱۳۸۵، آمده است که وضع قواعد آمره در باب شرایط استخدام افراد در واحدهای دولتی و عمومی از وظایف و اختیارات قوه مقننه یا ماذون از قبل قانون گذار است. در اینجا، این پرسش مطرح می شود:

آیا شرط ارائه تعهد نامه محضری برای خودداری از تقاضای انتقال، در فرایند استخدام پیمانی (در دفترچه راهنمای ثبت نام) قاعده ای آمره است؟  
و آیا وزیر را (اگر چنین شرطی با دستورالعمل او در دفترچه راهنمای ثبت نام گنجانده شده باشد) را میتوان ماذون از قبل قانون گذار دانست؟

**۵-۱- در سطح نظری:** وزیران، عالی ترین مقامات اداری کشور و مدیران سازمانهای اصلی دولت (وزارتخانهها) هستند و وظیفه دارند که امور وزارتخانه را مطابق قانون و در جهت کارایی efficiency و اثربخشی effectiveness اداره کنند و در مقابل ملت (نمایندگان مردم در قوه مقننه) مسؤول هستند باید پاسخگو باشند. این وظیفه، مقتضی اختیار مناسب است؛ به ویژه، اختیار حل مسائل. اگر مسأله ای مثل تقاضای بیش از حد تعادل برای انتقال از سوی کارمندان حادث شود، وزیر باید راه حل آن را بیابد. البته، این راه حل نباید با قانون مغایر باشد.

**نتیجه ۵-۱:** وزیر از نظرگاه اصول حقوق اساسی و حقوق اداری، اختیار حل مسائلی که در اداره امور وزارتخانه حادث می شود را دارد و البته، راه حل، نباید مغایر قانون باشد.

**۵-۲- در سطح قانون:** قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در راستای مبنای نظری تبیین شده در بالا، در اصل یکصد و سی و هشتم مقرر کرده است: «...هر یک از وزیران نیز در حدود

و وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد...».

به موجب اصل یکصد و سی و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «هر يك از وزیران مسوول وظایف خاص خویش در برابر رئیس جمهور و مجلس است و در اموری که به تصویب هیأت وزیران می‌رسد مسوول اعمال دیگران نیز هست» و به موجب اصل هشتاد و هشتم<sup>۱</sup> در هر مورد که هر یک از نمایندگان از وزیر مسوول درباره یکی از وظایف او سوال کند، وزیر موظف است ظرف ده روز در مجلس حاضر شود و به سوال جواب دهد. به علاوه به موجب بند یک اصل هشتاد و نهم، نمایندگان مجلس شورای اسلامی می‌توانند در مواردی که لازم می‌دانند هیأت وزیران یا هر یک از وزراء را استیضاح کنند. استیضاح وقتی قابل طرح در مجلس است که با امضای حداقل ده نفر از نمایندگان به مجلس تقدیم شود...

**نتیجه ۵-۲-** وزیر از نظر اقتضای اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به اقتضای وظایف، اختیارات و مسؤولیتهای خود، می‌تواند روشهای مناسب را- به ویژه برای حل مسائل وزارتخانه- اتخاذ کند و کافی است که این راه حلها مغایر قانون نباشد.

**۵-۳- رویه عملی:** آنچنان که در رأی شماره ۱۸۴۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز منعکس شده است، وزارت آموزش و پرورش مجاز است که میزان قد داوطلبان برای مشاغل آموزشی را تعیین کند. فارغ از ماجرای مورد رسیدگی در دیوان، عبارت «وزارت آموزش و پرورش مجاز است» به این معناست که هر مرجع، مقام و یا مدیر ذیصلاح در وزارت آموزش و پرورش مجاز است. به بیان دیگر، چنین به نظر می‌رسد که نمی‌توان عبارت نقل شده را به این صورت محدود کرد: وزیر آموزش و پرورش مجاز است.

۱. اصل هشتاد و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: در هر مورد که حداقل يك چهارم کل نمایندگان مجلس شورای اسلامی از رئیس جمهور و یا هر يك از نمایندگان از وزیر مسوول، درباره یکی از وظایف آنان سؤال کنند، رئیس جمهور یا وزیر موظف است در مجلس حاضر شود و به سؤال جواب دهد و این جواب نباید در مورد رئیس جمهور بیش از يك ماه و در مورد وزیر بیش از ده روز به تأخیر افتد مگر با عذر موجه به تشخیص مجلس شورای اسلامی.

ممکن است این گونه پاسخ داده شود که این «مجاز» بودن، مقید به رعایت آیین نامه بند «ز» ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری است. در جواب باید گفت که البته هر شرط دیگری نیز باید با رعایت قوانین و مقررات کشور باشد و در رأی هیأت عمومی - که این یادداشت در آن نوشته می شود - نیامده است که شرط موضوع این رأی، دقیقاً، با کدام ماده از کدام قانون یا آیین نامه مغایر است.

در اینجا شایسته است که در مورد تمایز شرط میزان قداوطلبان با شرط ندادن تقاضای انتقال به صورت موقت قدری تفکر و تأمل شود:

قداوطلب استخدام، امری طبیعی و خارج از اراده او است؛ در حالی که تصمیم گیری راجع به پذیرفتن شرط ندادن تقاضای انتقال، امری است ارادی و در قلمرو تصمیم گیری او. به علاوه، مدت، در مورد شرط قداوطلب، موضوعاً منتفی است، در حالی که پذیرفتن شرط ندادن تقاضای انتقال، با مدت است - یعنی محرومیت بلا مدت نیست.

حال، چگونه است که وزارت آموزش و پرورش بتواند شرط میزان قدا را بگذارد ولی شرط ندادن موقت تقاضای انتقال را نتواند قرار دهد؟!

**نتیجه ۵-۳:** نباید رویه عملی تعیین (از سوی وزیر) روش نا مغایر با قانون، در جایی موجه و در جایی ناموجه جلوه کند.

**نتیجه:** در این جا، نتایج به دست آمده در تحلیل های صورت گرفته در بالا، به صورت خلاصه باز تنظیم می شود:

- نبود شرطی برای استخدام در قوانین و مقررات، به معنای منع گنجاندن آن شرط از سوی مراجع، مقامات و مدیران ذی صلاح نیست و البته نباید مغایر قانون باشد. در قانون مدیریت خدمات کشوری و آیین نامه استخدام پیمانی نیز حکمی مغایر این نظر یافت نشد. در رویه عملی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز چنین شرطی مجاز دانسته شده است.

- انتقال کارمند پیمانی به سازمان دیگر دارای شخصیت حقوقی، موضوعاً منتفی است و انتقال درون سازمانی او نیز مقتضی توافق با کارفرما است. حق مطلق انتقال (به این معنا که هر وقت خواست به هر واحد یا سازمان دیگر منتقل شود) حتی برای کارمندان رسمی دولت، نه در قانون پیش بینی شده است و نه در رویه عملی.

- این که ممکن است مدت زمان خدمت کارمند پیمانی به ۱۰ سال نرسد نیز به این معناست که ممکن است شرط، موضوعاً منتفی شود و لذا نمی‌توان آن را دلیل ابطال شرط گرفت.
- این که «بر اساس آراء متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله... شرط ارائه تعهد محضری مبنی بر عدم تقاضای انتقال به مدت معین پس از شروع به خدمت خلاف قانون تشخیص و ابطال شده است» مانع اتخاذ نظر جدید از سوی هیأت عمومی نیست.
- وزیر می‌تواند به اقتضای وظایف خود و برای حل مسائل وزارتخانه تحت مدیریت خود روشی را که مغایر قانون نباشد برگزیند و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز برای او این اختیار و مسؤولیت را قائل است.

#### قوانین و مقررات مورد استناد در این یادداشت:

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات ۱۳۶۸.
- قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶.
- قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲.
- آیین‌نامه استخدام پیمانی موضوع تبصره ماده ۶ قانون استخدام کشوری، مصوب ۱۳۶۸/۰۶/۰۱ هیأت وزیران و اصلاح آن مصوب ۱۳۸۱/۰۵/۳۰ هیأت وزیران.

## A note on the General Board of the Administrative Court of Justice Decisions numbers 118 to 120.

**Mohammad Vazin Karimian<sup>1</sup>**

The purpose of writing this article is to analyze and evaluate the decision of April 9, 2022 of the General Board of the Administrative Court of Justice regarding the annulment of a condition regarding "written commitment of 10 years of doing service without any condition" mentioned in the manual for the registration of the recruitment exam held by executive bodies.

After summarizing the evidence and legal grounds used in the decision of General Board, the aforementioned decision has been analyzed by criticizing evidence on three levels of doctrine, laws and judicial precedents.

**Keywords:** *The General Board of the Court of Administrative of Justice, the employment exam held by administrative bodies, analysis of the decision.*

---

1. Associate Professor at the University of Judicial Science and Administrative Services,  
(Email: mv\_karimian@ujsas.ac.ir)

## نقد و تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۹۹-۷۹۴ دیوان عالی کشور

### (امکان ابطال اجرائیه بانکی و آثار آن)

ممید گوینده<sup>۱</sup>

#### چکیده:

رأی وحدت رویه شماره ۹۹-۷۹۴ دیوان عالی کشور حاکی است که اخذ سود بیشتر از مصوبات قانونی توسط بانک به عنوان یک شرط خلاف نظم عمومی حتی در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز قابل پذیرش نیست. دلالت التزامی این رأی آن است که قرارداد به قوت خود باقی است لیکن شرط اخذ سود اضافه باطل است در این صورت آیا می توان نتیجه گرفت که دیگر آثار قرارداد یعنی اجرائیه صادر شده، برگزاری مزایده و فروش عین مرهونه با فرض بقای رهن به قوت خود باقی باشد یا شرط خلاف یاد شده موجب ابطال اجرائیه و در صورت برگزاری مزایده و حتی انتقال عین مرهونه به برنده مزایده به تبع آن باطل خواهد بود؟ این مقاله با نگاهی به برخی آراء صادر شده در پی بررسی.

**کلیدواژه ها:** تسهیلات بانکی، بانکداری بدون ربا، ابطال اجرائیه، ابطال مزایده، ربا

۱. قاضی بازنشسته، وکیل دادگستری، معاون بخش حقوق دائره المعارف بزرگ اسلامی



با وقوع انقلاب اسلامی در کشور، یکی از دغدغه‌های اصلی انقلابیون و دولتمردان در نظام جمهوری اسلامی ایران، زدودن پدیده ربا از دامن اقتصاد کشور بود که در عین حال ستون اصلی بانکداری کشور را تشکیل می‌داد. این امر یکی از وعده‌های اصلی انقلاب یعنی تحقق اقتصاد اسلامی بود که باید در نظام بانکداری دیده می‌شد. کار سختی که به نظر غیر ممکن می‌رسید زیرا رکن اصلی عملکرد بانک به عنوان یک تاجر، بر آن چه در احکام فقهی اسلام ربا نامیده می‌شود، استوار است. این وعده با تصویب قانون نظام بانکداری در سال ۱۳۶۲ محقق شد و تا کنون نیز با اصلاح این قانون و تصویب قوانین و مقررات دیگر تلاش می‌شود تا صورت ظاهری عملکرد بانکها در اعطای تسهیلات در قالب عقود اسلامی مشارکتی یا مبادله‌ای مانند فروش اقساطی محقق شود با این حال علاوه بر این که هنوز این قالبها به طور کامل قابل انطباق با شکل عقود اسلامی مانند عقود رهن، مضاربه، شرکت، فروش اقساطی و مانند آن نیست، روشن است که از ابتدا هم قصد واقعی طرفین شراکت مدنی نیست و در عمل هم نحوه پرداخت تسهیلات به گونه‌ای صورت می‌گیرد که عقد مورد نظر محقق نمی‌شود، در نتیجه برخی از گیرندگان تسهیلات به حق یا ناحق نسبت به شناسایی این روزه‌ها اقدام کرده و به استناد احکام این عقود در قانون مدنی و فقه از اساس نسبت به تحقق این عقود میان خود و بانک متعرض شده و با تقدیم دادخواست به دادگاه، ابطال آن را مطالبه می‌کنند. البته علاوه بر عدم رعایت مقررات قانونی از طرف بانکها در هنگام اعطای تسهیلات بانکی، دریافت سود مازاد بر مصوبات قانونی هم تأثیر غیر قابل انکاری در شکل‌گیری بیشتر این نوع دعاوی دارد. دادگاهها نیز در مورد این گونه دعاوی رویه واحدی ندارند و آراء متفاوتی در ابطال یا عدم ابطال این قراردادها صادر می‌کنند. مقاله حاضر حاصل تجربیات نگارنده در پرونده‌های وکالت و فعالیت در معاونت قضایی (اعمال ماده ۴۷۷ ق.آ.د.م) در سالهای اخیر است و کاملاً جنبه عملی داشته بنابراین طبیعی است که فاقد هرگونه ارجاع باشد. تمامی آراء ادعا شده نزد نویسنده موجود است و به لحاظ لزوم حفظ محرمانگی اطلاعات خصوصی اشخاص، در متن مقاله به مشخصات آن اشاره نشده است.

## طرح موضوع

در حال حاضر یکی از دعاوی مهم و نسبتاً رایج در دادگاههای کشور، دعوی ابطال اقدامات اجرایی و تملیکی بانکها برای بازپسگیری تسهیلات اعطایی از بدهکاران است که با طرح دعوایی چون ابطال اجرائیه، ابطال مزایده عین مرهونه و حتی ابطال عقد رهن و سند انتقال به برنده مزایده توسط گیرندگان تسهیلات بانکی اقامه می‌شود. توجه حقوقی این نوع دعاوی بیشتر مبتنی است بر:

۱- توجه و تطبیق عمل بانکها در پرداخت تسهیلات مالی با اخذ ربا قرضی که با ظاهر برخی عقود معین مانند مضاربه، شرکت و رهن، انجام می‌شود در حالی که قصد واقعی طرفین گرفتن مقدار معینی وجه نقد در قبال پرداخت مبلغ بیشتری به صورت اقساط به بانک است که از آن به عنوان ربا نام برده می‌شود. در عمل هم، صورت اعطای وام که در قالب ترکیبی از عقود مانند شرکت، مضاربه، رهن یا وثیقه صورت می‌پذیرد با مشکلاتی مواجه می‌شود زیرا اقدامات بانکها برای اعطای تسهیلات، با ظاهر عقود یاد شده مطابقت کامل ندارد. به عنوان مثال بانکها پرداخت اعطای تسهیلات در قالب عقد شرکت، قبل از پرداخت نسبت به اخذ وثیقه اقدام می‌کنند یا در عقود شرکت و مضاربه یا فروش اقساطی، به عنوان شریک هیچ گونه دخالتی نمی‌نمایند و گاهی امور را با وکالت به گیرنده تسهیلات واگذار می‌کنند.

۲- اگر چه در قانون عملیات بانکی بدون ربا سعی شده است تا اعطای تسهیلات به صورت عقود شرعی جانشین ربا شود، با این حال گاه روزهایی برای ایراد به این نوع عقود یافت می‌شود به عنوان مثال گفته می‌شود عقد رهن جزو عقود تبعی است و مستلزم وجود دین مسبوق بر انعقاد قرارداد رهن می‌باشد و در نتیجه با این استدلال که قبل از انعقاد عقد رهن که دینی وجود نداشته و وجهی از سوی بانک به حساب گیرنده تسهیلات واریز نشده است، عقد را فاقد اثر و باطل می‌دانند.

۳- ایراد دیگر آن است که مال مرهون هرگز به قبض مرتهن (بانک) نرسیده است و در نتیجه عقد رهن محقق نشده است.

۴- برابرماده ۷۷۵ قانون مدنی و اجماع فقها و حقوق دانان، عقد رهن صرفاً برای دینی که بر ذمه مدیون مستقر باشد صحیح است و نمی توان برای دینی که ایجاد نشده است وثیقه اخذ کرد.

۵- نفوذ اراده طرفین در انعقاد این عقود خصوصاً میزان سود مشارکت از حوزه آزادی اراده طرفین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی خارج است. در نتیجه دادگاهها نباید قراردادهای خصوصی را که مخالف با نظم عمومی محسوب می شود، نافذ و اجازه اجرای آن را بدهند.

۶- رعایت نکردن صورت ظاهری انعقاد این عقود توسط بانکها مانند ذکر نکردن نوع مشارکت، درصد شراکت، میزان سود طرفین و کیفیت تقسیم آن که در نتیجه مستندی برای ادعای محقق نشدن عقد مورد نظر می شود. در این صورت، بانک فقط مستحق دریافت اصل مبلغ وام و سود قانونی آن از تاریخ مطالبه خواهد بود! شکی نیست که این قبیل آراء صدمات جبران ناپذیری به سیستم بانکداری کشور و سرمایه های خصوصی و عمومی بانکها وارد می سازد.

۷- تعیین سود قطعی قبل از اتمام مشارکت بانک با گیرنده تسهیلات و در نتیجه ادعای ربوی بودن قرارداد و مخالفت با نظم عمومی.

۸- محقق نشدن عقد شرکت به لحاظ عدم مزج سرمایه شرکا و تحقق مشارکت مدنی و در نتیجه عدم امکان بدهکار تلقی کردن شریک بدون انجام پروژه و حسابرسی سود و زیان شرکت و ارزیابی ارزش افزوده و تعیین سهم بانک.

۹- تخطی از مقررات پولی و بانکی در نحوه انعقاد قرارداد، اخذ سود مشارکت و گرفتن سود مضاعف یا تجدید قرارداد مشارکت برای تسویه بدهی قبلی بدهکار به وسیله تسهیلات جدید که طبعاً سود بیشتری برای بانک تحصیل می کند و منجر به پرداخت مبالغ بیشتری می شود.

۱۰- محاسبه سود مشارکت بیشتر به طور عمدی یا سهوی در هنگام صدور اجرائیه بر خلاف مفاد قرارداد و یا عدم احتساب پرداختهای قبلی و اشتباهاتی از این قبیل که عمده دلیل تقاضای ابطال اجرائیه همین مورد است.

۱۱- برگذاری ناقص مزایده از جهاتی مانند نحوه کارشناسی، ابلاغ موارد قانونی، نقص در انتشار آگهی و مانند آن.

۱۲- تملک مورد رهن یا ملک دیگر در قبال استمهال یا اعطای تسهیلات جدید به بدهکار بدون رضایت مشتری یا با توافق و رضای ظاهری گیرنده تسهیلات.

۱۳- افزایش شدید قیمت ملک و ذی نفع بودن بانک و گیرنده تسهیلات در برگذاری مجدد مزایده بر اساس قیمت‌های جدید یا ایجاد فرصت برای مشتری در جهت توافق با بانک برای پرداخت بدهیهای معوقه.

۱۴- عدم اقدامات قانونی بانک برای وصول مطالبات خود در موعد قانونی با هدف اخذ سود بیشتر یا اعطای تسهیلات بیشتر و در نتیجه انباشت بدهی بدهکار و مطالبه سود بیشتر از محل وثیقه.

۱۵- فساد اداری، نقص سیستم و مقررات اداری موجود در نظام بانکی کشور، اعطای تسهیلات بر مبنای تشخیص افراد صاحب سمت مانند روسای بانکها و شعب سرپرستی و در موارد کلان هیأت مدیره، فساد در بدنه کارشناسی و ارزیابی اعتبار اشخاص گیرنده تسهیلات. بدیهی است چنانچه نظام اداری مکانیزه و تا حد ممکن بدون اعمال سلیقه و بر مبنای مقررات از پیش تعیین شده صورت گیرد، به طور خودکار سیستم امکان ورود به مراحل بعدی برای دریافت تسهیلات را نخواهد داد.

موارد گفته شده بخشی از دلایل اقامه این نوع دعاوی در محاکم دادگستری است که رو به افزایش است به طوری که در برخی شهرهای بزرگ شعبه‌های خاصی برای رسیدگی به آن تعیین شده تا تخصصا به آن رسیدگی کنند با این حال به دلیل نقص یا ابهام و تعدد مقررات قانونی که امکان برداشتهای متفاوت از آن ممکن است رویه واحدی برای رسیدگی به این گونه دعاوی وجود ندارد و همچنان آراء متفاوتی در موضوع بحث صادر می‌شود؛ برخی شعب که به نظر اکثریت را دارند با ادنی دلیلی نسبت به ابطال اجرائیه یا مزایده و حتی سند انتقالی به شخص ثالث اقدام می‌کنند و برخی تا حد ممکن از این کار اجتناب می‌ورزند. آثار ابطال اجرائیه و مزایده در هنگامی که مزایده پایان یافته و اقدامات اجرایی برای انتقال مورد مزایده با گرفتن قیمت ملک به شخص ثالث انجام شده برای برنده مزایده فاجعه بار است زیرا معمولا این نوع دعاوی مدت زیادی به طول می‌انجامد و در صورت ابطال اجرائیه یا مزایده سند انتقالی نیز باطل و خریدار بی تقصیر تنها مستحق دریافت وجهی است که سالها پیش پرداخت کرده و اینک ارزش آن به شدت

کاهش یافته و یا استفاده‌ای از سرمایه اش نشده است. در مقابل بانکها و صاحب عین مرهونه نه تنها ضرری نمی‌کنند بلکه با افزایش تورم هم مالکیت عین مرهونه به قوت خود باقی می‌ماند و هم با کاهش ارزش پول رایج، میزان کمتری از دارایی خود را صرف بازپرداخت بدهی می‌کند. به طور مثال اگر گیرنده تسهیلات ۴۰۰ میلیون تومان در زمانی که دلار ۱۰۰۰ تومان ارزش داشته از بانک گرفته است یعنی ۴۰۰ هزار دلار وام گرفته و اگر در موقع پس دادن آن ارزش دلار ۳۰ هزار تومان باشد ارزش مبلغ وام گرفته شده در واقع ۱۲ میلیارد تومان خواهد بود در حالی که اصل و فرعی که گیرنده تسهیلات باید مسترد کند بر اساس ارزش پول در زمان اخذ تسهیلات و سود بانکی مصوب است که رقم آن قابل مقایسه با ارزش واقعی وام به نرخ روز نخواهد بود. همچنین بانکها که غالبا با مشتریهای مواجه هستند که بدهیهای بیش از ارزش وثیقه دارند به این ترتیب می‌توانند همه مطالبات خود را وصول کنند و در نتیجه تنها متضرر در این میان، برنده مزایده و خریدار ملک است! این خلاء قانونی که موجب ضرر بی وجه به ثالث می‌شود باید به شکل عادلانه برطرف شود. اگر چه رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱-۱۴۰۰ درصدد اصلاح مقررات قانون مدنی در مورد خسارت مبيع مستحق للغير برآمده است لیکن دیدگاه سنتی برگرفته از فقه که خریدار را تنها مستحق زیان وارد شده با مصادیق خاص کرده است کما کان بر بیشتر دادگاهها حاکم است. راه حل واقعی آن است که ثالث، متضرراز خطای دیگران نشود و بانک متخلف ضامن قیمت یا خسارت وارده به گیرنده تسهیلات باشد. با این مقدمه به بررسی و تفسیر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴-۹۹ خواهیم پرداخت. متن کامل رأی به شرح زیر است:

جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۲۲/۹۹ رأس ساعت ۸:۳۰ روز سه‌شنبه، مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ به ریاست حجت‌الاسلام والمسلمین جناب آقای سیداحمد مرتضوی مقدّم، رئیس محترم دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای سید محسن موسوی، نماینده محترم دادستان کل کشور و شرکت آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیأت عمومی تشکیل شد و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظرهای مختلف اعضای شرکت‌کننده در خصوص مورد و استماع نظر نماینده محترم دادستان کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می‌شود، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۹۴ - ۱۳۹۹/۵/۲۱ منتهی شد.

### الف: گزارش پرونده

[به استحضار می‌رساند، بر اساس آراء واصله به معاونت هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شعب اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان و بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در خصوص دریافت سود تسهیلات بانکی مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی، آراء مختلف صادر کرده‌اند که جهت طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور، گزارش امر به شرح ذیل تقدیم می‌شود:

الف) به حکایت دادنامه شماره ۵۸۰ - ۱۳۹۸/۱/۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان در خصوص دعوای آقای هادی ... به طرفیت بانک مهر اقتصاد به خواسته مطالبه اضافه دریافتی بر خلاف نرخ مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران موضوع دو فقره تسهیلات اقساطی به شماره‌های ۷۳۲۰ و ۷۳۱۰، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان خرم‌آباد به موجب دادنامه شماره ۰۰۹۷ - ۱۳۹۸/۲/۱۱ حکم بر محکومیت خوانده (بانک) به پرداخت مبلغ ۳۸۳'۶۵۸'۳۴۰ ریال بابت خواسته مذکور در حق خواهان صادر کرده است، با تجدیدنظرخواهی بانک از این رأی، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر مذکور به موجب دادنامه صدرالذکر، چنین رأی داده است:

«... نظر به این که وفق مقررات ماده ۲۰ قانون بانکداری [عملیات بانکی] بدون ربا، بانکها و مؤسسات مالی مکلف به تبعیت از نرخهای مصوب موضوع تسهیلات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران می‌باشند و خارج از آن چه مصوبه بانک مرکزی است غیرقانونی تلقی شده و هرگونه قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، چون بر خلاف مقررات مذکور غیرقانونی و ... اعتباری نداشته است، فلذا نظر به این که ایراد و اعتراض موجه و دلیل مؤثری که موجبات فسخ دادنامه تجدیدنظرخواسته را ایجاد کند در این مرحله از دادرسی ابراز و اقامه نگردیده و بر رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز ظاهراً اشکال عمده‌ای ملاحظه نمی‌شود، اعتراض واصله نیز با هیچ یک از شقوق پنج‌گانه ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ انطباق ندارد. بنابراین با استناد به ماده ۳۵۸ قانون مال‌الذکر ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید و استوار می‌شود.»

(ب) به حکایت دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۱۵۱۹۸۰۱۵۷۶ - ۱۳۹۸/۹/۱۸ شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران در خصوص دعوای شرکت صنایع غذایی ... و آقای حسین ... به طرفیت بانک پارسیان، به خواسته ابطال شرط تعیین سود قرارداد که ۲۷٪ تعیین شده است (مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار) و استرداد مبلغ مازاد دریافتی، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی آمل به موجب دادنامه شماره ۰۸۰۲ - ۱۳۹۸/۷/۲۵ حکم به ابطال شرط تعیین سود در قرارداد که ۲۷٪ تعیین شده (نسبت به شش درصد باطل گردید) و استرداد مبلغ ۱/۱۲۰/۱۹۱/۱۳۱ ریال مازاد مبلغ دریافتی صادر کرده است و با تجدیدنظرخواهی بانک از این رأی، شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر مذکور به موجب دادنامه صدرالذکر، چنین رأی داده است:

«تجدیدنظرخواهی بانک پارسیان ... را وارد دانسته و دادنامه صادره را قابل نقض می‌داند؛ چرا که تجدیدنظرخواندگان اقدام به استفاده از تسهیلات بانکی برابر قرارداد استنادی پیوست پرونده و با شرایط مندرج در آن کرده‌اند که از جمله آن پرداخت سود بر مبنای ۲۷٪ بوده و قرارداد مذکور بین طرفین برابر ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم و لازم‌الرعايه بوده و اقدامات و عملیات اجرایی نیز در راستای قرارداد مذکور بوده و اصولاً بانک تجدیدنظرخواه با شرط مندرج در قرارداد به تجدیدنظرخواندگان اجازه استفاده از تسهیلات را داده والا قرارداد تنظیم

نمی‌گردید. با توجه به مراتب ضمن وارد دانستن اعتراض و نقض رأی معترض‌ عنه وفق مواد ۳۵۸ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰ قانون مدنی، حکم بطلان دعوی اولیه خواهانهای بدوی را صادر و اعلام می‌دارد».

چنان که ملاحظه می‌شود، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان دریافت سود تسهیلات بانکی مازاد بر مصوبات شورای پول و اعتبار بانک مرکزی را غیرقانونی دانسته است، در حالی که شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران با این استدلال که قرارداد اعطای تسهیلات طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم شده است، لذا دریافت سود بانکی بر اساس شرایط مندرج در قرارداد را قانونی دانسته است.

بنا به مراتب، در موضوع مشابه، اختلاف استنباط محقق شده است. در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی، طرح قضیه در جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت اتخاذ تصمیم قانونی درخواست می‌گردد.

معاون قضایی دیوان عالی کشور در امور هیأت عمومی - غلامعلی صدقی

### ب: نظر نماینده دادستان کل کشور

احتراماً، در خصوص پرونده وحدت رویه قضایی ردیف ۲۲/۹۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به نمایندگی از دادستان محترم کل کشور به شرح ذیل اظهار نظر می‌گردد:

در ماده ۲۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ با آخرین اصلاحات و ماده ۷ آیین‌نامه فصل ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا که بیان می‌دارد بانکها ملکفاند دستورها و بخشنامه‌های بانک مرکزی را که به موجب قوانین و آیین‌نامه‌های متکی به آن صادر می‌گردد به موقع اجرا نمایند و با ملحوظ نظر قراردادن ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده یا به علت دیگری مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد و همچنین با توجه به بندهای ۱ و ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور و ماده ۱۵ و بندهای ۱ و ۳ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا شخصاً ناظر بر قراردادهایی است که مطابق قانون مذکور تنظیم گشته‌اند و این که بانکها نمی‌توانند در سایه عملیات بانکی بدون ربا مبادرت به درج شروط



تحمیلی در قراردادهای نمایند و این که بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حین اجرای نظام پولی و بانکی کشور می تواند در امور بانکی و پولی دخالت و نظارت کرده و به تعیین نرخ رسمی بهره وامها مبادرت ورزد و با توجه به گستردگی شبکه بانکی در کل کشور و تأثیر مستقیم و آشکار آثار ناشی از قراردادهای بانکی بر نظم عمومی و اقتصادی کشور نمی توان تنها به اصل حاکمیت اراده در این گونه قراردادهای تکیه کرد بلکه با توجه به تأثیر مستقیم این دسته از قراردادهای بر نظام اقتصادی جامعه مستنداً به مقررات و قوانین مذکور بایستی از اجرایی شدن جزئی و یا کلی قراردادهایی که بر خلاف مقررات حاکم بر نظام بانکی کشور تنظیم شده اند جلوگیری به عمل آید تا خدشه ای بر نظم عمومی و اقتصادی کشور وارد نگردد و از طرفی هر چند ماده ۱۰ قانون مدنی به اصل آزادی اراده در توافقات حاصله بین اشخاص مختلف اشاره دارد، لیکن نظر به این که ماده مذکور شرط نفوذ قراردادهای خصوصی را عدم مخالفت صریح قانون دانسته بر این اساس رأی صادره از شعبه محترم اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان مطابق با موازین قانونی تشخیص و قابل تأیید است.

### ج: رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ - ۱۳۹۹/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی

#### کشور

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

۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.]

همان‌طور که در رأی وحدت رویه مذکور ملاحظه می‌شود موضوع اختلاف راجع است به صحیح یا باطل بودن شرط اخذ سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی برای دریافت تسهیلات بانکی، که یک شعبه آن را نافذ و شعبه دیگر آن را باطل دانسته است بنا بر این موضوع به طور مستقیم ارتباطی به اصل موضوع امکان ابطال اجرائیه و متعاقبا ابطال مزایده و سند انتقالی به برنده مزایده بر اثر محاسبه سود مازاد نیست با این حال ممکن است از آثار این رأی به عدم امکان ابطال اجرائیه‌ای که سود اضافه برای مشتری در نظر گرفته شده و آثار تبعی دیگر قائل شد کمابین که در رأی شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی کیش با استفاده از این رأی در رد دعای ابطال اجرائیه و مزایده و سند انتقالی نقل به مضمون چنین استدلال شده است که:

۱- مغایرت نرخ سود در قرارداد موجب بطلان تمام قرارداد نمی‌شود بلکه صرفا موجب بی اعتباری شرط مغایر با قانون می‌گردد و از رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز بیش از این استنباط نمی‌شود.

۲- بطلان قرارداد آن هم به جهت صوری بودن صرفا در محدوده ماده ۱۹۰ (قانون مدنی) و فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله می‌باشد و این در حالی است که نمایندگان مجاز شرکت خواهان در زمان انعقاد قرارداد با اراده کامل و طی تشریفات قانونی نه تنها قرارداد را امضا کرده‌اند بلکه به مراتب تمديد نیز (اشاره) کرده‌اند.

۳- مخالفت توابع و لوازم قرارداد (شرط سود) با قانون تأثیری در صحت یا بطلان قرارداد ندارد.

۴- قراردادهای مغایر با مصوبات بانک مرکزی و قوانین پولی و بانکی کشور (در مانحن فیه) باید تعدیل شود نه ابطال.

۵- تفسیر قرارداد باید به نحوی باشد که متعاملین از نتایج قرارداد منتفع شوند و نظم اقتصادی جامعه نیز اقتضای حمایت از کلیات قراردادهای بانکی دارد فلذا ابطال کل قرارداد و تبدیل مطالبات بانک به دین عادی و در نتیجه عدم استحقاق دریافت خسارت عدم انجام تعهد، با عدالت و انصاف سازگار نیست چرا که با ابطال قرارداد، بانک هیچ‌گونه منفعتی از این قرارداد

کسب نکرده است لذا به اعتقاد محکمه شرکت خواهان نمی‌تواند پس از استفاده از تسهیلات با ادعاهای متعدد به ماهیت قرارداد تعرض کرده و از اساس ابطال آن را مطالبه کند.

۶- ابطال کل قرارداد تسهیلات به علت اخذ سود مازاد مخالف نظم عمومی است زیرا موجب بی‌اطمینانی در روابط مالی اشخاص حقیقی و حقوقی می‌شود و به تبع آن حجم معاملات به شدت کاهش می‌یابد و با اصل لزوم معاملات نیز مغایرت دارد و زیان آن متوجه همه اشخاص اصلی و تبعی مانند برندگان بی‌تقصیر مزایده در این گونه معاملات می‌شود لذا دادگاه دعاوی خواهان را در سایر موارد (به جز مطالبه سود مازاد) مبنی بر اعلام بطلان قرارداد مشارکت مدنی و سند رهنی و سلسله قراردادهای بعدی به لحاظ صوری بودن و فقدان قصد را مستندا به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی رد کرده است.

نکته جالب توجه در این پرونده آن است که خواهان نیز علاوه بر ایراد به فقدان قصد مشارکت مدنی، با استناد به همین رأی وحدت رویه و تسری ابطال سود مازاد دریافتی به کل قرارداد، خواستار ابطال اجرائیه و همه وقایع حقوقی پس از آن شده است! چنین استدلالی نیز استبعادی ندارد و موضوع واجد جنبه نظری است زیرا اجرائیه صادر شده در حال اجرا در هر حال از نظر مبلغ بدهی نادرست است و قابل اجرا نیست و اگر هم از طریق برگزاری مزایده اجرا شده باشد مبلغی مازاد بر بدهی از بدهکار گرفته شده و در نتیجه اگر اجرائیه باطل شود مستندی برای انجام مزایده نخواهد بود تا مقدمه تنظیم سند انتقالی به برنده مزایده باشد! آراء بسیاری بر پایه همین استدلال صادر شده است از جمله شعبه ۳ دادگاه حقوقی بابل در ۹۹/۳/۶ به علت دریافت سود مازاد بر مقررات بانکی حکم به ابطال اجرائیه و مزایده و حتی سند رهنی صادر کرده است. آنچه این دو گونه آراء را از یک‌دیگر متمایز می‌سازد نه نصوص قاطع قانونی بلکه نحوه نگرش دادرسان رسیدگی کننده نسبت به عملکرد بانکها و اولویت دادن به سود و زیان بانکها یا مردم است.

اگرچه در تحلیل حقوقی به نظر می‌رسد که شرط اخذ سود زیادی نه شرط باطل است و نه شرط مبطل عقد بلکه شرط صحیح غیر قانونی است که می‌توان ابطال آن را از دادگاه خواست ولی نکته مهم این است که همان‌طور که گفته شد در هر حال اجرائیه با مبلغ نادرست صادر شده است و دعاوی ابطال آن توجیه قانونی دارد و به همین دلیل است که اخیرا به جای این که کلیه

دعاوی ابطال عملیات بانکی را با هم اقامه کنند، ابتدا تنها درخواست صدور حکم بر ابطال اجرائیه را مطالبه می‌نمایند و دادگاه نیز پس از کارشناسی به اعتبار این که مفاد اجرائیه از نظر میزان طلب نادرست است آن را باطل می‌کند سپس خواهان به اعتبار همین حکم، تقاضای ابطال مزایده‌ای که بر مبنای اجرائیه باطل شده برگزار شده و متعاقب آن، ابطال سند انتقال را که بر مبنای مزایده باطل شده صورت گرفته درخواست می‌کند و دادگاه را در وضعیتی قرار می‌دهد که به نظر چاره‌ای جز قبول دعاوی خواهان را ندارد.



حقیقت آن است که رأی وحدت رویه مذکور نیز پاسخی به سوال اصلی یعنی امکان ابطال عملیات بانک برای استیفای طلب خود از گیرنده تسهیلات به دلیل اخذ سود مازاد نگشوده است و در مقررات قانونی نیز هیچ پاسخ قاطعی به این سوال وجود ندارد. رأی وحدت رویه یاد شده نیز تنها بر موضوع اختلاف یعنی بطلان شرط دریافت سود بیشتر توسط بانک حاکم است و قابل تسری به موضوعات دیگر نیست. اما این که از رأی مزبور می‌توان چنین نتیجه گرفت که صدور اجرائیه بر اساس سود نادرست و به تبع آن اجرائیه صادر شده و مزایده صورت گرفته و انتقال سند هم قابل ابطال است یا خیر؟ به طور مستقیم از رأی یاد شده به دست نمی‌آید بلکه شیوه استدلال و استنتاج از رأی یاد شده در نظر دادرسان رسیدگی کننده، سرنوشت پرونده را روشن خواهد کرد. همچنین ایرادهای مربوط به صوری بودن قراردادهای مشارکت مدنی و عدم وجود قصد برای انعقاد آنها نیز کماکان موضوعی نظری و تابع سلیقه دادگاههای رسیدگی کننده است و همچنان آراء متناقضی در مورد آن صادر می‌شود بنا بر این ضروری است بانکها در موقع تنظیم قراردادهای مشارکت مدنی کلیه مقررات قانونی در مورد نحوه اعطای تسهیلات را رعایت کنند و قانون نیز به طور صریح در مورد آثار دریافت سود غیر قانونی که آیا موجب ابطال قرارداد و به تبع آن اقدامات اجرایی و انتقالی می‌شود یا خیر تعیین تکلیف کند یا حداقل رأی وحدت رویه خصوص موضوعات یاد شده در دیوان عالی کشور به تصویب برسد.

## منابع و مأخذ:

۱. قانون آیین دادرسی کیفری
۲. قانون آیین دادرسی مدنی
۳. قانون پولی و بانکی کشور
۴. قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی
۵. قانون عملیات بانکی بدون ربا
۶. قانون مدنی
۷. قانون نظام بانکداری



## Critique and Analysis of a Binding Precedent Issued by the Supreme Court No.794.99

(The possibility of Annulment of Writ of Execution Issued in the Benefit of Bank and its Effects)

Hamid Gooyandeh<sup>1</sup>

### Abstract:

The binding precedent No. 794-99 handed down by the Supreme Court indicates that taking more than legal regulations by the bank as a condition contrary to public policy is not acceptable even in the form of Article 10 of the Civil Code.

What is inferred from this decision is that the contract remains in force but the condition of charging extra interest is invalid.

In this case, is it possible to conclude that on the assumption that the mortgage in question remains in force the rest of the effects of the contract, i.e. the issued writ of execution, the holding of an auction and the sale of collateral property is considered to be valid. Or is it the case that the above-mentioned condition annuls the writ of execution, and invalidate holding an auction in case it has taken place, and even the transference of the collateral property to the winner of the auction?

This article pursues the examination of this issue by looking at some decisions issued.

**KeyWords:** Bank facilities, Interest-free banking, Annulment of writ of execution, Annulment of auction, Usury.

1. Retired judge, Senior attorney at law, Deputy of the Law Department of the Great Islamic Encyclopedia, (Email: hegaf03@yahoo.com)

## مسئله اظهارنظر پیشین در رد دادرس

### تایید صحت مزایده: اظهار نظر شکلی یا ماهوی؟

(نقد و بررسی دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۶۲۹۰۰۰۴۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ شعبه

۱۴ دیوان عالی کشور)

مسن ممسنی<sup>۱</sup>

محمد والایی<sup>۲</sup>

نیلوفر طاهری لسکوکلایه<sup>۳</sup>

### چکیده

درباره اجرای مقررات قانون آیین دادرسی مدنی پیرامون رد دادرس در جریان اجرای احکام همان قدر سخن هست که درباره ماهیت دستورها و اقدامات اجرایی. شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور هم مقررات رد دادرس را در اجرا جاری می‌داند و هم احراز صحت جریان مزایده را مصداق اظهارنظر پیشین که از موارد رد است، در این رأی دانسته است. به باور نگارندگان، نقد و بررسی رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور نشان می‌دهد که گرچه این دستورها و اقدامات را نباید مصداق اظهارنظر ماهیتی دانست که مانع رسیدگی به دعاوی دیگر درباره همان عملیات اجرایی است، ولی این بخش از رأی شعبه ۱۴ که به درستی ماهیت قرار امتناع از رسیدگی را هویدا می‌کند، تایید شدنی است.

کلیدواژه‌ها: بی‌طرفی؛ استقلال؛ دستور اجرایی؛ اظهارنظر پیشین.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

Email: hmohseny@ut.ac.ir

Email: mohammad.valaee@ut.ac.ir

Email: nilofartaheri@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، پردیس البرز

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، پردیس البرز



یک دادرس صحت مزایده مالی را که مورد وثیقه در جریان اجرای رأی بوده، برابر ماده ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی اعلام داشته است. سپس دعوای ابطال عملیات اجرایی از سوی وثیقه‌گذار مطرح می‌شود. نخست دادرس، قرار امتناع از رسیدگی صادر می‌کند به سبب اظهارنظر پیشین. رئیس دادگستری این مورد را از مصادیق آن قرار نمی‌داند. دادرس رسیدگی کرده و حکم می‌دهد. از این حکم فرجام‌خواهی می‌شود. دیوان عالی کشور، به خلاف نظر رئیس دادگستری و همسو با نظر دادرس آن دادگاه رأی می‌دهد. این رأی، هم از نگاه اصول بنیادین استقلال و بی‌طرفی دادرس، شایسته بررسی است و هم از منظر راهکارهای پایش درستی قرار امتناع از رسیدگی در نظام حقوقی ما و نیز اثر آن بر درستی رأی پایانی پژوهش شدنی است. در این نوشته، نخست گزارشی از پرونده و سپس نقد و بررسی آن از نگاه شما می‌گذرد.

### گزارشی از پرونده

به تاریخ ۱۳۹۹/۹/۲۷ آقای علی دادخواستی به طرفیت آقایان محمد و حشمت اله به خواسته ابطال عملیات اجرایی (مزایده) تقدیم داشته و پرونده برای رسیدگی به شعبه دوم دادگاه عمومی الشتر ارجاع می‌شود. خواهان در شرح خواسته خود اعلام داشته است که حشمت اله به موجب رأی داور شماره ۹۵۰۶۴۲۵ مورخ ۹۶/۲/۷ به مبلغ ۲۵۵ میلیون تومان محکومیت یافته و بازداشت شده است که با کفالت سه نفر کارمند و دو فقره سند مالکیت اینجانب (خواهان) آزاد شده است؛ محکوم علیه (حشمت اله) بابت رفع کفالت سه نفر کفیل جمعاً مبلغ ۶۰ میلیون تومان پرداخت کرده است و در نتیجه مبلغ ۱۹۵ میلیون تومان از بدهی وی باقی مانده است که دارای دو وثیقه به مالکیت خواهان (علی) بوده است. ارزش این وثایق جمعاً مبلغ ۲۷۵ میلیون تومان از سوی کارشناس قیمت گذاری شده و در نهایت این املاک به مزایده گذاشته شده است و در مرحله اول مزایده پیشنهادی از خریداری ارائه نشده و مزایده به مرحله دوم کشیده شده است و در این مرحله بدون حضور محکوم علیه و وثیقه‌گذار یا نماینده قانونی ایشان مزایده برگزار شده و شخصی بنام محمد در مزایده شرکت کرده و ملک الف را به قیمت ۵۰ میلیون تومان

و ملک ب را به قیمت ۳۰ میلیون تومان جمعاً به مبلغ ۸۰ میلیون تومان خریداری کرده است که کمتر از ثلث قیمت کارشناسی بوده است.

بر این اساس، خواهان ۱- به علت عدم رعایت تشریفات مزایده و ۲- به استناد خیار غبن فاحش ابطال مزایده را درخواست می‌کند. دادرس دادگاه به دلیل اظهار نظر صریح قبلی خود در خصوص صحت برگزاری مزایده و تأیید آن، قرار امتناع از رسیدگی صادر کرده و پرونده را جهت ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس دادگستری ارسال می‌کند.

رئیس دادگستری با یادداشتی در ذیل قرار یاد شده خطاب به ایشان مرقوم داشته است که مورد «از موارد امتناع نیست. رسیدگی فرمائید».

دادرس شعبه به پرونده رسیدگی کرده است و سرانجام با اعلام ختم رسیدگی، مبادرت به صدور رأی کرده و به شرح استدلال منعکس شده در دادنامه شماره ۹۹۰۰۰۱۶۹۳ - ۱۴/۱۳۹۹ و اجمالاً با این استدلال که اولاً مطابق مواد ۱۱۷ و ۱۱۸ و ۱۲۳ قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ مراحل انجام مزایده به انتشار آگهی به عمل می‌آید نه ابلاغ به طرفین و مطابق ماده ۱۲۵ قانون یاد شده فروش اموال با حضور داورز (مامور اجرا) و نماینده دادسرا به عمل می‌آید و صورت مجلس فروش به امضای آنها می‌رسد لذا حضور شخص خواهان به عنوان مالک جزءطرفین پرونده نبوده ضرورتی ندارد و ثانیاً مطابق ماده ۱۳۱ قانون فوق‌الذکر هرگاه در مرحله اول مزایده، ملک خریدار نداشته باشد در مزایده دوم مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند به فروش خواهد رفت و ثالثاً قاضی واحد اجرای احکام مدنی و قاضی دادگاه مربوطه مراتب مزایده ملک را تأیید کرده‌اند که به درستی انجام گرفته است دعوی خواهان را وارد ندیده و حکم به بطلان دعوی مزبور صادر و آن را حضوری و قابل تجدید نظر خواهی اعلام می‌کند. پس از ابلاغ رأی و گذشت مهلت تجدیدنظر خواهی، وکیل خواهان دادخواست فرجامی تقدیم می‌دارد.

با فرجام خواهی، پرونده به شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود که رأی آن را خواهید دید. دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۶۲۹۰۰۰۴۶۳۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۲۳ شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور

«اعتراض فرجامی فرجام خواسته نسبت به دادنامه شماره ۹۹۰۰۰۱۶۹۳ مورخ ۹۹/۱۲/۱۴ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی الشتر وارد و درخور پذیرش است زیرا اولاً: قرار امتناع از

رسیدگی صادره از قاضی محترم دادگاه صادر کننده رأی فرجام خواسته به درستی و مطابق با موازین قانونی صادر شده است و نظر رئیس دادگستری سلسله ذیل قرار مزبور به این که مورد از موارد امتناع نبوده و دادرس را ملزم به رسیدگی و صدور حکم کرده است، من عندی و غیر قابل توجیه و خلاف بند دال ماده ۹۱ و مالا خلاف حکم مقرر در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بوده و می باشد چرا که به صراحت بند یاد شده هرگاه دادرس سابقاً در موضوع دعوای اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهار نظر کرده باشد، مکلف به امتناع از ورود و رسیدگی در موضوع مختلف فیه می باشد و اتفاقاً در دعوای حاضر به دلالت اوراق ۱۹ و ۲۸ پرونده دادرس محترم آقای حسین تقی پور صورت مجلس انجام مزایده نسبت به املاک خواهان بدوی را توشیح و صحت مزایده و فروش هر دو پلاک متعلق به خواهان را تأیید کرده است و اتفاقاً دعوای حاضر با ادعای عدم صحت همان مزایده طرح و مورد مناقشه قرار گرفته است و لهذا صدور قرار امتناع از رسیدگی به درستی و مطابق با موازین قانونی صادر گردیده است و رئیس دادگستری مکلف به رعایت مفاد ماده ۹۲ قانون یاد شده بوده و مخالفت ایشان فاقد مبنای حقوقی و قانونی است. ثانیاً به دلالت صورت مجلس انجام مزایده در مرحله دوم معلوم نیست به اعتراض مالک مال ابلاغ شده یا خیر؟ ایضاً، با توجه به کارشناسی هر دو پلاک موضوع مزایده و به شرح صورت مجلس یاد شده، علت اختلاف فاحش ارزیابی با قیمتی که خریدار فروخته و واگذار شده است، چیست؟ بنا به مراتب مستنداً به ماده ۳۷۰ ناظر به بند یک ماده ۳۷۱ و بند الف مادتين ۴۰۱ و ۴۰۵ از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ رأی فرجام خواسته نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه هم عرض دادگاه صادر کننده رأی منقض ارجاع می گردد».

رئیس شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور: محمد رضا صابر

عضو معاون: علی اکبر گروسی

### نقد و بررسی رأی شعبه دیوان عالی کشور و بنیادهای آن

۱. بی گمان، این رأی به استقلال و بی طرفی مربوط است و ضمانت اجرای نقض آن در دادرسی. بی طرفی دادرس و استقلال دادگاه دو اصل از اصول بنیادین دادرسی است که بی آن ها، در قانونی بودن دادرسی باید تردید جدی کرد و نتیجه آن را کنار گذاشت.

۲. درباره ماهیت و مفهوم اصول دادرسی که از اصول حقوقی است باید گفت که برخی اصول دادرسی به گونه‌ای است که اجرای پسینی آن‌ها پذیرفته است مانند اصل رعایت حقوق دفاعی و تقابلی بودن رسیدگی در دادرسی غیابی یا در درخواست‌های تامینی و موقتی که یکجانبه طرح می‌شوند. دادگاه به درخواست خواهان رسیدگی می‌کند و تصمیم می‌گیرد و سپس، نتیجه تصمیم خود را به طرفین ابلاغ کرده و احیاناً واخواهی یا اعتراض بی‌واسطه رأی اصلی یا به همراهی آن را می‌شنود مانند رأی غیابی و قرار تأمین خواسته و دستور موقت (مواد ۳۰۵ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۱۶ و ۳۲۵ آن). برخی اصول دادرسی نیز با توافق طرفین کنار نهادنی هستند مانند اصل علنی بودن دادرسی (اصل ۱۶۵ قانون اساسی). برخی اصول نیز از اراده‌های طرفین اثر می‌پذیرند مانند اصل تسلط طرفین بر امور موضوعی و اصل برتری دادرس در امور حکمی. همچنین است برخی نگاه‌ها درباره پذیرش دلایل.<sup>۱</sup> برخی اصول نیز بسته به شرایط و اوضاع و احوال دچار دگرگونی‌هایی می‌شوند مانند اصل کتبی یا شفاهی بودن دادرسی آن چنان که در آیین دادرسی الکترونیک چنین شد (مواد ۶۴۹ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی). اما، تنها اصولی که هیچ استثنایی ندارند و در همه حال و احوال باید رعایت شوند، اصول استقلال دادگاه و بی‌طرفی دادرس است. نمی‌شود درباره آن توافقی کرد، اجرایشان را به زمان دیگری موکول کرد، یا این که نمی‌شود آن را تابع اوضاع و احوال پرونده یا شرایط طرفین قرار داد.

۱. درباره اصول دادرسی به طور کلی ر.ک: محسنی، حسن، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۵، دوره جدید شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، ص. ۹۹ تا ۱۳۱؛ محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی (برپایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، چاپ ششم، ص. ۸۷ به بعد. و درباره نگاهی همه جانبه به اصول دادرسی ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، چاپ پنجم.

این که دادگاه باید مستقل باشد و قاضی بی طرف، آن چنان بنیادین و اساسی است که همواره در قوانین اساسی، یا در اسناد جهانی و بین المللی درباره آن سخن گفته می شود.<sup>۱</sup> اما استقلال به چه معنا و بی طرفی به چه معناست؟

۳. استقلال دادگاه از جمله ریشه در استقلال قوه قضاییه از سایر قوای اجرایی و تقنینی دارد. از نگاه دادگاه این اصل با تفکیک استقلال درون سازمانی از بیرون سازمانی معرفی می شود؛ استقلال دادگاه در درون قوه قضاییه و بیرون آن. جلوه های این نگاه در اصول متعدد قانون اساسی مانند اصل ۵۷ و اصل ۱۵۶ آن دیده می شود گرچه استقلال قاضی نموده های دیگری هم دارد مانند آزادی انتخاب قانون در دعوا و آزادی تفسیر قانون و ممنوعیت نقل و انتقال محل خدمت قاضی و ممنوعیت سلب منصب قضایی و مانند آن.<sup>۲</sup> همچنین در قانون آیین دادرسی نیز به این اصل توجه شده است که می توان افزون بر ماده ۸، به بندهای الف، ب و دال ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی و بندهای الف، ب و ت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری را مصداق آن دانست.

اما بی طرفی به معنای این است که قاضی طرفدار یکی از طرفین دعوا، نباشد؛ او باید بی طرف باشد. صرف نظر از این که طرفین که هستند و دعوا چیست، آزادانه بتواند قانون را بر موضوع اعمال کند. سویه و گرایش به یکی نداشته باشد و از جانب داری یا نگاه هوادارانه به یکی بر حذر و به دور باشد. این مفهوم آنچنان بدیهی و روشن به نظر می رسد که در قانون اساسی ما به این اصل، به خلاف اصل استقلال دادگاه و قوه قضاییه، اشاره ای نشده است و در قوانین یا در متنی تعریف نشده است. گویا این ویژگی، ذاتی عمل و فعل قضاوت است و هر کس در این موقعیت باشد، باید ذاتا چنین باشد مانند ذاتی تری برای آب و چربی برای روغن که در علم منطق آن را برای جدا کردن ذاتیات از عرضیات مثال می زنند. قاضی و دادرس و داور یعنی شخص ثالث بی-طرف. پس اگر کسی به جای آن سه، گفت، دعوای خود را نزدیک بی طرف طرح کرده ام، ناخود آگاه، ذهن می رود به سوی کسی که قاضی یا دادرس یا داور و به طور کلی شخص ثالث بی طرف

۱. در این باره ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، پیشین، ص. ۷۰ به بعد.

۲. در این باره ر.ک: محسنی، حسن و مجید غمامی، رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲ × تابستان ۱۳۹۴، ص. ۳۰۱ - ۳۱۸.

رسیدگی کننده به ادعا و دفاع است. جلوه‌هایی از این اصل را می‌شود در بندهای ج، ه و واو ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی دید.

۴. این گونه است که نمی‌شود تصور کرد بی‌طرفی دادرس یا استقلال دادگاه دستخوش تغییر و موضوع قرارداد شود یا اجرائیش به بعد موکول شود و پسینی باشد. آن چه نیز در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی برای انتخاب برخی اشخاص که گویا بی‌طرف و مستقل نیستند یا فرض بر این است که چنین نمی‌توانند باشند، با تراضی آمده ویژه داوری و اصول حاکم بر آن است و نمی‌توان از آن خلاف تخطی ناپذیری اصول استقلال و بی‌طرفی دادگاه و دادرس را برداشت کرد.

۵. پس گویا حکم قضیه روشن است همه می‌پذیرند که دادگاه غیرمستقل و قاضی جانبدار جایی در حقوق ندارد؛ آن چه ناروشن و اختلاف برانگیز است، برخی مصادیق است. آیا باید درجه حساسیت دادگاه و قاضی را بالاترین حد دانست و هر شک و شبهه‌ای را به سمت اجرای اصول بالاگفته تفسیر و اجرا کرد یا این که به عکس، اصل را بر صلاحیت دادگاه و قاضی دانست و در تشخیص مصادیق دقت بسزایی کرد و موارد مشکوک و مبهم را کنار نهاد. همچنین نگاه برخی نظام‌های حقوقی به مصادیق بی‌طرفی و استقلال متفاوت است. برخی نظام‌ها همچون نظام حقوقی ایران و فرانسه می‌کوشند طی بندهایی معین و مشخص، موارد رد دادرس را پیش بینی کنند و برخی دیگر، با کنار نهادن نگاه حصرگرایانه، به‌طور کلی دادگاه و دادرس را از هرگونه عاملی که موجب ظن به این ویژگی آن شود دور می‌دارند بی‌آنکه مصادیق بیان کنند.<sup>۱</sup>

گمانی نیست در این که کار تشخیص مصادیق حکم قانون‌گذار چه در نظام‌هایی همچون نظام حقوقی ما که موارد رد را برشمرده است و چه در نظام‌هایی که به طور کلی عوامل نافی بی‌طرفی را منع کرده‌اند، دشوار است. اینجاست که منابع دیگر حقوق و تجربیات عملی و رویه قضایی باید به کمک حقوق‌دان برای ارزیابی و تحلیل بهتر بیایند.

از این رو، رویکرد و بازتاب رویه قضایی در این جا یکی از بهترین سنجش‌های تشخیصی است چرا که دادگاه و تشخیص قاضی، در این مورد مانند آزمایشگاه تشخیص پزشکی است که پس از

۱. در این باره ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، پیشین، ص. ۷۰ تا ۷۹.

تجزیه و تحلیل موضوع، نظر می‌دهد و این نظر می‌تواند در موارد بعدی نیز معیار باشد. در این میانه، بویژه نگاه شعبه یا شعبی از دیوان عالی کشور بسیار ارزشمند است.

۶. در این پرونده که رأی آن از دیدگان شما گذشت، موضوع به ظاهر ساده است و مشمول بند دال ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد: «دادرس در موارد زیر باید از رسیدگی امتناع کرده و طرفین دعوا نیز می‌توانند او را رد کنند:...

بند هـ. دادرس سابقاً در موضوع دعوای اقامه شده به عنوان دادرس یا داور یا کارشناس یا گواه اظهارنظر کرده باشد.».

اما ماهیت کار قاضی که رأی را اجرا می‌کند از یکسو و تفاوت میان ادعاهایی که در اظهارنظر پیشین دادرس و دعوای بعدی دیده می‌شود بر دشواری کار تشخیص می‌افزاید و این دو در کنار ابهام قوانین موجب می‌شود که رأی شعبه دیوان عالی کشور در این مقطع اهمیت پیدا کند.

۷. اگر به هر روی با تفاسیر قضایی<sup>۱</sup> و رویه‌های قانون‌گذاری<sup>۲</sup>، مقصود از اظهارنظر سابق دادرس را اظهارنظر ماهوی بدانیم که چنین هم درست است، آیا در فرض پرونده حاضر، چنین اظهارنظری انجام شده است؟ به بیان دیگر آیا دادرس درباره وجود حق راجع به اصل و ماهیت دعوا یا عدم وجود آن پس از بررسی‌ها اظهار عقیده‌ای مبتنی بر نصوص قانونی و به صورت موجه

۱. مقصود در این جا رأی وحدت رویه شماره ۵۲۴ مورخ ۱۳۶۸/۱/۲۹ دیوان عالی کشور است که پیش از صدور، نماینده دادستان کل کشور چنین نظر داده است: «با توجه به این که رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی در دیوان عالی کشور رسیدگی ماهوی تلقی نمی‌شود، مورد منطبق با مقررات رد دادرس نیست و رأی شعبه بیستم دیوان عالی کشور تأیید می‌شود.» «جهات رد دادرس در امور جزایی در ماده ۳۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح شده و رسیدگی دیوان عالی کشور مبنی بر تنفیذ یا عدم تنفیذ نظر دادگاه کیفری یک با هیچ یک از جهات مزبور تطبیق نمی‌کند تا مجوز رد دادرس برای رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی باشد اظهار عقیده در موضوع دعوی هم که بشرح بند ۷ ماده ۲۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی از موارد رد دادرس محسوب شده منصرف از این مورد است زیرا در اعاده دادرسی مسائلی عنوان می‌شود که قبلاً مطرح نشده و سابقه رسیدگی ندارد. بنابراین رأی شعبه بیستم دیوان عالی کشور مبنی بر رسیدگی به درخواست اعاده دادرسی صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.».

۲. بند ت ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

و مدلل کرده است.<sup>۱</sup> یا این که همچون رأی شماره ۹۲۹-۱۳۴۵۲ مورخ ۱۳۱۶/۴/۲۸، «اظهار عقیده ی کتبی که از موارد رد قاضی است اختصاص به اصل دعوا ندارد بلکه شامل صورتی هم که نسبت به بعضی از جهات دعوا قبلاً اظهار عقیده شده است، می باشد به شرط این که کاملاً مؤثر در رأی نهایی و ماهیت قضیه باشد»<sup>۲</sup>.

این نمونه ها نشان می دهد که گاه تشخیص قضایی هم دشوار است و می شود در پیرامون آن سخن گفت. برای نمونه در رأی وحدت رویه شماره ۵۱۷ مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چنین آمده است که «اظهار نظر دادرس دادگاه کیفری بر قابل تعقیب دانستن متهم که ضمن رسیدگی به شکایت از قرار منع پیگرد ابراز شود، اظهار عقیده در موضوع اتهام محسوب نبوده و از موارد رد دادرس نمی باشد»، در حالی که قرار منع تعقیب یک قرار ماهیتی است و بهتر بود هیأت عمومی چنین می آورد که چون این قرار نقض شده، اظهار نظر پیشین معتبری وجود ندارد تا دادرس را مقید کند و مورد از موارد رد دادرس باشد.

۸. سخن گفتن از استقلال و بی طرفی در اجرای احکام نیز بر دشواری تشخیص افزوده است. در این قانون به جهات رد قاضی اجرای احکام اشاره ای نشده و شاید این امر از یک سو ریشه در بداعت امر داشته باشد که این دادرسان از اصول و مقررات آیین دادرسی تبعیت می کنند و از دیگر سو- که اگر گفته شود از قوت بیشتری برخوردار است-، دور از خرد نیست، ممکن است گفته شود این دادرسان در جریان اجرا به چنین ویژگی نیاز ندارند چرا که عملیات اجرایی، قضاوت نیست و این اقدامات بیشتر دارای جنبه اداری و اجرایی است.<sup>۳</sup>

۱. درباره قرار رد دعوا و تامین خواسته و قرار عدم صلاحیت ر.ک: غمامی، مجید و محسنی حسن، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی های دادرسی مدنی، فصل نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، زمستان ۱۳۸۵.

۲. به نقل از: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۶، جلد ۱، ص. ۸۴۷.

۳. ماهیت اقدامات و عملیات اجرایی در حقوق ایران بررسی نشده است. کرامیوس در مجلد ده از دایره المعارف حقوق تطبیقی چه خوب به این موضوع پرداخته است. ر.ک: کرامیوس، کنستانتینوس، اجرای احکام تطبیقی، آیینهای اجرایی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸، ص. ۴۸ تا ۸۰.



به هر روی، این قانون در ماده ۱۸ خود درباره مدیران و دادورزها (مأموران اجرا) جهات رد را پیش بینی کرده است: «مدیران و دادورزها (مأموران اجرا) در موارد زیر نمی‌توانند قبول مأموریت نمایند:

۱- امر اجرا راجع به همسر آنها باشد. ۲- امر اجرا راجع به اشخاصی باشد که مدیر و یا دادورز (مأمور اجرا) با آنان قرابت نسبی یا سببی تا درجه سوم دارد. ۳- مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) قیم یا وصی یکی از طرفین یا کفیل امور او باشد. ۴- قتی که امر اجرا راجع به کسانی باشد که بین آنان و مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) یا همسر آنان دعوی مدنی یا کیفری مطرح است.

در هر یک از موارد مذکور در این ماده اجرای حکم از طرف رئیس دادگاه به مدیر یا دادورز (مأمور اجرا) دیگری محول می‌شود و اگر در آن حوزه مدیر یا مأمور دیگری نباشد اجرای حکم به وسیله مدیر دفتر یا کارمند دیگر دادگاه یا حسب مورد مأموران شهربانی و ژاندارمری به عمل خواهد آمد.<sup>۱</sup>

در این ماده اثری از اظهارنظر پیشین دیده نمی‌شود و این شاید نشان دهنده آن باشد که عمل اجرا همچون امر قضاوت، کاری ماهیتی نیست ولی، از نگاه دیگر دادورز و مدیر اجرا باید با رعایت استقلال و بی‌طرفی به دادبرده و دادباخته تضمین کافی بدهد و این ماده نه از جهت عینی که به صورت نوعی، به دنبال این تضمین است.

افزون بر این، در همه فرایندهای اجرایی حتی آن گاه که کار اجرا به شکایت یا اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی می‌انجامد باز همان دادرس، حتی اگر صادر کننده رأی باشد یا نباشد و کار اجرا به شکل متمرکز انجام شود، به این اعتراض رسیدگی می‌کند و نمی‌تواند به بهانه رسیدگی و صدور رأی پیشین یا رسیدگی و صدور دستور اجرایی پسین، از شنیدن این شکایت و اعتراض امتناع کند.<sup>۲</sup>

۱. در این باره ر.ک: شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی، تهران، دراک، ۱۳۹۷، جلد نخست، ص. ۲۰۴ تا ۲۰۹.  
 ۲. در این باره ر.ک: محسنی، حسن و همایون رضایی نژاد، شکایت ثالث از عملیات اجرایی در مقایسه با اعتراض شخص ثالث، حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۱۸، ۱۳۹۰، ص. ۸۱ تا ۱۰۸.

۹- در این پرونده نیز قاضی مجری رأی داور، دستور اجرای آن را داده و در جریان اجرا مالی به هر شکل و ترتیب معرفی شده، کار به مزایده این مال کشیده و وی برابر ماده ۱۴۳ قانون اجرای احکام مدنی با احراز صحت جریان مزایده دستور صدور سند انتقال را به نام خریدار را داده است؛ دستوری که قطعی است. سپس، مالک مالی که وثیقه بوده و عملیات اجرایی نسبت به آن اجرا شده، با طرح دعوای ابطال عملیات مزایده این اجرا اعتراض کرده است و آن چنان که دیدید، دادرس باور داشته است که مورد از موارد رد است و قرار امتناع صادر کرده است و داستان پرونده به ترتیبی که آمد گذشته است.

صرف نظر از این که آیا ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی بر جریان اجرا حکومت دارد یا خیر، آیا احراز صحت جریان مزایده و صدور دستور انتقال اظهار نظر ماهوی موضوع بنده ماده ۹۱ است؟ اگر چنین است، چرا در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، همان دادرس که جریان اجرا را مدیریت می کند یا حتی همان دادرسی که عملیات اجرایی زیر نظرش انجام شده و به پایان رسیده، می تواند به این گونه دعوا رسیدگی کند؟

این که قانون گذار در بخشی از ماده ۱۴۷ آورده است که «به شکایت شخص ثالث بعد از فروش اموال توقیف شده نیز به ترتیب فوق رسیدگی خواهد شد» آیا همچون فرض پرونده حاضر نیست؟

بر این بنیاد چنین به نظر می رسد که رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور که مورد را از موارد رد تشخیص داده از این رو پذیرفتنی نباشد که با اراده قانون گذار در جریان اجرای رأی سازگاری ندارد.

۱۰. با این وصف، رأی از نگاه دیگری پذیرفتنی است و آن تاکید به این که قرار امتناع از رسیدگی صادر شده از سوی دادرس، به هر روی از سوی رئیس شعبه اول که رئیس دادگستری است و در این گونه موارد برابر ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی دارای اختیارات قانونی برای توزیع و ارجاع پرونده ها استثنائاً نسبت به اصل مقرر در ماده ۳۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی است، نباید نادیده انگاشته می شد.

به بیان دیگر، شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور اقدام رئیس دادگستری را که در حاشیه قرار امتناع نگاشته است که مورد «از موارد رد نیست رسیدگی فرمایید»، خارج از حدود اختیارات وی برابر

ماده ۹۲ دانسته است. به باور نگارندگان این بخش از رأی شعبه ۱۴ درست و قانونی و شایسته تأیید است. چرا که قرار امتناع از رسیدگی در قانون آیین دادرسی مدنی قابل شکایت نیست و به دادرس صادر کننده و دادرسان دیگر، تحمیل می‌شود و تنها در برخی کشورها مخالفت با ایراد رد یا سکوت در قبال ایراد، قابلیت شکایت دارد (ماده ۲۴۹ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه). به دیگر سخن، قبول رد دادرس، شکایت پذیر نیست و با صدور قرار امتناع از رسیدگی، بلافاصله دادرس دیگری باید جایگزین آن قاضی صادر کننده قرار مرقوم، شود و رئیس شعبه اول در ماده ۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی ما، جز اختیارات مربوط به تعیین دادرس دیگر یا تصمیم‌گیری درباره مرجع قضایی نزدیک، قانونا اختیاراتی ندارد. این سخن به آسانی از ماده ۹۲ آن قانون برمی‌آید:

«در مورد ماده (۹۱) دادرس پس از صدور قرار امتناع از رسیدگی با ذکر جهت، رسیدگی نسبت به مورد را به دادرس یا دادرسان دیگر دادگاه محول می‌کند. چنان‌چه دادگاه فاقد دادرس به تعداد کافی باشد، پرونده را برای تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر نزد رئیس شعبه اول ارسال می‌دارد و در صورتی که دادگاه فاقد شعبه دیگر باشد، پرونده را به نزدیکترین دادگاه هم‌عرض ارسال می‌کند».

محول شدن رسیدگی به دادرس یا دادرسان دیگر با صدور قرار امتناع از رسیدگی، معنایی ندارد جز این سخن که گفته شد.

سخن دیگری نیز که باید درباره این رأی گفت آن است که برابر رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور، مقررات آیین دادرسی مدنی درباره رد دادرس، در جریان اجرای احکام مدنی نیز حکومت دارد. در جواب این سخن باید بیشتر تحقیق کرد و چون نقد رأی حاضر بیش از این مجال ورد و بررسی نمی‌دهد، در این جا به همین بسنده شده و پژوهش بیشتر در این امر را به تحقیق دیگری می‌سپاریم.

## نتیجه‌گیری:

به باور نگارندگان تایید صحت عملیات مزایده، قانونا از مصادیق اظهارنظر ماهوی، که موجب رد است، نیست. همچنین، با صدور قرار امتناع از رسیدگی، رسیدگی به دعوا به دادرس یا دادرسان دیگر محول می‌شود و اختیارات رئیس شعبه اول درباره تکمیل دادرسان یا ارجاع به شعبه دیگر یا نزدیک‌ترین دادگاه هم عرض، به او توانایی مخالفت با قرار امتناع از رسیدگی را نمی‌دهد. پس رأی شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور از نگاه مصداق اظهار نظر پیشین مورد انتقاد است ولی از منظر تحلیل شایسته و دقیق قرار امتناع از رسیدگی، پذیرفتنی است.

۱. شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی، تهران، دراک، ۱۳۹۷، جلد نخست.
۲. غمامی، مجید و حسن محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶، چاپ پنجم.
۳. کرامیوس، کنستانتینوس، اجرای احکام تطبیقی، آیینهای اجرایی، ترجمه حمیدرضا سیادت، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸.
۴. محسنی، حسن و مجید غمامی، رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص. ۳۰۱ - ۳۱۸.
۵. محسنی، حسن و همایون رضایی نژاد، شکایت ثالث از عملیات اجرایی در مقایسه با اعتراض شخص ثالث، حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۱۸، ۱۳۹۰، ص. ۸۱ تا ۱۰۸.
۶. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی (برپایه اصول دادرسی و در چارچوب همکاری)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، چاپ ششم.
۷. محسنی، حسن، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۵، دوره جدید شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، ص. ۹۹ تا ۱۳۱.

# The Problem of a Previous Opinion Expressed in a Case of Disqualification of a Judge; Confirmation of the validity of an auction: Procedural or Substantive Opinion

(A Critique and Review of Judgment No. 140006290000446311, September 14, 2021 Made by Branch 14 of the Supreme Court)

Hassan Mohseni<sup>1</sup>  
 Mohammad Valaee<sup>2</sup>  
 Niloofar Taheri Lasku Kalayeh<sup>3</sup>

## Abstract:

There is as much discussion concerning implementation of regulations set forth in the Code of Civil Procedure regarding recusal of a judge during the enforcement of judgments as there is about the nature of orders and executive measures.

In the aforementioned judgment, Branch 14 of the Supreme Court applies the rules of recusal of a judge both in the stage of enforcement of judgments and the establishment of the auction process, which is considered as one of the cases of expressing a previous opinion.

According to the authors, the review of the judgment made by Branch 14 of the Supreme Court shows that although these orders and measures should not be considered as an expression of substantive opinion of a judge that prevents him from dealing with other claims about the same enforcement measures, this part of the judgment made by Branch 14, that correctly demonstrates the nature of entering an order of recusal, is affirmable.

**KeyWords:** *impartiality; independence; enforcement measures, previous opinion.*

۱. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, (Email: hmohseny@ut.ac.ir)

۲. Phd Candidate of Private Law, University of Tehran, Alborz Campus, (Email: mohammad.valaee@ut.ac.ir)

۳. Phd Candidate of Private Law, University of Tehran, Alborz Campus, (Email: nilofartaheri@ut.ac.ir)

## «نقد رأی» از «عدالت آیینی» تا «عدالت قضایی»

سید عباس موسوی<sup>۱</sup>

### چکیده:

«رای»<sup>۲</sup> مهم‌ترین محصول دادگستری است. ارزشمندترین سند و کامل‌ترین دلیل در بازتاب حقیقت نهفته در خود است. به ویژه اگر رأی در گونه «حکم» تجلی یابد که هم قاطع مناقشه است و هم نظر نهایی دادرس را نسبت به ماهیت اختلاف بیان می‌دارد (ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م). این مهم در اختیار دادگاهها قرار گرفته است و ماموریت واقعی و پروژه اصلی دادگستری است. واکاوی رأی و نمایش ارزشهای حاصل از آن و گاه کمبودها و نارسایی آن بهترین دستگیری برای دادگستری است. بر این باور، سراغ دادنامه‌ای رفته‌ام که به جد واجد نقد و بررسی است. نبوده‌ها و کمبودها، کاستیها و نارساییها در این دادنامه هویداست. دادنامه‌ای که به تکاپوی عده‌ای افراد به موجب چند دعوای اصلی و طاری پایان می‌بخشد اما در ماموریت اصلی خود ناکام است. در این پژوهش کوتاه نخست متن رأی، سپس نارساییهای نگارشی و ایرادات ماهوی آن را یادآور می‌شود. در لابه‌لای این بحث عناصر ضروری در ساخت یک رأی باشکوه، سودمند و ارزش‌آفرین گفته خواهد شد.

**کلیدواژه‌ها:** رأی، دعوای تقابل، رویه قضایی، دادرسی منصفانه، ایرادات

۱. قاضی بازنشسته دیوان عالی کشور، وکیل پایه یک دادگستری، پژوهشگر و مدرس دانشگاه

Email: Amousavi50@yahoo.com

2. Judgment/Jugement/Arrêt/Urteil

از هنگامی که دعوا در شکل قابل پذیرش نزد دادگاه اقامه می‌شود و مأموریت دادرس در بررسی و رسیدگی به آن آغاز می‌شود تا پایان این فرآیند، تصمیمات گوناگونی اتخاذ می‌شود. این تصمیمات را در سه‌گونه؛ تصمیمات اداری<sup>۱</sup>، تصمیمات شکلی و تصمیمات ماهوی می‌توان ملاحظه کرد.<sup>۲</sup> دادرس در این تصمیم‌گیریها باید به خوبی بسنجد و بیاندیشد که در چه هنگامی

نیاز به تصمیم‌گیری است و بهترین و مناسب‌ترین تصمیم در آن هنگام کدام است؟

این تصمیمات دادرس است که دعوا را جریان می‌بخشد و نماد تمام‌عیار از «اداره جریان دادرسی»<sup>۳</sup> اوست. مزایای دادرسی، حقوق آیینی و تکالیف اشخاص درگیر در این ماجرا نیز به موجب همین تصمیمات روشن شده و به آنها داده می‌شود. از سویی داوری عموم نسبت به دادگستری به فراخور دعوای مزبور به استناد همان تصمیمات و واکنشهای مکتوب صورت می‌گیرد. اعتبار دادگستری، وجاهت آراء قضایی، سودمندی یا خسران‌آفرینی در جریان دادخواهی از محل همین تصمیمات بروز می‌یابد.

بیشتر تصمیمات دادرس در جریان رسیدگی معطوف به «عدالت آیینی»<sup>۴</sup> است و تنها یک تصمیم پایان‌بخش او معطوف به «عدالت قضایی» و «رای عادلانه» است. گرچه عدالت آیینی لاجرم به رأی عادلانه منجر می‌شود اما همواره این‌گونه نیست. بسا مواردی که جریان دادرسی در پرتو تصمیمات قضایی؛ درست، عادلانه و منصفانه پیش رفته اما فرجام آن به رأی عادلانه نمی‌انجامد. همین‌طور بسا آراء عادلانه‌ای که مبتنی بر رسیدگی عادلانه و عدالت آیینی نبوده است. در هر

1. Actes d administration judiciaire

۲. ر.ک: متین دفتری؛ دکتر احمد. آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. مجمع علمی و فرهنگی مجد. چاپ پنجم، ۱۳۹۴ صص ۵۰۲ به بعد- شمس، دکتر عبدالله. آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، نشر دراک، چاپ پانزدهم، پاییز ۱۳۸۶، صص ۱۹۷ به بعد.

3. Organization du procès civil:

در این موضوع رجوع کنید به بهترین پژوهش درخور جستجو: اداره جریان دادرسی مدنی- بر پایه همکاری در چارچوب اصول دادرسی، به قلم: دکتر حسن محسنی، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم ۱۳۹۹.

4. procedural justice



دوی این موارد؛ دادگستری بی دادگستری جلوه کرده و ثمره تلاش دادرسی بی ارزش و خسران بار خواهد بود.

بر این منهج می خواهیم به ظرافت و دقت ببینیم که در رأی مورد داوری، دادرسی توانسته است انتظار به جای مخاطب عام و خاص را برآورده سازد؟ آیا حاصل دوره دادرسی او شکوهمند و سودمند بوده است؟ آیا در جریان دادرسی عدالت آیینی پاس داشته شده است؟ آیا این جریان با تصمیمهای بهنگام و درست هدایت شده است؟ آیا محصول نهایی او یعنی همین رأی مورد نقد گویای همه حقایق است و در شکل و محتوا بازتاب حقیقت ماجرا هست؟ آیا دادرسی توانسته است مستندات موضوعی دو سوی مناقشه را دقیق رو به روی هم قرار دهد و خود داوری سنجیده و درستی نسبت به آنها بروز دهد؟ آیا منطوق رأی و مستندات حکمی سازگار با موضوع خواسته و حق هر کدام از دو سوی مناقشه است؟ به طور خاص این رأی چه حسن و چه عیبی به همراه داشته و از محل آن چه دغدغه و واکنش فراروی حاکمیت، دادگستری و مراجعان به آن قرار می گیرد؟

رأی از شعبه و مجموعه ای برگزیده شد که به جهت موقعیت مکانی، ارزش دعاوی و صلاحیت محلی دارای ارزشهای متمایز است. از این دادگاه انتظار می رود که شکوهمندترین و مستدل ترین آراء را صادر کند تا الگویی شایسته برای دیگر دادگاهها و همتهای خود در همه جای کشور باشد.

## ۲. متن رأی

«در خصوص دادخواست خواهان آقای..... با وکالت آقای..... به طرفیت خواندگان ۱. خانم.....  
 ۲. آقای..... ۳. آقای..... با وکالت آقای..... به خواسته الزام به اخذ صورت مجلس تفکیکی و  
 پایان کار نسبت به شش دانگ یک دستگاه آپارتمان از پلاک ثبتی ۱۵ فرعی از ۸۷۵ اصلی بخش  
 ۱۱ تهران واقع در طبقه هشتم به انضمام پارکینگ شماره ۴ و انباری و مطالبه خسارت تاخیر  
 انجام تعهد از تاریخ ۱۳۷۹/۱۲/۰۵ تا صدور حکم و کلیه خسارات دادرسی و نیز دعوی تقابل  
 آقای..... با وکالت آقای..... بطرفیت خواندگان ۱. آقای..... ۲. آقای..... ۳. خانم..... با

وکالت آقای..... به خواسته دعوی تقابل در پرونده کلاسه بایگانی ۹۹۰۱۳۶۹ شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی عدالت تهران به خواسته ابطال مبیعه‌نامه عادی مورخ ۹۶/۰۷/۰۶ به جهات و شرح دادخواست و مطالبه کلیه خسارات قانونی از جمله هزینه دادرسی، دستمزد کارشناس و حق الوکاله وکیل و دعوی خواهان آقای..... با وکالت آقای..... به طرفیت ۱. خانم..... ۲. آقای..... ۳. آقای..... ۴. آقای..... ۵. خانم..... ۶. آقای..... به خواسته اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی نسبت به شش دانگ یک دستگاه آپارتمان (اداری) از پلاکهای ثبتی مذکور واقع در طبقه هشتم به انضمام پارکینگ و انباری با احتساب کلیه خسارات قانونی و دعوی طاری در پرونده کلاسه ۹۹۰۱۳۶۹ شعبه ۱۱۲ دادگاه حقوقی تهران، با عنایت به محتویات پرونده‌ها و اظهارات طرفین و وکلای آنان، نظر به این که ارجاع به داوری مستلزم توافق کلیه اصحاب دعوا در ارجاع به داوری می‌باشد، اما در این پرونده‌ها، شرط داوری صرفاً در قرارداد جعاله تنظیمی بین آقایان..... پیش‌بینی گردیده و بین سایر اصحاب دعوا چنین توافقی صورت نگرفته، لذا شرط داوری قابلیت تسری به آنان ندارد ارجاع به داوری به طور کلی منتفی می‌باشد، اما با فرض شک در صلاحیت دادگاه یا داور نیز، با توجه به صلاحیت عام دادگاهها در رسیدگی به دعاوی و صلاحیت استثنایی داور در رسیدگی به دعاوی، ارجاع به داوری منحصر به موارد خاصی که شکی در ارجاع به داوری وجود ندارد، می‌باشد و در موارد شک، می‌بایست به اصل که صلاحیت عام دادگاه می‌باشد رجوع کرد و بنابراین صدور قرار عدم استماع دعوا در این موارد و ارجاع به داور، بر خلاف مقررات صریح قانونی بوده و فاقد وجهت می‌باشد. لذا دادگاه با رد ایراد عدم صلاحیت، وارد رسیدگی ماهوی گردید و در رسیدگی ماهوی نیز نظر به این که اولاً: مطابق مقررات ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری، هرگاه رأی قطعی کیفری، مؤثر در ماهیت امر حقوقی باشد، برای دادگاهی که به امر حقوقی رسیدگی می‌کند لازم‌الاتباع است، بنابراین با توجه به این که به موجب دادنامه قطعی شماره ۹۹۰۳۱۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۰۵ شعبه ۱۲۰۰ دادگاه کیفری ۲ تهران، با احراز صحت وقوع بیع، بین آقای..... و خانم..... در خصوص شکایت کیفری آقای..... علیه آقای..... و فروشندگان آپارتمان موضوع دعوا به وی، مبنی بر خیانت در امانت و انتقال مال غیر و کلاهبرداری، قرار منع تعقیب صادره

توسط شعبه ۴ بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱ تهران تایید گردیده است، لذا انکار بعضی از اصحاب دعوا نسبت به مبیعه نامه استنادی وکیل آقای..... از مصادیق ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی بوده و قابلیت پذیرش ندارد. مضافاً این که وکیل خانم..... در جلسه اول دادرسی این دادگاه بیع را پذیرفته اما مدعی گردیده، ثمنی دریافت نکرده، اما در پرونده کیفری مدعی تحصیل مال از طریق نامشروع بوده که این تناقضات، مثبت و قرینه عدم صحت ادعای وی می باشد، ثانیاً هر چند که وکلای آقای..... مدارکی برای اثبات پرداخت ثمن به دادگاه ارائه کرده، اما حتی با فرض عدم پرداخت تمام یا قسمتی از ثمن نیز، فروشنده یا فروشندگان حق مطالبه تمام یا قسمتی از ثمن را دارند و وفق مقررات ماده ۱۹۰ قانون مدنی، این امر خدشه ای به صحت بیع وارد نمی کند ثالثاً دفاع خوانده مبنی بر این که، به دلیل صدور رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ مبنی بر تخریب طبقه ۸، مبیع در زمان معامله قابل خرید و فروش نبوده، مردود است. چرا که برخلاف ادعای وکیل یکی از خواندگان، با توجه به مدارک ارائه شده توسط وکیل آقای..... به موجب توافقنامه تنظیم شده بین شهرداری و مالکین، در راستای تصمیم کمیسیون ماده ۳۸، موضوع رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ منتفی گردیده است. بنابراین با توجه به مراتب مذکور، این دادگاه با احراز صحت وقوع بیع مورد ادعای وکیل آقای..... و استقرار مالکیت شرعی و قانونی وی بر مبیع، دعاوی وی مبنی بر الزام به تکمیل عملیات ساختمانی و تجمیع اسناد و اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و تحویل مبیع را ثابت تشخیص و بر اساس اصول صحت و لزوم قراردادهای و با توجه به این که فراهم کردن مقدمات انتقال سند و تحویل مبیع از لوازم عرفی و قانونی بیع آپارتمان می باشد، مستنداً به مواد ۳۳۸، ۲۲۳، ۲۲۰، ۲۱۹، ۲۰، ۳۶۲، ۳۳۹، ۳۶۷، ۳۷۶، قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر محکومیت خوانده آقای..... به تکمیل عملیات ساختمانی و اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و تحویل آپارتمان و محکومیت خواندگان آقایان و خانمها..... به تجمیع پلاکهای مذکور به انضمام هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی در حق خواهان صادر و اعلام می کند. اما در مورد خواسته دیگر خواهان مذکور مبنی بر خسارت تاخیر انجام تعهد از تاریخ ۱۳۹۷/۱۲/۰۱ تا صدور حکم، نظر به این که مطالبه خسارت مستلزم اثبات انجام تعهد از طرف خواهان مبنی بر آمادگی برای پرداخت باقی مانده ثمن از طریق اخذ گواهی عدم حضور خوانده مربوطه می باشد،

اما خواهان گواهی عدم حضور ارائه نکرده و دلیل یا مدرک دیگری نیز برای اثبات آمادگی از طرف خود به دادگاه ارائه نکرده، لذا موجبی برای محکومیت خواننده مذکور به پرداخت خسارت تاخیر انجام تعهد وجود ندارد و این دادگاه دعوای خواهان را در این قسمت بلا وجه تشخیص و مستندا به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بیحقی خواهان صادر و اعلام می‌کند. اما در خصوص دعوای آقای..... مبنی بر بطلان مبایعه‌نامه‌های مذکور، با عنایت به محتویات پرونده‌ها و دفاعیات موجه وکیل..... و استدلال‌های مذکور در خصوص دعوای مطروحه توسط آقای..... و با توجه به اصول صحت و لزوم قراردادهای، نظر به این که وکیل خواهان مذکور دلیل یا مدرکی برای اثبات بطلان مبایعه‌نامه‌های مذکور به دادگاه ارائه نکرده، لذا دعوای وی بلاوجه تشخیص و این دادگاه مستندا به مواد ۲۲۳، ۲۲۰، ۲۱۹، ۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوای وی صادر و اعلام می‌کند. رأی دادگاه نسبت به خواننده..... غیابی و ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل واخواهی در این دادگاه و سپس ظرف مدت ۲۰ روز قابل اعتراض در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است اما نسبت به افراد دیگر، حضوری و ظرف مدت بیست روز قابل اعتراض در دادگاه محترم تجدید نظر استان است».

رئیس شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران

### ۳. موضوعات محوری در رأی موضوع نقد

برای آشنایی بیشتر با رأی موضوع نقد و تقسیم بهتر مطالب، موضوعات محوری آن برجسته و نمایان می‌شود. پرونده شکل گرفته حاوی ۳ کلاسه: ۱۴۰۰۶۸۹۲۰۰۰۵۷۹۰۵۳۹، ۱۴۰۰۶۸۹۲۰۰۰۱۷۳۲۹۲۴ و ۹۹۰۹۹۸۰۰۰۴۰۱۲۷۶ است. این کلاسه‌ها منجر به دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۳۲۳۴۵۸۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۱۷ شده است.

#### ۳-۱. مناقشه‌های موضوع رأی

در پرونده‌های یاد شده سه دعوا دیده می‌شود: ۱- دعوای خواهان اصلی به خواسته الزام خواندگان به اخذ صورت مجلس تفکیکی، اخذ پایان کار و تنظیم سند رسمی ۲- دعوای تقابل یکی از خواندگان به خواسته ابطال مبایعه‌نامه (مستند اصلی دعوای خواهان اصلی) ۳- دعوای

تقابل همان خواهان اصلی نسبت به دعوای تقابل خوانده اصلی (!) به خواسته الزام به اخذ پایان کار (از شهرداری)، الزام به اخذ صورت مجلس تفکیکی، دستور موقت، الزام به ایفای تعهد مالی و پرداخت خسارت دادرسی

آن چه نامشخص و محل پرسش جدی است؛ موضوع دستور موقت، واکنش دادگاه در رویارویی با آن، تکرار دعوای اصلی در دعوای تقابل، طرح دعوای تقابل از سوی خواهان اصلی در برابر دعوای تقابل خوانده اصلی و موضوع ایفای تعهد مالی است.

### ۲-۳. فرآیند رسیدگی دادگاه

دادنامه حکایتی از نوع اقدامات دادگاه در روند رسیدگی جز تعیین وقت دادرسی و شنیدن گفت و گوی وکلای دو سوی مناقشه ندارد. دادگاه در دوره اشتغال به رسیدگی مبادرت به استعلام از وضع ثبتی محل مدیریت کرده و لوایح طرفین را پذیرفته و در پرونده قرار داده است. اما باوری به اتخاذ تدابیر تحقیقی و جریان مقررات مواد ۱۹۹، ۲۴۷، ۲۴۸، ۲۵۶ و دیگر ساز و کارهای تحقیقی نداشته است. نسبت به درخواست صدور دستور موقت<sup>۱</sup> و دستور روشننگری موضوع آن و همین طور تصمیم‌گیری نسبت به آن خودداری کرده است و در پرتو یک جلسه رسیدگی مبادرت به صدور رأی کرده است.

بنا به حکایت پرونده؛ خواهان اصلی هنگامی که توجه می‌شود ملک موضوع دعوا در بازداشت قرار دارد، دعوای اصلی را مسترد می‌دارد. با این وصف دادگاه قرار ابطال دادخواست صادر می‌کند. اما چون دعوای تقابل به جریان خود بی نیاز از سرنوشت دعوای اصلی ادامه داده، خواهان اصلی این بار در قامت خواهان دعوای تقابل، به طرح دعوای تقابل می‌کند و همان خواسته‌های آمده در دادخواست پیشین را تکرار می‌کند و تنها خواسته الزام به تنظیم سند رسمی را مطرح نمی‌سازد. همچنین سه نفر اشخاص دیگر را که نه در دعوای پیشین دخالت داشتند و نه در دعوای تقابل موقعیت دادرسی داشته‌اند، به ردیف خواندگان اضافه می‌کند!

دادگاه هر دو دعوا را با ادغام و تحت رسیدگی توامان و به پشتوانه یک جلسه رسیدگی منجر به دادنامه مورد بحث قرار می‌دهد. دوره دادرسی در بردارنده اقدام خاص و درخور توجهی نیست تا تبلور ابتکار عمل قضایی دادرس، مهارت‌های دادرسی از سوی طرفین و وکلای ایشان و فوران قرارهای مقدماتی (اعدادی)<sup>۱</sup> و فعل و انفعال‌های قضایی باشد. از این‌رو عمده داوری حول محور رأی و تصمیم پایانی دادرس قرار می‌گیرد.

### ۳-۳. رأی دادگاه و اجزای مهم آن

برای آن‌که دادنامه‌ای درخور تقدیر و ستودنی باشد علاوه بر محتوا و درون مایه آن، لازم است؛ ساختمان رأی و آرایش ظاهر آن پاکیره، فاخر و منظم بوده و عناصر و اجزای آن در مسیر هدف مشخص و نمایان باشد. «رای دادگاه آیین تمام نما از همه ماجرا و رخدادهایی است که در دعوای منتهی به آن مطرح شده و مورد داوری قرار گرفته است. این سند مهم دستاورد همه اشخاص درگیر در دادرسی و پیام‌گویای قاضی رسیدگی‌کننده است. محتوای رأی باید به گونه‌ای تنظیم شود که خواننده و مخاطب در رویارویی با آن به قدر کافی از تمام حقایق ماجرا و داستان اختلاف و اشخاص درگیر و علت چالش آگاهی یافته و نیاز حتمی در مراجعه به اوراق پرونده نداشته باشد.»<sup>۲</sup>

ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی به بیان محتوا و اجزای رأی می‌پردازد.<sup>۳</sup>

#### 1. Interlocutory Orders

۲. موسوی، دکتر سید عباس. مهارت‌های دادرسی. نشر گنج دانش. چاپ سوم. ۱۴۰۱. صص ۴۱۹ و ۴۲۰.
۳. ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی: «رأی دادگاه پس از انشاء لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد:
  - ۱- تاریخ صدور رأی؛
  - ۲- مشخصات اصحاب دعوا یا وکیل یا نمایندگان قانونی آنان با قید اقامتگاه؛
  - ۳- موضوع دعوا و درخواست طرفین؛
  - ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آنها صادر شده است؛
  - ۵- مشخصات و سمت دادرس یا دادرسان دادگاه»

قاضی مبتکر، خلاق و کمالگرا در نگارش رأی خود را پای‌بند عناصر ذکر شده در قانون نمی‌کند و پا را از این دامنه فراتر می‌گذارد و محصول خود را با خلق و معرفی اجزای مفید دیگر دل‌پذیرتر می‌سازد. برای مثال؛ مقدمه رأی، وقایع و پایان رأی که در مقررات شکلی ما نیامده است.<sup>۱</sup> در حقوق دادرسی فرانسه عناصر مهم رأی در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۲</sup> آمده است.<sup>۳</sup> جالب این که برخلاف مقررات دادرسی کشورمان نیامدن هر یک از این عناصر مهم با ضمانت اجرای بطلان رو به رو می‌شود.

حقوق دانان فرانسوی در معرفی ساختار و بیان عناصر رأی به این موارد اشاره می‌کنند:

- ۱- بررسی جهات و روند دادرسی<sup>۴</sup>
- ۲- ادعاها و استدلالهای طرفین<sup>۵</sup> اگر وجود دارد
- ۳- وضعیت «مسأله حقوقی»<sup>۶</sup> تقدیم شده به دادرسی (برای صدور رأی)
- ۴- راه حل قضایی در رأی مستند و مستدل<sup>۷</sup>

۱. موسوی، دکتر سید عباس. همان منبع. صص ۴۲۲ و ۴۲۳

2. Nouveau code de procédure civile. 1975

۳. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه: « رأی به نام مردم فرانسه صادر می‌شود. رأی حاوی موارد زیر است:

- مرجع قضایی صادرکننده؛
- نام دادرسانی که در مورد آن شور کرده‌اند؛
- تاریخ آن؛
- نام نماینده دادستان که در مذاکرات حضور داشته است؛
- نام مدیر دفتر؛
- نام خانوادگی، نام یا نامگذاری طرفین و محل اقامت یا مقر اجتماعی آنها؛
- در موارد لازم، نام وکلا یا هر شخصی که نماینده طرفین یا مشاور ایشان بوده است؛
- در امور حسبی ( غیر ترافعی )، نام اشخاصی که باید به آنها ابلاغ شود» ر.ک: محسنی، دکتر حسن. آیین دادرسی مدنی فرانسه. جلد نخست.

شرکت سهامی انتشار. چاپ چهارم، ۱۳۹۵. ص ۱۹۸

4. Examen des faits et de la procédure

5. Pretentions et arguments des parties

6. Problem de droit

از این دیدگاه حتی مقدمه باید دربردارنده؛ تاریخ رأی، مرجع قضاوتی و قلمرو کلی و موضوع مشخص با معرفی سریع یک رأی باشد.<sup>۲</sup>

با این بیان پر واضح است که رأی مورد نقد به شکلی مشوش و با عناصری درهم ریخته صادر شده و در سازگاری با استانداردها و معیارهای یک رأی قضایی نیک و با شکوه فاصله بسیار دارد. اجزای به کار گرفته در این رأی عبارت است از:

— مقدمه: حاوی معرفی دو سوی مناقشه و بیان نوع دعوا و موضوع آن

— ادعا و استدلال یک طرف دعوا و یکی از ایرادات بیان شده

— داوری دادرس در قبال ایراد و ادعا

— منطوق رأی<sup>۳</sup>

در این دادنامه عنصر آغاز رأی، وقایع<sup>۴</sup>، مسأله حقوقی، استدلال روشن دادگاه در قبال ایرادات ملاحظه نمی شود.

عنصر مقدمه ناقص و نارسا آمده است. همه ادعاها و استدلالهای اطراف دعوا و همه ایرادات بازتاب نیافته است. داوری دادرس در برابر ایرادات کامل و مطلوب نیست. در بخش مستندات حکمی رأی نیز جز اشاره به چند مقرر از قانون مدنی مرتبط با موضوع تعهد قراردادی (مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۰ و ۲۲۳) و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، احکام قانونی دیگر نیامده است. حال آن که شایسته بود مقررات ناظر بر ایرادات و متفرعات دعوا از قانون آیین دادرسی مدنی و نیز مقررات ناظر بر دعوای طاری<sup>۵</sup> تقابل از همین قانون و مقررات ناظر بر منع انتقال ملک در قید بازداشت از قانون اجرای احکام مدنی (مواد ۵۶ و ۵۷) ذکر می شد.

1. solution apportee par l arrêt avec as motivion

2. Defrenois – souleau , Isabelle , Je veux reussir mon droit , Methodes de travel et cles du success , Dalloz 11 ed. 2018.P.130

3. Dispositive implicite

4. Facts

5. Countercliam / la demande reconventionnell



## ۴. ارزیابی رأی موضوع نقد

داوری منصفانه و بی‌طرفانه نسبت به رأی مستلزم بینش درست و ارزیابی کامل این سند مهم است. در این فرآیند بی‌گمان خوبی‌ها و پیامدهای سازنده رأی باید مورد توجه قرار گرفته و گفته شود. واژه «نقد» دربردارنده داوری از هر دو جهت پیدایی و نمایانی موارد سازنده و پسندیده رأی و نیز موارد نارسایی و ایراد وارد بر آن است. بنابراین نخست به جنبه‌های پسندیده این سند می‌پردازیم و پس از آن ایرادات وارد بر رأی می‌آید.

### ۴-۱. جنبه‌های مطلوب در رأی

در رأی مورد نقد چند نکته مثبت و ویژگی پسندیده دیده می‌شود. هر چند این نکات خوب یارای برابری با نکات منفی بی‌شمار در رأی را ندارد و اگر چه دادنامه‌ای ولو انباشته از نکات مثبت باشد، نایستی حتی یک ویژگی ناپسند داشته باشد اما به هر روی بر پایه ارزیابی منصفانه این نکات مطلوب یادآور می‌شود:

### ۴-۱-۱. معقول و متعارف بودن زمان دادرسی

یک ویژگی مطلوب و نشانه دادرسی استاندارد، توجه به عنصر زمان و آغاز و پایان دادرسی در زمان قابل قبول است. طولانی شدن دادرسی آسیب‌های فراوان برای اصحاب دعوا و حتی دادبرده به همراه دارد. افزون بر آن برای عدلیه از جهت مادی و اعتبار معنوی خسران فراوان در پی دارد. این آفت بزرگ در بسیاری از پرونده‌ها دیده می‌شود و از مهم‌ترین دلایل ناخرسندی نسبت به عملکرد مراجع قضایی است. در پرونده منتهی به رأی بر مبنای کلاس پرونده مشخص است که دادرس دادگاه در حدود کمتر از یک سال از زمان اشتغال به رسیدگی و با برپایی دو جلسه رسیدگی مبادرت به انشای رأی کرده است. این معیار پسندیده اگر با معیارهای درستی که از آن غفلت شد، همراه می‌گردید می‌توانست به شکلی برجسته‌تر دیده شود و برآیند باشکوهی از عملکرد دادرس را تجلی بخشد.

#### ۴-۱-۲. توجه به اصل رسیدگی تقابلی<sup>۱</sup>

ویژگی دیگر در روند دادرسی منجر به رأی توجه به اصل رسیدگی تقابلی یا تناظری است. این اصل سنگ بنای «دادرسی منصفانه» است و بی‌توجهی به آن ستم نابخشدنی به اصحاب دعوا بوده و می‌تواند از موجبات نقض رأی باشد (بند ۳ ماده ۳۴۸ و بند ۳ ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م). پرداختن به ایراد وکیل خوانده اصلی و بازتاب ناقصی از گفت و گوی دو سوی مناقشه، نشانه‌ای بر انجام تکلیف دادگاه به برپایی جلسه دادرسی و احترام به حق استماع دفاع و اعطای فرصت بیان ایراد، است. اگر چه این مهم در زمره وظایف حتمی دادگاهها قرار دارد و به ویژه دادگاه نخستین هنگامی که پرونده را مهیای رسیدگی و اتخاذ تصمیم ماهوی تشخیص می‌دهد ناچار به رعایت آن است، اما در عین حال اشاره به آن در فهرست محاسن رأی خالی از لطف نیست.

#### ۴-۱-۳. ابلاغ به هنگام اوقات دادرسی و تصمیمات قضایی

ویژگی مثبت دیگر در دادنامه مورد نقد و حکایتی که متن رأی مفید آن است این‌که؛ دادگاه تصمیمات را به‌هنگام اتخاذ کرده و در فرصت مطلوب به طرفین ابلاغ کرده است. در پیدایی این دستاورد مأموران اداری دادگاه نقش‌آفرین بوده و عملکرد شایسته ایشان در خور ستایش است. تصمیم‌گیری در سریع‌ترین زمان و اطلاع مخاطب از آن می‌تواند از بروز پیامدهای خطرناک جلوگیری کند. رعایت این معیار مهم از حقوق آیینی اصحاب دعوا بوده و در ارزیابی عملکرد مثبت دادگاه به چشم می‌آید. روند دادرسی و بازتاب آن در رأی نشانگر توجه دادگاه به این مهم بوده است.

#### ۴-۱-۴. پرهیز از بی‌اخلاقی

ملاحظات اخلاقی از لحن کلام قاضی و ادبیات به‌کار رفته در رأی قابل ملاحظه است. متن رأی دربردارنده واژگان یا تعبیر سخیف و دشنام‌گون نسبت به اصحاب دعوا و وکلای ایشان نیست. توهین به نوع ادعا و دفاع یا نحوه آن، عیب‌جویی و تخفیف شان و جایگاه اصحاب دعوا، غرور

1. La contradiction

قضایی<sup>۱</sup>، نثار واژگان ناشایست و بی‌احترامی به اشخاص حاضر در جریان دادرسی از متن دادنامه دیده نمی‌شود. بنابراین رعایت آداب قضایی<sup>۲</sup> و رفتار قضایی<sup>۳</sup> محترمانه نسبت به طرفین دعوا ویژگی مثبت دیگری است که ارزش تماشا و تقدیر دارد.<sup>۴</sup>

## ۴-۲. جنبه‌های ناپسند و ایرادات وارد بر رای

دادنامه موضوع بررسی از جهات مختلف شکلی و ماهوی دارای ایراد برجسته و درخور نکوهش است. محاسن گفته شده زیر سایه ناراستی‌ها و ایرادات وارد بر رأی به دشواری دیده می‌شود. پذیرش چنین دادنامه‌ای تلخ و ناگوار است. در شکل و محتوا، در ظاهر و باطن، در روایت قصه قضیه و پردازش دقیق آن، عیب و ایراد بر رأی هویدا و آشکار است.

## ۴-۲-۱. نادیده گرفتن اصول نگارش و معیارهای ادبی

پیوند حقوق و ادبیات ناگسستنی است. حقوق بزرگ‌ترین مکتب پرورش تخیل است. هرگز هیچ شاعری طبیعت را آن طور که حقوق‌دانی واقعیت را تشریح می‌کند، توصیف نکرده است.<sup>۵</sup> رهیافت به این مهم وابسته به آرایش زیبای متون حقوقی است. اسناد قضایی به دلیل گستردگی مخاطب و اهمیت موضوع می‌تواند جلوه‌گاه ارزشمند در بازتاب آرایه‌ها و صنایع ادبی<sup>۶</sup> باشد.

1. Judicial Arrogance

2. Judicial Decorum

3. Judicial Conduct

۴. پرهیز از خشونت فیزیکی و کلا و دادرسی نسبت به اصحاب دعوا و نمایندگان ایشان یک ضرورت مهم است. رفتار دور از اخلاق و هرگونه توهین و بی‌احترامی از سوی قاضی پیامد حرفه‌ای، مدنی و حتی کیفری برای وی به دنبال دارد. تبصره ۳ ماده واحده قانونی انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا و بند ۶ ماده ۱۵ و بند ۶ ماده ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات پیامد انتظامی چنین رفتاری را پوشش می‌دهد. برای ملاحظه در پاره‌ای از اسناد مهم قضایی دیگر کشورها ر.ک: بند ۵ آیین‌نامه رفتار قضایی سوئیس: (2011) Code of Judicial Conduct، بند ۳-۳ آیین‌نامه رفتار حرفه‌ای قضات ایالات متحده: (2019) Code of Conduct for United States Judges و

ماده 24 CPC ذیل عنوان تعهد به رعایت احترام. L obligation de réserve.

۵. مالوری، فیلیپ. ادبیات و حقوق. ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان. نشر آگاه. چاپ اول. ۱۳۸۱. ص ۸.

6. Figures of Speech

نفوذ کلام در پرتو استخدام فنون ادبی و به‌گزینی واژگان<sup>۱</sup>، سفارش بزرگان دانش و ادب پارسی است:

نردبان آسمان است این کلام هر که زین بر می‌رود آید به بام

نی به بام چرخ، کو اخضر بودیل به بامی کز فلک برتر بود (مولوی)

اما در این رأی آرایش حکم با بهره از نافذترین واژگان، بیان کوتاه و گویای مطلب، یکپارچگی متن، رسوخ در آرایه‌ها و صنایع ادبی و بازتاب نشانه‌های سجاوندی دیده نمی‌شود. در متن دو صفحه‌ای رأی به ندرت از نشانه نقطه استفاده شده است. جملات در همان قالب خشک و دشوار فهم نگارش یافته است. از تکنیک‌های ادبی خبری نیست. اسامی طرفین چندباره به صورت دل‌آزار تکرار می‌شود. برغم امکان استفاده از دستاوردهای ادبی برای شکوه مطلب و گیرایی آن، از این مهم دریغ شده است. لحن کلام روایی<sup>۲</sup> و جنس سخن مملو از صدای رسا<sup>۳</sup>، دلنشین و اثرگذار بر ضمیر شنونده نیست. «صدای آرمانی در رأی قاضی چیزی شبیه صدای خداست»<sup>۴</sup> اما در سند پیش رو این صدای رسا شنیده نمی‌شود.

به باور اندیشمندان حقوقی برای آفرینش یک رأی سودمند و مقبول، دادرس باید سه اصل مهم؛ روشنی (Clarity)، پیوستگی (Coherence) و ایجاز (Conciseness) را بر پا دارد.<sup>۵</sup> دادرس محترم به این اصول بنیادین در آفرینش رأی شکوهمند<sup>۶</sup>، وفادار نبوده است.

نگارش متن رأی سرشار از نارسایی و ابهام است. «نگارشی که روشن نیست و یا ابهام دارد تبلور نبود تفکر روشن در نگارنده است و هدف از متن نگارش یافته را مخدوش می‌سازد»<sup>۷</sup>

1. Good choice of words

2. Declrative tone

3. Clear voice

4. Posner.A.Richard, Judge's writing Style and do they Matter declarative University of Chicago law Review, Vol. 62. 1995. P. 1425.

5. Burrows. Andrew, 2014, Judgment-writing: An Academic Perspective, FBA. Legal Research parer series.P.2.

6. Charismatic Judgment

7. Judicial Writing Manual A Pocket Gaide For Judges.Second Edition. 2020. P.3

ادبیات درهم‌ریخته نشانگر فقدان «برنامه دادرسی»<sup>۱</sup> در تنظیم و تنسيق امور و نبود «انضباط فکری»<sup>۲</sup> در آفریننده اثر است. این نارسایی افزون بر آسیب به اعتبار حقوقی رأی، پذیرش آن را حتا برای دادبرده دشوار می‌سازد.

## ۴-۲-۲. ایراد شکلی وارد بر رأی

با دقت در متن رأی چندین ایراد اساسی و جدی پیدا می‌شود که هر یک به تنهایی کافی در بی‌اعتباری نتیجه حاصل و منطوق به جای مانده در رأی هست. بی‌توجهی به ایرادات شکلی، نقض آشکار «عدالت آیینی» اصحاب دعوا، نابودی بنیانهای دادرسی مدنی و بی‌عدالتی محض خواهد بود. گذر از ایراد شکلی اصول تضمین‌کننده دادرسی منصفانه را به شدت مخدوش می‌سازد و در این نتیجه دیگر نیازی به ملاحظه انعطاف به حقوق ماهوی اصحاب دعوا نیست.<sup>۳</sup>

نخستین ایراد جدی وارد بر رأی؛ پذیرش دعوای تقابل خواهان اصلی نسبت به دعوای تقابل خوانده اصلی است! برابر ماده ۴۱ ق.آ.د.م خوانده می‌تواند در مقابل ادعای خواهان، اقامه دعوا کند. پذیرش این دعوای طاری منوط به آن است که؛ ۱- دعوای تقابل با دعوای اصلی از یک منشاء باشد ۲- بین دعوای تقابل و دعوای اصلی ارتباط کامل باشد ۳- دادخواست حاوی دعوای تقابل تا جلسه اول دادرسی اقامه شود. از متن رأی پیداست که خواهان اصلی دعوای خود را پیش‌تر مسترد داشته است. در حالی که این تعریف و ضابطه در مورد دعوای تقابل خواهان اصلی که در ماهیت هم مورد پذیرش دادگاه قرار گرفته، صادق نیست. افزون بر آن:

- خواهان اصلی خارج از جلسه اول دادرسی دعوای تقابل را تدارک دیده است (نقض ماده ۱۴۳ ق.آ.د.م).

1. Plan of Procedure/ Plan de Procédure

2. Intellectual Discipline

۳. در این زمینه ر.ک اصل سوم از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی برگردان: غمامی، دکتر مجید. محسنی، دکتر حسن. انتشارات شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم ۱۳۹۲ صص ۶۲ به بعد- غمامی، دکتر مجید. محسنی، دکتر حسن. اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ش ۷۴، ۱۳۸۵. صص ۲۶ به بعد.

- در دعوای تقابل اشخاص دیگری که در دعوای اصلی مسترد شده، جزء خواندگان نبوده‌اند، طرف دعوا واقع شده‌اند.

- دادرس محترم در رأی صادر موضع خویش در احراز شرایط دعوا و رسیدگی توأمان را بیان نمی‌کند.

ایراد دوم آن است که دادرس نسبت به ملکی که امکان انتقال مالکیت آن فراهم نبوده وضع حکم کرد. این ایراد به قرینه از استرداد دعوای نخست و حذف خواسته «الزام به تنظیم سند رسمی» در دعوای دوم طرح شده از سوی خواهان اصلی در قالب دعوای تقابل، پیداست. اگر ملک موضوع دعوا دربارداشت قرار داشته باشد، تکلیف دادگاه جریان قهری حکم ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی است.<sup>۱</sup>

ایراد شکلی سوم عدم استعلام دقیق از شهرداری محل و تحقیق پیرامون وضع فعلی ملک مورد مناقشه است. دادگاه باید احراز کند آیا برای این ملک گواهی پایان کار صادر شده است؟ اگر صادر نشده و الزام به دریافت آن مورد تقاضا قرار گرفته، آیا صدور آن مانع قانونی دارد؟ چنانچه از سوی کمیسیون ماده صد شهرداری دستور تخریب محل صادر شده و یا به دلایلی شهرداری از صدور پایان کار خودداری می‌ورزد، تا پیش از رفع این مانع الزام به اخذ پایان کار پذیرفتنی نبوده و حکم صادر شده بر این مبنا وفق ماده ۴ قانون اخیر قابل اجرا نخواهد بود. همین‌طور در قرار استطلاع ثبتي علت و مانع قانونی محتمل در مورد عدم صدور صورت مجلس تفکیکی باید مورد پرس‌وجو واقع می‌شد. به‌واقع دادرس محترم با گذر از تدابیر تحقیقی مهم و مؤثر بر فرآیند دادرسی، با شتاب به سوی تصمیم ماهوی رهنمون شده است.

ایراد چهارم مطالبه نکردن پرونده استنادی کیفری منجر به دادنامه شماره ۹۹۰۳۱۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۵ صادر از شعبه ۱۲۰۰ کیفری (۲) تهران است. به صرف تایید قرار منع تعقیب برای متهم (که شخص غیر از خواهان محکوم‌له است) نمی‌توان نتیجه گرفت که دعوای حقوقی فعلی

۱. ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی: «هرگونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است».

درست است. حق آن بود که برای پاسداشت حقوق آیینی طرفین، پرونده استنادی مطالبه می‌شد و نتایج آن در وقت فوق‌العاده در پرونده فعلی بازتاب می‌یافت و سپس در جلسه رسیدگی مستقل طرفین برای ملاحظه آن دعوت می‌شدند.

ایراد پنجم عدم انعکاس ایرادات دو سوی دعوا به ادعا، دفاع و مدارک طرف مقابل است. مشخص نیست که آیا وکلای طرفین در مورد موضوعات شکلی و آیینی به طرح ایراد پرداخته‌اند یا خیر؟ برای نمونه اگر وکیل خوانده اصلی (خواهان تقابل) اصل مدارک خواهان اصلی را مطالبه کرده و درخواست جری ماده ۹۶ ق.آ.د.م را کرده باشد یا نسبت به نحوه تقویم خواسته و یا سمت طرفین ایرادی وارد داشته، لازم است در رأی دادگاه ضمن بازتاب ایراد پاسخ به آن داده شود. یا چنانچه ایرادی مطرح نشده است در رأی به نبود ایراد شکلی و قابلیت رسیدگی ماهوی به ادعا تصریح شود.

ایراد ششم به رأی پذیرش دعوای تقابل در قالب دعوای مرتبط است. ممکن است دادرس صادرکننده رأی از این منظر که چون دعوای خواهان تقابل فعلی دعوای مرتبط موضوع ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م است، پس مبادرت به رسیدگی توأمان کرده است. در پاسخ به این برداشت محتمل چند نکته قابل ذکر است:

- رسیدگی توأمان به دو یا چند پرونده مستلزم تشکیل جلسه دادگاه و صدور قرار رسیدگی توأمان با ذکر موجبات و دلایل توجیه این تصمیم است. دادرس نمی‌تواند دلبخواهی به دو دعوا با تلقی ارتباط کامل رسیدگی کند و دلایل این امر را در نهان خویش پنهان کند.

- وقتی دعوای مطروح وصف دعوای طاری تقابل را ندارد نه با قرار رد دعوا بلکه با تصمیم قضایی باید از دعوای استناد شده جدا شود. خواهان دعوای اخیر شایستگی برخورداری از مزایای دادرسی طاری را ندارد و نمی‌تواند با دور زدن تشریفات لازم در ثبت و ارجاع یک دعوای مستقل، مستقیم در ضیافت دادرسی دیگر میهمان شود.

- خواهان دعوای تقابل (محکوم‌له) باید دعوای خویش را با رعایت تشریفات دادرسی در دفتر خدمات الکترونیک ثبت می‌کرد و در متن دادخواست جدید به ارتباط آن با دعوای مطروح دیگر و لزوم رسیدگی توأمان به هر دو اشاره می‌کرد.

-تشخیص این که بین دو دعوا ارتباط کامل برقرار است و بایستی دو دعوا با هم رسیدگی شود  
 وفق ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م با رئیس حوزه قضایی است. دادرس رسیدگی کننده تنها گزارش دهنده  
 است و تصمیم با او نیست.

-در حکم ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م نسبت به قانون سابق دگرگونی خردمندانه‌ای دیده می‌شود. برابر  
 مقرر سابق دو دعوای مرتبط به دادگاهی ارجاع می‌شد که مسبوق به رسیدگی باشد. اما با  
 حذف این قید اختیار رئیس حوزه قضایی داده شد. این تصمیم از این جهت خردمندانه است که  
 چه بسا شعبه‌ای که مسبوق به ارجاع نیست در برنامه‌ای بهتر، اهداف دادرسی را درست دنبال  
 کرده است. برای مثال چندین تصمیم تحقیقی گرفته است یا جلسه دادرسی برپا داشته است. اما  
 شعبه مسبوق به ارجاع به این دستاورد نرسیده است. پس شایسته است دو پرونده در شعبه‌ای که  
 پای بندی بهتر به مقررات دادرسی و حقوق اصحاب دعوا دارد، ارجاع شود.

#### ۴-۲-۳. ایراد ماهوی وارد بر رأی

در کنار ایرادات شکلی وارد بر رأی که خود کفایت در سستی بنیان و رد نتیجه به جای مانده از آن  
 می‌کند، از نقطه نظر ماهوی هم ایراد آشکار بر این اثر وارد است. ساختار رأی به گونه‌ای است که  
 خط گذر بحث شکلی از بحث ماهوی در آن هویدا نیست. این به هم ریختگی داوری را هم دشوار  
 می‌سازد. از سویی پاره‌ای ایرادات شکلی با تصمیم ماهوی و منطوق رأی نیز گره خورده است.

به هر روی دادگاه در ماهیت مناقشه؛ ۱- ادعای خواهان تقابل دایر بر ابطال مبایعه‌نامه عادی  
 مورخ ۱۳۹۶/۷/۶ را مردود دانسته و ۲- حکم به محکومیت خواهان تقابل (خوانده دعوای تقابل  
 جدید) به تکمیل عملیات ساختمانی، تجمیع اسناد، اخذ پایان کار، صورت مجلس تفکیکی،  
 تحویل مبیع در حق طرف دعوا صادر کرده است. با در نظر گرفتن مبانی این تصمیم ایرادات زیر  
 بر نحوه قضاوت و نتیجه‌گیری دادگاه وارد است:

نخستین ایراد این که؛ چون عملیات ساختمانی انجام نیافته و این مقدمه لازمه اخذ پایان کار  
 است و اخذ پایان کار هم شرط لازم برای صدور صورت مجلس تفکیکی از اداره ثبت اسناد است،  
 بنابراین دادگاه با این که می‌داند مقدمات خواسته اصلی فراهم نیست، اما بر موضوع مجهول و  
 فراهم نشده وضع حکم می‌کند.



ایراد ماهوی دوم این که؛ صدور قرار منع تعقیب بابت اتهام خیانت در امانت و کلاهبرداری به منزله صحت عقد بیع نیست. گذشته از این که دادگاه تکلیف داشته پرونده کیفری را مطالبه و محتوای آن را به دقت ملاحظه کند و اظهارات گواهان و ناظران بر رابطه دو سوی مناقشه را در پرونده تحت رسیدگی پیاده سازد. اتکای صرف به قرار منع تعقیب بنیان استوار برای یک حکم و تصمیم ماهوی نیست. فراوان دیده شده است که دادخواهان کیفری به خطا و به نیت دریافت سریع تر نتیجه، شکایت کیفری را بر می‌گزینند. حتا با این که می‌توانند در مناقشه حقوقی به خواسته نایل شوند. تصمیم بازپرس دادرسی تنها حکایت از عدم وقوع جرایم یادشده دارد و مفید معنای وقوع معامله و صحت عقد بیع نیست. قاعده تفوق آراء کیفری بر آراء مدنی در این قلم‌فرسایی مصداق «وضع شیء فی غیر موضع له» است.

ایراد سوم این که؛ خواننده دادباخته اظهار داشته کمیسیون ماده صد شهرداری حکم تخریب محل را صادر کرده است و ملک مورد مناقشه وجود خارجی ندارد! با این وصف گذشته از بی‌توجهی به تأثیر قرار معاینه محل و نیز مطالبه پرونده متشکله در کمیسیون مزبور، نه مدارک مورد استناد دادرس (رأی کمیسیون مزبور و رأی کمیسیون ماده ۳۸) توصیف شده و نه اثرگذاری رأی تشریح گردید. چنان چه ملک تخریب شده و وجود خارجی ندارد، رأی کمیسیون ماده ۳۸ که شماره و تاریخ آن بیان نشده، چه اثری در بردارد؟!

ایراد چهارم این که؛ ادعای تحصیل مال نامشروع از سوی خواننده دادباخته و عدم دریافت ثمن برخلاف برداشت دادرس محترم جلوه‌ای از تناقض نداشته و از اسباب حکم ماهوی دادگاه نیست. از سویی دادگاه چگونه به این حقیقت دلالت شده است؟ مگر پرونده کیفری مطالبه و محتویات آن انعکاس یافته است؟! از اینها گذشته تناقض گفتاری شاکی در پرونده کیفری که در موارد بسیار متعارف هست، دلیل وقوع یک رابطه حقوقی نیست.

ایراد پنجم این که؛ به دعوای ابطال مبیعه‌نامه با استناد به عدم وقوع بیع، عدم وجود مبیع، عدم وقوع رابطه حقوقی با مدعی بیع رسیدگی شایسته صورت نگرفته است. سرنوشت این دعوا با دعوای اصلی (که پیشتر گفته شد که به نادرست مطرح شد) درهم تنیده گردید و نقطه اتکای دادگاه در حکم صادر شده قرار منع تعقیب متهم (که ظاهراً یکی از ایادی انتقال ملک است) می‌باشد. حق آن بود که مبانی ادعای مدعی ابطال مبیعه‌نامه بررسی، تعریف و پرداخته می‌شد.

اگر او گواهانی در این خصوص معرفی می‌کرد و اظهارات گواهان مؤثر می‌بود، فرصت برپایی جلسه شنیدن گواهی فراهم می‌شد. اگر به مستندات موجود در پرونده شهرداری یا در پرونده کیفری اشاره شده بود؛ این مدارک مطالبه و به آن توجه می‌شد و چنان‌چه بی‌تأثیر بود؛ پاسخ درخور و مستدل داده می‌شد.

ایراد ششم آن‌که؛ در صورت بازداشت ملک موافق مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی، انتقال آن و نیز هرگونه قرارداد و تعهد نسبت به آن برخلاف حقوق بازداشت‌کننده ممنوع است. توجه به این حکم قانون‌گذار که معطوف به نظم عمومی و قواعد آمره است، ضروری است.

در پیدایی این نارسایی‌ها نقش وکلای اصحاب دعوا دیدنی است. یکی از اصول مهم در رفتار حرفه‌ای وکیل با دادگاه، موکل و طرف دعوا؛ اصل صداقت، درستی و انصاف<sup>۱</sup> است. این اصل در اسناد مهم ملی و فراملی بازتاب یافته است. از جمله اصل دوم از: «اصول بین‌المللی اخلاق حرفه‌ای وکلا»<sup>۲</sup> مصوب ۲۵ می ۲۰۱۹ کانون بین‌المللی وکلا (IBA) مقرر می‌دارد: «یک وکیل باید همواره بالاترین استانداردهای صداقت، درستکاری و انصاف را در تعامل با موکلان، دادگاه، همکاران و تمامی کسانی که وکیل با آنها رابطه حرفه‌ای دارد، رعایت کند.....»<sup>۳</sup>.

اگر وکیل دادگستری بر پایه اصول حاکم بر رفتار حرفه‌ای، همکاری صادقانه با دادگاه می‌داشت و مراتب نارسایی و ایراد را به دادرس گوشزد می‌کرد یا بر مسیر نادرست پافشاری نمی‌ورزید، شاید این حجم ایراد در یک سند قضایی متبلور نمی‌شد.

1. Honesty, Integrity and fairness

2. International Principles on conduct for the legal profession

۳. برای ملاحظه اسناد قانونی دیگر بنگرید به:

Code of Conduct of the Bar of England and Wales. Rule. 302 & Canadian Bar Association code of Professional Conduct , chap.8.1 & codice deontologico forense. C.14.

نقد رأی بهترین دستگیری برای دادرس آفریننده آن است. ارزش نمادین و آثار قانونی مترتب بر این سند مهم ضروری می‌کند که صاحب‌نظران، دلبستگان و وابستگان به دادگستری این محصول مهم را مورد ارزیابی قرار دهند. دادگستری مصون از نقد و ارزیابی به حتم بی‌دادگستری خواهد بود. واکاوی رأی و برجستگی ارزش‌ها و ضد ارزش‌های آن می‌تواند تلنگری جدی به دادرسان باشد تا دریابند که محصول ایشان در برابر دیدگان همگان قرار داشته و در شرف ارزیابی است. وانگهی به مدد نصیحت ناصحان مشفق و تأمل جدی در رفتار قضایی و نظام فکری خویش تلاش خواهد کرد تا با رهیافت جدی و نقشه راه<sup>۱</sup> بهتر، عملکرد خویش را ترمیم و بهبود بخشد و بدین وسیله مخاطبان و نظام متبوع را خرسند سازد. در رأی موضوع داوری دیده‌ایم که هرچند از جهاتی عملکرد دادرس درخور دیدن و ستودن است بویژه آن که حرمت اصحاب دعوا پاس داشته شد و وقت گرانبهای ایشان در روندی متعارف و معقول صرف شد اما از جهات فراوان این محصول درخور نکوهش و ایراد است. دادگاه محترم اصول و معیارهای ادبی و نگارشی را فراموش کرد. از تشریفات دادرسی مدنی و اصول دادرسی منصفانه عبور کرد. دعوای خواهان اصلی را در قالب دعوای تقابل (!) نسبت به دعوای تقابل خوانده اصلی (!) پذیرفت! در امر بهره از تدابیر تحقیقی برای جریان سازی و بسترسازی تصمیم شایسته قضایی کوتاهی ورزید. پرونده استنادی کیفری را مطالبه نکرد و به ملاحظه تصویر قرار منع تعقیب متهم بسنده کرد. ایرادات اصحاب دعوا را در دادنامه بازتاب نداده و به نحو طبیعی از پاسخ به آن گذر کرد. به طور خلاصه دادنامه مورد داوری سندی نیست که انتظار مخاطب خاص و عام را برآورده سازد، دادگستری را در افزایش اعتبار و گوارایی محصول بیمه کند، چشم‌انداز روشن به سوی عدالت آیینی و عدالت قضایی بگشاید. در این رأی از نگارش ساده<sup>۲</sup>، سبک حقوقی<sup>۳</sup> و هنر استدلال قضایی<sup>۴</sup> خبری نیست. همچنین نشانی از رأی‌پویا و پیشرو دیده نمی‌شود؛ قاعده‌سازی، روشن‌گری، تلنگر به قانون‌گذار، دورنمای روشن که از معیارهای رأی باشکوه و پویا هست در این آفرینه به چشم نمی‌آید.

1. Road Map
2. Plain writing
3. Legal Style
4. Art of Judicial Reasoning

## منابع و مأخذ:

### فارسی

۱. شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، نشر دراک، چاپ پانزدهم پاییز ۱۳۸۶.
۲. غمامی، دکتر مجید، محسنی، دکتر حسن، اصل سوم از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی برگردان، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۳. غمامی، دکتر مجید، محسنی، دکتر حسن، اصول تضمین کننده عملکرد دموکراتیک دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۴، ۱۳۸۵.
۴. مالوری، فیلیپ، ادبیات و حقوق، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، نشر آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۵. متین دفتری، دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
۶. محسنی، دکتر حسن، آیین دادرسی مدنی فرانسه، جلد نخست، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.
۷. موسوی، دکتر سید عباس، مهارت‌های دادرسی، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ۱۴۰۱.

### انگلیسی

8. Burrows, Andrew, 2014, Judgment-writing: An Academic Perspective, FBA. Legal Research Parer Series
9. Canadian Bar Association Code of Professional Conduct
10. Code of Conduct of the Bar of England and Wales
11. Code of conduct for United states Judges (2019)
12. Code of judicial conduct (2011)
13. Codice deontologico forense
14. Judicial Writing Manual A Pocket Gaide For Judges. Second Edition. 2020
15. Posner.A.Richard, Judge's writing Style and to they Matter University of Chicago law Review, Vol. 62. 1995

### فرانسه

16. Defrenois – souleau , Isabelle , Je veux reussir mon droit , Mothodes de travel et cles du success , Dalloz 11 ed. 2018
17. Nouveau code de procedure civile. 1975

## Judgment Criticism from Procedural justice to Judicial Justice

Seyyed Abbas Mousavi<sup>۱</sup>

### Abstract:

Judgment is the most important output of a judicial system. It is the most valuable document and the most complete proof, reflecting the truth hidden in the case in question, especially if a decision is expressed in the form of a "judgment on the merits" on the case, decisively ends the dispute and expresses the judge's final opinion regarding the nature of the case (Article 299 of the Iranian Civil Procedure Code).

This task has been given to the courts and it is the real mission and the main project of the Judiciary.

Review of a judgment, delineating its strengths and sometimes its shortcomings and inadequacies, is the best assistance one can render the administration of justice.

Based on this belief, I have gone to a judgment that is highly worthy of criticism. Non-existences, deficiencies, shortcomings and inadequacies are evident in this judgment.

A Judgment that ends a dispute relying the efforts of multiple people through several original and ancillary claims, but fails in its main mission.

In this short research, first the text of a judgment, then its writing inadequacies and substantive challenges are mentioned. In the midst of this discussion, the essential elements in making a magnificent, useful and worthy judgment shall be set forth.

**KeyWords:** *Judgment-Counterclaim- Judicial precedent- Fair Trial- Objections.*

<sup>۱</sup>. Former justice of the Supreme court and Lawyer, researcher and university lecturer,  
(Email:Amousavi50@yahoo.com)

## صدور حکم اعدام، ناشی از عدم توجه به ادله اثبات جرم

(تحلیل دادنامه شماره ۵۲۲۰۰۵۲۳۰۰۲۶۹۹۷۰۹۶۰۹۶۰۷/۲۵ شعبه ۲۳ دادگاه

### انقلاب اسلامی تهران)

سید فاضل نوری<sup>۱</sup>

#### چکیده

فلسفه وجودی دستگاه قضایی را می‌توان تامین عدالت و امکان دستیابی به آن و احقاق حق در سایه اجرای صحیح و به موقع حقوق موضوعه دانست. چنین فلسفه‌ای از طریق دادرسی صحیح ممکن است و دادرسی صحیح در قالب صدور آراء وزین و منطبق با قوانین، بروز و ظهور می‌یابد. رأی صحیح و قویم آن است که مبتنی بر ادله، مستند به مواد قانونی باشد و اصول و قواعد دادرسی در آن رعایت شود. بر این اساس در این مقاله، دادنامه صادر شده از شعبه ۲۳ دادگاه انقلاب اسلامی تهران با مشخصات مذکور با نگاه انتقادی و با صرف نظر از جهات مثبت آن، مورد تحلیل قرار گرفته است. نپرداختن به جهات مثبت دادنامه بدان جهت است که اولاً خارج از رویکرد تحلیلی و انتقادی مقاله است ثانیاً مطابق با امر متوقع می‌باشد. نتیجه تحلیل فوق از وجود شش اشکال ساختاری، شانزده اشکال محتوایی و چند اشکال شکلی و نگارشی حکایت دارد. بررسی اشکالات فوق لزوم تقویت نظام آموزش ضمن خدمت و نظارت نسبت به مراجع دادرسی را ناگزیر می‌نمایاند.

**کلیدواژه‌ها:** انواع نقد و تحلیل، الزامات دادرسی، رسیدگی با تعدد قاضی، نظارت قضایی، ادله اثبات جرم، آموزش قضایی.

## ۱. متن دادنامه

شماره دادنامه: ۹۶۰۹۹۷۰۲۶۲۳۰۰۵۲۲

تاریخ: ۱۳۹۶/۷/۲۵

اتهام: خرید و فروش مواد مخدر و تولید آن از نوع شیشه به میزان یک کیلو گرم و ۱۴ کیلو گرم مواد پیش ساز و آبکار حاوی ۵۱ گرم شیشه به قصد تولید شیشه

متهم: رضا... ۱۳۶۳ تبعه ایران

مرجع رسیدگی: شعبه ۲۳ دادگاه انقلاب اسلامی تهران

بسم الله الرحمن الرحيم

در تاریخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۱ پرونده کلاسه: ۹۴۰۹۹۸/۲۳ دادنامه شماره: ۹۶۰۹۹۷۰۲۶۲۳۰۰۵۲۲ دادگاه پس از استماع دفاعیات متهم و جری تشریفات قانونی با اجازه حاصل از ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری ختم رسیدگی را اعلام و با استعانت از خداوند متعال و تکیه بر شرف و وجدان بشرح آتی مبادرت به صدور رأی می کند.

### رأی دادگاه

در پرونده پیوست به حکایت محتویات آن آقای رضا... فرزند... به شناسنامه شماره ۶۲۳ صادره... متولد ۱۳۶۳ تبعه ایران دین اسلام شغل کارگر / بیسواد، مجرد، دارای محکومیت پیشینه کیفری بازداشت بعثت بازداشت موقت مقیم زندان قزلحصار متهم است به خرید و فروش مواد مخدر و تولید آن از نوع شیشه بمیزان یک کیلوگرم و ۱۴ کیلو گرم مواد پیش ساز و آبکار حاوی ۵۱ گرم شیشه بقصد تولید شیشه حالیه با توجه به کیفرخواست صادره از سوی دادسرای عمومی و انقلاب تهران که متضمن دلایلی است بشرح گزارش مأموران انتظامی که در مقام کشف جرم دخیل بودند و صورتجلسه کشف و توزین مواد مخدر و اظهارات متهم نزد دادسرا در مقام قبول عمل مجرمانه می باشد و ایضا اقرار صریح متهم نزد این دادگاه و دفاعیات بلاوجه متهم که در مقام مبرا کردن خود از عمل مجرمانه ارتكابی مطالبی را معروض داشتند و سایر قرائن حالیه و مقالیه و امارات قویه موجود در پرونده و جوابیه تشخیص هویت ناجا در مقام احراز ماهیت و هویت مواد مکشوفه صفحه ۴۷ پرونده و ایضا حصول اقناع وجدانی در ارتكاب بزه انتسابی به نحو عالمأ و عامداً مجرمیت متهم در حد تولید و نگهداری شیشه به میزان یک کیلو

گرم و شروع به تولید مواد روانگردان مکشوفه به میزان ۱۴ کیلوگرم مواد پیش ساز تولید شیشه محرز و مسلم تشخیص لذا دادگاه با اجازه حاصل از ماده ۳۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ مجلس شورای اسلامی و استناد به ماده ۸ ناظر به بند ۶ از قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹/۵/۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ناظر به بند الف مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی متهم را از حیث بزه نگهداری مواد وران گردان شیشه بمیزان یک کیلو گرم هرچند متهم نسبت به چنین جرمی برای مرتبه اول مرتکب گردید و موفق به توزیع و یا فروش آن نشده لکن میزان مواد مکشوفه بیش از یکصد گرم می‌باشد و طبعاً مشمول هیچ کدام از شروط صدریه تبصره ذیل به تبصره مذکور قانون اخیرالذکر مورد تشخیص نبوده لذا به تحمل مجازات اعدام محکوم می‌کند و نسبت به مقوله مصادره اموال بجهت عدم شناسایی مایملکی از متهم موضوعاً منتفی و دادگاه مواجهه با تکلیفی نمی‌باشد و ایضاً از حیث بزه دیگر دائر بر شروع بجرم تولید شیشه به تحمل ده سال حبس تعزیری محکوم می‌کند و مواد مکشوفه به استناد ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی توجهاً به این که در امر پزشکی مورد استفاده نداشته معدوم گردد. و ایام بازداشت قبلی محکوم علیه به استناد ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری و نظرهای حقوقی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره‌های ۷/۱۳۳۴ - ۸۳/۷/۲۳ و ۷۳۴۰ - ۷۳/۵/۴ و ۷۲۰۰ - ۷۱/۳/۲۰ و ۷۸۰۸۵ - ۷۹/۹/۱۸ و ۷۶/۶۵۶۳ - ۷۶/۱۱/۱ و ۷۷/۷۳۴۰ - ۷۵/۱۱/۲۴ و ۷۴/۷/۱۳ و ۷۴۴۱۸ - ۷/۸۴۸۱ - ۷۳/۱۲/۱۷ از میزان مجازات معینه حبس محاسبه و کسر می‌گردد و در اجرای ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مجازات اشد اجرا شود رأی اصداری به استناد مادتين ۴۲۶ و ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری حضوری و پس از ابلاغ ظرف مهلت بیست روز قابل فرجام خواهی در مرجع عالی قضایی خواهد بود.

دادرس دادگاه -... دادرس شعبه ۲۳ دادگاه انقلاب اسلامی تهران -...



نظام دادرسی کیفری که بر اثر تجارب گران و پرهزینه چند قرن، شکل یافته است، در پی تحقق فلسفه و هدف دادرسی کیفری است؛ چه فلسفه و هدف مرحله عالیه آن یعنی کشف حقیقت و اجرای عدالت بر اساس حقیقت مکشوفه باشد، که صعب یا حتی ناممکن است و چه صرفاً فصل خصومت باشد. در نظام حقوق کیفری ایران که بر اساس نظام رومی / ژرمنی بنا شده و در دهه‌های اخیر سعی شده است با نوع چهارم نظامهای حاکم کیفری، یعنی نظام کیفری اسلامی تطبیق داده شود، رعایت قواعد آمره ناشی از حقوق موضوعه و در کنار آن آموزه‌های اسلامی هم راستا با قوانین، اهمیت مضاعف دارد. از این رو دادرسان در مراجع قضایی برای صدور رأی، باید مجموعه‌ای از اصول، قواعد و مقررات پیش بینی شده در حقوق موضوعه را مدنظر داشته و رعایت کنند در این مقاله میزان رعایت مجموعه مذکور در دادنامه صادر شده از شعبه ۲۳ دادگاه انقلاب تهران که عیناً و بدون هیچ تغییری - حتی نگارشی - نقل شد مورد مطالعه و بررسی است، که در قالب تحلیل رأی ارائه می‌شود.

در مقام تحلیل رأی مذکور بهتر آن است که آن چه از الزامات دادرسی رعایت شده و آن چه رعایت نشده باشد، فی الجمله مورد بحث و یا حداقل اشاره قرار گیرد؛ لکن از آنجا که رعایت اصول و قواعد مذکور متوقع است و شأن صادرکنندگان که قضاوت و اتخاذ تصمیم راجع به انسانها و متعلقات انسانها را به عهده دارند، آن را اقتضا دارد، در این مقاله مطالب مربوط به رعایت موارد نکات مورد تحلیل قرار نمی‌گیرد. به دیگر عبارت، در این مقاله نکات مثبت دادنامه موصوف، مورد تحلیل نیست و به علت پیش گفته صرفاً نکات منفی آن در این نوشتار، مورد تحلیل است. بنابر این لزوم احترام به شخصیت قضات محترم صادر کننده دادنامه یاد شده امری مسلم و محفوظ است و اشکالاتی که در این مقاله آورده می‌شود صرفاً حیثیت علمی دارد و خدشه‌ای به مقام و شخصیت قضات معزز موصوف نیست.

با توجه به مراتب یاد شده در ادامه رأی موضوع این نوشتار را در سه بخش «بررسی ساختاری»، «تحلیل محتوایی» و «نقد نگارشی» مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳. بررسی ساختاری

منظور از بررسی ساختاری، عبارت است از مطالعه و بررسی ظاهر رأی با توجه به اجزاء تشکیل دهنده آن. این بررسی در نقطه مقابل بررسی محتوایی رأی قرار دارد. ساختار رأی حاضر از شش جهت مورد بررسی و مطالعه است که ذیلاً تبیین می‌شود.

#### ۳-۱. ذکر اشتباه نام قانون

در گردش کار رأی به ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری استناد شده است؛ این در حالی است که قانون مذکور که مصوب سال ۱۳۷۸ می‌باشد، فقط ماده ۳۰۸ دارد لذا ماده ۳۷۴ در آن وجود ندارد. بنابر این در گردش کار رأی، نام قانون به اشتباه آمده است و منظور قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد. این اشتباه احتمالا ناشی از استفاده از فرمهای از پیش تهیه شده برای صدور رأی بوده است، ولی البته اشتباه را توجیه نمی‌کند و مناسب است که متصدیان امور برای خروجی کار خود ارزش و اهمیت بیشتری قائل باشند خصوصاً وقتی که رأیی با مجازات اعدام صادر می‌کنند.

#### ۳-۲. شروع ناروا و نازبیا

ابتدای رأی با این جمله شروع شده است: «در پرونده پیوست به حکایت محتویات آن». این جمله حداقل دارای دو ایراد است: اول این که صدور رأی یک فرایند است که حاصل فعالیت‌های متعدد منعکس در پرونده و غیر آن می‌باشد نه این که رأی یک موجود مستقل با صرف‌نظر از پرونده محاکماتی باشد. در این حال توصف پروند به پیوست بودن وجهی ندارد. دوم این که بر فرض پسندیده بودن استفاده از جمله مذکور، لازم است ترتیب چیدمان آن معکوس باشد یعنی از این جمله استفاده شود: به «حکایت محتویات پرونده پیوست»

#### ۳-۳. اشتباه در ذکر عنوان قانون و استناد به ماده قانونی منسوخ

در دادنامه آمده است: «لذا دادگاه با اجازه حاصل از ماده ۳۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ مجلس شورای اسلامی». در بررسی این ماده استنادی معلوم می‌شود که اولاً قانون مذکور (قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب) اصلاً ماده ۳۲ ندارد بلکه به صورت ماده واحده است که دارای ۱۵ بند است و در این

قانون اصلاً ماده ۳۲ قانون تشکیل اصلاح نشده است. لذا به نظر می‌رسد منظور دادگاه ماده ۳۲ خود قانون تشکیل مصوب تاریخ مذکور در دادنامه است نه قانون اصلاح آن که مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۲ می‌باشد. علی‌ای حال ماده مذکور از این قرار است: «ماده ۳۲ - تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت هر دادگاه نسبت به دعوای مطروحه با همان دادگاهی است که قانوناً مکلف به رسیدگی به پرونده بوده است.» که با توجه به آن صرف‌نظر از این که نام قانون در دادنامه اشتباه آمده است، از اساس نیازی به ذکر آن نیست زیرا ماده مذکور یک قاعده آمره را بیان می‌کند و معنا ندارد در مستندات یک رأی تمام موادی که بیانگر قواعد آمره است آورده شود زیرا در این صورت باید سیاهه مفصلی از نام قوانین و شماره مواد در هر دادنامه وجود داشته باشد. ثانیاً ماده یادشده به موجب ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ به صورت صریح نسخ شده است و در دادنامه صادر در قریب چهار سال بعد به آن استناد شده است.

#### ۴-۳. پیچیدگی نابه‌جا در ذکر ماده استنادی

در دادنامه این عبارت آمده است: «و استناد به ماده ۸ ناظر به بند ۶ از قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹/۵/۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام». در قانون مذکور بند جداگانه‌ای که به عنوان بند ۶ شناخته شود وجود ندارد. منظور قضات صادر کننده رأی از عبارت مذکور، بند ۶ ماده ۸ است لذا صحیح آن بود که به همان بند استناد می‌کردند و در رأی خود حکم صدر ماده را که ماده ۸ باشد می‌آوردند. به هر حال تعبیر ناظر بودن خود ماده به بند ۶ خودش، تعبیر صحیحی نیست. همین اشتباه در مستند بعدی هم رخ داده است: «و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ناظر به بند الف مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی». در اینجا هم کافی بود که دادگاه به بند الف ماده ۱۲۲ قانون مذکور استناد می‌کرد.

#### ۴-۳. رسا و سلیس نبودن عبارتها و تعقید شدید

عبارت «و طبعاً مشمول هیچ کدام از شروط صدریه تبصره ذیل به تبصره مذکور قانون اخیرالذکر مورد تشخیص نبوده»، به هیچ وجه از سلاست و روانی بهره مند نیست به نحوی که اولاً حاوی کلمات نامأنوس است ثانیاً کلمات یادشده به صورت پی در پی استعمال شده است. این وضعیت نارسایی معنایی را در پی دارد. به نحوی که تا زمان نگارش این مقاله، نگارنده هم متوجه نشد

منظور از «شروط صدریه تبصره ذیلیه تبصره مذکور قانون اخیرالذکر» چیست؟ زیرا اولاً آخرین قانونی که تا این قسمت دادنامه ذکر شده است، قانون مجازات اسلامی است. ثانیاً به ماده ۱۲۲ این قانون استناد شده است. ثالثاً ماده مذکور یک تبصره دارد که فاقد شروط صدریه است: «تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی: هرگاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیرممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.» رابعاً این تبصره دیگر خود تبصره ندارد تا عبارت «تبصره ذیلیه تبصره مذکور» معنا داشته باشد.

### ۶-۳. قید مشخصات نظرهای مشورتی به صورت انبوه

در خصوص احتساب ایام بازداشت قبلی این عبارت در دادنامه آمده است: «و ایام بازداشت قبلی محکوم علیه به استناد ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری و نظرهای حقوقی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره‌های ۷/۱۳۳۴ - ۸۳/۷/۲۳ و ۷۳۴۰ - ۷۳/۵/۴ و ۷/۲۰۰ - ۷۱/۳/۲۰ و ۷/۸۰۸۵ - ۷۹/۹/۱۸ و ۷/۶۵۶۳ - ۷۶/۱۱/۱ و ۷۳۴۰ - ۷/۷۳۴۰ و ۷۵/۱۱/۲۴ و ۷/۴۴۱۸ - ۸۴/۷/۱۳ و ۷/۸۴۸۱ - ۷۳/۱۲/۱۷ از میزان مجازات معینه حبس محاسبه و کسر می‌گردد». در صورتی که موضوع مورد حکم فاقد صراحت قانونی باشد و یا در دکترین حقوقی معرکه آراء باشد و یا این که دلیل موجه دیگری وجود داشته باشد، آوردن تعداد بسیاری نظر مشورتی در دادنامه شاید موجه باشد اما در خصوص موضوع لزوم احتساب ایام بازداشت قبلی در اجرای حکم حبس که قانون بر آن تصریح دارد و قدیم و جدیداً مورد اختلاف نبوده است، آوردن انبوهی از نظرهای مذکور آن هم در حد شماره و تاریخ و بدون اشاره به محتوای آن، ظاهراً هیچ فایده‌ای ندارد.

### ۴. تحلیل محتوایی

منظور از تحلیل محتوایی رأی، مطالعه و بررسی آن از حیث محتوا، مفاد و مضمون آن است که می‌توان از آن به نتایج تصمیمات قضایی و ثمره عملی دادرسی هم تعبیر کرد. در ادامه با تحلیل

محتوایی دادنامه موضوع این مقاله، شانزده نکته انتقادی راجع به دادنامه موصوف توضیح داده می‌شود.

#### ۴-۱. عدم توجه به آثار سابقه کیفری

در مقدمه دادنامه تصریح شده است که متهم سابقه محکومیت کیفری دارد؛ لکن راجع به این که محکومیت کیفری وی چه بوده و چه تأثیری در حکمی که دادگاه می‌خواهد صادر کند دارد، هیچ اشاره‌ای نشده است. این در حالی است که در مواردی سابقه محکومیت، موجب تغییر نوع مجازات است. مثلاً طبق بند پ ماده ۴۵ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن، اگر مرتکب جرمی که مجازات اعدام دارد، سابقه محکومیت به لحاظ ارتکاب جرم مواد مخدری مستلزم اعدام یا حبس ابد و یا حبس بیش از پانزده سال داشته باشد، باید محکوم به اعدام شود و اگر نداشته باشد باید به حبس و جزای نقدی درجه یک محکوم شود. این تأثیر زیاد محکومیت کیفری امری نیست که سزاوار باشد دادگاه، بی توجه از کنار آن گذشته و مشخص نکند که محکوم علیه چه پیشینه کیفری‌ای دارد.

#### ۴-۲. ابهام در نوع اتهام

نارسایی تعابیر و عدم توانایی نگارنده نسبت به بیان واضح اتهام در این عبارت که برای بیان اتهام تنظیم شده است مشهود است: «خرید و فروش مواد مخدر و تولید آن از نوع شیشه به میزان یک کیلوگرم و ۱۴ کیلو گرم مواد پیش ساز و آبکار حاوی ۵۱ گرم شیشه به قصد تولید شیشه» وجه ابهام این است که اولاً اتهام شخصی که طی دادنامه مذکور محکوم به اعدام شده است، آیا خرید یک کیلوگرم شیشه است؟ یا فروش آن؟ و یا تولید آن و یا هر سه؟ ثانیاً نسبت به مواد پیش ساخته که ۱۴ کیلوگرم است، متهم چه کاری انجام داده؟ آیا خریده؟ یا فروخته؟ و یا نگهداری کرده است؟ و یا چیز دیگر؟ ثالثاً منظور از ۵۱ گرم شیشه چیست؟ آیا این ۵۱ گرم در ضمن آن ۱۴ کیلو وجود داشته یا این که متهم می‌خواسته با آن ۱۴ کیلو، ۵۱ گرم شیشه تولید کند؟ و یا امری دیگر مراد است؟ ظاهر عبارت این است که آن ۱۴ کیلو حاوی ۵۱ گرم شیشه بوده است که امری بعید به نظر می‌رسد زیرا قبل از این که شیشه ساخته شود چگونه وزن آن را می‌دانند آن هم این قدر دقیق!

بنابراین در خصوص نوع، مصادیق و میزان اتهام ابهام وجود دارد؛ این در حالی است که اتهام، نقطه محوری دادرسی و صدور رأی است و بر پایه محور دادرسی کیفری که وقوع جرم است، بنا می‌شود و از اولین گام تعقیب کیفری، مطرح بوده و تا تبدیل آن به مجرمیت متهمی که تحت تعقیب و تحقیق و دادرسی قرار می‌گیرد استمرار دارد. ابهام در امر مهمی از این‌گونه و بیان ناقص آن، در جرمی که مجازات سنگین اعدام و ده سال حبس را در پی دارد، ناپسند و نارواست.

#### ۴-۳. ذکر نکردن دلایل کیفرخواست

در متن دادنامه این عبارت آمده است: «با توجه به کیفرخواست صادره از سوی دادسرای عمومی و انقلاب تهران که متضمن دلایلی است به شرح گزارش مأموران انتظامی». این که کیفرخواست متضمن دلایلی است، برای استناد به آن دلایل، کافی نیست؛ بلکه باید آن دلایل نقل شود تا قابل ارزیابی بوده و محکوم علیه نیز بتواند در صورتی که نسبت به آنها اعتراضی دارد امکان تجدیدنظرخواهی برایش فراهم باشد بنابر این صرف ادعای وجود دلایل در کیفرخواست، رأی را مستدل نمی‌کند.

#### ۴-۴. ابهام در انجام صحیح مرحله کشف جرم

در دادنامه راجع به مأموران انتظامی این عبارت آمده است: «که در مقام کشف جرم دخیل بودند». عبارت مذکور این ابهام را به همراه دارد که اشخاص دیگری نیز، کشف جرم را به عهده داشته‌اند درحالی که کشف جرم صرفاً از وظایف ضابطان دادگستری است و دیگران نمی‌توانند در شرائط عادی نسبت به آن دخالتی داشته باشند مگر در حدود تبصره ۱ ماده ۴۵ ق.آ.د.ک آن را تصدی کنند بنابر این تعبیر دخیل بودن مأموران انتظامی موجب شبهه در مرحله کشف جرم است.

#### ۴-۵. معلوم نبودن مقام استماع اقرار

در دادنامه و در زمره ادله اثباتی اتهام این عبارت آمده است: «اظهارات متهم نزد دادسرا در مقام قبول عمل مجرمانه می‌باشد». این تعبیر از حیث اعتبار اظهاراتی از متهم که به جرم خود اقرار کرده باشد، با ابهام مواجه است زیرا دادسرا متشکل است از دادستان، معاونان وی، دادیاران، بازپرس و پرسنل اداری. حال که قضات صادرکننده رأی در مقام شمارش ادله انتساب بزه به

متهم هستند، دقیقاً باید مشخص می‌کردند که اولاً اظهارات متهم نزد کدام یک از مقامات دادسرا بوده است ثانیاً دقیقاً مفاد اظهارات و مؤدای اقرار یا مقرّبه چه بوده است؟ ثالثاً و مهم‌تر از دو مورد قبل این که قضات صادرکننده چگونه احراز کرده‌اند که اظهارات متهم در مقام قبول عمل مجرمانه بوده است؟ در حالی که اگر متهمی از مشاعر سالم برخوردار باشد، اظهارات خود را در مقام انکار که منجر به تبرئه خود شود بیان می‌دارد و بی جهت در صدد این بر نمی‌آید که اظهاراتی در مقام قبول عمل مجرمانه داشته باشد آن هم در دادسرا که علی القاعده نباید فشار غیرمترقبه‌ای بر متهم حاکم باشد. رابعاً با توجه به این که در متن رأی، اتهام محکوم علیه، دو امر ذکر شده است - که با ابهام مواجه بود - در این جا که دادگاه یکی از دلایل را عبارت می‌داند از «اظهارات متهم نزد دادسرا در مقام قبول عمل مجرمانه»، می‌بایست مشخص می‌کرد که اظهارات متهم دال بر قبول هردو اتهام مذکور در رأی است یا یکی از آنها و آن کدام است؟ و علاوه بر این اگر قرار است به اظهارات متهم به عنوان یک دلیل استناد شود یا باید قسمتی از متن اظهارات نقل می‌شد و یا این که حداقل به صفحه مربوطه در پرونده ارجاع داده می‌شد. در وضعیت کنونی که معلوم نیست اظهارات متهم نزد کدام یک از مقامات دادسرا بوده؟ و مفاد آن چه بوده؟ و کدام یک از اعمال مجرمانه را قبول کرده است؟ نمی‌توان به چنین اظهاراتی به عنوان دلیل اثباتی استناد کرد. خامساً این ابهام وجود دارد که آیا اظهار کردن «در مقام قبول عمل مجرمانه»، همان قبول کردن و اقرار می‌باشد که از ادله اثبات دعوا است یا به عنوان یک اماره قضایی از آن استفاده شده است.

#### ۴-۶. ابهام در مفاد اقرار

با توجه به این که اقرار از اهمیت خاص برخوردار است و در بین ادله اثبات دعوا به عنوان شاه دلیل شناخته شده است، لازم بود متن اقرار صریح متهم نزد دادگاه نقل می‌شد تا اقرار بودن و صریح بودن آن قابل فهم و احیاناً قابل قضاوت باشد و اگر از چنین ماهیتی برخوردار نیست - که ظاهراً نیست زیرا بلافاصله بعد از این قسمت در دادنامه از دفاعیات بلاوجه متهم یاد شده است - قابل تجدیدنظرخواهی باشد.

#### ۷-۴. استفاده از دلیل نافی انتساب بزه به عنوان دلیل مثبت بزه

در قسمتی از دادنامه می‌خوانیم: «و ایضا اقرار صریح متهم نزد این دادگاه و دفاعیات بلاوجه متهم که در مقام مبرا کردن خود از عمل مجرمانه ارتكابی مطالبی را معروض داشتند». آوردن دو مطلب متضاد در کنار یک‌دیگر تحت عنوان دلیل اثباتی، اشتباه است و توجیهی برای آن به نظر نمی‌رسد. دو مطلب مورد اشاره از این قرار است: ۱. متهم نزد دادگاه اقرار صریح بر عمل مجرمانه خود کرده است ۲. متهم برای مبرا کردن خود دفاعیات بلاوجهی کرده است. این دو مطلب متوالیا ذکر شده یعنی مطلب دوم بلافاصله بعد از مطلب اول آمده است. اشکالی که در جمع این دو مطلب وجود دارد این است که اگر متهم دفاعیاتی کرده و قصدش این بوده که خود را مبرا سازد دیگر همزمان با این رفتار معنا ندارد که بگوییم نزد دادگاه نسبت به ارتكاب عمل مجرمانه اقرار صریح داشته است؛ مگر این که متهم از توجه کافی به گفتار و رفتار خود برخوردار نباشد که در این صورت به حکم ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه وظیفه داشت در خصوص احتمال جنون وی تحقیقات لازم را به عمل آورد. به طور کلی مطابق ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی «اقرار عبارت است از اخبار شخص به ارتكاب جرم از جانب خود» و مطابق ماده ۱۶۶ همان قانون اقرار «باید روشن و بدون ابهام باشد». و مطابق قواعد عمومی اقرار که از جمله در ماده ۱۲۸۲ قانون مدنی آمده است «اگر موضوع اقرار در محکمه مقید به قید یا وصفی باشد مقزله نمی‌تواند آن را تجزیه کرده از قسمتی از آن که به نفع او است بر ضرر مقرّر استفاده نماید و از جزء دیگر آن صرف نظر کند». بنابراین ضرورت داشت که دادگاه با این دو جزء مختلف الاثر از اظهارات متهم را (اقرار و دفاعیات بلاوجه) توضیح داده و تبیین می‌کرد.

#### ۸-۴. اجمال در دفاعیه بلاوجه

مطلب موجود در دادنامه در این خصوص از این قرار است: «و دفاعیات بلاوجه متهم که در مقام مبرا کردن خود از عمل مجرمانه ارتكابی مطالبی را معروض داشتند». این که متهم دفاعیاتی داشته اما بلا وجه بوده است دادگاه آن را مشخص نکرده که چه دفاعیاتی بوده است و بلاوجه بودن آن چه توضیحی دارد؟ بنابراین از دو جهت با ایراد همراه است: ۱. باید مشخص می‌شد که دقیقاً دفاعیات متهم چه بوده آن گاه دادگاه آن را با ادله‌ای که بر توجه و انتساب اتهام به وی وجود داشته می‌سنجید و نتیجه می‌گرفت که فلان دفاع با توجه به وجود فلان دلیل، وجهی



ندارد ۲. در جمله قبلی دادنامه از اقرار صریح متهم نام برده شده بود همان طور که اشاره شد، جمع این دو مطلب باهم سوال برانگیز است که چگونه از طرفی متهم اقرار صریح داشته است و همزمان دفاعیات بلاوجهی داشته که می خواسته است خود را از اتهام مبرا سازد؟

#### ۴-۹. عدم تعین قراین و امارات

در دادنامه این عبارت آمده است: «و سایر قراین حالیه و مقالیه و امارات قویه موجود در پرونده». کلمه قراین جمع قرینه است و حداقل جمع دوتا می باشد. اضافه شدن کلمه قراین به دو مضاف الیه حالیه و مقالیه مستلزم این است که در خصوص انتساب اتهام به متهم پرونده حداقل دو قرینه حالیه و نیز دو قرینه مقالیه یعنی جمعا چهار قرینه وجود داشته باشد. عبارت امارات قویه نیز همین وضعیت را دارد یعنی بر اساس این عبارت علاوه بر آن چهار قرینه حداقل باید دو اماره قوی که معلوم نیست از چه نوعی است، نیز وجود داشته باشد. لذا در مجموع ۶ قرینه و اماره در خصوص انتساب اتهام به متهم وجود دارد اما مشکل اینجاست که اصلا معلوم نیست که قراین و امارات مذکور که حداقل شش مصداق دارد، چیست؟ تا بتوان آنها را ارزیابی کرد و محکوم علیه هم امکان تجدیدنظرخواهی نسبت به آن را داشته باشد. عدم ذکر موارد شش گانه مذکور در وضعیتی است که قرار است محکوم علیه به مجازات سنگین اعدام و ده سال حبس محکوم شود. اهمیت این امر زمانی بیشتر می شود که به تکلیف قضات در هنگام استناد به قراین و امارات توجه کنیم. از جمله این که در فراز پایانی ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است که «در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قراین و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.»

#### ۴-۱۰. نشان دادن نتیجه دلایل به جای دلیل

در ادامه دادنامه این عبارت آمده است: «و ایضا حصول اقناع وجدانی در ارتکاب بزه انتسابی به نحو عالماً و عامداً». این در حالی است که اقناع وجدانی برای قاضی به منظور تصمیم گیری راجع به متهم و صدور حکم محکومیت، باید ماحصل مجموعه ادله اثباتی جرم و ارزیابی آن ادله باشد نه این که خود به عنوان یک دلیل برای اثبات جرم تلقی شود.

اما چنان چه منظور قضات صادر کننده حکم استناد به علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات جرم باشد در این صورت ایرادات متعددی به خاطر نادیده گرفتن یا عدم انعکاس ضوابط استناد

به علم قاضی در رأی مورد بررسی وجود خواهد داشت زیرا اولاً اگر منظور صادر کنندگان رأی از «اقتناع وجدانی» عبارت باشد از «علم استنباطی»، که برای ایشان از محتویات پرونده حاصل شده است، در این صورت باید توجه کنند که این علم صراحتاً مطابق تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی بی اعتبار شناخته شده است و گفته شده است که «در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.» اما اگر منظور ایشان از «اقتناع وجدانی» همان علم قاضی باشد در این صورت باید ضوابط آن رعایت شود از جمله این که باید مستندی بین و آشکار داشته باشد و همان‌طور که در صدر ماده ۲۱۱ مذکور ذکر شده است باید به طور صریح قرائن و امارات بین مستند علم خود را در حکم قید کند. ثانیاً مطابق تبصره ماده مزبور «قراین و امارات که نوعاً علم آور» هستند، مصادیقی دارند همچون نظر کارشناس، اظهارات مطلعان و گزارش ضابطان واجد شرایط؛ که در این رأی نشانی از آنها دیده نمی‌شود.

#### ۴-۱۱. اعلام نتیجه دادرسی (اعدام) بدون ارزیابی ادله اثباتی

پس از طی موارد پیش گفته در این قسمت رأی اولین نتیجه دادرسی به این صورت اعلام شده است: «و طبعاً مشمول هیچ کدام از شروط صدریه تبصره ذیلیه تبصره مذکور قانون اخیرالذکر مورد تشخیص نبوده لذا به تحمل مجازات اعدام محکوم می‌کند» این اعلام نتیجه دادرسی در حالی است که ارزیابی دادگاه رسیدگی کننده از ادله اثبات جرم مشخص نیست. یعنی می‌بایست این امر مورد بررسی قرار می‌گرفت که اتهام انتسابی به متهم بر اساس کدام یک از دیگر ادله اثباتی شامل شهادت، قسامه و سوگند به اثبات رسیده است؛ که بیان چنین دلایل اثباتی در رأی صادر شده ملاحظه نمی‌شود. این موضوع اعتبار حقوقی رأی را از اساس مخدوش می‌کند زیرا ادله اثباتی جرم در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی به صورت انحصاری احصاء شده است: «ماده ۱۶۰: ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است.» اولین دلیل که اقرار باشد راجع به آن توضیح داده شد که به رغم اعلام دادگاه وجود آن مخدوش است اما نسبت به آخرین دلیل که علم قاضی باشد، نیز بی اعتبار است. لذا مستند حکم مذکور یا علم قاضی نیست و یا این که به لحاظ عدم رعایت مفاد ماده ۲۱۱ مذکور فاقد ارزش اثباتی است.

#### ۴-۱۲. اشتباه در اموال حاصل از جرم با مایملک مجرم

در قسمتی از دادنامه می‌خوانیم: «و نسبت به مقوله مصادره اموال به جهت عدم شناسایی مایملکی از متهم موضوعاً منتفی و دادگاه مواجه با تکلیفی نمی‌باشد». در اینجا دادگاه مشخص نکرده است که به استناد کدام یک از مواد قانونی وظیفه داشته که مایملک متهم را مورد شناسایی و مصادره قرار بدهد؟ و بر اساس آن وظیفه چه اقداماتی را انجام داده است؟ که اکنون نتیجه آن را تحت عنوان عدم شناسایی مایملک متهم ذکر می‌کند؟ به نظر می‌رسد این اشتباه ناشی از مفاد بند ۴ ماده ۴ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن باشد که مقرر داشته است: «۴- بیش از پنج کیلوگرم، اعدام و مصادره اموال ناشی از همان جرم»؛ در حالی که این مقرر قانونی، مصادره اموال ناشی از جرم را مورد حکم قرار داده و الزام کرده است نه این که دادگاه حق داشته باشد باشد مایملک مجرم را مصادره کند.

#### ۴-۱۳. محکوم کردن نسبت به اتهام غیر مذکور

دومین نتیجه دادرسی دادگاه این گونه در دادنامه منعکس است: «و ایضاً از حیث بزه دیگر دایر بر شروع به جرم تولید شیشه به تحمل ده سال حبس تعزیری محکوم می‌کند». اگر صدر دادنامه که اتهامات ذکر می‌شود مورد مذاقه قرار گیرد، تعبیری راجع به شروع جرم به عنوان یک عنوان مجرمانه تعریف شده در قانون وجود ندارد و در اینجا بدون استدلال و استناد به ناگاه حکم به محکومیت ده ساله حبس صادر شده است البته از بررسی سطور فوق می‌توان فهمید که منظور قضات محترم مفاد بند ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی است که در آنجا حبس تعزیری درجه چهار مقرر شده است که حداکثر آن همان ده سال است که مورد حکم قرار گرفته است. اما به هر حال این قسمت دادنامه فاقد سه ویژگی مستدل بودن، مستند بودن و موجه بودن است.

#### ۴-۱۴. عدم بهره‌گیری از نظر کارشناسی

در قسمتی از دادنامه می‌خوانیم: «و مواد مکشوفه به استناد ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی توجهاً به این که در امر پزشکی مورد استفاده نداشته معدوم گردد». در اینجا حکم به معدوم کردن مواد مکشوفه این گونه توجیه شده است که در امر پزشکی مورد استفاده ندارد؛ اما معلوم نشده است که بر اساس چه استعلام و کدام نظر کارشناسی قضات صادر کننده رأی به این تصمیم رسیده اند؟

#### ۴-۱۵. بی اعتباری دادنامه در فرض عدم حضور دادستان

بنابر ماده‌های ۳۰۰ و ۴۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری حضور دادستان یا نماینده او در جلسات دادگاه کیفری یک الزامی است و با توجه به این که مطابق ماده ۲۹۷ قانون مذکور، دادگاه انقلاب برای رسیدگی به جرایم موجب مجازات مندرج در بندهای الف تا ت ماده ۳۰۲ قانون یادشده با تعدد قاضی رسیدگی می‌کند و با عنایت به تبصره ماده ۲۹۷ همان قانون که مقررات دادرسی دادگاه کیفری یک را برای دادگاه انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌کند، جاری دانسته است، این نتیجه حاصل می‌شود که در پرونده حاضر که موضوع آن رسیدگی به جرمی با مجازات مندرج در بند الف ماده ۳۰۲ می‌باشد، حضور دادستان یا نماینده وی در جلسه رسیدگی دادگاه الزامی است. این در حالی است که در رأی صادر شده موضوع این مقاله، هیچ نشانی از این که نماینده دادستان در جلسه دادگاه حضور داشته است، وجود ندارد. اگر این برداشت صحیح باشد، یعنی جلسه دادگاه بدون حضور دادستان یا نماینده وی تشکیل شده باشد، مطابق مستنبط از مواد قانونی مذکور و نظر شماره ۷/۲۸۴۴ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه از موجبات نقض دادنامه است و در واقع دادنامه از اعتبار ساقط است.

#### ۴-۱۶. تشکیک در اعتبار دادنامه در فرض عدم حضور وکیل

بنابر ماده ۳۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری که تعیین وکیل تعیننی یا تسخیری را برای رسیدگی به جرایم بندهای الف تا ت ماده ۳۰۲ قانون یادشده الزامی می‌داند و با توجه به این که مطابق ماده ۲۹۷ قانون مذکور، دادگاه انقلاب برای رسیدگی به جرایم موجب مجازات مندرج در بندهای الف تا ت ماده ۳۰۲ با تعدد قاضی رسیدگی می‌کند و با عنایت به تبصره ماده ۲۹۷ همان قانون که مقررات دادرسی دادگاه کیفری یک را برای دادگاه انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌کند، جاری می‌داند، این نتیجه حاصل می‌شود که در پرونده حاضر که موضوع آن رسیدگی به جرمی با مجازات مندرج در بند الف ماده ۳۰۲ می‌باشد، حضور وکیل الزامی بوده است. حتی در تحقیقات مقدماتی که محرمانه هست نیز طبق تبصره ۲ ماده ۱۹۰ قانون مارالذکر حضور وکیل الزامی بوده است. اما در رأی موضوع این مقاله، نشانی از حضور وکیل در جلسه رسیدگی نیست که اگر چنین بوده باشد، با تنقیح مناط از موارد الزامی حضور

دادستان که در بند قبل ذکر شد، از موجبات نقض دادنامه خواهد بود و در واقع دادنامه یاد شده اعتبار ندارد.

## ۵. نقد نگارشی

منظور از نقد نگارشی رأی عبارت است از مطالعه انتقادی رأی از حیث رعایت قواعد ادبی و نگارشی. در ادامه هفت نکته از این جنس راجع به دادنامه موضوع این مقاله، مورد اشاره قرار می‌گیرد. این نکات شامل عباراتی در رأی است که از حیث معنایی صحیح است ولی از حیث رعایت قواعد ادبی مبتلا به اشکال است، به شرح ذیل:

۱. عبارت: «دارای محکومیت پیشینه کیفری». معلوم است که منظور قضات صادرکننده رأی این بوده است که بگویند متهم پرونده، سابقه محکومیت کیفری دارد که این مطلب را با عبارت غلط و بی معنی «محکومیت پیشینه کیفری» مطرح کرده‌اند.

۲. عبارت «بازداشت به علت بازداشت موقت» عبارتی درست ولی ناقص است شاید عبارتی شبیه «در حال حاضر تحت قرار بازداشت موقت، بازداشت است»، صحیح تر باشد.

۳. کلمه حالیه در عبارت «حالیه با توجه به کیفرخواست صادره» نا مأنوس می‌نماید چرا که در فارسی معیار و در عرف فعلی جامعه و همچنین در ادبیات رایج بین قضات، چندان استعمال نمی‌شود.

۴. کلماتی مثل بعلت، بشرح، بمیزان، بجهت و بجرم، که در متن رأی آمده باید به صورت جدا (به علت، به شرح، به میزان، به جهت و به جرم) تایپ می‌شد. کلمه روان گردان در یک مورد به صورت وران گردان تایپ شده است که با توجه به اهمیت رأی این موارد نباید مورد غفلت واقع می‌شد.

۵. استفاده از فعل جمع معروض داشتند، برای متهم واحد اشتباه است مگر این که دادگاه در مقام تکریم و احترام وی باشد، که نیست. مضافاً به این که استفاده از فعل «معروض داشتن» در صورتی که از طرف مراجعان به دادگاه و اصحاب پرونده باشد، امری نیکو و پسندیده است زیرا نوعی ادای احترام به مقام دادگاه است اما آوردن چنین تعبیری توسط خود متصدیان دادگاه، مشعر به نوعی تکبر و خود بزرگ بینی است که پسندیده نیست.

۶. ذکر دو کلمه ماهیت و هویت در عبارت «و جوابیه تشخیص هویت ناجا در مقام احراز ماهیت و هویت مواد مکشوفه»، هرچند می‌تواند به عنوان کلمات مترادف تلقی شود، لکن از دقت کافی بهره مند نیست زیرا کلمه ماهیت که از ماء استفهامیه به علاوه ضمیر هی به اضافه تاء مصدریه تشکیل شده است، به معنای چیستی می‌باشد ولی کلمه هویت به معنای هستی می‌باشد.
۷. استفاده از کلمه طبعاً در جمله «و طبعاً مشمول هیچ کدام از شروط صدریه تبصره ذیلیه تبصره مذکور قانون اخیرالذکر مورد تشخیص نبوده»، صحیح نیست زیرا در موضوع مذکور طبیعت نقشی ندارد.

اصل براءت اشخاص از هر اتهام، که در اصل ۳۷ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مورد تصریح است، اصلی بنیادین، فراگیر و همیشگی است. در کنار این اصل قاعده درأ مصرح در ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی نیز از فراگیری و شمول بسیار برخوردار است. حتی در فرضی که نظام حقوقی ما از اصل مذکور و قاعده یاد شده بهره مند نبود نیز، باز هم برای انتساب ارتکاب بزه به اشخاص، نیاز به دلیل اثباتی بود. در ماده ۱۶۰ قانون اخیر الذکر، ادله اثبات جرم به صورت حصری مشخص شده است که عبارت است از اقرار، شهادت، قسامه، سوگند و علم قاضی. در دادنامه مورد بررسی سه دلیل از دلایل مذکور یعنی شهادت، قسامه و سوگند اصلاً مورد ادعای قضات محترم صادرکننده دادنامه نیست. راجع به دلیل پنجم یعنی علم قاضی تصریحی وجود ندارد الا این که تعبیر «حصول اقناع وجدانی در ارتکاب بزه انتسابی» را استفاده کرده‌اند که این تعبیر اولاً تصریح به حصول علم مذکور در ماده ۱۶۰ یادشده نیست ثانیاً بر فرض تصریح بودن، شرایط علم قاضی را به نحوی که در ماده ۲۱۱ و تبصره آن از همان قانون ذکر آمده است، دارا نمی‌باشد. بنابراین تنها دلیل باقی‌مانده اثباتی اقرار خواهد بود که آن هم با توجه به تصریح آورده شده در دادنامه مبنی بر این که متهم برای مبرا کردن خود دفاعیات بلاوجه داشته است، مخدوش می‌شود و نشان از آن است که در واقع اقرار به نحوی که در ماده ۱۶۴ قانون مذکور تعریف شده است و در ماده ۱۶۷ آن شرط آن ذکر شده است، نمی‌باشد. در نتیجه دلیل اثباتی برای انتساب بزه‌های موضوع دادنامه به متهم وجود نداشته و اصل و قاعده ذکر شده در سطور فوق حاکم است و صدور حکم به اعدام متهم صحیح نیست.

## پیشنهاد:

دو امر نظارت و آموزش در قوه قضائیه بسیار مهم و اثر بخش است که در برخی مواقع دچار کندی و مسامحه می‌شود.<sup>۱</sup> به منظور جلوگیری از صدور دادنامه‌هایی از قبیل دادنامه موضوع این مقاله که علی الظاهر مسبوق به برخی تخلفات در مقام دادرسی هم هست و به منظور ارتقای سطح علمی قضات محترم متصدی امور مهمه، پیشنهاد می‌شود که دو امر یاد شده تقویت شود. در این خصوص الزامات قانونی هم وجود دارد از جمله اصل ۱۶۱ قانون اساسی که وظیفه نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم را برای دیوان عالی کشور مقرر کرده است و آیین‌نامه آن هم به تاریخ ۱۳۹۹/۷/۲۰ تصویب شده است و در بند د ماده ۱۳ این آیین‌نامه پیشنهاد برگزاری دوره‌های آموزشی و در بند خ ماده ۱۴ آن، هماهنگی و تعامل با معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی به منظور برگزاری کلاس‌های آموزشی مورد نیاز هم پیش بینی شده است. ضمن این که در خصوص وظیفه آموزشی و نظارتی برای معاونت منابع انسانی قوه قضائیه ساختار تشکیلاتی و شرح وظایف مفصلی وجود دارد که پیشنهاد می‌شود با استفاده از چنین توان و پتانسیلی نسبت به انجام قوی‌تر و جدی‌تر دو امر نظارت و آموزش اقدام کنند.

۱. تجربه عملی نگارندگان در طول قریب به دو دهه از خدمت قضایی در بخشهای معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه و دادسرای انتظامی قضات به خوبی نشان می‌دهد که هرگاه این دو بخش به صورت هماهنگ و مکمل یک‌دیگر فعال بوده اند، سطح علمی قضات و وضع کیفی آراء قضایی مناسبتر بوده است.



## منابع و مأخذ:

۱. قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷.
۲. قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۳. قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.
۴. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۶. آیین نامه وظایف و اختیارات دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۰.
۷. فصلنامه نقد رأی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۱.

## Issuance of Death Sentence, Arising Out of Lack of Attention to Evidence Proving the Occurrence of Crime

(An Analysis of Judgment No. 9609970262300522, 1396/07/25 Made by Branch No. 23 of the Tehran Islamic Revolutionary Court)

Seyyed Fazel Noori<sup>1</sup>

### Abstract:

The philosophy of the judiciary can be considered as providing justice, possibility of achieving it and the realization of rights in the light of correct and timely implementation of ratified law.

This philosophy can be reached by proper proceedings and realized in the form of strong decisions in conformity with the law.

A correct and proper judgment is one that it is based on evidence, supported by law and in compliance with procedural principles and rules.

Accordingly, in this article, the judgment made by Branch 23 of the Tehran Islamic Revolutionary Court with the aforementioned characteristics has been analyzed with a critical eye and regardless of positive aspects.

Not addressing the positive aspects of the report is because, firstly, it is outside the analytical and critical approach of the article, and secondly, it is in line with what is expected.

The result of the above analysis indicates the existence of six structural problems, sixteen substantial problems, and several procedural and writing problems.

Examination of the above problems requires the necessity of strengthening the system of in-service training and supervision of judicial authorities.

**KeyWords:** *Different types of criticism and analysis, requirements for proceedings, dealing with the case by a panel of judges, judicial monitoring, the evidence of proving the crime, judicial training.*

1. Retired Judge at Disciplinary Prosecutor's Office, (Email: 210noori@gmail.com)

