

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# رأی

رساله هفتم / شماره ۲۵ / زمستان ۱۳۹۷

**صاحب امتیاز:** پژوهشگاه قوه قضائیه

**مدیر مسئول:** دکتر حسین اعظمی چهاربرج

**سردبیر:** دکتر سیامک ره‌پیک

**مدیر اجرایی:** سینا رستمی

**ویراستار ادبی:** زهرا نیک‌مرام

**ناشر:** مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

**چاپ:** واژه

**هیئت تحریریه:** دکتر حسین اعظمی چهاربرج، دکتر نجادعلی الماسی، دکتر عبدالعلی توجهی،

دکتر سیامک ره‌پیک، دکتر سید حسین صفایی، دکتر توکل حبیب‌زاده، دکتر حسین مهرپور

نشانی: تهران، بزرگراه چمران، بزرگراه یادگار امام، بعد از خروجی اوین درکه،

پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر فصلنامه «رأی»

مندرجات فصلنامه، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه پژوهشگاه قوه قضائیه نیست.

نشانی اینترنتی: [www.raayjournal.ir](http://www.raayjournal.ir)

کد پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

رایانامه: [majaleh\\_ray@jpri.ir](mailto:majaleh_ray@jpri.ir)

قیمت: ۳۲۰/۰۰۰ ریال



## «شيوه‌نامه نگارش محتوا فصلنامه رأی»

### مقدمه

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

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

## الف. کلیات شیوه‌نامه

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

## ب. ترتیب نگارش بخش‌های مجله

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

### یک- نقد موضوع محور (پژوهشی):

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

### دو- نقد رأی محور (نقطه نظر):

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

## نقد رأی محور فارسی:

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

## نقد رأی محور خارجی:

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

## یادداشت رأی (یادداشت کوتاه):

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

## ج. شیوه‌نامه ویرایش مقالات

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

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

۳. متن رأی یا آرای مورد استناد (در صورت وجود)
۴. مقدمه، پیکره اصلی مقاله: شامل بندها و بخش‌های مربوطه و نتیجه.
۵. فهرست تمام منابع مورد استفاده.
۶. راهنمای درج دادنامه در متن مقاله
- در مقالاتی که نیاز به استناد به رأی وجود دارد، حتی‌الامکان جدول مشخصات رأی به ترتیب شامل شماره دادنامه یا کلاس/شماره پرونده، تاریخ، خواسته یا اتهام، شخص حقوق عمومی در آراء دادگاه‌های اداری و مرجع رسیدگی کننده (صدور رأی) درج گردد.

مشخصات رأی (بدوی/تجدیدنظر)	
شماره دادنامه:	
تاریخ:	
خواسته یا اتهام:	
خواهان یا خوانده (حقوق عمومی):	
مرجع رسیدگی کننده (صدور رأی):	

عین متن رأی به صورت تاییبی بعد از چکیده و قبل از مقدمه درج شود.

#### ه. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

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



### س. راهنمای روش ارجاع دهی

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

ارجاعات بلافاصله بعد از نقل مطلب به این صورت داخل پرانتز ذکر می‌گردد (نام صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه)، برای مثال: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱) اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو ذکر می‌شود، مانند: (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 می‌شود، مانند: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳) در ارجاع درون‌متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از Ibid، «cit.op» همان یا پیشین منبع عیناً ذکر شود. علائم نگارشی (؛:؛)، حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

### ش. راهنمای تنظیم فهرست منابع

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

- کتاب

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

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

- مقاله:

نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، عنوان نشریه، دوره یا سال نشریه، شماره نشریه. برای مثال  
خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.

- پایان نامه یا رساله

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

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

- اسناد الکترونیک:

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

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

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

## فهرست مطالب

- حقوق مالکانه از منظر حقوق عمومی نقدی بر دادنامه‌ای از دیوان  
عدالت اداری..... ۱۳  
عبدالله خدابخشی
- تجدید نظر خواهی و فرجام خواهی همزمان؛ بازی بد با آیین دادرسی  
یا آیین دادرسی بازی؟ (یادداشتی بر دادنامه شماره  
۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۱۰۹ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ صادره از شعبه ۲۳ دیوان  
عالی کشور)..... ۲۳  
حسن محسنی
- تحدید حق افراد بر تغییر نام، مطالعه موردی یک رأی قضایی..... ۳۱  
محمد حسونند / صدیقه قارلقی
- قانون حاکم بر دعاوی مسئولیت مدنی؛ تحول قواعد حل تعارض  
قوانین در دعاوی مسئولیت مدنی..... ۳۹  
سعید سیاهبیدی کرمانشاهی / رسول بهرامپوری
- مطالبه خسارت وارده بر ملک و تفویت منفعت..... ۴۹  
مرتضی ناصری حسین آباد
- تعویق صدور حکم در بزه رابطه نامشروع مادون زنا..... ۵۷  
امید شهبازی
- تأثیر ناتوانی مدیون بر پرداخت دیون هنگفت..... ۶۷  
علیرضا هزاره
- تأثیر ترک زندگی مشترک توسط زوج بر عسر و حرج زوجه..... ۷۹  
فاطمه سعیدی
- نشست نقد رأی با موضوع «ثبت علامت تجاری خلاف نظم عمومی یا  
اخلاق حسنه»..... ۹۳  
مهدی کارچانی



## حقوق مالکانه از منظر حقوق عمومی نقدی بر دادنامه‌ای از دیوان عدالت اداری

عبدالله خدابخشی\*

متن دادنامه:

شعبه ۴۴ دیوان عدالت اداری به‌موجب دادنامه شماره ۷۷۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۹ موضوع پرونده شماره ۹۶۰۱۱۷ مقرر می‌دارد: «شاکای اظهار داشته است که مورث ایشان به‌عنوان دکتر داروساز دارای مجوز تأسیس داروخانه بوده که با توجه به فوت نامبرده در سال ۱۳۹۴، وراثت دیگر، وی را به‌عنوان فرد واجد صلاحیت جهت انتقال پروانه تأسیس داروخانه معرفی نموده‌اند که طرف شکایت به بهانه فقدان مدرک دکترای داروسازی و عدم کسب امتیاز لازم، از صدور مجوز به نام موکل امتناع می‌نماید. این در حالی است که پروانه تأسیس داروخانه، حقی مالی است که قهراً به وراثت منتقل می‌گردد و نیازی به احراز شرایط تأسیس اولیه نمی‌باشد. ضمناً مؤسس و مسئول فنی از یکدیگر مستقل بوده و نیازی به تأیید صلاحیت فنی مؤسس نمی‌باشد. نظریه تفسیری شورای نگهبان، نظریه مشورتی اداره قوانین مجلس و نیز آراء متعدد صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری مؤید این مطلب می‌باشد. طرف شکایت اظهار داشته است که صدور پروانه تأسیس داروخانه مستنداً به بند ۱۲ ماده ۱ قانون تشکیل وزارت بهداشت، از وظایف ذاتی وزارت می‌باشد؛ نظر به حساسیت امر تصدی داروخانه، واگذاری آن به فرد فاقد صلاحیت فنی می‌تواند عواقب خطرناکی بر بهداشت و سلامتی مردم داشته باشد لذا رد شکواییه شاکای را تقاضا نموده است. بنابراین با توجه به مندرجات دادخواست و اوراق پرونده، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌نماید: «رأی دیوان» اول - پروانه تأسیس داروخانه همچون سایر مجوزهای تأسیس اماکن ارائه‌دهنده کالا و خدمات به عموم به لحاظ برخورداری از ارزش

مالی و قابلیت انتقال به غیر دارای مالیت بوده و معنای حقوقی «مال» به‌طور کامل در خصوص آن مصداق می‌یابد اما پرواضح است که پیچیدگی برخی امور فنی و مقتضیات منافع اجتماعی، قانون‌گذار را بر آن داشته تا حقوق مالکانه مالک را در خصوص این‌گونه مجوزها براساس مقتضیات فنی امر و منافع عمومی، تحدید نماید. این محدودیت‌ها منافی حقوق شرعی مالک نسبت به اموال خویش نبوده و در موارد متعددی به تأیید شورای نگهبان رسیده است؛ به‌عنوان نمونه، ماده ۳ اصلاحی قانون مقررات مربوط به امور پزشکی و دارویی مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ مقرر می‌دارد: «هرکس بدون مجوز وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی پروانه کار خود را به دیگری واگذار نماید بلافاصله محل کار او توسط وزارت بهداشت، تعطیل و به پرداخت جریمه محکوم خواهد شد». همچنین ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران سردفتر بازنشسته و نیز وراث سردفتر متوفی را ملزم به معرفی فرد واجد صلاحیت (از جمله صلاحیت علمی و برخوردارگی از تحصیلات حقوقی) می‌نماید که در صورت امتناع وراث از این امر، سازمان ثبت اسناد را مختار به تعیین فرد جایگزین می‌نماید. با مذاقه در این مقررات ملاحظه می‌گردد که قانون‌گذار حقوق مالکانه اشخاص را در این موارد به‌دلیل قائم به شخص بودن پروانه و لزوم احراز شرایط عمومی و فنی در متقاضی محدود نموده بنابراین زمانی که شخص مؤسس در زمان حیات خویش توانایی انتقال پروانه به فرد فاقد صلاحیت فنی را ندارد، به قیاس اولویت، وراث وی دارای چنین اختیاری نخواهند بود. به همین قیاس چنانچه مؤسس داروخانه در اجرای احکام دادگستری محکوم به پرداخت مالی باشد، پروانه تأسیس داروخانه به‌عنوان مال، قابلیت توقیف را دارد اما بی‌گمان اجرای احکام نمی‌تواند در فرآیند مزایده، پروانه را به افراد فاقد صلاحیت علمی واگذار نماید. در واقع، حقوق عمومی و ضرورت‌های اجتماعی محدودیت‌هایی را بر حقوق مالکانه اشخاص بار نموده که تحلیل مفهوم مال با رویکرد محض حقوق خصوصی در این مورد نتایج صحیح را در پی نخواهد داشت؛ دوم - صرف‌نظر از جنبه فنی پروانه، قانون‌گذار به جهت حفظ حقوق مالی وراث به‌موجب تبصره ۲ ماده ۳ قانون مربوط به امور پزشکی و دارویی این امکان را برای وراث فراهم نموده تا در بازه زمانی دو ساله ضمن تقویم ارزش مالی پروانه، به‌صورت معوض، پروانه را به فردی دارای شرایط عمومی و فنی منتقل نمایند.

بنابراین، اقدام اداره سالب حقوق مالی وراث نخواهد بود؛ سوم هیچ توجیه و منطق حقوقی وجود ندارد تا وجود شرایط فنی و عمومی تأسیس داروخانه را صرفاً مربوط به زمان تأسیس اولیه و نه ادامه فعالیت آن توسط وراث بدانیم. پرواضح است که همان ضرورت و منطقی که افراد متقاضی را ملزم به برخورداری شرایط جهت تأسیس داروخانه می‌داند، همچنان در ادامه فعالیت آن توسط وراث وجود دارد و زایل نشده است. از سویی، معافیت ورثه از داشتن تحصیلات تخصصی و ارزیابی فنی، ایشان را در جایگاهی نابرابر نسبت به سایر متقاضیان تأسیس داروخانه قرار داده که به دلیل فقدان توجیه فنی و قانونی تبعیضی نارواست که خلاف اصل برابری در ارائه خدمات عمومی محسوب خواهد شد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت همان‌گونه که انتقال پروانه سردفتری به وراث سردفتر در صورت فقدان مجوز ممنوع است، به لحاظ پیچیدگی فنی امر تصدی داروخانه و تأثیر مستقیم آن بر سلامتی شهروندان، انتقال پروانه تأسیس به وراث بدون ارزیابی فنی توسط دانشگاه علوم پزشکی و معافیت از داشتن صلاحیت فنی، فاقد توجیه قانونی بوده و کمیسیون ماده ۲۰ به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر در این حوزه و دانشگاه علوم پزشکی همچنان ملزم به ارزیابی شرایط متقاضی در فرض فوت مؤسس می‌باشد. با این وصف، شکایت شاکی را موجه ندانسته مستنداً به مواد ۱۰ و ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد».

### نقد رأی و اهم نکات حقوقی

الف- رأی، مستدل، و نتیجه آن نیز قابل تأیید به نظر می‌رسد. قاضی صادرکننده در دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، مشغول به تحصیل و تقویت دانش هستند و امیدوارم انصاف و توجه به مبانی تفسیرهای آزاد از قوانین را (به معنای مکاتب اجتماعی و اقتصادی) همواره سرلوحه تصمیمات خویش قرار دهند و عنایت ویژه به فقه و حقوق تطبیقی داشته باشند.

ب- مفهوم و تعریف «مال» در حقوق مدنی، حقوق جزا و البته در حقوق عمومی، خالی از دشواری نیست (خدابخشی، ۲۷۱: ۱۳۹۵-۲۹۱)؛ چراکه گاه در مورد اعمال آثاری که بر مالیت شیء مترتب است به دلیل ابعاد فرهنگی و فنی آن، تردیدهایی به وجود می‌آید. برای مثال، آیا ربودن یا تخریب و زوال آنچه که شرعاً

ذاتاً) مالیت ندارد (مانند برخی حیوانات خانگی یا مشروبات الکلی) یا فاقد مالیت قانونی و عَرَضی است (نظیر وسایل دریافت ماهواره)، سرقت یا تخریب و قابل مجازات است؟ همچنین ربودن بخش ناچیزی از یک کل (مثل دانه‌های گندم از یک خروار یا میوه‌ای از باغستان) جرم است؟ حتی با رأیی مواجه شده‌ایم که صرفاً برای هشت عدد میوه نارنج، مجازات حبس سنگینی مقرر گشته بود.

پ- در حقوق مدنی، برخی بزرگان، اطلاق مال به دانه‌های گندم را به دلیل ناچیز بودن (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۳۳-۳۳۷)، و از نظر فرهنگی نیز اعمال مجازات را در برخی اشیاء، خالی از تزلزل نمی‌دانند. حقوق کیفری، تابع «نظم عمومی پیشرفته» یعنی سطحی بالاتر از نظم عمومی مدنی است (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۹۵) و به توصیفات مدنی، همیشه پایبند نیست لذا ممکن است برای ربودن این دسته از «اشیاء-اموال»، مجازاتی وضع کند اما در سکوت قانون، گریزی از این‌که باید اطلاق مال بر موضوع، محرز باشد نیست و با تردید، مجازات هم مردود می‌شود. البته رویه قضایی مدبر نیز در این مسیر، سرگردان است.

ت- با این حال، مفهوم مال را نباید با محدودیت‌های مالکانه درهم تناند. حقوق عمومی و خصوصی، از این نظر تفاوت مبنایی ندارند. برخی از اموال، غیرقابل نقل و انتقال هستند اما پاره‌ای از آن‌ها به‌رغم غیرقابل نقل بودن، قابلیت انتقال دارند. بعضی هم در بازه زمانی معین قابل نقل نیستند و بالاخره می‌توان برای مدت معین، متعهد به عدم نقل اموال بود و ...؛ این محدودیت‌ها تنها ممکن است به اعتبار اوصاف خاص حقوق عمومی، گستره و شدت بیشتری داشته باشد اما نمی‌تواند مبنا یا بنای تمایز در مفهوم‌شناسی بین حقوق عمومی و خصوصی باشد. بدین‌سان اگر بخشی از دادنامه («در واقع حقوق عمومی و ضرورت‌های اجتماعی، محدودیت‌هایی را بر حقوق مالکانه اشخاص بار نموده که تحلیل مفهوم مال با رویکرد محض حقوق خصوصی در این مورد، نتایج صحیح را در پی نخواهد داشت»)، به این معنا باشد که محدودیت‌های حقوق عمومی - فی‌المثل - منبعث از ضرورت‌های اجتماعی، مفهوم متمایزی به مال می‌دهد، پذیرفتنی نیست ولی اگر به معنای اعمال محدودیت شدیدتر در مقایسه با حقوق مدنی و خصوصی باشد معقول به نظر می‌رسد زیرا - همان‌طور که گذشت - حقوق خصوصی نیز مملو از محدودیت‌هایی از این قبیل است که ریشه در ضرورت‌های اجتماعی دارد و اساساً



مفاهیم اخلاق حسنه و نظم عمومی را بدون توجه به این ضروریات نمی‌توان تحلیل کرد، از این رو برخی بزرگان حقوق مدنی پیشنهاد کرده‌اند که برای صحت عقود، شرط دیگری جدای از موارد منصوص در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز با عنوان «همگامی عقد با مصالح اجتماعی»، قابل تصور و لازم است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۴۴).

ث- در بخشی از دادنامه می‌خوانیم: «پروانه تأسیس داروخانه همچون سایر مجوزهای تأسیس اماکن ارائه‌دهنده کالا و خدمات به عموم، به لحاظ برخورداری از ارزش مالی و قابلیت انتقال به غیر دارای مالیت بوده و معنای حقوقی «مال» به‌طور کامل در خصوص آن مصداق می‌یابد اما پرواضح است که پیچیدگی برخی امور فنی و مقتضیات منافع اجتماعی، قانون‌گذار را بر آن داشته تا حقوق مالکانه مالک را در خصوص این‌گونه مجوزها براساس مقتضیات فنی امر و منافع عمومی، تحدید نماید. این محدودیت‌ها منافی حقوق شرعی مالک نسبت به اموال خویش [نیست]...». این بخش از دادنامه قابل تأیید است زیرا تعریف «مال»<sup>۱</sup> بر مجوز مذکور صدق می‌کند. در باب ماهیت این قبیل اموال (مادی یا معنوی یا مختلط، ذاتی یا عرضی، آلی یا اصالی و ...) و ماهیت حقوقی انتقال آن (بیع، صلح، عقد نامعین و ...)، اختلاف هست.

ج- شرایطی که برای صدور و تحقق یک ماهیت حقوقی لازم است منطقاً و جز در مواردی که خلاف آن متکی به دلیل باشد برای بقاء نیز ضروری است لذا اگر پروانه تأسیس داروخانه نیازمند مقدماتی باشد انتقال آن بدون مقدمات، ناصحیح خواهد بود و این ویژگی نه تنها مختص حقوق عمومی نیست بلکه در حقوق خصوصی نیز موارد بسیار دارد چنانکه در روابط استیجاری (انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت) یا شرکت‌های بازرگانی (انتقال سهام شرکت تعاونی) دیده می‌شود.

ج- به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها (مصوب سال ۱۳۹۳): «در صورت فوت مؤسس داروخانه، وراث او می‌توانند با ارائه گواهی تسلیم دادخواست حصر وراثت و معرفی مسئول فنی واجد شرایط، درخواست صدور پروانه مسئول فنی موقت نمایند. اعتبار این پروانه به مدت دو سال از تاریخ فوت مؤسس خواهد بود. وراث مکلفاند طی مهلت یادشده با ارائه دادنامه حصر وراثت نسبت به

۱. هرچیزی که یکی از نیازهای مادی و معنوی انسان را مرتفع سازد.

معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جدید اقدام کنند در غیر این صورت، داروخانه توسط دانشگاه تعطیل خواهد شد. تبصره ۱- چنانچه مؤسسين داروخانه دو نفر يا بیشتر باشند در صورت فوت يکي از آن‌ها رضایت وراثت متوفی و ساير مؤسسين و تأييد کميسيون قانونی، داروخانه می‌تواند با رعایت ساير ضوابط به فعاليت خود ادامه دهد. تبصره ۲- وراثت مکلفانده فوت مؤسس را به اطلاع دانشگاه برسانند در غير اين صورت، عواقب آن به عهده آنان خواهد بود. دانشگاه مکلف است بعد از اطلاع از فوت مؤسس، مراتب قانونی (ارائه گواهی تسليم دادخواست حصر وراثت، معرفی مسئول فنی و مهلت دوساله وراثت نسبت به معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جديد) را بلافاصله به‌صورت کتبی به وراثت ابلاغ نماید».

ح- به‌درستی معلوم نیست که نزاع خواهان بر سر انتقال پروانه تأسیس داروخانه است یا تغییر مسئول فنی داروخانه؟ این دو عنوان، به‌موجب رأی شماره ۲۴ مورخ ۱۳۸۴/۰۵/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، دارای آثار متفاوتی هستند؛ به‌طوری‌که یکی، از حقوق مالکانه بهره‌مند است و دیگری، از ویژگی فنی و تخصصی؛ در مورد مؤسس، مباحث حقوق مالکانه، مالی و خصوصی مطرح می‌باشد ولیکن در دومی، مباحث حقوق عمومی و سلامت مردم. در رأی مذکور می‌خوانیم: «قانون‌گذار به شرح ماده ۱ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی، دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴ ایجاد هر نوع مؤسسه پزشکی از جمله داروخانه را منوط به اخذ پروانه مخصوص از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نموده و به شرح ماده ۲ آن قانون به‌موجب حکم جداگانه، تصدی امور فنی مؤسسات مزبور را توسط مسئولین فنی ذی‌صلاح و دارای پروانه رسمی از آن وزارت‌خانه مجاز اعلام داشته است. نظر به این‌که احکام مقنن در این باب، مفید وجوه افتراق عناوین مؤسس و مسئول فنی مراکز پزشکی، آزمایشگاهی و دارویی از یکدیگر و تمایز شرایط اختصاصی هر یک از دو عنوان مزبور از جمله داشتن مدارک تحصیلی لازم برای تصدی امور فنی داروخانه می‌باشد و سیاق عبارات قانون، دلالتی بر لزوم داشتن مدارک تحصیلی در رشته داروسازی در مورد متقاضیان تأسیس داروخانه ندارد، بنابراین، مصوبه شماره ۴۲۲۱/د مورخ ۱۳۸۳/۰۴/۰۹ معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تحت عنوان ضوابط و شرایط تأسیس داروخانه که با تعیین شرایط غیرمرتبط و تخصیص امتیازات

متفاوت برای هر یک از آن‌ها و تعمیم شرط مدرک تحصیلی مختص مسئول فنی داروخانه به متقاضی تأسیس آن، موجبات تضییق دایره شمول ماده ۱ قانون فوق‌الذکر و حسب مورد محدودیت یا محرومیت متقاضیان ایجاد داروخانه از حق مقرر در آن ماده را فراهم کرده است، مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

خ- با این بیان، عبارت «چنانچه مؤسس داروخانه در اجرای احکام دادگستری، محکوم به پرداخت مالی باشد پروانه تأسیس داروخانه به‌عنوان مال، قابلیت توقیف را دارد اما بی‌گمان اجرای احکام نمی‌تواند در فرآیند مزایده، پروانه را به افراد فاقد صلاحیت علمی واگذار نماید»، خالی از ایراد نیست زیرا مؤسس داروخانه هرچند بر حسب موازین ممکن است برخی شرایط را داشته باشد اما قطعاً این شرایط نباید با ویژگی‌های مسئول فنی ادغام شود و انتقال پروانه تأسیس داروخانه را محدود یا ممنوع کند. وراثت می‌توانند مالک جدیدی را برای داروخانه خود برگزینند و حقوق مالکانه را منتقل کنند. این انتقال، تابع حقوق خصوصی است و ضروریات اجتماعی نیز تنها در حدود نصوص قانونی در آن دخالت دارد ولی انتقال مسئولیت فنی، امری عمومی و تابع قواعد حقوق عمومی خواهد بود. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌موجب دادنامه شماره ۷۷۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۶ مقرر داشته است: «به صراحت بند (الف) شق ۱۲ و قسمت آخر شق ۱۳ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مصوب ۱۳۶۷، صدور، تمدید و لغو موقت یا دائم پروانه‌های مؤسسات پزشکی، دارویی، بهزیستی و کارگاه‌ها و مؤسسات تولید مواد خوراکی و آشامیدنی و بهداشتی و آرایشی و همچنین تعیین ضوابط و مقررات لازم برای موارد مذکور در بندهای (الف) و (ب) شق ۱۲ ماده ۱ قانون از جمله وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی قلمداد شده است. نظر به اینکه جواز تعیین ضوابط و مقررات مؤسسات فوق‌الذکر از جمله داروخانه‌ها، متضمن تفویض اختیار تعیین شرایط تأسیس داروخانه است. بنابراین، مصوبه مورد اعتراض در این زمینه مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در وضع مقررات مزبور نمی‌باشد». با عنایت به تمایز ماهوی این دو (تأسیس و مسئولیت فنی)، به نظر می‌رسد در مورد اولی، دخالت

وزارت بهداشت از باب مانع است و در دومی، از جهت مقتضی؛ یعنی این وزارتخانه باید مالک جدید را به رسمیت شناسد مگر موانع آن را نشان دهد ولی در مورد مسئولیت فنی، تا اجازه این وزارتخانه نباشد تغییری صورت نخواهد گرفت. یکی وابسته به حقوق خصوصی است و دیگری، وابسته به حقوق عمومی، از این رو می‌توان گفت حقوق خصوصی در پی موانع است (آزادی قراردادی) اما حقوق عمومی، اقتضائات را هدف‌گیری می‌کند (اقتضائات اجتماعی).

د- این معنا در دادنامه‌های دیگری نیز منعکس شده است که از جمله می‌توان به دادنامه‌های شماره ۹۶ و ۹۷ مورخ ۱۳۸۰/۰۴/۰۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد: «نظر به تأکید مقنن به ضرورت اداره امور فنی مؤسسات پزشکی از جمله داروخانه به وسیله مسئول فنی واجد صلاحیت و دارای تخصص و تحصیلات لازم در رشته مربوط و وجوه تمایز شرایط مسئول فنی با شخص مؤسسه مراکز مذکور و اینکه داشتن مدرک تحصیلی دکتری در مورد مؤسس مراکز پزشکی متکی به حکم صریح قانون‌گذار نیست؛ البته نسبت به مسئول فنی باید طبق مقررات اقدام شود. بنابراین، دادنامه‌های صادره از شعب ۶ و ۱۲ و ۱۳ بدوی دیوان عدالت اداری در حدی که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی می‌باشد». دادنامه‌های اخیر براساس همان مبانی یادشده صادر گشته‌اند: تمایز بین تأسیس و مسئولیت فنی؛ آزادی اعمال حق انتقال و بهره‌برداری از مال که یکی از سه اصل مهم مالکیت با عناوین اطلاق مالکیت، انحصار و دوام آن است.

ذ- قانون نظام صنفی (مصوب سال ۱۳۹۲) نیز مقرراتی در خصوص انتقال مجوز مالکانه دارد. به موجب مواد ۱۸ الی ۲۰، «در صورتی که دارنده پروانه کسب بخواهد محل کسب خود را به دیگری واگذار کند باید درخواست کتبی خود را به اتحادیه تسلیم نماید. اتحادیه در صورتی که فرد معرفی شده را واجد شرایط قانونی بداند با رعایت سایر مقررات، پس از ابطال پروانه کسب قبلی، پروانه جدیدی به نام فرد معرفی شده صادر می‌کند...»؛ «در صورتی که دارنده پروانه کسب، محجور شود قییم می‌تواند با رعایت غبطه محجور و طبق مقررات این قانون نسبت به اداره یا انتقال واحد صنفی اقدام کند»؛ «در صورت فوت صاحب پروانه کسب، حقوق متعارف ناشی از واحد صنفی، متعلق به ورثه است. چنانچه ورثه یا نماینده قانونی آن‌ها مایل باشند در صورت دارا بودن شروط فردی، می‌توانند ظرف مدت دو سال نسبت به

أخذ پروانه کسب با رعایت مقررات اقدام کنند. پس از انقضای مهلت مقرر، پروانه متوفی از درجه اعتبار ساقط است». حال با توجه به مطالب پیش گفته، پرسش‌هایی به ذهن متبادر می‌گردند که پاسخ دادن به آن‌ها خارج از حوصله این مقال است و پرداختن به آن‌ها طالب مجال دیگر. و اما سؤالات عبارتند از: (۱) آیا حق ورثه در این مورد و نیز مجوز داروخانه، مجموعی و غیرقابل انحلال است یا استقرایی و انحلالی می‌باشد؟ به عبارت دیگر، آیا هر یک از ورثه در آن سهیم هستند و نیز می‌توانند خواستار انتقال مجوز به هر شخص ذی‌صلاح شوند یا همه ورثه باید به اتفاق، یک تصمیم اتخاذ کنند؟ تقسیم مال مشاع در خصوص این مجوز چگونه خواهد بود؟ آیا اساساً تأسیس مشاع داروخانه یا واحد صنفی ممکن است؟

ر- به نظر می‌رسد: اولاً، دادنامه از این منظر که به برخی مبانی اجتماعی و ویژگی‌های عمومی در خصوص مجوزهایی مانند تأسیس داروخانه به لحاظ منابع جامعه (حق بر سلامتی) اشاره دارد، مطلوب و قابل تأیید است؛ ثانیاً از جهت تمایز بین مفهوم مال و محدودیت‌های مالکانه، نیازمند روشنی بیشتر و بهتر می‌بود تا موجه بودن رأی کامل‌تر می‌شد؛ ثالثاً، از حیث عدم اعمال مبانی حقوق خصوصی در مورد تأسیس داروخانه که متمایز از مسئولیت فنی آن است، قابل نقد می‌باشد و با جهت‌گیری مثبتی که دیوان عدالت در آراء نوعی خود داشته، حق این بود که مرجع صادرکننده، از اعمال قواعد حقوق عمومی بر مالکیت افراد خودداری می‌نمود و نهایت اینکه قواعد مذکور را به‌عنوان «موانع» آزادی قراردادی (انتقال مالکیت) و آزادی بهره‌برداری، تلقی می‌کرد ولی با وصف فعلی، شائبه «مقتضی» بودن این قواعد در میان است. این اقتضاء، نه ضروری و نه منطبق با قواعد کلی حقوق می‌باشد؛ قواعدی که بایستی فراتر از حقوق عمومی و خصوصی یافت.

ز- در خاتمه، سخن خود را با تضمین کلام مرحوم کاتوزیان در نقد یکی از تصمیمات خویش به پایان می‌بریم: «با وجود این، آنچه پس از این نقد و تحلیل در ذهن می‌ماند تقدیر و خشنودی است نه افسوس و انکار. این آرزو نیز در ضمیر عاشقان عدالت جوانه می‌زند باشد که همه آراء دادگاه‌ها از این دست شود و تعقل و پژوهش، جانشین گریز از بحث یا انجام دادن وظیفه بی‌روح گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۳).

### فهرست منابع

- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۲)، **تمایز بنیادین حقوق مدنی و کیفری**، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵)، **حقوق دعاوی**، تحلیل حقوقی روایات، جلد پنجم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ اول: تهران: نشر حقوق‌دان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، «ویژگی‌های اعتبار امر قضاوت‌شده در امور کیفری، نقدی بر قرار دادیار»، **فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۳۸، شماره ۱.

**تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی همزمان؛  
بازی بد با آیین دادرسی یا آیین دادرسی بازی؟  
(یادداشتی بر دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۱۰۹  
مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ صادره از شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور)**

حسن محسنی\*

**چکیده**

قانون آیین دادرسی مدنی به محکوم‌علیه اجازه می‌دهد تا از رأی تجدیدنظرخواهی نموده یا با حصول وصف قطعیت، از آن فرجام‌خواهی کند. تصور این که یک دادباخته از بخشی از یک رأی تجدیدنظرخواهی و از بخشی دیگر فرجام‌خواهی کند، دور از ذهن نیست و در پرونده حاضر یک نمونه از آن را می‌بینیم. سخن بر سر این است که اگر دادباخته یا وکیل وی چنین کرد، عملش موجب اطلاع دادرسی است یا مصداق سوءاستفاده از آیین دادرسی؟ آیا آیین دادرسی را بد به بازی گرفته یا در به‌کارگیری آن تبحر خود را نشان داده و خود را یک آیین دادرسی باز معرفی کرده است؟ به ویژه اگر وکیل دادگستری بخواهد تسلط و تبحر خود را در به‌کارگیری قواعد آیین دادرسی نشان دهد عمل او چه سیمایی دارد؟ به نظر نمی‌رسد تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی نسبت به بخش‌هایی از یک رأی توسط یک محکوم‌علیه، اطلاع آشکار باشد مگر این که گفته شود این کار منافات دارد با حسن نیت در دادرسی که به نوعی روح قانون آیین دادرسی است.

**واژگان کلیدی:** آیین دادرسی باز؛ اطلاع؛ سوءاستفاده؛ آیین دادرسی

## شرح ماوقع

در این پرونده که گزارش کامل آن در بانک آراء پژوهشگاه قوه قضاییه آمده است<sup>۱</sup> و گزیده آن از منظر آیین دادرسی در این جا آورده می‌شود، شخصی که بایع است دادخواستی به خواسته اعلام انفساخ بیع و جبران خسارات دادرسی به دادگستری اصفهان تقدیم می‌نماید که به شعبه ششم دادگاه عمومی حقوقی ارجاع می‌شود.

خوانده نیز که مشتری است، دادخواستی به طرفیت آن خواهان به خواسته صدور حکم بر الزام به تحویل آپارتمان مورد معامله و تنظیم سند رسمی و مطالبه وجه التزام قراردادی به همراه جبران خسارات قانونی تقدیم دادگستری اصفهان می‌نماید که به شعبه دوم آن دادگاه ارجاع می‌شود.

شعبه دوم در مقام رسیدگی با تقاضای رسیدگی توأمان اصحاب دعوی، ارتباط کامل دو پرونده با یکدیگر را احراز و پرونده را نزد معاونت دادگستری اصفهان ارسال می‌کند که این معاونت با توجه به سبق ارجاع پرونده انفساخ در شعبه ششم که به نظر دادگاه ارتباط مؤثر با این پرونده دارد، آن را به شعبه ششم ارجاع می‌نماید تا توأمان مورد رسیدگی قرار گیرند.

دادگاه پس از برگزاری جلسه رسیدگی و شنیدن دفاعیات، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح دادنامه شماره ۱۹۶۴ - ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ در خصوص دعوی اول به خواسته انفساخ بیع موضوع بیع‌نامه عادی مورخ ۱۳۹۰/۰۴/۲۸ حکم به بطلان دعوی صادر می‌نماید و در دعوی دوم به خواسته الزام فروشنده به تحویل و انتقال رسمی آپارتمان مورد معامله و پرداخت مبلغ ۲۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال وجه التزام مندرج در قرارداد، حکم به محکومیت بایع صادر می‌نماید.

وکیل محکوم‌علیه در هر دو دعوای (اصلی و مرتبط)، نسبت به بخشی از محکومیت (یعنی انفساخ بیع) تجدیدنظرخواهی می‌نماید که به شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان ارجاع شده و این شعبه به‌موجب دادنامه ۸۸۰ - ۱۳۹۱/۰۷/۱۸ ضمن رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را در قسمت مورد اعتراض تأیید می‌کند. این وکیل دادگستری نسبت به قسمت دیگر نیز فرجام‌خواهی می‌کند و تصریح

۱. بنگرید:



می‌نماید که: «فرجام‌خواهی صرفاً مربوط به قسمتی از دادنامه مزبور راجع به محکومیت موکل به پرداخت وجه التزام است که به لحاظ آن که خواسته و محکوم‌به بیش از بیست میلیون ریال بوده، در بیست روز دوم وفق بند یک قسمت الف ماده ۳۶۷ و ۳۷۱ ق.آ.د.م، جهت ممیزی و برخورداری از ممیزی برتر، استدعای نقض آن را دارد».

با تبادل لوائح، و کیل فرجام‌خوانده چنین دفاع می‌کند که از دادنامه صادره تجدیدنظرخواهی به عمل آمده و قابلیت فرجام‌خواهی ندارد.

پرونده به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود و برای رسیدگی فرجامی به شعبه بیست‌وسوم ارجاع می‌گردد. هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده، مشاوره نموده چنین رأی می‌دهد:

### رأی دیوان

«با قطع نظر از این‌که تجزیه یک دادنامه از ناحیه یک معترض و درخواست تجدیدنظر نسبت به بخشی از آن و تقاضای فرجام‌خواهی در مورد بخش دیگر، نوعی اطلاع دادرسی محسوب است و با روح قانون قابل انطباق نیست، اساساً در مانحن‌فیه رأی صادره به شماره ۱۹۶۴-۱۳۹۱/۱۲/۲۰ صادره از شعبه ششم دادگاه عمومی اصفهان در قسمتی که مورد فرجام‌خواهی قرار گرفته است با توجه به مدارک و دلایل موجود در پرونده مغایرتی با موازین شرعی و قانونی ندارد و از حیث مراعات اصول دادرسی نیز اشکال در حدی نیست که نقض رأی را موجب گردد، علی‌هذا دادنامه موصوف در قسمتی که مورد فرجام‌خواهی قرار گرفته است، فاقد اشکال مؤثر تشخیص و ابرام می‌گردد».

انصاری - رئیس شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور

احمدی - مستشار

### یادداشت بر رأی

۱- گزارش پرونده حکایت از این دارد که پس از طرح دعوای اعلام انفساخ بیع در شعبه ششم دادگاه عمومی حقوقی، دعوای مرتبط با موضوع الزام به تنظیم سند رسمی ملک از ناحیه خوانده طرح گردیده که به شعبه دوم این دادگاه ارجاع شده است اما این موضوع اختلافی است و قانون آیین دادرسی مدنی (چه در ماده ۱۰۳ و چه در ماده ۸۹ ناظر به بند ۲ ماده ۸۴) درباره نحوه اداره دعوای مرتبط حکم صریحی ندارد و از این‌رو، برخی آن را همچون سبق طرح دعوا تحلیل نموده و نظر داده‌اند که ایراد امر مرتبط

باید در دادگاه دوم طرح شود و این دادگاه پرونده خود را با صدور قرار عدم امتناع به دادگاه رسیدگی کننده به دعوی اول بفرستد و برخی دیگر همچون ماده ۱۰۱ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه، فرقی میان دو دادگاه از جهت امکان طرح این ایراد ندیده‌اند و نظر داده‌اند که امکان طرح این ایراد در هر یک از دو دادگاه وجود دارد.<sup>۱</sup> در این پرونده تحلیل امر مرتبط به شیوه رفتار با ایراد سبق طرح دعوا مورد توجه مقام ارجاع پرونده به شعب قرار گرفته است که خالی از اشکال است.

۲- همچنین، گزارش این پرونده و رأی صادره از شعبه بیست و سوم دیوان عالی کشور به درستی گویای قاعده تقدم رسیدگی ماهوی و حکمی دادگاه تجدیدنظر استان بر رسیدگی حکمی دیوان عالی کشور است که از این جهت بی‌اشکال به نظر می‌رسد و مبانی شناخته شده خود را دارد مانند تقدم طرق شکایت عادی بر فوق‌العاده، کمال اثر انتقالی و تعلیقی در تجدیدنظرخواهی نسبت به فرجام‌خواهی و برتری جایگاه دیوان عالی کشور از جهت بررسی انطباق حکم با قانون شرع. در این پرونده نیز با تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه نسبت به دعوی اول و بخشی از محکومیت نسبت به دعوی دوم، وکیل محکوم‌علیه مبادرت به فرجام‌خواهی نسبت به محکوم‌به وجه التزام قراردادی می‌نماید که منجر به رأی شعبه بیست و سوم شده است.

۳- شعبه دیوان در رأی خود به نکته‌ای اشارت دارد که «تجزیه یک دادنامه از ناحیه یک معترض و درخواست تجدیدنظر نسبت به بخشی از آن و تقاضای فرجام‌خواهی در مورد بخش دیگر، نوعی اطاله دادرسی محسوب است و با روح قانون قابل انطباق نیست»؛ سخن بر سر این است که آیا این اقدام فرجام‌خواه، تجزیه یک دادنامه است؟ پیش از این باید بررسی نمود که تجزیه یک دادنامه چیست؟ به باور پژوهنده تجزیه یک دادنامه مصداقی ندارد جز تجزیه و تفکیک موضوعات مندرج در آن از جهت تصمیم و محکومیت؛ برای نمونه اگر شخصی در بخشی از دعوا حاکم و در بخشی محکوم شود، می‌تواند نسبت به بخشی که به سود وی صادر شده در صورت قطعیت تقاضای صدور اجراییه نماید و در

۱. برای مطالعه در این باره ر.ک: محسنی، حسن، «دعوی مرتبط» و ناکارآمدی «مقررات مرتبط»، مجله

بخشی که منجر به محکومیت وی شده به طرق شکایت عادی یا فوق‌العاده متمسک شود. همچنین، می‌شود که به معنای قبول بخشی از محکومیت و اعمال یکی از طرق شکایت نسبت به بخش دیگر باشد و همچنین می‌توان فرضی را در نظر گرفت که رأی حاوی یک قرار و یک حکم است و ذی‌نفع حسب مورد یکی از این دو را برای اعمال طرق شکایت انتخاب می‌کند یا این‌که رأی در بخشی حضوری است و در بخشی غیابی حسب مورد متداعیین نسبت به وضعیت خود تقاضای اقدام می‌کنند. تجزیه دادنامه می‌تواند به معنای عدم سرایت مفاد آن نسبت به کسانی باشد که طرف طریقه شکایت نبوده‌اند که مفهومی شناخته شده است (ر.ک: مواد ۳۰۸ و ۳۵۹ و ۴۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی). اما آیا می‌توان فرض پرونده حاضر را نیز به معنای تجزیه رأی دانست؟ وقتی که یک رأی هم تجدیدنظرپذیر و هم فرجام‌پذیر است دو حالت قابل تصور است که مورد دوم مصداق پرونده حاضر است:

یا این‌که برخی محکوم‌علیهم طریقه تجدیدنظرخواهی و برخی فرجام‌خواهی را اعمال می‌کنند؛

یا این‌که هر دو حق برای یک نفر است و او نسبت به بخشی تجدیدنظرخواهی و نسبت به بخشی دیگر فرجام‌خواهی می‌کند.

به حالت اول هیچ‌گونه ایراد و خدشه‌ای وارد نیست و بر اساس قاعده تقدم رسیدگی ماهوی بر رسیدگی حکمی عمل می‌شود. حالت دوم نیز اگر تجدیدنظرخواهی بر آغاز شدن مهلت فرجام‌خواهی اثر تعلیقی داشت، کمتر مشکل ایجاد می‌گردید چرا که مهلت فرجام با اعمال حق تجدیدنظرخواهی معلق می‌گردید و با تعیین تکلیف آن، آغاز می‌شد. برای نمونه، اگر رأی هم قابل تجدیدنظرخواهی و هم فرجام‌پذیر بود، و دادخواست تجدیدنظر به علت ایرادات شکلی رد می‌گردید، این مسئله قابل بررسی است که آیا با ابلاغ رأی دادگاه تجدیدنظر درباره تأیید قرار رد دادخواست تجدیدنظرخواهی، همچنان محکوم‌علیه حق فرجام‌خواهی دارد یا خیر؟ برخی چنین باور دارند که رأی نخستینی قابل فرجام‌خواهی است که به علت عدم تجدیدنظرخواهی در مهلت، قطعی شده باشد و اگر از آن تجدیدنظرخواهی شد و دادخواست آن مردود گردید، حق فرجام وجود

ندارد و برخی دیگر به خلاف این عقیده باورمندند.<sup>۱</sup> به هر روی، شعبه محترم بیست و سوم دیوان عالی کشور، فرض پرونده حاضر را نیز مصداق تجزیه دادنامه دانسته است و تأکید نموده این کار هم موجب اطاله دادرسی است و هم با روح قانون ناسازگار است که ذیلاً بررسی می‌شود.

۴- اطاله دادرسی پدیده شومی است که تمام کارکرد عدالت را بی‌فایده می‌کند؛ «اجرای عدالت با تأخیر، انکار عدالت است»<sup>۲</sup>، ضرب‌المثل مشهوری است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی به زبان‌های مختلف رایج است.<sup>۳</sup> تجاوز از حدود مهلت‌های قانونی و قضایی یا رفتار و اعمال قواعد آیین دادرسی به شیوه تأخیرآمیز تا جایی که منجر به زانبری نامعقول یا نامتعارف در دادرسی شود، مصداق اطاله دادرسی است. پس اطاله دادرسی را باید از طریق سرعت معقول و متعارف بازشناخت و جز در مواردی که مقنن خود معیاری را برای چنین زمانی معرفی نموده است (بند ۷ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۲ و ماده ۳۸ قانون وکالت ۱۳۱۵)، شناخت اطاله دادرسی از طریق بررسی رفتار معقول و متعارف در دادرسی با توجه به طبیعت و ماهیت و پیچیدگی هر دعوا میسر است.<sup>۴</sup> اعمال حق پژوهش‌خواهی در یک بخش از دادنامه و حق فرجام‌خواهی در بخش دیگر از ناحیه یک محکوم‌علیه چگونه موجب اطاله دادرسی است؟ ممکن است ادعا شود که انتخاب یک بخش از رأی برای فرجام‌خواهی می‌تواند موجب شود همواره پرونده تا صدور رأی نهایی، مفتوح باشد و گرچه این طریقه فاقد اثر تعلیقی است، عملاً به علت ارسال پرونده به دیوان، اجرای رأی به درخواست محکوم‌له، میسر نباشد. به این ادعا می‌شود چنین پاسخ داد که وقتی مقنن حقی برای یک شخص پیش‌بینی می‌کند اعمال آن منع قانونی ندارد و دادگاه نخستین می‌تواند با تهیه بدل مفید، به درخواست دادبرده عملیات اجرایی را

۱. در این باره: محسنی، حسن، فرجام‌خواهی: نظارت قضایی بر رأی قطعیت‌یافته دادگاه نخستین،

دوفصل‌نامه رویه قضایی (حقوق خصوصی)، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص. ۱۵-۲۸.

2. Justice delayed, Justice denied; La Justice tardive est déni de justice.

۳. برای مطالعه بیشتر رک: غمامی، مجید و حسن محسنی، اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۷۴، سال ۱۳۸۵، ص. ۲۸۳-۲۸۵.

۴. برای مطالعه بیشتر رک: محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، چاپ سوم، ص. ۲۷۰-۲۸۳.

نسبت به بخش دیگر آغاز نماید. وانگهی، در ماهیت امر نیز می‌شود گفت که هدف فرجام‌خواه تمسک به یکی از جهات نقض نسبت به محکومیت به وجه‌التزام در این پرونده بوده و باور داشته است که این وجه‌التزام نباید مورد حکم قرار بگیرد و نقض رأی در این قسمت لزوماً تأثیری بر رأی قطعی پیشین ندارد. پس، اگر هم در فروضی همچون پرونده حاضر طرفین منتظر رأی نهایی بمانند، عمل فرجام‌خواه منطبق با اعمال حق قانونی است. پس این که بتوان ادعا نمود که فرجام‌خواه باید از آن بخش از رأی نیز تجدیدنظرخواهی می‌نمود تا زودتر پرونده به سرانجام برسد و اگر چنین ننماید، اطلاع دادرسی ایجاد شده است، بیش از این که بیانگر واقعیت اطلاع دادرسی باشد، معطوف است به نحوه اعمال حق در آیین دادرسی؛ باری ممکن است این اقدام فرجام‌خواه، سوءاستفاده از قواعد آیین دادرسی تلقی شود که در ادامه ذیل بحث روح قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵- آیین دادرسی برابر است با اصول و قواعدی که در مقام اعمال حق دادخواهی و رسیدگی به دعاوی به کار بسته می‌شود و قانون‌گذار ما نیز تلاش نموده آن را در ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی تعریف کند. در حقوق فرانسه به کسانی که آیین دادرسی را برای مقاصد خود به‌کار می‌گیرند، «آیین دادرسی باز»<sup>۱</sup> می‌گویند؛ «ژرار کورنو» درباره این واژه می‌نویسد: «صفت از واژه آیین دادرسی است. کسی است که آزادانه ابتکار دادرسی را به دست گرفته و برای این که در آن اطلاع ایجاد کند، به خود هیچ تردیدی روا نمی‌دارد؛ اشکال تراش، بهانه‌گیر؛ دادرسی‌باز»<sup>۲</sup> می‌توان واژگان امر طاری و تأخیری و مبتنی بر سوءاستفاده را نیز برای فهم معنای آن دید. در یک معنای فاقد بار منفی، این واژه به معنی مهارت و تسلط در به‌کارگیری آیین دادرسی»<sup>۳</sup>. پس اگر گفته شود که عمل وکیل محکوم‌علیه نوعی آیین دادرسی بازی است با هر دو معنای منفی و مثبت آن، آیا این کار منافاتی با روح قانون دارد؟ واقعیت این که پاسخ گفتن روشن به این پرسش دشوار است چرا که از وکیل دادگستری انتظار می‌رود که بتواند آیین دادرسی بازی به هر دو معنا کند و این در حد خود بخشی از مهارت و توانایی و تسلط وی را

1. Procédurier.

2. Processif.

3. CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF / Quadriga, 7e éd, p. 725.

نشان می‌دهد و در شناخت وکلا و پی‌بردن به ارزش کارشان اثر دارد. بسیاری وکلای دادگستری کوشش می‌کنند به هر نحو ممکن چه در مقام ادعا و چه در مقام دفاع، مهارت و تسلطشان را به رخ وکلای رقیب برسانند و اگر چنین کنند نمی‌توان بر ایشان خرده‌ای گرفت و آن را به بازی بد با قواعد آیین دادرسی متهم کرد. اینان هنر ادعا و دفاع را به تدریج و حسب تجربه به دست آورده‌اند و در صدد ابطال حق یا انحراف اذهان و مسیر صحیح عدالت نیستند. پس نمی‌توان پذیرفت اگر وکیلی از مهارت خود بهره‌برد، عملش مخالف نص قانون یا روح آن است. اما، مانع امر دیگری به نظر می‌رسد؛ وکیل دادگستری هر چقدر هم که متبحر باشد، نباید خلاف صداقت و حسن‌نیت عمل کند. او اخلاقاً ملترزم به اجرای با حسن‌نیت قواعد آیین دادرسی است که وی را از اشکال تراشی و خرده و بهانه‌گیری و جر و بحث منع می‌کند. این کارها به شدت بر اعتبار وکلا اثر منفی می‌گذارد هرچند که نتوان به سادگی ایشان را برای اجرای بدون حسن‌نیت قواعد آیین دادرسی مورد بازخواست قرار داد. به بیان دیگر، شاید بتوان روح قانون مورد نظر شعبه بیست‌وسوم دیوان عالی کشور را همین اجرای با حسن‌نیت قواعد آیین دادرسی دانست چه حتماً حکمی در قوانین دیده نمی‌شود که مانع تجدیدنظرخواهی در یک بخش و فرجام‌خواهی در بخش دیگر باشد. حسن‌نیت و صداقتی که امروزه به عنوان یک اصل راهبر دادرسی شناخته می‌شود و وکلا را از تلاش برای کتمان حقایق و وقایع و ادله به منظور غافلگیری طرف مقابل بازمی‌دارد.

۶- رأی شعبه بیست‌وسوم دیوان عالی کشور از این‌که به موضوع ظریف مهارت در به‌کارگیری آیین دادرسی و اطالۀ دادرسی و روح قانون آیین دادرسی ورود نموده بسیار ارزشمند است اما، این موضوعات همگی از موضوعات بسیار چالش‌برانگیز و کمتر کارشده در حقوق ایران است و تبعاً یافتن مصداق مسلم و روشن برای آن‌ها کار آسانی نیست. رأی از این جهت قابل تأیید است گرچه باب بحث باز است و حکایت همچنان باقی است.

## تحدید حق افراد بر تغییر نام، مطالعه موردی یک رأی قضایی

محمد حسنونند\*

صدیقه قارلقی\*\*

### مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۱۵۱۵۸۰۰۶۸۸

تاریخ صدور رأی: ۱۳۹۵/۰۷/۰۸

مرجع رسیدگی: شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران

خواسته: تغییر نام کودک

### ۱- وقایع پرونده

آن گونه که از متن دادنامه مذکور استنباط می شود خواهان، ۴۹ روز پس از نام گذاری کودک تازه متولد شده خود به نام «سهیل»، دادخواستی را به طرفیت اداره ثبت احوال شهرستان آمل، به خواسته تغییر نام کودک از «سهیل» به «محمدحسین» تقدیم دادگاه می نماید که دادخواست وی مورد پذیرش دادگاه بدوی قرار نمی گیرد. این رأی مورد اعتراض خواهان قرار گرفته که در نهایت، تجدیدنظر خواهی وی به ولایت از فرزند صغیرش به طرفیت اداره ثبت احوال شهرستان آمل نسبت به دادنامه صادره از شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان آمل که در بردارنده حکم به رد دعوی اولیه تجدیدنظر خواه با خواسته تغییر نام فرزند صغیرش (پس از گذشت ۴۹ روز از نام گذاری) مورد پذیرش قرار نمی گیرد. شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران با این استدلال که والدین طفل با آگاهی از وظایف خود وفق ماده ۲۰ قانون ثبت احوال (مصوب ۱۳۵۵، اصلاحی

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی و قاضی دیوان عدالت اداری  
md.hasanvand@gmail.com

\*\* دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه قم

۱۳۶۳)، اقدام به انتخاب نام برای فرزند خود نموده‌اند، سپس بعد از مدت کوتاهی بدون هیچ دلیل قانونی‌ای قصد تغییر نام - نامی که در جامعه ایرانی به‌وفور رایج است - داشتند، اقدام تجدیدنظر خواه را خلاف نظم عمومی جامعه و نیز خلاف ماده واحده قانون حفظ اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آن‌ها (مصوب ۱۳۶۷) دانسته و حکم به رد تجدیدنظر خواهی وی صادر می‌نماید.

## ۲- نقد و بررسی

پس از بیان مطالب مزبور، رأی صادره را در سه مرحله بررسی می‌کنیم.

### نخست، از لحاظ شیوه نگارش رأی

یکی از نکات برجسته در دادنامه مورد بررسی، استناد قاضی به معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون حقوق کودک<sup>۱</sup> به‌عنوان یکی از اسناد حقوق بشری در کنار استناد به قوانین و مقررات مختلف داخلی از جمله قانون مدنی، قانون ثبت احوال کشور، قانون آیین دادرسی مدنی، قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آن‌ها و ... است، هرچند به‌صورت پراکنده به این قوانین و مقررات در متن دادنامه پرداخته است. لازم به ذکر است استفاده از قوانین بین‌المللی حقوق بشر در دادگاه‌های ایران پیشینه چندانی ندارد. با وجود این‌که تاکنون تحقیقی درباره میزان استفاده قضات از آراء و موازین حقوق بشری در دادگستری جمهوری اسلامی ایران انجام نشده است ولی می‌توان این‌طور فرض کرد که تعداد آرائی که مستقیماً از احکام حقوق بشر بین‌المللی تبعیت کرده‌اند در قوه قضاییه آن‌قدر زیاد نیست که تبدیل به رویه شده باشد. استناد به قواعد حقوق بشری در دادنامه مورد بحث گرچه نکته‌ای مثبت و درخور تقدیر است لکن این استناد جنبه هدفمند و مؤثری نداشته و در اصطلاح صرفاً به‌جهت خالی نبودن عریضه و با وصفی تزئینی به کار رفته است.

مهم‌ترین نکته‌ای که با مطالعه رأی مورد نظر، توجه خواننده را به خود معطوف می‌کند، عدم رعایت اصول ویرایش ادبی از جمله درمورد رعایت نیم‌فاصله‌ها،

۱. لازم به ذکر است که ایران با حق شرط به کنوانسیون مذکور پیوسته است.



ویرگول، فاصله‌های اضافی و مانند این‌ها است که البته این موضوع در اکثر دادنامه‌های قضایی کشور مشاهده می‌گردد.

نکته دیگری که به‌هنگام نگارش رأی مورد غفلت واقع شده است استفاده از افعال ناقص در متن می‌باشد. برای نمونه می‌توان به مواردی همچون «بوده» و «ملحق شده» اشاره کرد. برای کامل شدن جمله بهتر بود از فعل «است» استفاده می‌شد. از سویی دیگر به‌هنگام نگارش متن رأی، جملات با مواردی مانند «و» و «که» به هم وصل شده‌اند و در پایان جملات به‌ندرت از علامت «نقطه» برای اتمام جمله استعمال شده است.

یکی از نکات قابل توجهی که حین مطالعه رأی یادشده به چشم می‌خورد استفاده نادرست از مفاهیم و اصطلاحات است؛ فی‌المثل، در قسمت درج مشخصات دادنامه به‌جای اصطلاح «اداره ثبت احوال» از عبارت «اداره ثبت و احوال» استفاده شده است؛ همچنین در متن دادنامه نیز عبارت «کنوانسیون حقوق کودک» را به‌اختصار «کنوانسیون کودک» به‌کاربرده است؛ حتی عبارت «قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آن‌ها» را به‌صورت ناقص «قانون حفظ اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل» استعمال نموده است؛ عدم تطابق فعل با فاعل جمله نیز یکی دیگر از مواردی است که در رأی مزبور، مغفول مانده چراکه برای نهاد یا فاعل جمع مانند «اشخاص»، لازم است از فعل «بتوانند» استفاده شود تا مطابقت فعل و فاعل صورت گیرد، در صورتی که در متن رأی، فعل «بتواند» را برای فاعل یادشده به‌کاربرده است؛ و نیز در سطر دوم دادنامه، قضاات صادرکننده رأی، عبارت «... که دربردارنده حکم به رد اولیه دعوی تجدیدنظر خواه ...» را به‌کاربرده‌اند که در ذهن مخاطب صدور قرار رد دعوی در دادگاه بدوی را تداعی می‌کند که قراری شکلی است و موارد منجر به صدور این قرار در مواد ۸۴ و ۸۹ آیین دادرسی مدنی ذکر شده؛ درحالی‌که دادگاه تجدیدنظر در تأیید دادنامه مذکور به استدلالات ماهوی متوسل گشته است که نشان می‌دهد دادخواست خواهان در دادگاه بدوی با یک حکم ماهوی مانند حکم به بطلان دعوی یا حکم به بی‌حقی خواهان مختومه شده است.

یک دادنامه قضایی باید دربرگیرنده اطلاعاتی نسبتاً کامل از پرونده مطروح باشد به‌نحوی که خواننده دادنامه بتواند بدون دسترسی به اوراق پرونده به درکی

نسبی از روند رسیدگی به پرونده دست یابد. اطلاعات دادنامه بهتر است به ترتیب ذیل اعمال شود:

الف: ذکر مشخصات اصحاب دعوا

ب: شرح ماوقع

ج: مطرح نمودن ترافعات طرفین و دلایل آن

د: انشاء حکم دادگاه

گفتنی است این ترتیب در رأی به صورت منفک و مجزا دیده نمی‌شود.

### دوم، از حیث شکلی

با بررسی دادگاه از صلاحیت رسیدگی به دعوی این سؤال مطرح می‌شود که: آیا با وجود هیأت‌های حل اختلاف موضوع قانون ثبت احوال که یکی از وظایف آن‌ها رسیدگی به درخواست تغییر نام افراد است دادگاه‌های عمومی، صلاحیت رسیدگی به این نوع دعاوی را دارند یا خیر؟

در این خصوص باید گفت رأی وحدت‌رویه شماره ۲-۱۳۶۲/۱/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و تبصره ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال (مصوب سال ۱۳۵۵) ناظر به اعطاء اختیار به هیأت‌های حل اختلاف برای تغییر نام‌های ممنوع است و رسیدگی به سایر دعاوی مربوط به نام اشخاص در صلاحیت عام محاکم عمومی دادگستری است. همچنین ماده ۴ قانون فوق نیز مقرر داشته: رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال با دادگاه شهرستان است. هیچ‌یک از نام‌های «سهیل» و «محمدحسین» جزء نام‌های ممنوع نیستند لذا خواسته دعوی فعلی که تغییر نام از سهیل به محمدحسین توسط ولی درخواست شده، از شمول رأی وحدت رویه مرقوم که مخصوص نام‌های ممنوع است، خارج و در نتیجه، موضوع دعوی در صلاحیت دادگاه عمومی بوده است. با این وصف در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۹ سازمان ثبت احوال کشور دستورالعملی به شماره ۱/۱۵۳۲۲۶ را ابلاغ نمود که بر اساس آن، فرآیند تغییر نام‌هایی غیر از نام‌های ممنوع از طریق شورای عالی ثبت احوال انجام پذیرد. دیوان عدالت اداری نیز در رأی هیأت عمومی خود به شماره ۶۶۰ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۸ دستورالعمل مذکور را موافق قانون ثبت احوال دانسته است و با این استدلال که «دستورالعمل مورد اعتراض با مقررات مورد استناد

شاکی مغایرت ندارد و احکام مواد ۳، ۲۰ و ۴۰ قانون ثبت احوال در تغییر نام خانوادگی و نام‌های ممنوع و تغییر در محتوای اسناد سجلی مخصوص احکام عام مواد ۹۹۶ و ۹۹۵ قانون مدنی در تغییر مطالب دفاتر سجل احوال به موجب حکم محکمه است و از طرفی مفاد دستورالعمل ناظر بر موارد عدم وجود دعواست و چنانچه اختلافی بین ثبت احوال و متقاضی تغییر مفاد اسناد سجلی به وجود آید موضوع دعوا طبق ماده ۴ قانون ثبت احوال در دادگاه صالح رسیدگی خواهد شد، شکایت شاکی در خصوص ابطال آن را نپذیرفت. با توجه به استنادات ذکر شده این برداشت حاصل می‌شود که در حال حاضر درخواست تغییر نام در دو مرجع قابل رسیدگی است.

### سوم، از حیث محتوای رأی

مهم‌ترین مستند قانونی در تأیید دادنامه تجدیدنظرخواسته را می‌توان ماده ۲۰ قانون ثبت احوال کشور (مصوب ۱۳۵۵، اصلاحی ۱۳۶۳) دانست. ماده مزبور بر انتخاب یک نام متعارف اشارت دارد.<sup>۱</sup> مطابق این قانون هرکس باید یک نام کوچک و یک نام خانوادگی داشته باشد. انتخاب نام کوچک با اعلام‌کننده ولادت است. حق بر تعیین نام در حقوق ما به والدین اعطاء شده است و محتوای انتخاب آن در پناه قاعده غیرقابل تغییر بودن مندرجات سند رسمی تثبیت می‌شود. علی‌الأصول می‌توان گفت افراد در انتخاب نام کوچک آزادند اما نایست این اصل آزادی را نامحدود دانست، بلکه با در نظر گرفتن اصول و معیارهای پذیرفته‌شده در فرهنگ جامعه و پاره‌ای مصالح فردی و اجتماعی، آن (اصل آزادی) را محدود ساخت (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۲: ۹۱).

سؤالی که مطرح می‌شود این است که: اصولاً برای توجیه حقوقی تغییر نام، دادگاه‌ها به چه قوانین و مقرراتی می‌توانند استناد کنند؟ صدر ماده ۱۱ قانون ثبت احوال (مصوب ۱۳۵۵) مجلس شورای ملی این‌گونه مقرر می‌دارد: «سند ولادت یا مرگ پس از ثبت باید به امضاء اعلام‌کننده و گواهان و مأمور یا نماینده ثبت احوال

۱. ماده ۲۰: انتخاب نام با اعلام‌کننده است. برای نام‌گذاری یک نام ساده یا مرکبی (محمدرضا و سیدمحمدعلی و مانند آن) که عرفاً یک نام محسوب می‌شود، انتخاب خواهد شد. عناوین و القاب و نام‌های زننده و مستهجن یا نامناسب با جنس ممنوع است ...

برسد». سپس در پایان ماده نیز بیان می‌دارد: «پس از تکمیل و امضاء اسناد مزبور، تصحیح یا تغییر مندرجات آن منحصرأ به موجب مقررات این قانون خواهد بود». در قانون یادشده نیز تنها سخن از تغییر نام به دلیل ممنوعیت به میان آمده است؛ چنانکه در تبصره ۲ ماده ۲۰ تشخیص نام‌های ممنوع را برعهده شورای عالی ثبت احوال نهاده است. تغییر نام‌های ممنوع نیز بر مبنای بند ۴ از ماده ۳ همان قانون برعهده هیأت حل اختلاف اداره ثبت احوال گذاشته شده است.

در متن دادنامه مورد بررسی، دادگاه تجدیدنظر به‌هنگام صدور رأی خود به قوانین و مقررات مختلفی استناد کرده و این امر درعین حال که یکی از نکات مثبت و حائز اهمیت رأی یادشده تلقی می‌گردد اما خالی از اشکال نیست؛ فی‌المثل، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۹۸۹) مجمع عمومی سازمان ملل متحد مقرر نموده: «تولد کودک بلافاصله پس از به دنیا آمدن ثبت می‌شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب تابعیت و در صورت امکان، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی آن‌ها برخوردار می‌باشد». از این مقرر چنان برمی‌آید که صرفاً از حق داشتن نام کودک سخن گفته است نه حق تغییر نام وی. در صورتی که موضوع پرونده مورد بررسی «تغییر نام کودک» است. همچنین در پایان دادنامه نیز به بند ۱ از ماده ۸ کنوانسیون مزبور استناد کرده که دولت‌های عضو را موظف به حفظ هویت فردی از جمله نام کودک نموده. به نظر می‌رسد تغییر نام نمی‌تواند منتهی به از بین رفتن هویت افراد شود، چه آن که حتی در صورت تغییر نام افراد، سوابق آن در اسناد سجلی و پایگاه‌های داده ثبت احوال موجود است و موجب از بین رفتن هویت فردی نمی‌شود. در متن دادنامه تعیین نام برای اشخاص دارای حق انتخاب را به استناد ماده ۲۰ قانون ثبت احوال فقط برای یک‌بار دانسته است. در متن ماده مزبور هیچ‌گونه سخنی از تعداد دفعاتی که می‌توان اقدام به تغییر نام کرد، به میان نیامده، لذا استناد به ماده ۲۰ از این حیث نیز به‌درستی بیان نشده است.

استدلال دیگر دادگاه در مخالفت رد دعوی خواهان، مغایرت تغییر مکرر نام با نظم عمومی و ثبات اسناد سجلی است. در این خصوص باید گفت نام و نام‌خانوادگی از اوصاف وابسته به شخص می‌باشد که نشان‌دهنده هویت او در اجتماع است و برای ارتباط مستمر افراد با یکدیگر و لزوم برقراری نظم در اسناد سجلی و پرهیز از تزلزل روابط، ایجاب می‌کند که تغییر نام در شرایط استثنائی

مانند تغییر جنسیت و تغییر ملیت مورد پذیرش قرار گیرد در غیر این صورت درخواست تغییر موجه نخواهد بود. بر اساس ماده ۹۵۸ قانون مدنی، «هر انسان، متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اجرا کند مگر این که برای این امر، اهلیت قانونی داشته باشد». با توجه به این که طفل در زمان تعیین نام به لحاظ عقلی امکان مداخله در نام منتخب توسط والدین را ندارد و نیز با عنایت به ماده مذکور که اساساً اهلیت این کار را نیز به علت کودکی و صغر سن، ندارد و حق برخورداری از حقوق مدنی یک حق بنیادین و اساسی می باشد که غیرقابل سلب است. بنابراین هر فرد پس از رسیدن به سن قانونی و اهلیت یافتن، تنها «یکبار» حق تغییر نام را دارد و سلب این حق به عنوان یک حق مدنی و اجتماعی مغایر با اصل ۲۰ قانون اساسی و ماده ۹۵۸ قانون مدنی است. به نظر می رسد فلسفه یک بار حق تغییر نام بدان سبب است که از یک سو، این حق با اعمال آن، اجرا و تمام شده محسوب می گردد و از سوی دیگر، لزوم حفظ اعتبار و استحکام اسناد سجلی که مبتنی بر نظم عمومی و مصالح اجتماعی است مانع از آن است که فرد بتواند مکرراً درخواست تغییر نام را ارائه نماید. نتیجه این که فرد می تواند پس از رسیدن به سن قانونی نام دلخواه خود را طی دادخواست به دادگاه ارائه کند و دادگاه با توجه به مبانی پیش گفته با جمع شرایط با این تغییر نام موافقت نماید لذا در نهایت می توان گفت صرف نظر از استدلالات و استنادات غیرمرتبط و گاه نامرتبط دادگاه، حکم به بطلان دعوی تغییر نام در پرونده مورد بحث صحیح به نظر می رسد.

### فهرست منابع

- صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده (۱۳۹۲)، **حقوق مدنی: اشخاص و محجورین**، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- قانون ثبت احوال کشور (مصوب ۱۳۵۵) با اصلاحات ۱۳۶۳ مجلس شورای اسلامی، (۱۳۶۷)، مجلس شورای اسلامی.
- قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷) با اصلاحات و الحاقات بعدی.
- کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۹۸۹) مجمع عمومی سازمان ملل متحد.

## قانون حاکم بر دعاوی مسئولیت مدنی؛ تحول قواعد حل تعارض قوانین در دعاوی مسئولیت مدنی

سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی\*

رسول بهرامپوری\*\*

### مقدمه مترجم

مسئله انتخاب قانون حاکم بر دعوی مسئولیت مدنی مربوط به جایی است که یکی از عوامل مرتبط با دعوی، خارجی باشد؛ برای مثال، یکی از طرفین دعوا یا هر دوی آنها دارای تابعیت خارجی باشند یا حادثه منجر به طرح دعوی مسئولیت مدنی در خارج از حیطه صلاحیت سرزمینی دادگاه به وقوع پیوسته باشد. در چنین مواقعی این سؤال مطرح می‌شود که کدام قانون باید حاکم بر دعوا باشد؟ در پاسخ به سؤال مزبور، احتمالات متعددی به ذهن می‌رسد؛ نظیر قانون محل اقامت زیان‌دیده، قانون محل وقوع تقصیر (خطا)، قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار، قانون محل اقامت عامل مسئولیت و غیره.

در بسیاری از کشورها از جمله ایالات متحده آمریکا برای سالیان متمادی، قانون محل وقوع خطا را بدون در نظر گرفتن سایر عوامل ارتباط به‌عنوان قانون حاکم بر دعاوی مسئولیت مدنی برمی‌گزیدند، لیکن رویه قضایی این کشور در حال حاضر متحول گشته و در آخرین تحولات خود، قانون محل وقوع خطا را تنها به‌عنوان یکی از عوامل ارتباط مورد بررسی قرار می‌دهد و ملاک اصلی وی برای تعیین حاکم، رعایت مصالح عمومی و تأمین حداکثر منافع طرفین دعوا و ایالت‌های درگیر حادثه است.

رای حاضر که نشان‌دهنده تحول رویه قضایی آمریکا در زمینه تعیین قانون بر دعاوی مسئولیت مدنی است، به‌جهت آشنایی با این تحولات و افزودن بر غنای

---

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه  
siahbidisaeed@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه  
rasoolbahrampoori@gmail.com

مباحث مربوط به مسئولیت مدنی، ترجمه و به خوانندگان تقدیم می‌گردد. لازم به ذکر است با توجه آن که در کشور مذکور، قوانین ایالت‌های گوناگون با هم متفاوت‌اند، لذا علاوه بر این که تعارض قوانین میان قوانین کشور آمریکا با یک کشور خارجی ممکن است، امکان تعارض قوانین دو یا چند ایالت نیز وجود دارد. رأی حاضر از مصادیق تعارض قوانین ایالت‌هاست؛ لیکن مبنای استدلال دادگاه در تعیین قانون حاکم مانع از آن نیست که در سایر موارد تعارض قوانین نیز مورد استفاده قرار گیرد.

### مشخصات رأی

عنوان دادنامه: دعوای رایک علیه پرسِل<sup>۱</sup>

شماره دادنامه: (۱۹۶۷) ۶۷ Cal. ۲d ۵۵۱

تاریخ: ۱۹۶۷/۱۰/۳۰ (۱۹۶۷/Oct/۳۰)

خواسته: مطالبه خسارت ناشی از تصادف رانندگی

مرجع رسیدگی: دادگاه عالی کالیفرنیا

قاضی ارشد (رئیس دادگاه) آقای تراینر<sup>۲</sup>

واقعه قتل غیرعمد،<sup>۳</sup> به سبب برخورد دو خودرو در ایالت «میزوری» حادث شده است.<sup>۴</sup> مالک و راننده یکی از اتومبیل‌ها، خواننده یعنی «ژوزف پرسِل» - شهروند و مهاجر اهل کالیفرنیا - می‌باشد که در حال مسافرت به «ایلینویز»<sup>۵</sup> برای گذران تعطیلات بوده، و مالک و راننده اتومبیل دیگر خانم «رایک» - همسر خواهان یعنی «لی رایک» - بوده است. خانواده رایک ساکن «اوهایو»<sup>۶</sup> و خانم رایک به همراه دو فرزند خانواده یعنی «جی»<sup>۷</sup> و «جفری»<sup>۸</sup>، در حال حرکت به سمت کالیفرنیا (جایی

1. Reich v. Purcell.

2. TRAYNOR, C.J. (Chief Justice).

۳. عبارت قتل غیرعمد برگردان واژه (Wrongful death) می‌باشد که نه به صورت مطابقی بلکه از باب تشبیه، با قتل شبه‌عمد در حقوق کشور ما مشابهت دارد. در این قسم از مرگ، برای مسبب مرگ از واژه «قاتل» استفاده نمی‌شود؛ لیکن با مرگ معمولی نیز متفاوت است. دعوای (Wrongful death) عبارت از دعوایی است که به طرفیت شخصی که نسبت به مرگ مسئولیت دارد اقامه می‌گردد و مرجع صالح برای رسیدگی به آن دادگاه حقوقی است نه کیفری. این دعوا با قتل غیرعمدی دیگر موسوم به (Manslaughter) متفاوت است.

4. Missouri

5. Illinois

6. Ohio

7. Jay

8. Jeffrey



که برای اقامت مدنظر داشتند) بودند. خانم رایک و جی در این حادثه کشته شدند و جفری مجروح گردید.

خواهان‌ها (لی رایک و جفری رایک) وارث خانم رایک، و لی رایک، وارث جی رایک هستند که بعد از این حادثه به کالیفرنیا نقل مکان کرده و از ساکنان دائمی این ایالت شدند. املاک خانم رایک و جی رایک در اوهایو اداره می‌شود.

طرفین توافق کردند که در دعاوی قتل غیرعمد جی، جراحات وارده به جفری و خسارات اتومبیل خانم رایک، دادگاه به ادعای دریافت مبالغ مشخص شده<sup>۱</sup> رسیدگی نماید. طرفین درخصوص مرگ خانم رایک متفق‌الرأی گشتند که دادگاه به ادعای دریافت مبالغ ۵۵ هزار دلار یا ۲۵ هزار دلار رسیدگی نماید برحسب آن که دادگاه محدودیت خسارت به ۲۵ هزار دلار در ایالت میزوری را بر این دعوا قابل اعمال بداند [یا خیر؟] (حاشیه‌نویسی ورنون بر قوانین ایالت میزوری، بخش ۵۳۷.۰۹۰).<sup>۲</sup> هیچ‌یک از ایالات اوهایو و کالیفرنیا جبران خسارت را در دعاوی قتل غیرعمد محدود نمی‌کنند.<sup>۳</sup> دادگاه بدوی با این استدلال که تصادف در ایالت میزوری رخ داده، مقرر نمود که محدودیت موجود، در ایالت مذکور اعمال گردد. خواهان از رأی صادره تجدیدنظرخواهی کرد.

دادگاه‌ها قانون محل وقوع خطا را برای سالیان متمادی، در دعاوی مسئولیت مدنی اعمال می‌کردند. صرف‌نظر از مسائل مطروحه نزد دادگاه نظیر رفتار طرفین

---

۱. در «قتل غیرعمد» شش نوع خسارت قابل تصور است: مخارج درمانی و هزینه‌های خاک‌سپاری، از دست دادن درآمد، از دست دادن منافع، هزینه نگهداری فرزند، درد و رنج بازماندگان (خسارت معنوی) و خسارات تنبیهی.

2. Vernon's Ann. Mo. Stats. § 537.090<sup>۴</sup>

میزان خسارات قابل جبران: «در تمامی دعاوی که مستند به بخش ۵۳۷.۰۸۰ (دعاوی قتل غیرعمد) اقامه می‌شود هیأت‌منصفه می‌تواند برای شخص یا اشخاص باقی‌مانده (بازماندگان حادثه) که ممکن است حق برخورداری از چنین خساراتی را داشته باشند، خسارتی که از مبلغ ۲۵ هزار دلار تجاوز نمی‌کند، مقرر نمایند و نیز این هیأت (منصفه) می‌تواند با توجه به آسیب ضروری ناشی از چنین مرگی و مدنظر قرار دادن تخفیف یا تشدید شرایط و اوضاع و احوال رفتار غیرقانونی منجر به چنین مرگی و ...، عدالت و انصاف را نسبت به مرگ (حادثه‌شده) و زیان‌های ناشی از آن برقرار نماید».

۳. قانون اساسی اوهایو، ماده ۱، بخش ۱۹ الف: «مقدار خسارات قابل جبران توسط دعاوی مدنی در دادگاه برای مرگ ناشی از عمل غیرقانونی، تقصیر یا قصور دیگری، نباید توسط قانون محدود شود». قانون آیین دادرسی مدنی کالیفرنیا، بخش ۳۷۷: «در دعاوی مستند به این بخش، چنین خساراتی می‌توانند پرداخت شوند، زیرا تحت هر شرایطی که بر دعوا حاکم باشد این خسارات ممکن است صحیح باشند ...».

دعوی، جاری ماندن دعاوی،<sup>۱</sup> قابلیت اعمال قانون مربوط به قتل غیرعمد، مصونیت از مسئولیت یا سایر قواعد اثبات‌کننده خسارت (نک: دعوی لورانجر علیه نادئو؛<sup>۲</sup> دعوی رایان علیه شرکت ماهی قزل‌آلای شمال آلاسکا<sup>۳</sup> و اصلاحیه تعارض قوانین، بخش ۳۷۸ به بعد)، [در واقع] این طور فرض می‌شد که قانون محل وقوع خطا، سبب دعوا را ایجاد نموده و ضرورتاً قلمرو مسئولیت را [نیز] تعیین می‌کند (دعوی اسلیتر علیه شرکت راه‌آهن ملی مکزیک).<sup>۴</sup> به غیر از دشواری‌های دادرسی (نک: کتاب کری، مقالات منتخب درمورد تعارض قوانین (۱۹۶۳)، ص ص ۱۰-۱۸)،<sup>۵</sup> این نظریه زمانی به‌خوبی کاربرد دارد که همه رویدادهای مرتبط، در یک حوزه قضایی به‌وقوع پیوسته باشد ولی دعوا در حوزه قضایی دیگری اقامه گردد. در یک وضعیت پیچیده و مرتبط با چند ایالت نمی‌توان بر این عقیده بود که قوانین یک ایالت به‌تنهایی قادر به تعیین حقوق انحصاری حاکم بر موضوع باشد. (دعوی کرایدر علیه شرکت بیمه زوریخ؛<sup>۶</sup> دعوی کلای علیه نمایندگی شرکت بیمه سان<sup>۷</sup> و دعوی واتسون علیه شرکت بیمه مسئولیت کارفرمایان).<sup>۸</sup> دادگاه باید با توجه به منافع طرفین دعوا و ایالت‌های درگیر موضوع، در پی یافتن قانون مناسب برای اعمال بر مسئله باشد. چنین پرونده‌های پیچیده‌ای، پرونده‌های تاحدی مبهم را [نیز] واضح و از ابهام خارج می‌سازند؛ یعنی قاضی می‌تواند قانونی را که صلاح می‌بیند اعمال نماید (نک: دعوی لین علیه پارکین؛<sup>۹</sup> گرانت علیه مک الیف؛<sup>۱۰</sup> کتاب کوک، مبانی منطقی و قانونی تعارض قوانین (۱۹۴۲)، ص ص ۲۰-۲۱؛<sup>۱۱</sup> کتاب کاورز، دو نظریه حقوق محلی، ص ص ۸۲۲-۸۲۴).<sup>۱۲</sup> هنگامی که نظریه مزبور ملاک عمل قرار گیرد

۱. این عبارت برگردان (survival of actions) است و به معنای «ادامه یافتن دادرسی علی‌رغم فوت یک

طرف یا طرفین دعوا» می‌باشد.

2. Loranger v. Nadeau, 215 Cal. 362, 366 [10 P.2d 63, 84 A.L.R. 1264].

3. Ryan v. North Alaska Salmon Co., 153 Cal. 438, 439 [95 P. 862].

4. Slater v. Mexican Nat. R.R. Co., 194 U.S. 120, 126 [48 L. Ed. 900, 902, 24 S. Ct. 581].

5. Currie, Selected Essays on Conflict of Laws (1963) Pp. 10-18.

6. Crider v. Zurich Ins. Co., 380 U.S. 39, 42 [13 L. Ed. 2d 641, 643, 85 S. Ct. 769].

7. Clay v. Sun Ins. Office, Ltd., 377 U.S. 179, 181-182 [12 L. Ed. 2d 229, 231, 84 S. Ct. 1197].

8. Watson v. Employers Liab. Corp., 348 U.S. 66, 72-73 [99 L. Ed. 74, 81-82, 75 S. Ct. 166].

9. Lein v. Parkin, 49 Cal. 2d 397 [318 P.2d 1].

10. Grant v. McAuliffe, 41 Cal. 2d 859 [264 P.2d 944, 42 A.L.R. 2d 1162].

11. W.W. Cook, The Logical and Legal Basis of Conflict of Laws (1942) Pp. 20-21.

12. Cavers, Two "Local Law" Theories, 63 Harv. L. Rev. 822-824.

این امر به معنای اعمال حقوق خارجی نیست بلکه انتخاب یک قاعده خارجی برای تصمیم‌گیری به‌عنوان قاعده‌ای مناسب برای اعمال در پرونده مطرح‌شده، نزد دادگاه است. به‌علاوه، اکنون ثابت شده است که در مسئله حاکم نمودن قانون خارجی به‌منظور تعیین حق مکتسب، اگر انتخاب قانون با یک معیار نامناسب صورت گرفته باشد ممکن است باعث تضییع منافع مشروع طرفین دعوا و ایالت‌های درگیر شود.

بر این اساس، زمانی که اعمال قانون محل وقوع خطا، منافع خواهان و ایالت مربوطه را تضییع نماید ما هیچ‌گاه آن قانون را اعمال نمی‌کنیم (نک: دعاوی گرانت علیه مک الیف؛<sup>۱</sup> همچنین دعاوی امری علیه امری).<sup>۲</sup> پرونده گرانت، درخصوص دعوایی مربوط به وقوع خسارات بدنی ناشی از یک تصادف رانندگی در ایالت «آریزونا» بود که این تصادف میان دو فرد مقیم ایالت کالیفرنیا رخ داده بود. راننده‌ای که تقصیر او موجب وقوع تصادف شده بود، فوت گردیده و دادگاه ناگزیر بود میان قانون ایالت کالیفرنیا که اقامه دعوا علیه وراث او را مجاز می‌دانست و قانون ایالت آریزونا که اقامه چنین دعوایی را غیرمجاز تشخیص می‌داد، یکی را برگزیند. ما آن زمان این‌گونه رأی دادیم: «هر دو طرف مقیم ایالت کالیفرنیا هستند و اموال شخص خطاکار که در حادثه فوت کرده نیز در این ایالت واقع است. حق خواهان بر اقامه و تعقیب دعوا درخصوص علل وقوع حادثه، تحت حاکمیت قانون ایالتی است که محل وقوع اموال شخص خطاکار می‌باشد». در آن شرایط، اعمال قانون محل وقوع خطا، نه‌تنها منافع ایالت کالیفرنیا و مقیمان آن را تضییع می‌کرد بلکه هیچ نفعی نیز برای ایالت آریزونا و ساکنان آن به‌همراه نداشت (نک: دعاوی گرانت علیه مک الیف).<sup>۳</sup> در پرونده «امرئ»، اعضای یک خانواده اهل ایالت کالیفرنیا، در تصادفی در ایالت «آیداهو»<sup>۴</sup> مجروح شدند که در این تصادف، یکی از اعضای این خانواده راننده بوده و کنترل اتومبیل را از دست داده و اتومبیل از جاده خارج شده بود. پرسش اینجاست که: بر اساس قانون ایالت کالیفرنیا یا ایالت آیداهو، هنگامی که در تصادف رانندگی یکی از اعضای خانواده مسبب ورود جراحت به دیگر اعضای خانواده می‌شود، آیا فرد مقصر از مسئولیت مدنی مبرا است؟ ما در

1. Grant v. McAuliffe, supra, 41 Cal. 2d 859, 867.

2. Emery v. Emery, 45 Cal. 2d 421, 428.

3. Grant v. McAuliffe, supra, 41 Cal. 2d 859, 867.

۴. ایالتی در غرب ایالات متحده آمریکا.

آن پرونده قانون محل اقامت خانواده [کالیفرنیا] را اعمال کردیم نه قانون محل وقوع خطا [ایالت آیداهو] را: «آن ایالت [کالیفرنیا] مسئولیت اولیه ساماندهی و ضابطه‌مند کردن وقایع موجود در روابط خانوادگی اشخاص را بر عهده دارد و این ایالت، تنها ایالتی است که افراد می‌توانند با مداخله در فرآیند قانون‌گذاری، در تغییر این وقایع، تأثیرگذار باشند. به‌علاوه، نامطلوب است که حقوق، تکالیف و مصونیت‌هایی که به‌موجب روابط خانوادگی، به افراد اعطاء یا تحمیل می‌شوند، به‌صورت مداوم به‌دلیل این‌که یکی از اعضای خانواده از مرزهای ایالت محل اقامت خارج گشته و از محل سکونت دور می‌شود، دستخوش تغییر گردند».

اما خواننده این ادعا را مطرح می‌کند که در پرونده‌های گران‌ت و امیری دلایل قانع‌کننده‌ای برای صالح نبودن قانون محل وقوع خطا وجود دارد که در پرونده حاضر این دلایل وجود نداشته و مشاهده نمی‌شود. او استدلال می‌کند که اعمال قانون محل وقوع خطا، هماهنگی و یک‌نواختی تصمیمات متخذه توسط دادگاه‌ها را توسعه و ترویج می‌بخشد و مانع از این امر می‌گردد که خواهان به‌دلخواه قانونی برگزیند که نفع او را تأمین می‌کند و همچنین از ایجاد عدم اطمینانی که ممکن است در نتیجه جستجوهای ویژه برای یافتن قانونی مناسب‌تر در این پرونده و پرونده‌های مشابه پدید آید، جلوگیری می‌نماید.

با این حال، عملی بودن تعیین قانون قابل اعمال و حفظ یک‌نواختی قواعد حاکم بر تصمیمات، تا حدود زیادی به این هدف مناسب که از تعیین قانون حاکم بر دعوا دنبال می‌شود، بستگی دارد که باید قانونی به‌عنوان قانون حاکم بر دعوا تعیین و اعمال گردد که دارای بیشترین تناسب با دعوای مربوطه است (نک: کتاب لفلار، انتخاب معیارهای تأثیرگذار در تعارض قوانین، صص ۲۶۷ و ۲۷۹-۲۸۲).<sup>۱</sup> افزون بر آن، حوزه‌های قضایی یکی پس از دیگری، صرف‌نظر از موضوع دعوا، از انتخاب قانون محل وقوع خطا به‌عنوان قانون حاکم بر دعوای مسئولیت مدنی، فاصله گرفته‌اند. (نک: دعوای رومرو علیه شرکت اجرایی ترمینال بین‌المللی؛<sup>۲</sup> همچنین دعوای وارتل

1. Leflar, Choice Influencing Considerations In Conflicts Law (1966) 41 N.Y.U.L.Rev. 267, 279-282.

2. Romero v. International Terminal Operating Co., 358 U.S. 354, 381-384 [3 L. Ed. 2d 368, 387-389, 79 S. Ct. 468].

علیه فرموسا؛<sup>۱</sup> دعاوی باربر علیه هیوگ؛<sup>۲</sup> دعاوی وسلینگ علیه پاریس؛<sup>۳</sup> دعاوی کلارک علیه کلارک؛<sup>۴</sup> دعاوی بابکوک علیه جکسون؛<sup>۵</sup> دعاوی کیسی علیه شرکت مهندسی مانسون؛<sup>۶</sup> دعاوی گریفیث علیه شرکت خطوط هوایی متحده<sup>۷</sup> و دعاوی هاومشیلد علیه شرکت کانتیننتال).<sup>۸</sup> و دیگر حتی قانون محل وقوع خطا ظاهراً نیز قاعده عمومی قابل اعمال در دعاوی [مسئولیت مدنی] نیست (این موضوع سابقاً به عنوان نقطه قوت بزرگ قانون محل وقوع خطا محسوب می شد). ما این گونه نتیجه گرفتیم که قانون محل وقوع خطا، الزاماً قانون حاکم در تمامی دعاوی مسئولیت مدنی که در دادگاه‌های این ایالت اقامه شده، نبوده است (نک: دعاوی لورانژه علیه نادو<sup>۹</sup> و دعاوی رایان علیه شرکت ماهی قزل‌آلای آلاسکای شمالی).<sup>۱۰</sup>

ما باید در مقام دادگاه رسیدگی کننده، تمام معیارهای داخلی و خارجی و منافع مرتبط با این پرونده را برای تعیین قانون حاکم، در نظر بگیریم. سه ایالت با این پرونده ارتباط دارند: «اوهايو» ایالتی که خواهان‌ها و اشخاص فوت شده در تصادف [مورثین خواهان‌ها] قبل از سانحه در آن جا ساکن بوده و اموال اشخاص فوت شده، در آن جا واقع شده است. ایالت میزوری محل وقوع خطاست و کالیفرنیا هم ایالتی است که خواننده، مقیم آن می باشد. اگرچه خواهان‌ها نیز در حال حاضر مقیم ایالت کالیفرنیا هستند، لکن اقامتگاه و محل سکونت در زمان وقوع تصادف، اقامتگاه و محل سکونت مؤثر و مرتبط [در تعیین قانون حاکم] محسوب می شود. در هنگام وقوع تصادف، برنامه برای تغییر محل سکونت خانواده [خواهان‌ها] قطعی و تثبیت شده، نبوده است و همچنین چنانچه در انتخاب قانون حاکم، وقایعی که پس از حادثه اتفاق می افتد دخیل شود، این پدیده که خواهان به دلخواه قانونی برگزیند

1. *Wartell v. Formusa* (1966) 34 Ill. 2d 57 [213 N.E.2d 544].
2. *W.H. Barber Co. v. Hughes* (1945) 223 Ind. 570 [63 N.E.2d 417].
3. *Wessling v. Paris* (Ky.App. 1967) 417 S.W.2d 259.
4. *Clark v. Clark* (1966) 107 N.H. 351 [222 A.2d 205].
5. *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473 [191 N.E.2d 279, 95 A.L.R. 2d 1].
6. *Casey v. Manson Constr. & Engineering Co.* (1967) [428 P.2d 898].
7. *Griffith v. United Air Lines, Inc.* (1964) 416 Pa. 1 [203 A.2d 796].
8. *Haumschild v. Continental Cas. Co.*, 7 Wis. 2d 130 [95 N.W.2d 814].
9. *Loranger v. Nadeau*, supra, 215 Cal. 362, 366.
10. *Ryan v. North Alaska Salmon Co.*, supra, 153 Cal. 438.

که نفع او را تأمین می‌کند، ترویج می‌یابد (نک: کاورز، پیشین، ص ۱۵۱).<sup>۱</sup> بر این اساس، محل سکونت کنونی خواهان‌ها در ایالت کالیفرنیا، برای این ایالت هیچ منفعتی برای اعمال قانون این ایالت، ایجاد نمی‌نماید و نیز با توجه به این که قانون ایالت کالیفرنیا هیچ محدودیتی برای میزان خسارت قائل نیست، اعمال قانون این ایالت هیچ نفعی برای خواننده ندارد. بدین ترتیب، به‌عنوان دادگاهی که در موضوع این دعوا بی‌طرف است باید تصمیم بگیریم که آیا قانون ایالت اوهایو را به‌عنوان قانون ماهوی رسیدگی به این پرونده انتخاب نماییم یا قانون ایالت میزوری را؟

ایالت میزوری به‌دلیل ارتکاب عمل [خطاکارانه] در داخل مرزهای این ایالت، مرتبط با دعواست و درخصوص این رفتار خطاکارانه، خواننده منفعت زیادی در انتخاب قانون این ایالت به‌عنوان قانون حاکم دارد. با این وجود، محدودیت‌های موجود در مورد میزان خسارت قتل غیرعمد، ارتباطی اندک با این رفتار داشته یا اساساً هیچ ارتباطی با آن ندارد. این محدودیت‌ها با موضوع چگونگی رفتار افراد، بی‌ارتباط است ولیکن موضوع مرتبط با آن این که در صورت وقوع حادثه، خسارات بازماندگان چگونه جبران شود؟ با توجه به این که هیچ‌یک از طرفین دعوا مقیم ایالت میزوری نیستند ایالت وقوع خطا [میزوری] در این جبران خسارت منفعت اندکی داشته یا اساساً بی‌بهره از هرگونه منفعتی است. قوانین مربوط به قتل غیرعمدی، حق دادخواهی را برای ذی‌نفعان معین ایجاد کرده و عواید حاصله [محکوم‌به] را بین این ذی‌نفعان تقسیم می‌کند. این عواید حاصله همانند اموال متعلق به شخص متوفی به ذی‌نفعان اختصاص نمی‌یابد (یعنی این عواید حاصله به‌عنوان مال متوفی بین بازماندگان تقسیم نمی‌شود بلکه به‌صورت مستقیم به‌عنوان مال بازماندگان، به ایشان تعلق می‌گیرد)، لذا موضوع ادعای طلبکاران متوفی قرار نمی‌گیرد و در نتیجه، محلی برای استیفای طلب ایشان فراهم نمی‌آورد. بنابراین، منفعت یک ایالت در دعوی قتل غیرعمدی تا حدودی است که نحوه تخصیص عواید حاصله به ذی‌نفعان را معین نماید و این منفعت صرفاً شامل مواردی می‌شود که متوفی یا بازماندگان او [ذی‌نفعان]، مقیم آن ایالت باشند

1. Cavers, op. cit., 556 supra, p. 151, fn. 16.

درحالی که ایالت میزوری محل اقامت هیچ یک از افراد مذکور نیست. با این وجود، مقررات مربوط به محدودیت میزان خسارت در ایالت میزوری، امتیازی اضافه برای خواندگان بیان می‌دارد که به موجب آن، این مقررات از تحمیل بار مالی زیاد بر خواندگان خودداری می‌کند اما این امتیاز، در درجه نخست یک مقرره محلی است و ما قادر به استنباط و استنتاج در این امر نشدیم که منفعتی بنیادین برای ایالت میزوری وجود داشته باشد که امتیازات مقررات مربوط به محدودیت میزان خسارت را به مسافرانی که از ایالت‌های فاقد مقررات محدودکننده مشابه آمده‌اند، گسترش دهد. با عنایت به این که هیچ یک از طرفین دعوا از ایالت محدودکننده مسئولیت نیستند، مسئولیت خواندگان دعوا نباید محدود گردد و بدین ترتیب، خوانده بدون وجود چنین محدودیت مسئولیتی در ذهنش، تحت پوشش بیمه بوده است. هنگامی که غرامت بر طبق قانون محل سکونت خوانده ارزیابی شود منطقاً وی اعتراضی ندارد و خواهان‌ها نیز مبلغی بیشتر از آنچه در خانه ایالت محل سکونت در زمان تصادف نصیب آن‌ها می‌شد، دریافت نکردند (نک: همان، صص ۱۵۳-۱۵۷).<sup>۱</sup> در این شرایط، اثر بخشیدن به منفعت‌های ایالت اوهایو [محل اقامت خواهان‌ها در زمان وقوع تصادف] در فراهم آوردن جبران کامل خسارات طرف متضرر آنه جبران محدود مانند ایالت میزوری،<sup>۲</sup> تعارضی با هیچ منفعت بنیادین ایالت میزوری ندارد (نک: دعاوی برنکرانت علیه فاولر).<sup>۳</sup> بنابراین، قوانین محدودکننده میزان جبران خسارت ایالت میزوری اجرا نمی‌شود [بلکه مقررات ایالت اوهایو که جبران کامل خسارات طرف زیان دیده را مقرر می‌کند به اجرا درمی‌آید]. (نک: دعاوی جیانی علیه فورت؛<sup>۴</sup> دعاوی واتس علیه شرکت پایونیر کورن؛<sup>۵</sup> دعاوی پیرسون علیه شرکت خطوط هوایی شمال شرقی؛<sup>۶</sup> دعاوی فابریکیوس علیه هورگن؛<sup>۷</sup> دعاوی فاربیر علیه اسمولاک؛<sup>۸</sup> دعاوی لانگ

1. Cavers, op. cit., supra, Pp. 153-157.

2. Cf. Bernkrant v. Fowler, 55 Cal. 2d 588, 595.

3. Gianni v. Fort Wayne Air Service, Inc. (7th Cir.1965) 342 F.2d 621.

4. Watts v. Pioneer Corn Co. (7th Cir.1965) 342 F.2d 617.

5. Pearson v. Northeast Airlines, Inc. (2d Cir.1962) 309 F.2d 553, 92 A.L.R. 2d 1162.

6. Fabricius v. Horgen (1965) 257 Iowa 268 [132 N.W.2d 410].

7. Farber v. Smolack (N.Y. 1967) 36 U.S.L. Week 2075.

علیه شرکت هواپیمایی پان آمریکا؛<sup>۱</sup> دعوای کیلبرگ علیه شرکت خطوط هوایی شمال شرقی<sup>۲</sup> و دعوای گریفیث علیه شرکت خطوط هوایی متحده.<sup>۳</sup> آن قسمت از رأی [بدوی] که مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته بود مطابق مقررات، [نقض] و به دادگاه بدوی بازمی‌گردد تا مطابق توافق طرفین دعوا، پرونده را برای خواهان به میزان ۵۵ هزار دلار خسارت مورد رسیدگی قرار دهد. قضاتی چون «مک کومب»،<sup>۴</sup> «پیترز»،<sup>۵</sup> «توبرینر»،<sup>۶</sup> «ماسک»،<sup>۷</sup> «بارک»<sup>۸</sup> و «سالیوان»<sup>۹</sup> همداستان و متفق‌الرأی هستند.

---

1. Long v. Pan American World Airways, Inc. (1965) 16 N.Y.2d 337 [213 N.E.2d 796].

2. Kilberg v. Northeast Airlines, Inc., 9 N.Y.2d 34 [172 N.E.2d 526].

3. Griffith v. United Air Lines, Inc., supra, 416 Pa. 1.

4. McComb

5. Peters

6. Tobriner

7. Mosk

8. Burke

9. Sullivan



## مطالبه خسارت وارده بر ملك و تفويت منفعت

مرتضى ناصرى حسين آباد\*

### وقايع پرونده:

در دعوى مورد بحث به علت تركيدگى هاى مكرر لوله آب از ساليان گذشته و نفوذ آب به ملك خواهان موجب ورود خساراتى به ملك وى از جمله نشست و شكستگى ديوارها و ريزش نازك كارى زيرزمين ملك خواهان شده است. خواهان متعاقب تركيدگى هاى مكرر با اداره آب و فاضلاب منطقه تماس هاى داشته و آن ها نيز اقدام به تعمير موردى محل تركيدگى نموده اند، غافل از اين كه لوله اصلى آب فرسوده بوده و به طور مرتب همين داستان ادامه پيدا كرده است. مضاف بر اين تركيدگى هاى لوله از حدود 8 سال پيش اتفاق افتاده است، اما خواهان از روى سعه صدر هيچ اقدام حقوقى نكرده بود تا اين كه ملك مورد خسارت به اجاره داده مى شود كه پس از آن و به مدت كوتاهى دوباره لوله آب تركيده و اين بار با شدت بيشترى موجب ورود آب به ملك و حتى پر شدن كف و چاه موجود در زيرزمين شده است. مستأجر نيز به علت عدم امكان انتفاع از ملك به علت نفوذ آب قرارداد خود را فسخ نموده است. متعاقب آن خواهان شخصاً با مراجعه به اداره آب و فاضلاب سعى در متقاعد ساختن اداره مربوطه جهت تعويض لوله اصلى در قسمت فرسوده را داشته است كه به جايى نرسيده است. در نهايت با تركيدگى مجدد و شديد لوله آب از سمت خيابان اصلى و كوچه مجاور و با امعان نظر به عدم موفقيت در متقاعد ساختن اداره مربوطه، اقدام به تأمين دليل و طرح شكايه مطالبه خسارت بر اساس نظر كارشناسى در تأمين دليل و تفويت منافع ملك را نموده است كه منجر به صدور حكم ذيل از سوي دادگاه محترم شده است:

در خصوص دعوى آقاى ع.ن فرزند ص با وكالت آقاى ... و وكيل دادگستري به طرفيت شركت آب و فاضلاب استان ... (در جلسه دادرسي تكميل گرديده است) به

خواستۀ صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت خسارات وارده به ساختمان به میزان دویست و شصت میلیون ریال و تفویض منفعت از تاریخ تقدیم دادخواست تا اجرا با ارجاع امر به کارشناس به انضمام کلیه خسارات قانونی از جمله هزینه دادرسی و دفتری و ثبت دادخواست و حق الوکاله و کارشناسی، وکیل خواهان به طور خلاصه چنین اظهار داشته که: «در اثر فرسودگی لوله آب شرب خیابان اصلی و کوچه مجاور و ترکیدگی های متناوب در چندین سال گذشته آب به زیرزمین ملک موکل نفوذ و موجب خسارات شدیدی گردیده و از طرفی چون باعث فوت منافع در دو سال گذشته گردیده است که در نظریه تأمین دلیل میزان ورود خسارت از این امر هم محاسبه شده است علی هذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته مورد استدعا است». دادگاه با بررسی کلیه اوراق و محتویات پرونده و اسناد و مدارک و مفاد دادخواست تقدیمی از ناحیه وکیل خواهان و با عنایت به اظهارات نامبرده و دفاعیات نماینده حقوقی خوانده در جلسه رسیدگی دادگاه و با توجه به مفاد نظریه کارشناس منتخب دادگاه که پس از معاینه محل طی نظریه تقدیمی مثبت به شماره مورخ با تأیید ترکیدگی لوله آب و نفوذ آب به داخل زیرزمین ملکی خواهان در مرداد ماه سال جاری میزان خسارات وارده را مجموعاً به ملک مذکور چهل میلیون ریال تعیین و اعلام کرده است (صفحات ۳۳ الی ۳۵) که هر چند وکیل خواهان طی لایحه مثبت به شماره مورخ تقاضای اخذ نظریه تکمیلی از کارشناس یا ارجاع امر به هیأت سه نفره را کرده است علی ای حال نامبرده ایراد و اعتراض مؤثر و موجه و مدلی نکرده و صرفاً ادعاهایی را مطرح نموده است و از طرفی نظریه مذکور به نظر دادگاه مخالف اوضاع و احوال محقق و مسلم قضیه نیست (صفحات ۳۷ و ۳۸) علی هذا دادگاه به لحاظ مراتب و موارد مذکور و این که ورود خسارت به ساختمان در اثر سهل انگاری و بی احتیاطی خوانده در نگهداری و حفاظت از لوله آب در خیابان اصلی و فرعی که از وظایف وی محسوب می شود گردیده است، من حیث المجموع دعوی خواهان را در قسمتی از خواسته که شامل ورود خسارت به میزان اعلامی کارشناس است وارد و ثابت تشخیص داده به استناد مواد ۳۰۷ و ۳۳۱ و ۳۳۲ و ۱۲۵۸ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۰۲ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب و قاعده فقهی "لاضرر و لااضرار فی الاسلام" خوانده را به پرداخت مبلغ چهل میلیون ریال از بابت اصل خواسته و مبلغ یک میلیون و سی و شش هزار ریال از بابت خسارات دادرسی (هزینه دادرسی و دفتری و ثبت

دادخواست) و مبلغ سه میلیون ریال از بابت دستمزد کارشناسی و مبلغ یک میلیون و چهار صد و چهل هزار ریال از بابت حق الوکاله وکیل در مرحله بدوی در حق خواهان محکوم و اعلام می‌نماید و اما در مورد مزاد بر مبلغ محکوم‌به و خواسته دیگر یعنی مطالبه منفعت فوت‌شده در ایام ورود خسارات، نظر به کلیه مراتب و موارد مذکور، نظر به این که اولاً: کارشناس منتخب ورود خسارات را کلاً به همین میزان تأیید و اعلام کرده و مزاد بر آن را تأیید ننموده است ثانیاً: هر چند خواهان و وکیل وی مدعی شده‌اند که در اثر ورود خسارات و نفوذ آب، مستأجر محل را تخلیه کرده و مستأجر جدید محل را اجاره نکرده است ولی هیچ دلیل و بینه‌ای اقامه و ارائه نکرده و از طرفی حسب نظریه کارشناس نفوذ آب در مرداد ماه سال جاری بوده ولی محل از سال ۹۴ تخلیه گردیده است مضاف بر این که دلیلی ندارد که مستأجر قبلی به همین علت محل را تخلیه کرده یا مستأجر جدید بوده و به دلیل نفوذ آب به ساختمان از اجاره محل منصرف شده است و هکذا بر فرض این که آب به زیرزمین نفوذ نمی‌کرد آیا محل حتماً به اجاره داده می‌شد یا خیر؟ دلیلی وجود ندارد و ادعای خواهان احتمالی است مضاف بر این که خالی ماندن در سال‌های ۹۴ الی مردادماه سال ۹۶ هم ارتباطی به خواننده نبوده است علی‌هذا دادگاه به لحاظ مراتب و موارد مذکور دعوی خواهان را در این قسمت غیر وارد تشخیص داده و به استناد ماده ۱۹۷ قانون اخیرالذکر و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حکم بر بی‌حقی وی در این قسمت صادر و اعلام می‌دارد. آراء صادره حضوری بوده و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان می باشد.

### نقد و بررسی:

## ۱- عدم جامعیت نظریه کارشناس منتخب و عدم پذیرش درخواست تکمیل آن

دادگاه محترم صادرکننده حکم در قرار ارجاع امر به کارشناسی موضوعاتی را به تفصیل مشخص کرده بود که باید توسط کارشناس منتخب اظهارنظر صورت گیرد. یکی از آن‌ها زمان و مکان ورود خسارت بود. کارشناس نیز در بازدید محل و با استماع اظهارات اهالی محل و ملاحظه محل‌های حفاری، تنها به یکی از محل‌های

ترکیدگی اکتفا نموده بود که با توجه به عدم جامعیت و عدم صراحت اظهارنظر کارشناس، درخواست اخذ نظریه تکمیلی شده بود که مورد قبول دادگاه قرار نگرفته است. این در حالی است که حتی به فرض عدم درخواست توسط ذی‌نفع، به موجب ماده ۲۶۳ ق.آ.د.م دادگاه خود باید رأساً اقدام به اخذ نظر تکمیلی می‌نمود و این می‌تواند از دلایل اعتراض به نظر کارشناس باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۱۴۶).<sup>۱</sup> چراکه اظهارنظر در موارد درخواستی دادگاه ناقص بود و از این نظر اقدام دادگاه در عدم پذیرش درخواست وکیل خواهان قابل ایراد به نظر می‌رسد. عدم صراحت در اظهارنظر کارشناس می‌تواند یکی از موارد دلایل توجیهی در اعتراض به آن باشد و صراحت، شرط اعتبار نظر کارشناس است (ماده ۲۶۲ ق.آ.د.م) (شمس، ۱۳۸۷: ۲۰۸).

## ۲- مغایرت نظرات کارشناسی و ایجاد ظن به عدم جامعیت

با توجه به نظرات کارشناسی در تأمین دلیل و منتخب دادگاه آنچه جلب توجه می‌نماید اختلاف فاحش بین این دو نظر در فاصله زمانی کوتاه بین دو نظر است و با توجه به تأیید ورود خسارت به ملک از سوی کارشناس منتخب، اگر نظر وی را در سایر موارد اعلامی مخالف با اوضاع و احوال تلقی نکنیم، حداقل ایجاد ظن قوی به عدم جامعیت نظر کارشناس منتخب می‌کند و از این جهت نیز عدم قبول اخذ نظریه تکمیلی یا تلقی اعتراض به آن محل اشکال به نظر می‌رسد.

## ۳- موکول کردن امر قضایی و حکمی به نظر کارشناس

دادگاه صادرکننده حکم در یکی از استدلال‌های خود در رد قسمتی از خواسته مبنی بر تفویض منفعت به نظریه کارشناس استناد کرده است. این در حالی است که همانگونه که بیان شد اصلاً کارشناس در این خصوص اظهارنظری نکرده بود و نظر وی جامعیت نداشته است و معلوم نیست چرا دادگاه با این توجیه خواسته

---

۱. در رأی شماره ۵۴۱/۳۰۷ دیوان عالی کشور این نکته مورد توجه قرار گرفته است: «وقتی که دادگاه امری را ارجاع به کارشناس نمود، زمانی می‌تواند عدول کند که عقیده آن‌ها را ناقص و یا مخالف اوضاع و احوال تشخیص دهد. در این صورت باید تکمیل آن را خواسته یا کارشناسان دیگری تعیین کند و خود حق رسیدگی یا تبعیض نظر کارشناس را به یک قسمت ندارد» (بروجدی عبده، ۱۳۱۶: ۸۸).

مزبور را رد کرده است. افزون بر این، به فرض که اظهارنظر کرده باشد، صلاحیت کارشناس تنها در امور موضوعی و از جهت تعیین میزان خسارت است نه این که صلاحیت تشخیص امور حکمی و تعیین حکم در خصوص استحقاق مطالبه آن داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۲۳) (شمس، ۱۳۸۴: ۳۲۴). حتی اظهارنظر در امور خارج از صلاحیت، موجب تخلف انتظامی کارشناس است. این در حالی است که به طور ضمنی دادگاه تعیین استحقاق مطالبه از باب تفویت منفعت را به نظر کارشناس موکول نموده است و از این منظر صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اتخاذ تصمیم در این باره امری قضایی است و از حدود صلاحیت کارشناس خارج است.

در یکی دیگر از موارد توجیه این موضوع به عدم ارائه دلیل اشاره شده است. این در حالی است که اجاره‌نامه تنظیمی و تخلیه مستأجر به علت عدم امکان اشتغال در آن به دادگاه ارائه شده بود و از سوی خوانده نیز اصالت آن مورد تعرض قرار نگرفته بود. صرف نظر از دلیل مزبور، نقش عرف نادیده گرفته شده است. زمانی که اصل ورود خسارت و نفوذ آب به ملک تأیید شده است عرف حکم می‌کند که نمی‌توان از آن ملک استفاده لازم را به عمل آورد و ملازمه عرفی در این خصوص می‌توانست راهگشای امر باشد. به عبارت دیگر، ضرر و منافع از مفاهیم عرفی هستند (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۸) و صدق و کذب آن تابع اوضاع و احوال خارجی و تحول زمان و مکان است. زمانی که خسارتی به مالی وارد می‌شود اگر عرفاً منافی برای آن مال باشد که حسب سیر طبیعی امور و بر مبنای عقل و عرف قابل تحقق است، بی‌تردید مصداق ضرر مالی است و در این خصوص نیز از دست دادن منفعت، ضرر مالی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۴۴). با این وصف قید احتمالی بودن خواسته در حکم صادره درست نبوده و خالی از اشکال نمی‌باشد. از سویی دیگر، با توجه به اجاره دادن ملک به مدت یکسال و امکان تحصیل قطعی و مسلم اجاره‌بها، بایستی حداقل اجاره‌بهای یکساله مورد حکم قرار می‌گرفت امری که به درستی در نظریه کارشناس در تأمین دلیل میزان آن تعیین شده بود.

لازم به توضیح این که در تجدیدنظرخواهی از حکم صادره استشهادیه محلی نیز مبنی بر ترکیدگی لوله آب از سالیان گذشته و نفوذ به ملک خواهان به انضمام دلایل مورد اشاره، پیوست شده بود که دادگاه محترم تجدیدنظر نیز به ایرادات وارد بر حکم توجه ننموده و حکم را تأیید کرده است.

## نتیجه

در پایان و با توجه به مطالب فوق، این نکته را باید تصریح کرد که در دعاوی مربوط به مسئولیت مدنی، تعیین میزان ورود خسارت به جهت امر فنی و تخصصی بر عهده کارشناس است و دادگاه نیز در قرار ارجاع به کارشناس مواردی را که برای احراز ارکان مسئولیت مدنی لازم بدانند می‌تواند از کارشناس درخواست نماید که بالتبع کارشناس نیز باید در حدود صلاحیت خویش اظهارنظر نماید و احراز امور حکمی بر عهده دادگاه است. بنابراین و با توجه به سایر مواردی که مورد اشاره قرار گرفت، و همچنین با توجه به اصل جبران کامل خسارات دادگاه باید حکم به پرداخت خسارتی را می‌داد که ورود آن مسلم بوده است و استدلال دادگاه در بخشی از حکم در رد خواستهٔ مربوط به تفویض منفعت نیز به علت مسلم بودن قابل خدشه و قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

### فهرست منابع

- بروجردی عبده، محمد (۱۳۱۶)، اصول قضایی (حقوقی)، تهران: انتشارات کانون کتاب.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، دانش نامه حقوقی، جلد ۵، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، ادله اثبات دعوا حقوق ماهوی و شکلی تهران: انتشارات دراک.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران، انتشارات دراک.
- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، اثبات و دلیل اثبات، تهران، نشر میزان .
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، الزام های خارج از قرارداد، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.





## تعویق صدور حکم در بزه رابطه نامشروع مادون زنا

امید شهبازی\*

### مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۹۵۰۹۹۷۲۱۷۲۴۰۰۲۴۸

تاریخ: ۱۳۹۵/۰۴/۲۰

شعبه: شعبه ۲ دادگاه اطفال و نوجوانان تهران

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۰۴۰۱۲۴۸

تاریخ: ۱۳۹۵/۰۹/۲۹

شعبه: شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

اتهام: رابطه نامشروع مادون زنا (تقبیل و مضاجعه)

### ۱- خلاصه جریان پرونده

در پرونده حاضر، پسری ۲۸ ساله و دختری ۱۷ ساله، به برقراری رابطه نامشروع در حد تقبیل و مضاجعه متهم‌اند. پس از طرح مستقیم پرونده در دادگاه اطفال و نوجوانان، دادگاه با توجه به ادله موجود در پرونده، بزه انتسابی به هر دو متهم را محرز دانسته و پسر را بنا به دلایلی از جمله: پایین بودن سن و سال متهم دیگر، رفتار فریبکارانه وی، سوءاستفاده از وضعیت سنی دختر و عدم آشنایی وی با محیط زندگی در پایتخت و ... مستحق اشد مجازات دانسته و مستنداً به ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به تحمل نود و نه ضربه شلاق تعزیری و اقامت اجباری در شهرستان خاش به مدت دو سال محکوم می‌کند. دادگاه در خصوص متهم دیگر، به جهت کم سن و سال بودن، عدم آشنایی دقیق به قوانین و نداشتن تجربه کافی رفتار اجتماعی، قرار تعویق صدور حکم به مدت ۶ ماه صادر می‌کند و در پایان اعلام می‌دارد مشارالیه‌ها

\* کارشناس ارشد حقوق کیفری دانشگاه علامه طباطبایی و پژوهشگر استخراج رأی و مطالعات رویه

omid.sh1993@gmail.com

قضای پژوهشگاه قوه قضاییه

ملزم است در یک دوره مشاوره خانواده شرکت و گواهی آن را به دادگاه ارائه نماید. در پی تجدیدنظرخواهی از رأی صادره، دادگاه تجدیدنظر رأی صادره را فاقد هرگونه اشکال و ایراد دانسته و عیناً تأیید می‌نماید.

## ۲- نقد و بررسی

تعویق صدور حکم فرصتی است که دادگاه پس از احراز مجرمیت به متهم می‌دهد تا چنانچه در طول این مدت، بین ۶ ماه تا ۲ سال، به تعهدات خود پایبند باشد و از دستورات دادگاه تبعیت نماید، به‌موجب حکم دادگاه از مجازات معاف گردد (اردبیلی، ۱۳۹۳: ۲۰۴). در واقع در این نهاد، دادگاه اختیار دارد تا در صورت احراز مجرمیت مرتکب، در راستای اصل شخصی کردن مجازات، محکومیت را برای مدتی معین به تأخیر بیندازد (رایجیان اصلی و صادقی، ۱۳۹۴: ۲۳). مطابق ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعویق صدور حکم در خصوص اشخاص بزرگسال، از یک‌سوی به مجازات‌های تعزیری درجه ۶ تا ۸ منحصر و محدود شده است<sup>۱</sup> و از سوی دیگر، مطابق ماده ۴۷ قانون مذکور، برخی جرائم غیرقابل تعویق شمرده شده‌اند.<sup>۲</sup> علاوه بر موارد مذکور در این ماده،

---

۱. در جرائم موجب تعزیر درجه ۶ تا ۸ دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت ۶ ماه تا ۲ سال به تعویق اندازد:

الف- وجود جهات تخفیف ب- پیش‌بینی اصلاح مرتکب پ- جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران ت- فقدان سابقه کیفری مؤثر

تبصره- محکومیت مؤثر، محکومیتی است که محکوم را به تبع اجرای حکم، بر اساس ماده (۲۵) این قانون از حقوق اجتماعی محروم می‌کند.

۲. صدور حکم و اجرای مجازات در مورد جرائم زیر و شروع به آن‌ها قابل تعویق و تعلیق نیست:

الف- جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور، خرابکاری در تأسیسات آب، برق، گاز، نفت و مخابرات  
ب- جرائم سازمان‌یافته، سرقت مسلحانه یا مقرون به آزار، آدم‌ربایی و اسیدپاشی  
پ- قدرت‌نمایی و ایجاد مزاحمت با چاقو یا هر نوع اسلحه دیگر، جرائم علیه عفت عمومی، تشکیل یا اداره مراکز فساد و فحشا

ت- قاچاق عمده مواد مخدر یا روان‌گردان، مشروبات الکلی و سلاح و مهمات و قاچاق انسان

ث- تعزیر بدل از قصاص نفس، معاونت در قتل عمدی و محاربه و افساد فی‌الارض

ج- جرائم اقتصادی، با موضوع جرم بیش از یکصد میلیون (۱۰۰۰۰۰۰۰) ریال

مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، تعزیرات منصوص شرعی نیز قابل تعویق نیستند.<sup>۱</sup>

با توجه به خاص بودن بزهکاری اطفال و نوجوانان، قانونگذار در بحث تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات، نظام دادرسی ویژه‌ای برای این دسته از افراد مقرر داشته است؛ چرا که به موجب ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دادگاه می‌تواند در مورد تمام جرائم تعزیری ارتكابی توسط نوجوانان، صدور حکم را به تعویق اندازد یا اجرای مجازات را معلق کند. با وجود اطلاق ماده فوق، مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، همانند دادرسی بزرگسالان، در دادرسی اطفال و نوجوانان نیز تعزیرات منصوص شرعی ارتكابی اطفال و نوجوانان، غیر قابل تعویق و تعلیق اعلام شده است.

در پرونده مورد بحث قضات محترم در خصوص نوجوانی که مرتکب بزه رابطه نامشروع مادون زنا شده است، صدور حکم را به تعویق انداخته است. تشخیص صحت و سقم رأی صادره و بررسی مطابقت یا عدم مطابقت آن با موازین قانونی، مستلزم پاسخ به دو پرسش ذیل است:

۱) آیا بزه رابطه نامشروع مادون زنا، از جمله جرائم قابل تعویق است یا خیر؟ (۲) آیا سن مرتکب جرم در بزه رابطه نامشروع مادون زنا، در قابل تعویق بودن یا نبودن این بزه تأثیرگذار است یا خیر؟ با توجه به این که در پرونده مورد بحث با یک فرد بزرگسال و یک فرد نوجوان روبرو هستیم، ابتدا به بررسی امکان تعویق صدور حکم در خصوص بزرگسالان متهم به بزه رابطه نامشروع مادون زنا پرداخته و سپس این امکان را در خصوص اطفال و نوجوانان متهم به رابطه نامشروع مادون زنا مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

---

۱. در جرائم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸ چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آن‌ها اعمال می‌شود، جاری نمی‌گردد.

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.

## الف) تعویق صدور حکم در خصوص بزرگسالان متهم به رابطه نامشروع مادون زنا

با بررسی جرائم غیرقابل تعویق مذکور در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تنها موردی که با تعویق صدور حکم در خصوص بزرگسالان متهم به بزه رابطه نامشروع مادون زنا ارتباط داشته و می‌تواند مانع از تعویق صدور حکم گردد، انطباق این جرم با جرائم علیه عفت عمومی است. قانون‌گذار، جرم علیه عفت عمومی را تعریف نکرده و تنها به ذکر مصادیق این جرم بسنده نموده است. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۳۶۲۴/۷ مورخ ۱۳۸۴/۰۶/۰۶ در تعریف جرائم منافی عفت بیان می‌دارد: «جرائم منافی عفت جرائمی است که ناشی از روابط نامشروع و خارج از علقه زوجیت زن و مرد و برحسب عرف و احساسات جامعه، قبیح بوده یا اعمالی است که شرع مقدس ممنوع کرده و منافی عفت یا اخلاق عمومی جامعه است ... که از مصادیق آن روابط نامشروع زن و مرد یا تظاهر به فسق در انظار عمومی است.» (ایرانی ارباطی، ۱۳۸۶: ۲۸۰) حقوقدان‌ها معتقدند منظور از جرائم علیه عفت عمومی، مواد ۶۳۷، ۶۳۸، ۶۳۹ و ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات) است (شمس ناتری و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۷۲) و (غفوری، ۱۳۹۶: ۷۷).

با عنایت به جمیع مطالب فوق و با توجه به این‌که قانون‌گذار عنوان فصل هجدهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (تعزیرات) را «جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی» قرار داده و اولین ماده این فصل را به جرم رابطه نامشروع مادون زنا اختصاص داده است؛ بنابراین، می‌توان اظهار داشت: بزه رابطه نامشروع مادون زنا، یکی از جرائم علیه عفت عمومی بوده و در صورتی که افراد بالای ۱۸ سال تمام شمسی، مرتکب چنین جرمی شده یا شروع به ارتکاب آن نمایند، امکان تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات در مورد آن‌ها وجود ندارد. در تأیید این نظر شعبه ۷۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌موجب رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۹۹۰۰۲۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۸ به صراحت بیان می‌دارد: «بزه رابطه نامشروع مادون زنا از جرائم علیه عفت عمومی محسوب شده و صدور حکم و اجرای مجازات آن، قابل تعویق و تعلیق نیست». شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر استان

تهران نیز به موجب رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۲۰۰۹۱۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۳ همین نظر را مورد تأیید قرار می‌دهد. این شعبه بیان می‌دارد: «مجازات جرائم منافی عفت عمومی (از قبیل بزه رابطه نامشروع مادون زنا) قابل تعویق یا تعلیق نیست و صرفاً قابل تبدیل یا تخفیف است». البته برخی شعب، نظری متفاوت داشته و بزه موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی را قابل تعویق و تعلیق می‌دانند. به عنوان نمونه شعبه ۵۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۵۸۰۰۷۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۶ بیان می‌دارد: «مجازات بزه رابطه نامشروع مادون زنا، قابل تعلیق است». شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز به موجب رأی شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۲۷۰۰۲۷۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۹ بیان می‌دارد: «مجازات بزه رابطه نامشروع، قابل تعلیق است».

یکی دیگر از مواردی که ممکن است مانع از تعویق و تعلیق بزه رابطه نامشروع مادون زنا گردد، تعزیر منصوص شرعی دانستن این بزه است؛ چرا که به موجب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعزیرات منصوص شرعی غیرقابل تعویق و تعلیق‌اند. قانون‌گذار بدون تعریف تعزیرات منصوص شرعی و همچنین بدون احصاء تعداد این تعزیرات، به منظور برطرف نمودن اشکال شورای نگهبان، این اصطلاح را در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و نیز ماده ۱۳۵ وارد کرده و به مبهم بودن این اصطلاح و اختلاف نظر فقها در احصاء تعداد این تعزیرات توجه ننمود. در تعریف تعزیر منصوص شرعی بیان شده است که منظور از تعزیر منصوص شرعی، مواردی است که در روایات برای آن، تعزیر جعل شده است؛ اعم از این که میزان آن مقدر (معین) باشد یا به طور اطلاق به تعزیر حکم شده باشد (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۹۵). برخی از حقوقدان‌ها معتقدند هر چند مطابق دیدگاه شاذ چهارده‌گانه انگاری تعزیرات منصوص شرعی، جرم «قرار گرفتن زن و مرد عریان زیر یک پوشش» از مصادیق ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات است، لکن با توجه به شهرت فقها و نیز لزوم تفسیر قوانین کیفری به صورت مضیق، تنها سه عنوان مجرمانه، مصداق تعزیر منصوص شرعی است: ۱- به همسری در آوردن اهل ذمه با وجود همسر مسلمان ۲- ازاله بکارت ۳- نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان در حال روزه (برهانی و نادری‌فرد، ۱۳۹۴: ۱۰۶-۱۱۰).

عدم تعریف تعزیرات منصوص شرعی و عدم احصاء تعداد این تعزیرات در مقررات قانونی، موجب بروز اختلاف نظر شدید میان علماء حقوق و صدور آرای متهاافت در رویه قضایی موجود در کشور شده است به گونه‌ای که برخی از محاکم بزه رابطه نامشروع مادون زنا را از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی دانسته و نه تنها صدور حکم و یا اجرای مجازات بزه مذکور را فاقد وجهت قانونی می‌دانند بلکه معتقدند مجازات چنین جرمی، قابل تبدیل به مجازات دیگر نیست. به‌عنوان مثال شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۴۵۶ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۰۶ بیان می‌دارد: «مجازات شلاق تعزیری در بزه رابطه نامشروع از تعزیرات منصوص شرعی بوده و قابل تبدیل به جزای نقدی نیست». در همین خصوص شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌موجب رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۱۹۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۶ بیان می‌دارد: «بزه رابطه نامشروع مادون زنا از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی بوده و مجازات آن قابل تعلیق نیست»<sup>۱</sup> در مقابل برخی از محاکم قائل به منصوص شرعی بودن بزه رابطه نامشروع مادون زنا نیستند. به‌عنوان مثال شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌موجب رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۹۰۱۰۶۴ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۸ به تعلیق اجرای مجازات بزه رابطه نامشروع مادون زنا حکم داده و به‌صورت ضمنی پذیرفته است که بزه موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی نیست. شعبه ۵۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز در رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۵۸۰۰۷۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۶ قائل به چنین نظری است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۷/۰۴/۲۶ و به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ به تمامی اختلاف‌نظرها خاتمه داده و مقرر داشت: بزه موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، منصوص شرعی نیست و در نتیجه ایام بازداشت قبلی از محکومیت مرتکب کسر خواهد شد.<sup>۲</sup> در نتیجه دادگاه‌ها نمی‌توانند

۱. از دیگر آرائی که معتقدند بزه رابطه نامشروع مادون زنا، تعزیر منصوص شرعی محسوب می‌شود می‌توان به آراء ذیل اشاره کرد:

رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۴۰۰۴۳۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۰۸ صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور

رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۸۰۰۳۵۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۱ صادره از شعبه ۶ دیوان عالی کشور

۲. مستنبت از مقررات ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود و کیفیت اجرا و مقررات

به این استناد که چون بزه رابطه نامشروع مادون زنا، تعزیر منصوص شرعی محسوب می‌شود، تعویق صدور حکم را مخالف موازین قانونی اعلام نمایند.

## ب) تعویق صدور حکم در خصوص اطفال و نوجوانان متهم به رابطه نامشروع مادون زنا

ورود طفل متهم به نقض اوامر و نواهی قانون‌گذار موجب بروز آثاری سوء بر سرنوشت و آینده وی می‌شود. از این‌رو، همواره تلاش قانون‌گذاران کشورهای مختلف با تأسی به کنوانسیون جهانی حقوق کودک، معطوف به اتخاذ تدابیری است که کمترین آثار سوء را در برداشته باشد. در حقوق ایران نیز قانون‌گذار به منظور تأمین مصالح عالی‌ه اطفال و نوجوانان و تحقق دادرسی عادلانه و منصفانه در خصوص این دسته از افراد، گاه سازوکاری جدای از بزرگسالان پیش‌بینی نموده است. از جمله این سازوکارها، قابل تعویق و تعلیق بودن تمامی جرائم تعزیری ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان است. منتها با توجه به تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، منظور از «تمامی جرائم تعزیری»، تمامی جرائم تعزیری «غیرمنصوص شرعی» است. در واقع چنانچه اطفال یا نوجوانان مرتکب یکی از جرائم تعزیری منصوص شرعی گردند، امکان تعویق صدور حکم و یا تعلیق اجرای مجازات در خصوص آن‌ها وجود ندارد. بنابراین و با توجه به این‌که جرم ارتكابی در پرونده مورد بحث، تعزیر غیرمنصوص شرعی بوده و مرتکب نیز دختری نوجوان است، تعویق صدور حکم توسط قضات محترم، کاملاً مطابق موازین قانونی محسوب می‌شود.

---

مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام مربوط به آن به‌موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده، مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه جرائم تعزیری اعمال کند و در تبصره دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیرقابل تغییر می‌باشد از اطلاق ماده اخیرالذکر استثناء شده است؛ بنابراین نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید. این رأی در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

### ۳- نتیجه‌گیری

با عنایت به این‌که بزه رابطه نامشروع مادون زنا (موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵) از مصادیق جرائم علیه عفت عمومی محسوب می‌شود، حسب تصریح بند پ ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، غیرقابل تعویق و تعلیق است. بنابراین، تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات در خصوص بزرگسالان متهم به بزه رابطه نامشروع مادون زنا، فاقد وجهت قانونی است. لکن با توجه به اطلاق ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین با توجه به تعزیر منصوص شرعی محسوب نشدن بزه رابطه نامشروع مادون زنا، تعویق صدور حکم و یا تعلیق اجرای مجازات در خصوص اطفال و نوجوانان متهم به بزه رابطه نامشروع مادون زنا، دارای وجهت قانونی است.



## فهرست منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، جلد ۳، تهران: میزان.
- ایرانی ارباطی، بابک (۱۳۸۶)، **مجموعه نظریات مشورتی جزایی**، جلد ۱، تهران: مجد.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، **فصل نامه پژوهش حقوق کیفری**، سال سوم، شماره ۱۰.
- رایجیان اصلی، مهرداد و ولی اله صادقی (۱۳۹۴)، «جایگاه تعویق صدور حکم در حقوق ایران با رویکردی تطبیقی به قوانین فرانسه، انگلستان و آلمان»، **پژوهش های حقوق تطبیقی**، دوره ۱۹، شماره ۳.
- ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل پور (۱۳۹۵)، «مفهوم شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان»، **فصل نامه دانش حقوق عمومی**، سال پنجم، شماره ۱۴.
- شمس ناتری، محمدابراهیم و همکاران (۱۳۹۵)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، جلد ۱، تهران: میزان.
- غفوری، احمد (۱۳۹۶)، **شرح آزمونی قانون مجازات اسلامی**، تهران: آریاداد.



## تأثیر ناتوانی مدیون بر پرداخت دیون هنگفت

علیرضا هزاره\*

### مشخصات رأی

شماره پرونده: ۹۴۰۹۹۸۷۱۸۰۱۰۰۳۶۸

تاریخ تنظیم رأی: ۱۳۹۴/۱۱/۰۷

خواسته: ۱- پرداخت یکصد و هشتاد میلیون ریال به انضمام خسارت تأخیر تأدیه و پرداخت کلیه خسارات قانونی از قبیل هزینه داری و حق الوکاله  
۲- پرداخت وجه التزام قراردادی به مبلغ روزانه ۵۰۰ هزار تومان  
مرجع رسیدگی کننده: شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی کازرون

### ۱- وقایع پرونده

با توجه به ماده ۲۳۰ قانون مدنی، تعیین وجه التزام امری مشروع است. با توجه به اطلاق این ماده، مقدار آن نیز تابع توافق طرفین تعهد هست. بنابراین سقف معینی برای آن وجود ندارد. لیکن در مواردی که وجه التزام سنگین و نامتعارف باشد، در برخی آراء، حکم بر بطلان وجه التزام داده شده است. در اینجا به بررسی یک پرونده با این موضوع خواهیم پرداخت.

خلاصه گردش کار یکی از آراء در خصوص موضوع الزام به پرداخت خسارت مقطوع قراردادی یا همان وجه التزام (صادر از یکی از شعب دادگاه عمومی حقوقی کازرون)، به این نحو است که طرف خواننده دعوا که کامیون متعلق به طرف خواهان را در اختیار داشته، بابت کار صورت گرفته با کامیون مزبور، مبلغ ۱۸۰۰۰۰۰۰ تومان به وی بدهکار گردیده است. اما خواننده علی‌رغم مطالبه مکرر خواهان از ادای دین امتناع نموده، در ادامه خواهان و خواننده مجدداً توافق نموده‌اند که دین مزبور تا تاریخ مشخصی ادا گردد و الا مدیون بابت هر روز تأخیر در

\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، مدرس، دانشگاه غرjestان

پرداخت آن، باید روزانه ۵۰۰۰۰۰ تومان به علاوه دین اصلی به خواهان بپردازد، که مدیون از اجرای این توافق نیز امتناع نموده است. لذا خواهان طی دادخواستی الزام خوانده دعوا، به پرداخت دین اصلی به انضمام خسارت تأخیر تأدیه و هزینه‌های دادرسی و حق الوکاله، به علاوه وجه التزام مزبور در وجه خواهان را درخواست نموده و دادگاه پیرو دادخواست مزبور، حکم بر پرداخت دین اصلی، خسارت تأخیر تأدیه، هزینه داری و حق الوکاله نموده، لیکن در خصوص وجه التزام مزبور به چند دلیل حکم بر بی‌حقی خواهان صادر نموده است. در ادامه به نقل حکم دادگاه و نقد آن، و سپس تبیین حکم مطابق با مواد قانون خواهیم پرداخت.

دادگاه محترم بنا بر قاعده مستدل بودن احکام، در راستای مدلل کردن حکم خود مبنی بر بی‌حقی خواهان به دلایل ذیل استناد کرده است؛ «در خصوص خواسته دوم مبنی بر مطالبه روزانه مبلغ پانصد هزار تومان از تاریخ تقدیم دادخواست تا زمان اجرای دادنامه دادگاه با عنایت به مبانی ذیل اقدام به صدور رأی می‌نماید ۱- بنا بر ماده ۲۳۰ قانون مدنی «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را کمتر یا بیشتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». ظاهر این ماده برخی را قانع کرده که هر مبلغی قید شود بر حسب "المسلمون عند شروطهم" مشروع است و دادگاه را نیز ملزم می‌کند. به‌عنوان اصل باید این نظر را تأیید کرد. لیکن موانع اراده ضرورتی است که باید مدنظر باشد. تاکنون تلاش‌های زیادی برای تعدیل وجه التزام سنگین با هدف تأمین عدالت و انصاف صورت گرفته است.

۲- شرط مستلزم پرداخت نامتعارف به دلایل ذیل بی‌اعتبار است: (۱) مخالف قصد و اراده واقعی است زیرا با هدف ایجاد اعتماد در طرف مقابل و یا هزل و شوخی است و خالی از رکن اصل تعهد یعنی قصد واقعی است. (۲) قدرت بر تسلیم و ایفای تعهد از شرایط صحت است و تعهدی که قابل تحصیل نباشد بی‌گمان باطل است. (۳) مخالفت با نظم عمومی با این توضیح که قواعد حقوقی در تمامی نظام‌های جهان مطلق نیستند و نظم عمومی مخصص آن‌ها است و اطلاق ماده ۲۳۰ نیز از این امر مستثنا نیست. (۴) مخالفت با قواعد عمومی شرط با این توضیح که شرط نیز تابع قواعد عمومی شرایط صحت توافق است و اگر موضوع شرط غیرمقدور باشد اعتبار ندارد و تصریح به آن مجوز اجرای آن نیست و ارزیابی این امر با دادگاه است.

۳- در فقه شرط فاقد نفع عقلایی باطل است و نفع عقلایی را به صورت متعارف و عقلایی قوم تشخیص می‌دهند. شرطی که اساساً قابلیت اجرا ندارد و ذمه شخص از اجرای آن ناتوان باشد، بی‌گمان غیرعقلایی نیز هست.

۴- بر اساس نظر دکترین حقوقی مانند مرحوم استاد دکتر کاتوزیان در باب وجه‌التزام نامتعارف، که وجه‌التزام مانند سایر قراردادهای قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی است و باید اراده مشترک طرفین را با تفسیر قرارداد درباره آن اجرا کرد. وجه‌التزام که خسارت مقطوع است در صورتی قابل مطالبه است که آن خسارت را نیز بتوان گرفت. دعوی وجه‌التزام با درخواست الزام به انجام تعهد قابل جمع نیست و در مواردی که مبلغ وجه‌التزام با خسارت واقعی چندان نامتناسب باشد که به نظر مسخره بیاید منجر به حذف مسئولیت قراردادی است و تابع قواعد حاکم بر شرط عدم مسئولیت است.

لذا دادگاه با در نظر گرفتن جمیع مبانی مذکور معتقد می‌باشد که در این پرونده وجود وجه‌التزام سنگین و غیرمتعارف (روزانه مبلغ پانصد هزار تومان در مقابل پرداخت هجده میلیون تومان) باطل است. زیرا وقتی اصل مبلغ هجده میلیون تومان است و خسارت چندین برابر تا حتی چند صد برابر اصل وجه قراردادی است. لذا خوانده قصد جدی بر اجرای تعهد پرداخت خسارت ندارد. زیرا کسی حاضر به پذیرش چنین تعهدی است که قصد پرداخت نداشته باشد و الا هرگز حاضر به پذیرش آن نبود. من حیث‌المجموع با عنایت به جمیع جهات ذکرشده، دعوی در این قسمت غیروارد تشخیص داده می‌شود و مستنداً به مبانی مذکور و مواد ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> حکم بر بی‌حقی خواهان نسبت به مطالبه روزانه پانصد هزار تومان از تاریخ تقدیم دادخواست تا زمان اجرای دادنامه صادر و اعلام می‌دارد رأی صادره غیابی و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل واخواهی در این شعبه و ظرف مهلت بیست روز پس از آن قابل تجدیدنظر در محاکم استان فارس می‌باشد».

۱. ماده ۱۹۷: «اصل بر براءت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را ثابت کند در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم براءت صادر خواهد شد». ماده ۱۲۷۵: «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده اوست».

## ۲- نقد و بررسی رأی

از جمله امور بسیار مورد استعمال در زمینه قراردادی، اندراج خسارت مقطوع ناشی از نقض تعهدات قراردادی است که طرفین در صورت عدم اجرای قرارداد و عدم وجود مانع معتبر (مانند قوه قاهره) بر پرداخت آن توافق می‌کنند. هر چند در جایی که سبب خارجی و مقاومت‌ناپذیر مانع اجرای قرارداد می‌گردد، متعهد از اجرای قرارداد و جبران خسارت ناشی از آن مبری می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۰۱)، مگر در صورتی که نتایج تعهد به نحوی تضمین شوند. در این صورت هیچ حادثه‌ای سبب معافیت متعهد نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۵۲). براساس اصول کلی تعهدات و رویه موجود، درج چنین شرطی بدون محدودیت در مقدار خسارت است و اصولاً تابع اراده و توافق طرفین قرارداد می‌باشد. از آن جا که مقدار خسارت تعیین شده تابع اراده است، می‌توان مبلغ کم یا بسیار هنگفت را به‌عنوان خسارت در نظر گرفت، که اطلاق ماده ۲۳۰ نیز همین امر را می‌رساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۴).

نخستین انتقاد و البته مهم‌ترین اشکال، توجه به این نکته است که در پرونده مدنظر و رأی صادره، خوانده در جلسات دادگاه حاضر نشده است و بدون هیچ جوابیه و لایحه‌ای، رسیدگی به پرونده پایان یافته است. لیکن قاضی در مقام صدور رأی رأساً به استدلال و تحلیل مفاد توافق ایشان پرداخته و براساس ذوق شخصی، عدم اراده مدیون را احراز کرده و در پایان حکم بر بی‌حقی خواهان نموده است. در حالی که بر اساس قواعد حقوقی و دادرسی، قاضی رأساً حق دخالت و استناد به دلیل را (در صورت وجود و حتی در حالت جهل و ناآگاهی طرف دعوا) ندارد. این قاعده با عنوان قاعده «منع تحصیل دلیل» در حقوق شناخته شده است (شکاری، ۱۳۸۱: ۱۵) و قضات محترم در همه نظام‌های حقوقی آن را رعایت می‌کنند. در تمام نظام‌ها، پذیرفته شده که قضات باید نسبت به طرفین اختلاف بی‌طرف باشند و این بی‌طرفی باید به عینه دیده شود (مدنی، ۱۳۷۶: ۱۴) و (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۲۸). در صورت تحصیل دلیل برای یکی از طرفین، این بی‌طرفی نقض می‌گردد.

لذا در این پرونده قاضی بدون استناد خوانده به دلیل یا سندی، حق چنین تحلیل و استنباطی را حتی در صورت درستی و صحت استدلال ندارد. بنابراین این رأی از این جهت منطبق با موازین قانونی نبوده و طبعاً استناد به مواد ۱۹۷ آیین

داری مدنی و ۱۲۵۷ قانون مدنی فاقد صحت و وجاهت قانونی است. هرچند که در ادامه به تحلیل استدلال ارائه شده از جانب دادگاه خواهیم پرداخت و نشان خواهیم داد صحت استدلال مذکور نیز با تردید جدی همراه بوده و (با این فرض که ایراد نقض قاعده «منع تحصیل دلیل» بر رأی وارد نبود) از این جهت نیز رأی با اشکال مواجه است.

اکنون به توضیح سایر اشکالات وارد بر رأی خواهیم پرداخت؛ نخست این که بند دو و چهار قسمت دوم استدلال که اشاره به عدم قدرت بر تسلیم و غیرمقدور بودن موضوع شرط شده، بی گمان هر دو بر یک مفهوم واحد (غیرقابل ایفاء توسط مدیون) دلالت دارد. بنابراین تفاوت قائل شدن بین این دو مفهوم، بدون سبب بوده و صرفاً موجب اطاله کلام شده است.

در قسمت چهارم استدلال هرچند تصریح به تفسیر شرط مزبور بر اساس اراده مشترک و در دامن قرارداد اصلی شده، لیکن اعلام کرده که دعوی وجه التزام با دعوی الزام به انجام تعهد قابل جمع نیست. درحالی که بر اساس توافق و اراده مشترک خواهان و خوانده، مبلغ مزبور بر اساس توافق جدید طرفین که در ابتدا نیز به آن اشاره شد، در ازاء تأخیر در پرداخت وجه قرارداد اصلی بوده و بدیهی است که این استدلال (عدم جمع دعوی وجه التزام و تعهد اصلی) صحیح نبوده و تخصصاً خارج از موضوع است. رویه قضایی نیز در گذشته به صراحت بر این امر صحه گذاشته است؛ شعبه ۷ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۵۴۴ مورخ ۱۳۲۱/۰۸/۱۲، حکم اجرای مفاد تعهد به علاوه تادیبه وجه التزام را در موارد این چنینی که وجه التزام ناشی از تأخیر بوده، تأیید کرده است. دکترین حقوقی هم در جایی که خسارت ناشی از تأخیر اجرا باشد، جمع میان خسارت و الزام به تعهد را مورد تأیید قرار داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۳).

در قسمت سوم، دادگاه محترم اعلام نموده که شرط فاقد نفع عقلایی باطل است و از آن جا که این شرط نیز از توان مدیون خارج است، لذا فاقد نفع عقلایی بوده و باطل است. درحالی که در بند اول قسمت دوم اعلام نموده وجه التزام سنگین غالباً با هدف جلب رضایت و اعتماد طرف قرارداد گنجانده می شود. بدیهی است که این جلب رضایت و البته فشار ناشی از سنگین بودن وجه التزام که اصولاً عزم

مدیون را در پرداخت دین افزایش می‌دهد، خود نفع عقلایی محسوب می‌گردد. به‌علاوه متعهدله را از بار اثبات مقدار خسارت می‌رهاند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۸) که مسلماً این موضوع نفع عقلایی نزد عقلاء است و چگونه می‌توان با استدلال عدم وجود نفع عقلایی، شرط مذکور را باطل فرض کرد.

در این پرونده از آن‌جا که مدیون دو مرتبه خلف وعده نموده، طبیعی است که خواهان به دنبال راهی برای اجرای تعهد از سوی مدیون متخلف است و همین امر، وجود این شرط را در این پرونده توجیه می‌نماید.

از تمامی استدلال‌های دادگاه محترم، آن‌چه که مصون از تعرض باقی می‌ماند، دو موضوع است؛ اول عدم وجود قصد واقعی پرداخت از سوی مدیون و سنگین بودن وجه‌التزام، که البته عدم وجود قصد واقعی مورد ادعا نیز از همین نامتعارف بودن مبلغ شرط نتیجه‌گیری شده است. در پاسخ (البته همانگونه که ذکر شد با این پیش‌فرض که مورد استناد خواننده قرار می‌گرفت) می‌توان گفت که وجود اراده یا عدم اراده واقعی بر انجام تعهد یک امر باطنی است و احراز آن به سادگی ممکن نیست. صرف سنگین بودن وجه‌التزام هرچند شاید موجب گمان ضعیفی بر این امر باشد، لیکن به هیچ‌وجه کافی نیست و نمی‌توان صرفاً با استناد به آن، به یقین حکم بر بطلان یک تعهد کرد. این در حالی است که خود دادگاه در قسمت اول استدلال اذعان نموده که تلاش‌های زیادی در راستای «تعدیل» و نه بطلان وجه‌التزام‌های سنگین صورت گرفته و هدف نیز اجرای عدالت بوده است. لیکن در انتهای حکم برخلاف آنچه در مورد «تعدیل» وجه‌التزام سنگین اذعان نموده، حکم به بطلان کامل این وجه‌التزام صادر نموده است.

موضوع دوم، احتجاج به نظر جناب دکتر کاتوزیان در خصوص وجه‌التزام‌های بسیار ناچیز نسبت به مقدار واقعی خسارت است که این عدم تناسب را دلیل بر حذف مسئولیت قراردادی و تابع احکام شرط عدم مسئولیت دانسته است. با مراجعه به متون حقوقی مورد استناد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۴۴)، در می‌یابیم که استاد گرانقدر، در این موضوع به مواردی اشاره نموده است که وجه‌التزام بسیار ناچیز بوده و خسارت بسیار بیشتر از آن است. در متن مزبور، استاد دکتر کاتوزیان به صراحت ناچیز بودن وجه‌التزام را تابع احکام شرط عدم مسئولیت اعلام داشته است.



درحالی که در این پرونده عکس قضیه حاکم هست؛ وجه التزام بسیار بیشتر از اصل دین است و قاضی محترم به اشتباه، تمسک به نظر مذکور کرده و با بیان نظر دکترین، وجه التزام را ندیده گرفته است. حتی بر اساس نظر جناب دکتر کاتوزیان، در موارد تعیین وجه التزام و عدم ورود خسارت، وجه مزبور همچنان قابل مطالبه است. بنابراین صدور رأی مبنی بر بی‌حقی خواهان نسبت به وجه التزام مورد توافق به هیچ طریقی مبتنی بر عدالت، دکترین حقوق و احکام قانونی مرتبط نمی‌باشد. این مورد با توجه به ماده ۳۴۸ قانون آیین داری مدنی از جهات تجدیدنظر می‌باشد.

### ۳- احکام قانونی در مواجهه با ناتوانی مدیون در پرداخت دین

در این بخش به مرور احکام قانونی مرتبط با موضوع این پرونده یعنی هنگفت بودن مقدار دین و ناتوانی مدیون از پرداخت آن خواهیم پرداخت. در اینگونه موارد چند راه حل وجود دارد؛ نخستین راه حل مقنن، در مواجهه با ناتوانی مدیون در پرداخت دین، حکم ماده ۲۷۷ ق.م.ا<sup>۱</sup> است که به دادگاه، اختیار تقسیط و دادن مهلت به متعهد را داده است. بر اساس دکترین حقوقی مبنای اجرای این مهلت و تقسیط دین، اجرای عدالت است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۲۹). بنابراین جایی که بدهکار توانایی کامل وفای به عهد را نداشته باشد، یا پرداخت آن وی را دچار مشقتی غیرمنصفانه کند یا صدمه‌ای دیگر بر او وارد آید که در نظر دادرس موجه نباشد، می‌توان با اطلاق این ماده، دادن مهلت را توجیه نمود.

همچنین باید افزود در دادن مهلت عادلانه، وضعیت مدیون از جهت عدم ارتکاب تقصیر در پرداخت دیون و عدم اعسار، ملاک است. مهلت عادلانه هم برای رعایت حال مدیون است و هم جهت بقای بنای تراضی و اوضاع و احوال طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۴۲). به همین دلیل قاضی نیز باید بسنجد که در اثر این امر، ضرر ناروایی بر متعهدله وارد نگردد و از سویی نیز هیچ مانعی اعم از قانونی یا قراردادی، برای اعطای مهلت وجود نداشته باشد (احمدالسنهوری، ۱۹۸۵: ۹۵ و ۷۸۱-۷۸۲). بنابراین نخستین راه، دادن مهلت و تقسیط دین بوده که البته باید از

۱. ماده ۲۷۷ ق.م.ا: «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم

می‌تواند نظر به وضعیت مدیون، مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد».

جانب محکوم‌علیه از دادگاه درخواست شود و دادگاه رأساً مختار به اعمال این قاعده نیست.

راه حل دیگری که در حقوق ایران در این موضوع قابل استناد است، تعدیل وجه التزام است. این امر همانطور که اشاره شد، از نظر دادگاه دور نبوده و در استدلال دادگاه به آن اشاره نیز شده، لیکن در هنگام صدور رأی مورد غفلت قرار گرفته است. بر اساس دکترین تعدیل حکم ماده ۲۳۰ قانون مدنی، در پاره‌ای از موارد ممکن است؛ با این توضیح که ماده ۳۹۱ قانون تجارت وجود تدلیس و تقصیر عمده طرف قرارداد را، برای اعتراض معتبر دانسته که مبین این موضوع است که از منظر قانونگذار، تدلیس و تقصیر عمده وضعیت متفاوتی دارند و با توجه به این امر، می‌توان ملاک این ماده را حاکم بر حکم ماده ۲۳۰ قانون مدنی شمرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۱۵).

لیکن در حقوق ایران به صورت قاعده‌ای عام برای معافیت کلی یا جزئی متعهد از انجام تعهد، بیان صریحی وجود ندارد. دکترین حقوقی (داراب‌پور، ۱۳۷۹: ۲۰۰) نیز به‌طور گذرا به موضوع پرداخته است. اما با این وجود، نظام حقوقی ایران چندان با این موضوع بیگانه نیست؛ مقنن ایران در بعضی از موضوعات خاص به آن اشاره کرده است؛ مورد نخستی که مقنن به ضرر اشاره کرده و به استناد آن به متعهد امکان تعدیل تعهد را داده، قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۰۶/۲۹ است. ماده ۱۷۹ این قانون بیان داشته است: «امکان تغییر یا فسخ قرارداد و کمک و نجات هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرائط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد ممکن است به تقاضای هریک از طرفین به وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید».

در این ماده مقنن، وجود عواملی مانند عدم تعادل فاحش بین اجرت و عمل، ناعادلانه بودن و وجود خدعه و فریب را سببی برای معافیت از انجام تعهد از طریق تعدیل یا ابطال قرارداد دانسته است. ناگفته پیداست که در مورد اجرت نامتناسب با عمل مذکور در متن قرارداد، که در اثر وجود خطر قریب‌الوقوع و یا حيله و فریب منعقد

شده، مقنن «تعدیل» یا بطلان عقد قرارداد را پیش‌بینی نموده است. به عبارتی عدم تناسب میان عوضین قراردادی، موجب معافیت کلی یا جزئی متعهد است. قانون دیگری که به سبب ضرر، اجرای تعهد را منتفی دانسته است، لایحه قانونی راجع به «رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک» مصوب مورخه ۱۳۵۸/۰۹/۲۷ مجلس شورای اسلامی است. این ماده واحده مقرر می‌دارد: «در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحدثات غیرمجاز در املاک مجاور هرگاه محرز شود که طرف دعوی یا ایادی قبلی او قصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجادکنندهٔ بناء یا مستحدثات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد و در غیر این صورت حکم به خلع ید و قلع بنا و مستحدثات غیرمجاز داده خواهد شد ...».

در این متون قانونی توجه از چند جهت ما را به مقصود هدایت می‌کند؛ نخست، امتیاز خاصی است که در دو قانون وجود دارد؛ در هر دو قانون، علاوه بر آن که مقنن ضرر را سبب معافیت اعلام کرده، مقدار ضرر را نیز بیان داشته است. مقنن با بیان عبارات «و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد» و «و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام‌یافته فوق‌العاده زیاد و یا کم است»، ضرر ناچیز متعهدله، نسبت به ضرر زیاد متعهد را، عاملی برای رفع کلی یا جزئی تعهدات قانونی و قراردادی دانسته است. ارزیابی این ملاک مسلماً برداشت عرفی است، و بر اساس قسمت اخیر مادهٔ مزبور، دادگاه مرجع تشخیص این موضوع قرار داده شده است.

دومین نکتهٔ مهم و درخور تأمل، توجه به این نکته است که قانون دریایی در خصوص تعهدات قراردادی است، ولی ماده واحدهٔ مذکور در خصوص تعهدات

قانونی و غیرقراردادی افراد نسبت به یکدیگر است. همین مسئله، با لحاظ این امر که در هر دو حالت مقنن نتیجه یکسان (معافیت کلی یا جزئی از انجام تعهد) را مقرر داشته است، این موضع را تقویت می‌کند که می‌توان به استناد عدم تعادل سنگین و نامتعرف عوضین به‌عنوان قاعده‌ای عام، متعهد را از بار انجام تعهد کلاً یا جزئاً رها کرد. این مسئله زمانی بیشتر تقویت می‌شود که به سایر تفاوت‌های دو متن قانونی نظیر تفاوت در موضوع (قانون رفع تجاوز در خصوص اموال غیرمنقول بوده و در مقابل، قانون دریایی مرتبط با بهای خدمات است) ولیکن نتیجه یکسان توجه کنیم. قابل ذکر است که صرف عدم ذکر صریح شرایط تعدیل تعهدات توسط مقنن، دلیل قانع‌کننده‌ای برای عدم پذیرش این موضوع نیست؛ زیرا در بسیاری از موارد متون قانونی سکوت کرده و حکمی مقرر نشده است. لیکن قضات و دکترین حقوقی بر مبنای جواز ناشی از اصل ۱۶۷ قانون اساسی، با مراجعه به فتاوی معتبر فقهی، می‌توانند خلأهای موجود را مرتفع کنند.

این امر در فقه امامیه<sup>۱</sup> در خلال بحث از قاعده نفی عسر و حرج مورد اشاره قرار گرفته است. بنا بر مدلول این قاعده، در تمام تعهدات معوض و غیرمعوض قراردادی یا غیر قراردادی، متعهد برای رهایی از ضرر و مشقت غیرقابل تحمل ناشی از اجرای تعهد و تکلیف، از اجرای آن معاف است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۱۰). استناد به ماده واحده قانون رفع تجاوز که در مورد خسارات غیرقراردادی بود، نیز به همین سبب صورت گرفت، تا نشان داده شود که در نظام حقوقی نیز مانند فتاوی فقهی، ناتوانی مدیون از پرداخت دین بدون توجه به منشأ آن، سبب تعدیل آن دین خواهد گشت. همچنین از آن‌جاکه قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» یکی از مبانی عمده قاعده نفی عسر و حرج است (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۸۸)، می‌توان گفت که نفی عسر و حرج، در واقع برای رفع ضرر است.

در تطبیق ملاک این مواد با پرونده مورد بحث و البته دعاوی با موضوع مشابه، می‌توان گفت هرچند هنگامت بودن مبلغ وجه التزام در صورت صدور حکم بر پرداخت آن، موجب مشقت و ضرر به دلیل سنگین بودن آن می‌گردد. لیکن دادگاه

۱. برای مطالعه بیشتر در فقه ر. ک. ناصر مکارم شیرازی، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، (بی جا: مدرسه امام

باید به دو طرف دعوا توجه می‌نمود و با توجه به این‌که دین اصلی قرارداد به تأخیر افتاده و مسلماً سبب زیان خواهان گردیده، باید با پیمودن راه میانه، براساس احکام قانونی و خصوصاً حکم ماده ۲۷۷، در صورت احراز شرایط و درخواست خواننده، تعدیل و تقسیط آن را مورد حکم قرار دهد؛ دادگاه صادرکننده رأی باید در نظر می‌داشت که اولاً خسارتی بابت دیرکرد پرداخت دین اصلی به وجود آمده است و وجود وجه‌التزام نیز بر همین مبناست. دوماً نباید میان دو موضوع خلط صورت گیرد؛ نخست اصل ورود ضرر و دیگری مقدار ضرر. بر اساس دکترین وجه‌التزام سنگین نباید وسیله انتفاع ناروای طلبکار قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۴۵). بنابراین سنگین بودن مقدار وجه‌التزام، نباید سبب بطلان تمام مقدار آن شود، بلکه تعدیل دین راه‌حل مناسب دیگری است که در کنار مهلت عادلانه می‌تواند در حکم دادگاه لحاظ گردد. البته تعدیل وجه‌الضمان امری است که دادگاه رأساً می‌تواند نسبت به بررسی آن اقدام کند.

همانگونه که در مطالب مذکور اشاره شد، چه در تعدیل و چه در مهلت عادلانه، رعایت حال هر دو طرف مورد نظر قانون‌گذار هست، نه این‌که یکسره خسارت مورد توافق را با استنتاج شخصی عدم وجود قصد واقعی و البته بدون هیچ دفاعی از جانب خواننده، با استناد به سنگین بودن آن، باطل اعلام کند؛ زیرا طرفین در هنگام توافق بر این خسارت، به این امر توجه داشته‌اند که خسارت تأخیر در پرداخت دین اصلی را از این طریق جبران کنند. ولی با صدور این حکم، خواهان به صورت کلی از حق قانونی خود محروم شده است. حکم مزبور خالی از انصاف و رعایت احکام قانونی بوده و بر ضرر خواهان مستحق است. لذا خواهان می‌تواند بر اساس بند ه ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی ادعای تجدیدنظر رأی صادره را بنماید. این ماده اشعار می‌دارد: «جهت درخواست تجدیدنظر به قرار زیر است: ... ه - ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی ...».

## فهرست منابع

- السنهوري، عبدالرزاق احمد (۱۹۸۵)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، جلد ۳، بيروت: الحلبي الحقوقية.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، **حقوق تعهدات**، جلد ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۹)، **ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد**، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۲۹ و ۳۰.
- شکاری، روشنعلی (۱۳۸۱)، **ادله اثبات دعوا**، تهران: نسل نیکان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، **حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات**، تهران: نشر دادگستر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۴، تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴)، **مقدمه علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **قواعد فقه (بخش مدنی ۲)**، تهران: سمت.
- \_\_\_\_\_، سید مصطفی (۱۳۸۹)، **قواعد فقه (مالکیت - مسئولیت)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۶)، **ادله اثبات دعوا**، تهران: گنج دانش.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۰)، **القواعد الفقهیه**، جلد ۲، بی جا: مدرسه امام امیرالمومنین (ع).

## تأثیر ترک زندگی مشترک توسط زوج بر عسر و حرج زوجه

فاطمه صعیدی\*

### مشخصات رأی

شماره پرونده: ۹۱۰۹۹۸۰۷۰۶۰۰۱۲۰۶

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۰۴۷

تاریخ: ۱۳۹۴/۰۱/۲۲

مرجع: شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور

### وقایع پرونده

در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۲ خواسته طلاق توسط زوجه به لحاظ بروز عسر و حرج تقدیم دادگاه عمومی شیراز شده و رسیدگی به شعبه دوازدهم دادگاه عمومی شیراز محول گشت.

در جلسه دادرسی با حضور خواهان و وکیل وی بیان شد زوجه طبق دادخواست تقدیمی سه سال پیش به عقد دائمی خوانده درآمده و علی‌رغم اصرار موکل مبنی بر تهیه منزل مستقل و نیز مراسم ازدواج، خوانده هیچ اقدامی نکرده و ۹ ماه متوالی می‌باشد که ترک زندگی نموده است. به دلیل تخلف زوج از بند ۸ شروط ضمن عقد سند نکاحیه و نیز بند ۱ ماده ۱۱۳۰ ق.م. درخواست طلاق نموده و در ادامه دادگاه قرار استماع شهادت شهود خواهان صادر و خوانده از طریق جراید به دادرسی دعوت شد از طرفی خواهان نیز جهت معاینه از حیث دوشیزه بودن به پزشکی قانونی معرفی گشته و دوشیزه تشخیص داده شد.

در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۶ خواهان بیان می‌کند: «خوانده پسر عمومی من است پس از سه ماه از تاریخ عقد به امارات متحده عربی رفته، دیگر خبری از وی

\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خانواده، دانشگاه شهیدبهشتی

نداشته، بلا تکلیف و در عسر و حرج به سر می‌برم». و پدر و مادر زوجه به‌عنوان شهود بیانات زوجه را تأیید کردند.

با صدور قرار ارجاع امر به داوری زوجه پدر خود را به‌عنوان داور تعیین و چون زوج داور تعیین نکرده فردی را به‌عنوان داور زوج معرفی می‌کند. داور زوجه بیان می‌کند نظرش بر عدم امکان سازش است، همچنین زوجه از نظر مهریه و غیره ادعایی ندارد.

دادگاه با اعلام ختم رسیدگی برابر دادنامه شماره ۰۰۱۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۲۸ در خصوص دعوی مبنی بر درخواست طلاق به لحاظ عسر و حرج و تحقق بند ۱ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و پس از انعکاس خلاصه دادخواست و اظهارات خواهان و خلاصه اظهارات شهود و وکیل خواهان نظر به عدم دفاع خوانده و پاسخ استعلام واصله از اداره مهاجرت و گذرنامه که حاکی از خروج زوج در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۶ از کشور به مقصد امارات متحده عربی از طریق مرز هوایی و عدم بازگشت وی در مدت ۱۰ ماه می‌باشد از موجبات بارز عسر و حرج تلقی شده و به استناد مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی و تخلف زوج از شرط ضمن عقد به جهت ترک زندگی مشترک که بدون عذر موجه بوده است، حکم به طلاق زوجه صادر می‌شود و چون زوجه باکره است و مستحق بیش از نصف مهریه نمی‌باشد و آن را دریافت کرده است و در خصوص سایر امور مالی هم ادعایی ندارد با عدم حضور زوج به سردفتر، نمایندگی در اجراء و ثبت سند طلاق داده شده است و رأی را غیابی اعلام کرده است.

زوج از دادنامه فوق وخواهی نموده و در جلسه ۱۳۹۳/۰۲/۱۴ اظهار کرد: «در تاریخ ۱۳۹۱/۰۱/۱۷ به عقد هم در آمدیم در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۶ به امارات رفته و آنجا در مغازه کار می‌کنم. در تاریخ ۱۳۹۳/۰۲/۱۲ به کشور برگشتم و به خاطر مهریه همسرم که ۶۷ سکه کامل بهار آزادی است از طریق اداره ثبت ممنوع‌الخروج شدم لذا نصف مهریه را پرداخت کردم» سپس وکیل وی به صلاحیت محلی دادگاه ایراد نموده و اعلام داشته مدافعات به شرح لایحه تقدیمی است.

دادگاه مجدداً قرار ارجاع امر به داوری صادر می‌نماید زوجین پدران خود را به‌عنوان داور منتخب به دادگاه معرفی و باز هم نظر داوران بر عدم امکان سازش است.

دادگاه با اعلام ختم رسیدگی طی دادنامه شماره - ۰۰۴۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۹ وخواهی زوج به طرفیت زوجه، بیان کرد با توجه عمده ایرادات به



عمل آمده مربوط به صلاحیت محلی دادگاه بوده و ایراد دیگر مبنی بر این است که زوج جهت تحکیم مبانی زندگی مشترک نیمی از مهریه را پرداخت نموده است درحالی که جهت رفع ممنوع‌الخروج بودن پرداخت نموده دادگاه ایرادات و دفاعیات وکلای وخواه را وارد ندانسته و با توجه به دفاعیات وکیل وخواننده و احراز ترک نفقه و زندگی مشترک از سوی زوج و این که اقدامات زوج طی پنج سال گذشته موجب تنفر شدید زوجه گردیده به نحوی که گفته اگر مرا به زندگی مشترک مجبور نمایند خودکشی خواهم نمود و اعلام کرده حاضر م مهریه‌ای که وصول کرده‌ام برگردانم و عدم تأثیر تلاش‌های داوران در انصراف زوجه از طلاق، دادگاه با تأکید بر این که رأی غیابی صادره با مذهب زوجین که سنی شافعی هستند مغایرتی ندارد ضمن رد وخواهی، دادنامه وخواسته را عیناً تأیید می‌کند.

وکلای زوج از دادنامه شماره - ۰۰۴۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۹ تجدیدنظرخواهی نموده‌اند و شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر با اعلام ختم رسیدگی به شرح دادنامه شماره ۰۱۱۱۹ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۸ ضمن رد ایراد تجدیدنظرخواه درخصوص صلاحیت محلی دادگاه بدوی، تجدیدنظرخواهی او را درخصوص ماهیت دعوا نیز وارد ندانسته، زیرا به نظر دادگاه تجدیدنظر بند هشتم از شروط ضمن عقد محقق گردیده است؛ چراکه بر اساس گزارش اداره گذرنامه تجدیدنظرخواه از تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۶ از ایران به مقصد امارات خارج گردیده و اقدامات وی تنها یک مورد اظهارنامه در تاریخ ۱۳۹۱/۰۵/۰۷ و ارائه دادخواست الزام به تمکین که هر دو توسط وکیل انجام گرفته و حکم بطلان صادر گردیده منحصر می‌گردد. این اقدام هیچ‌گونه ارتباطی با حسن معاشرت نداشته و اگر بعداً هم به ایران بازگشته و تقاضای زندگی مشترک کند، مانع استفاده تجدیدنظرخواننده از حقی که به موجب وکالت گرفته شده ضمن عقد نکاح، کسب شده نخواهد شد؛ لذا تحقق بند هشتم از شروط نکاحیه محرز تشخیص داده شده و به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی خواهان اذن به مراجعه به یکی از دفاتر رسمی طلاق با حق توکیل به غیر جهت اجرای صیغه طلاق اعطاء می‌گردد نوع طلاق بائن غیرمدخوله می‌باشد. اعتبار حکم صادره شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی یا انقضای مهلت فرجام‌خواهی است.»

درنهایت وکلای زوج طی لایحه‌ای از دادنامه اخیرالذکر فرجام‌خواهی نموده و

ایرادات شکلی و ماهوی خود را منعکس نمودند. هیئت شعبه مرجوعه دیوان عالی کشور پس از قرائت گزارش عضو ممیز و اوراق پرونده، مشاوره نموده چنین رأی داد:

### متن رأی

«فرجام خواه و وکلای وی ایراد و اعتراض مؤثری که مستلزم نقض رأی فرجام خواسته باشد ارائه نداده‌اند و ایراد بر دادنامه از حیث استدلال و استناد به قانون و رعایت قواعد دادرسی نیز در حدی نیست که نقض رأی را ایجاب نماید. علی‌هذا استنباط دادگاه از دلایل و محتویات پرونده خالی از اشکال مؤثر تشخیص و مآلاً دادنامه موصوف به شماره ۸۰۱۱۱۹ - ۱۳۹۳/۰۹/۰۸ صادره از شعبه بیست و دوم دادگاه تجدیدنظر استان فارس ابرام می‌گردد».

شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور - رئیس و مستشار

### نقد رأی

#### ۱- نقد محتوایی

##### ۱-۱- قواعد شکلی درباره صلاحیت

طبق قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ دادگاه خانواده دارای صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به دعاوی مربوط به این بخش است؛ اما با عنایت به این که خواسته در تاریخ دوم اسفندماه ۱۳۹۱ ثبت شده و قانون جدید حمایت از خانواده مصوب یکم اسفندماه است و با عنایت به ماده ۲ قانون مدنی که قوانین را ۱۵ روز پس از انتشار لازم‌الاجرا می‌داند با این که این دعوا طبق ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در صلاحیت دادگاه خانواده است اما دعوا به درستی در دادگاه عمومی مطرح شده است؛ اما نظر به این که قوانین راجع به صلاحیت ذاتی عطف به ماسبق می‌شوند و شامل دعاوی مطروحه نیز است (شمس، ۱۳۹۳: ۱۵) در صورت وجود شعبه دادگاه خانواده در حوزه قضایی شهرستان دعوا باید در این دادگاه ادامه یابد (ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱) ولی به طور کل در رأی اشاره‌ای به این موضوع و این که پرونده در چه دادگاهی در حال پیگیری است، نشده که به نظر می‌رسد با توجه به فاصله زمانی کم جلسات تا تصویب قانون و مهلت سه ساله برای تشکیل شعب دادگاه‌های خانواده، این دعوا احتمالاً در همان دادگاه عمومی پیگیری شده است.

## ۲-۱- قواعد ماهوی درباره عدم استناد به منبع صحیح

با توجه به شافعی مذهب بودن زوجین که در رأی بدان اشاره شده و استناد به اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی، قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم و تبصره ماده ۴ قانون حمایت خانواده برای طلاق باید به قوانین مذهب شوهر مراجعه شود، اما در رأی بدون استناد به منابع و فتوای شافعی صرفاً یک جمله آمده که «رأی غیابی صادره با مذهب زوجین که سنی شافعی هستند مغایرتی نداشته» دو نکته که اینجا باید مورد توجه بگیرد آن است که نخست آن که لفظ «رأی غیابی» در مقابل لفظ «رأی حضوری» قرار می‌گیرد که ناظر به قوانین شکلی و در حیطة آیین دادرسی مدنی است که فارغ از مذهب طرفین دعوا حاکم بر دادگاه‌ها است و اساساً قرار نیست مغایرت یا عدم مغایرت آن با فقه شافعی مورد بررسی قرار گیرد. مسئله‌ای که باید مورد بررسی قرار گیرد شرایط طلاق در فقه شافعی است که اولاً آیا اساساً عسر و حرج از موجداتی است که برای زوجه امکان درخواست طلاق ایجاد کند؟ و سپس آیا غیبت زوج از مصادیق عسر و حرج است؟ در چه صورت و به چه مدت؟

ثانیاً آیا اساساً طلاق قضایی بر طبق قوانین این فقه صحیح است یا خیر؟ به نظر می‌رسد منظور از «رأی غیابی» در متن «طلاق غیابی» بوده که صحیح‌تر آن «طلاق قضایی» است.

دوم آن که این که رأی مغایرتی ندارد صرفاً ادعا است درحالی که رأی باید مستند به اقوال و منابع و فتاوی مذهب شوهر یعنی فقه شافعی باشد، اما درحیطة قوانین ماهوی جای جای رأی مستند به قانون مدنی است که از این جهت نقد جدی وارد است.

## ۲- نقد ساختاری

جریان پرونده در مراحل بدوی، واخواهی و تجدیدنظر توضیح داده شده است اما علی‌رغم این که برخی مسائل غیرحقوقی مانند نظریه پزشکی قانونی کامل تشریح شده‌اند اما برخی موارد ضروری مانند ایراد به صلاحیت محلی توسط واخواه و علت رد آن بررسی نشده‌اند و معلوم نشده که اقامتگاه خواننده دعوای بدوی کجا

بوده؟ چرا ایراد کرده است؟ (توضیح آن که نظر به طرح دعوا در زمان حاکمیت قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ قواعد صلاحیت در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ که اجازه طرح دعوا در محل اقامت زوجه را می‌دهد، مجرا نبوده و قواعد مربوط به صلاحیت محلی نیز عطف به ماسبق نمی‌شود؛ بنابراین باید در این مورد راجع به قواعد عام قانون آیین دادرسی مدنی بحث شود) و چرا دادگاه این ایراد را رد کرده است؟ این اشکال وقتی پررنگ‌تر می‌شود که تجدیدنظرخوانده این ایراد را در مرحله تجدیدنظر نیز مجدداً مطرح می‌کند و باز هم رد می‌شود اما معلوم نمی‌شود چرا این طور شده است.

شیوه نگارش توضیحات مرحله بدوی به گونه‌ای است که گویی بعد از تشکیل جلسه اول قرار استماع شهادت شهود می‌شود، دعوت خوانده به دادرسی از طریق جراید پس از این جلسه اتفاق می‌افتد در حالی که این روند پس از بررسی دادخواست بایست انجام می‌شد.

طبق نظریه مشورتی شماره ۳۵۳۶/۷-۳۵۳۶/۱-۰۵/۱۳۸۲ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه «ابلاغ اوراق قضایی در امور حقوقی به مخاطب مقیم خارج از کشور در قالب ماده ۷۱ قانون آیین دادرسی و انقلاب در امور مدنی صورت می‌گیرد و انتشار آگهی به منظور ابلاغ اوراق قضایی به مخاطب مجهول‌المکان که در ماده ۷۳ یادشده به آن اشاره گردیده، در داخل کشور امکان‌پذیر بوده و مجوزی برای نشر آگهی مذکور در کشور بیگانه وجود ندارد»؛ بنابراین دعوت خوانده غایب که عنوان شده به کشور امارات از طریق جراید خالی از اشکال نیست.

قاضی مرحله بدوی درباره ترک زندگی مشترک به درستی به مبنای قانونی در ماده ۱۱۳۰ و پس از آن به مبنای قراردادی در سند نکاحیه استناد می‌کند و راجع به حقوق مالی زوجه تعیین تکلیف می‌کند.

ذکر مواردی از قبیل «ماندن در بلا تکلیفی» و یا «کراهت و تنفر شدید» به قاضی کمک می‌کند که بتواند وضعیت پیش‌آمده را با معنی عسر و حرج که مشقت و ضیق شدید است تطبیق دهد و از این جهت مطمئن شود. (هرچند که طبق ماده ۱۱۳۰ ترک زندگی مشترک به مدت ۹ ماه متوالی به طور فرضی از مصادیق عسر و حرج شناخته شده، اما قابل ایراد است).

در مرحله بدوی اشاره می‌شود که زوجه نصف مهریه را دریافت کرده و راجع به سایر امور مالی نیز ادعایی ندارد اما زوج در مرحله و اخواهی اظهار می‌کند که به دلیل نپرداختن مهریه ممنوع‌الخروج شده بود؛ بنابراین جریان پرونده در این خصوص دارای ابهام است. ضمن این که دوباره بحث ادعای مالی زوجه راجع به نفقه در مرحله و اخواهی راجع به نفقه مطرح شده در صورتی که مرحله و اخواهی فرصتی برای خوانده غایب مرحله بدوی است و نه فرصت ادعای جدید از سوی و اخوانده.

توجه به این که زوج ادعا کرده پرداخت نصف مهریه جهت تحکیم مبانی خانوادگی بوده اما دادگاه احراز کرده به جهت رفع ممنوع‌الخروجی بوده و از این جهت دفاع را وارد ندانسته نشان از دقت نظر قاضی و توجه به اعمال طرفین برای تصمیمی هرچه صحیح‌تر دارد.

موجب ماهوی تجدیدنظر از رأی بدوی معلوم نشده و فقط به این که دادگاه تجدیدنظر آن را وارد ندانسته بسنده شده که این امر موجب ابهام خواننده گردش کار است. اما با توجه به جملات بعدی به نظر می‌رسد که تجدیدنظر خواه که به نظر می‌رسد زوج باشد (که به این نکته نیز اشاره نشده) ارائه دادخواست الزام به تمکین را اماره حسن معاشرت تلقی کرده است و دادگاه نیز به درستی با توجه به احراز ترک زندگی مشترک از سوی زوجه آن را خارج از مصداق حسن معاشرت دانسته است.

باز هم در مرحله فرجام‌خواهی معلوم نیست ایرادات شکلی و ماهوی فرجام‌خواه چه بوده و چرا رد شده است.

اینکه در رأی به برخی حالات و روحیات طرف دعوا اشاره شده است مثلاً «اقدامات زوج طی پنج سال گذشته موجب کراهت و تنفر شدید زوجه گردیده به نحوی که گفته اگر مرا به زندگی مشترک مجبور نمایند خودکشی خواهم نمود و اعلام نموده مهرم حلال جانم آزاد و اعلام نموده حاضر مهریه‌ای که وصول کرده‌ام برگردانم» باعث می‌شود بیشتر به اوضاع و احوال طرفین پرونده به عنوان یک انسان واقف شد و رأی منصفانه‌تر که بیشتر مبتنی بر واقعیت پرونده باشد صادر کرد، هر چند رأی فاقد توجیهات فراقوقی است؛ اما ذکر مواردی از این دست به‌طور غیرمستقیم قضاوت را از صرف حقوقی بودن و عدم توجه به دیگر مسائل مبرا می‌کند و از این حیث گامی رو به جلو است.

### ۳- نقد آثار رأی

#### ۳-۱- آثار اقتصادی

در وضعیت‌هایی که به نظر می‌رسد زندگی به بن‌بست رسیده است، همین‌که وضعیت به مرحله بعد ارتقاء پیدا نکند قطعاً طرفین هزینه‌های کمتری متحمل خواهند شد. در مورد موضوع مورد بررسی در صورت عدم حکم به جدایی دو راه پیش‌روی زوجین قرار می‌گیرد ۱- نگاه‌داشتن پیوند قانونی ضمن وجود مفارقت جسمانی و عاطفی که ممکن است منجر به افسردگی طرف آسیب‌پذیرتر شده و او را مجبور به پرداخت هزینه‌های مشاوره و روان‌شناسی کند یا به‌طور مثال بر کار و درآمد آن‌ها به‌طور غیرمستقیم تأثیر منفی بگذارد. ۲- ارتقاء دادن رابطه به زندگی مشترک که در این صورت با فرض بنیادی و حل‌ناشدنی بودن مشکلات بین طرفین هزینه‌های جشن ازدواج، نفقه، تهیه مسکن و لوازم زندگی و حتی تعلق کل مهریه به زوج نیز به‌وجود می‌آید که جدایی پیش از این خرج‌ها به‌صرفه‌تر به نظر می‌رسد یا در فرض فرزندآوری خانواده پذیرای بسیاری هزینه‌ها از بعد اقتصادی سوی بعد روان‌شناختی و ... می‌شود؛ بنابراین در صورت تشخیص بازگشت‌ناپذیری زندگی مشترک از منظر اقتصادی پایان رابطه پیش از ورود به زندگی مشترک عاقلانه‌تر است.

#### ۳-۲- آثار اجتماعی

جدا شدن پیش از شروع زندگی مشترک می‌تواند فرصت‌های بیشتری برای ازدواجی موفق پیش‌روی طرفین قرار دهد. به‌ویژه برای زوج در عرف ایران که دوشیزگی و سن کمتر از موارد مثبت و جلب‌کننده برای همسرگزینی تلقی می‌شوند؛ بنابراین فرد از بسیاری آسیب‌های مطلقه ماندن و نگاه و برچسب‌های منفی جامعه به این علت در امان خواهد ماند.

از جهت دیگر فرزند نداشتن باعث می‌شود این نوع طلاق اثر منفی به نام «فرزند طلاق» از خود باقی نگذارد که در آن صورت متعاقب جدایی این وضعیت برای کودک می‌توانست باعث ایجاد بسترهای بزه‌کاری شود و جامعه باید هزینه بیشتری برای پیشگیری رشدمدار کرده و مراقبت مؤثری از کودک یا نوجوان کند اما طلاق در مرحله پیش از شروع زندگی مشترک از این آسیب مبرا است. تهدید زوج به خودکشی در صورت اجبار او به زندگی مشترک نشان از این

دارد که آستانه تحمل او به قدری پایین آمده که ممکن است منجر به آسیب‌زدن فیزیکی شود. چه بسا این آسیب نه در قالب آسیب به خود که در قالب آسیب به دیگران نیز نمود پیدا کند و موجب وقوع بزه از ناحیه او گردد و توالی فاسد بسیاری به بار آورد؛ بنابراین قاضی باید با دیدی وسیع به همه این آثار بیانیدش و با توجه به این مسائل قلم بر کاغذ روان کند.

### ۳-۳- آثار روان‌شناختی

ارتباط کم بین زوجین اولاً جدایی را در این مرحله سهل‌تر می‌کند (البته فارغ از این که در پرونده مطروحه اساساً مفارقت عاطفی از دلایل بسیار مهم رأی بر جدایی تلقی می‌شود). ثانیاً تحمیل طرفین به یکدیگر وقتی در واقع علاقه‌ای وجود ندارد و حتی زوجه عنوان می‌کند کراهت شدید از زوجه دارد، می‌تواند آسیب‌زا بوده و حتی موجب اختلالاتی چون افسردگی، اضطراب و ... شود. این کراهت زمانی بیشتر آشکار می‌شود که زوجه هیچ خواسته مالی ندارد درحالی که دلایل مالی و اقتصادی برای زنان بیشتر از مردان از عوامل تقاضای طلاق است.

### ۴- نقد تطبیقی

#### تطبیق رأی؛ حقوق آلمان

وضعیتی که زوجین با یکدیگر زندگی نکرده یا از هم جدا زندگی کنند در واقع امر وضعیتی است که اساساً تلقی کردن رابطه افراد به‌عنوان خانواده مشکل به نظر می‌رسد. از این رو حقوق آلمان چنین وضعیتی را از جمله مواردی دانسته که زوجین می‌توانند به استناد آن درخواست طلاق دهند. بخش ۱۵۶۵ قانون مدنی آلمان بیان می‌کند: «جدایی برگشت‌ناپذیر زمانی اتفاق می‌افتد که دیگر وحدت زناشویی وجود نداشته باشد و انتظار ساختن دوباره آن نیز از سوی زوجین نرود» و ماده بعد اشاره می‌کند «زمانی جدایی برگشت‌ناپذیر تلقی می‌شود که ۱- اولاً زوجین به مدت یک سال جدا از هم زندگی کرده باشند و ثانیاً یا هر دو درخواست جدایی بدهند یا یکی درخواست کند و دیگری بپذیرد. ۲- زوجین به مدت سه سال جدا از هم زندگی کنند». زمانی زندگی جدا از هم مصداق پیدا خواهد کرد که هیچ اجتماع خانوادگی بین طرفین وجود نداشته باشد و یکی از زوجین نیز به دلیل آن که وحدت زناشویی را قبول ندارد نمی‌خواهد که

اجتماع خانوادگی را تشکیل دهد. البته حتی اگر یکی از زوجین در خانه مشترک به تنهایی زندگی کند باز هم اجتماع خانوادگی وجود نخواهد داشت.

با توجه به موارد ذکر شده در قانون آلمان به نظر می‌رسد قانون‌گذار وجود یک واقعیت بیرونی به نام زندگی مشترک را اولاً ضروری دانسته و این‌گونه نیست که صرف اسم خانواده بودن و مباحث نظری مرتبط با آن قانون‌گذار را از دیدن واقعیات محروم کند و ثانیاً نشانه وجود این واقعیت را به‌طور حداقلی زندگی با هم زوجین دانسته است که از اماراتی است که نشان می‌دهد یک واحد مستقل به نام خانواده پدید آمده و دوام دارد؛ بنابراین در صورت عدم احراز این شرایط بار هزینه یک خانواده را از دوش جامعه برمی‌دارد.

در قانون ایران هم این جدایی با مدت زمانی کمتر از امارات یک زندگی شکست‌خورده تلقی می‌شود و البته به‌طور غیرمستقیم از شرایط طلاق برای زوجه است. غیرمستقیم از این جهت که عسر و حرج از موارد درخواست طلاق بوده و ترک زندگی مشترک نیز از مصادیق عسر و حرج شناخته شده است.

در دعوی مطروحه اساساً پیش از آن‌که زندگی مشترک به‌صورت عرفی شروع شود و اصطلاحاً زوجین زیر یک سقف زندگی کنند، جدایی اتفاق افتاده و در قیاس با مواردی که بیان می‌شود با ترک زندگی مشترک اساساً دیگر خانواده‌ای وجود ندارد، در این خصوص می‌توان گفت که در واقع بنای خانواده هنوز ساخته نشده بود که با جدایی از هم بگسلد و گویی حکم جدایی فقط اعلام شده است.

## ۵- نقد نگارشی

در رأی مورد مطالعه چند ایراد نگارشی وجود داشت که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱- به کار بردن ة تأنیث مخصوص زبان عربی بوده و در زبان فارسی صحیح نیست به جای «موکل» واژه «موکله» به کار رود.

۲- «به» وقتی حرف اضافه باشد باید جدا نوشته شود «بعقد»، «بحال»، «بدآوری»، «بعنوان» و ... غلط است.

۳- بهتر است به جای فعل «کردن» از فعل «نمودن» استفاده نشود؛ مثلاً «تقدیم نموده»، «تقاضا نموده».



- ۴- استفاده از «ی» به جای همزه در کلمات فارسی یا کلمات اصالتاً عربی که جزئی از زبان فارسی شده‌اند، ترجیح دارد؛ برای مثال «مرز هوائی»، «دلایل»، «فائده» و ... .
- ۵- «معاینه» با کسره اضافه می‌شود نه با «از» و «معاینه از خانم ع.ض.» صحیح نیست.
- ۶- امروزه به جای «می‌باشد» از فعل «است» استفاده می‌شود.
- ۷- حذف فعل بدون قرینه اشتباه است. مانند این جمله «از موجبات بارز عسر و حرج تلقی و به استناد مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی و تخلف زوج از شرط ضمن عقد به جهت ترک زندگی مشترک که بدون عذر موجه بوده» فعل «تلقی»، «شده» است که بدون این که قرینه‌ای داشته باشد حذف شده است.
- ۸- لازم نیست عبارات مترادف تکرار شوند. مثلاً «در تاریخ ۱۳۸۹/۰۱/۰۷ ازدواج کردیم یعنی به عقد هم در آمدیم».
- ۹- این جملات با کلمات ربط به هم متصل نشده‌اند؛ لذا عبارت نامفهوم شده است «به من گفتند پرونده‌ی تحت عنوان طلاق است و چون مرا خواستند مهریه همسرم ۶۷ سکه کامل بهار آزادی است، از طریق اداره ثبت ممنوع‌الخروج شدم، نصف مهریه را پرداخت کردم».

### نتیجه

نکات راجع به مسائل شکلی شامل دادگاه صالح و قانون حاکم و همچنین نقد ماهوی و تأثیر ردی به تفکیک بررسی شد. اما به‌طور کلی رأی مطروحه از این جهت که قاضی واقع‌بینانه به وضعیت طرفین توجه کرده و سود و زیان ادامه رابطه یا قطع زوجیت را در نظر آورده و با عنایت به این ویژگی‌ها تصمیم گرفته، جای تحسین دارد حتی بیان برخی گفت‌وگوهای طرفین دعوا باعث شده که خواننده دید بهتری نسبت به وضعیت دعوا پیدا کرده و منصفانه‌تر وضعیت را بسنجد. لکن از سوی دیگر رأی فاقد توجیه نظر یا برخی دفاعیات و یا پاسخ‌های دادگاه به ایرادات است. همچنین برخی تناقض‌ها راجع به مدت زمان غیبت زوج وجود داشت و راجع به مراحل و خواسته‌ها کمی ابهام داشت که باید دقت بیشتری مبذول شود. البته برجسته‌ترین نکته نقد عدم

توجه به جهات حکمی در فقه شافعی که مذهب طرفین بود تلقی می‌شود. به‌طور کلی به نظر می‌رسد این رأی در ابتدای راهی که با انتشار آراء و در بوتۀ نقد قرار دادن آن‌ها در پی بهبود وضعیت تصمیم‌گیری در دادگاه‌ها است از نمونه‌های تقریباً موفق در این حوزه محسوب می‌شود.

## فهرست منابع

- اعزازی، شهلا (۱۳۹۴)، **جامعه‌شناسی خانواده**، تهران: روشنگران و مطالعات زنان.
- چابکی، ام‌البنین (۱۳۹۲)، «مطالعه بین نسلی رابطه نگرش به طلاق و کارکردهای خانواده در زنان شهر تهران»، **مطالعات زنان و خانواده**، شماره ۱.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۳)، **آیین داری مدنی**، جلد اول، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۴)، **آیین داری مدنی**، جلد دوم، تهران: دراک.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (۱۳۹۳)، **مختصر حقوق خانواده**، تهران: میزان.
- صدرالاشرفی، مسعود (۱۳۹۱)، «آسیب‌شناسی طلاق (علل و عوامل) و راه کارهای پیشگیری از آن»، **مجله مهندسی فرهنگی**، سال هفتم، شماره ۷۳ و ۷۴.
- عابدی‌نیا، نسرین (۱۳۹۴)، «مقایسه عوامل زمینه‌ساز تقاضای طلاق بر حسب جنسیت»، **مطالعات روان‌شناختی**، شماره ۱.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۵)، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- نجفی، ابوالحسن (۱۳۸۷)، **غلط‌نویسیم**، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- مهربانی، وحید (۱۳۹۵)، «نظریه اقتصادی ازدواج بهینه»، **فصل‌نامه مدل‌سازی اقتصادی**، سال دهم، شماره ۱.
- میرداداشی، سید مهدی (۱۳۹۳)، «موجبات طلاق از منظر فقه شافعی و حنفی»، **مطالعات فقهی و فلسفی**، سال پنجم، شماره ۹۱.
- [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p5366](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5366) (last visited on 23/08/2018)



## نشست نقد رأی با موضوع «ثبوت علامت تجاری خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه»

مهدی کارچانی\*

### مقدمه

وفق بند ۳ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس، ثبت علائمی که مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشند را می‌توان باطل نمود. همچنین برابر با ماده ۷ این کنوانسیون، ماهیت کالایی که علامت، قرار است برای شناسایی آن ثبت گردد، در هیچ موردی نمی‌تواند مانع ثبت علامت گردد. بند ب ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ نیز مقرر می‌دارد که علامت‌هایی که خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشند، قابل ثبت نیستند. در مورد علامت‌هایی که به جهت ظاهر یا مفهوم مخالف با موازین هستند، تردیدی وجود ندارد، اما در ارتباط با علامت‌هایی که سابقاً در مورد کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه مورد استفاده قرار گرفته‌اند، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا می‌توان تقاضای ثبت چنین علامت‌هایی را به دلیل سابقه کاربرد آن‌ها رد نمود؟

در پاسخ به این پرسش و پرسش‌های مشابه نشست تحت عنوان «ثبوت علامت تجاری خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه» با محوریت نقد رأی توسط گروه حقوق مالکیت فکری پژوهشکده حقوق خصوصی در تاریخ ۱۸ اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۷ و با حضور آقایان دکتر سیدحسن میرحسینی (مدرس دانشگاه و وکیل دادگستری)، دکتر رضا وصالی محمود (قاضی دادگاه عالی انتظامی قضات)، دکتر محسن اسماعیلی (پژوهشگر و وکیل دادگستری)، رسول دوبحری بندری (قاضی سابق دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، سیدعطاءاله قیصری (مستشار دادگاه تجدیدنظر

استان تهران)، غلامرضا بیات (رئیس اداره ثبت علامت تجاری)، علی سیدین (پژوهشگر و وکیل دادگستری) و مهدی کارچانی (پژوهشگر گروه حقوق مالکیت فکری پژوهشگاه قوه قضاییه) برگزار گردید.

## آراء دادگاهها

### پرونده نخست

شماره پرونده: ۹۳۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۸۷۴

مرجع صدور دادنامه نهایی: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

### ۱- دادنامه بدوی

پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۸۷۴ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران، دادنامه شماره ۹۴۰۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۰۳۹۷ خواهان: و.ا.ک.ل. با وکالت آقای ح.ب. فرزند ک.و. خانم ح.س.ز. فرزند الف. همگی به نشانی ... خوانده: اداره محترم ثبت علائم تجاری به نشانی... خواسته‌ها: ۱- مطالبه خسارت دادرسی ۲- ابطال سند (موضوع سند مالی نیست).

### رأی دادگاه

درخصوص دعوی ح.ب. و ح.س.ز. به وکالت از و.ا.ک.ل. به طرفیت اداره ثبت علائم تجاری مبنی بر نقض و فسخ تصمیم کمیسیون ماده ۱۷۰ آئین‌نامه اجرائی قانون ثبت علائم تجاری و الزام خوانده به ثبت اظهارنامه شماره ... با احتساب خسارت دادرسی به این خلاصه که حسب محتویات پرونده خواهان به موجب اظهارنامه مذکور درخواست ثبت کلمه اِبلوت Absolute به فارسی و لاتین را جهت انواع چیپس و... در طبقات ۲۹، ۳۰، ۳۲، ۳۵ و ۳۹ از طبقه بندی کالا و خدمات نموده که با استناد به بند ب ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و مخالفت با موازین شرعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه به واسطه این که علامت مذکور از علائم مشهوره مشروبات الکلی است و مصرف‌کنندگان را نسبت به تعلق علامت به مبدأ و سازنده آن گمراه می‌کند از سوی اداره رد و پس از اعتراض کمیسیون مربوطه اعتراض را غیروارد تشخیص داده است علی‌هذا دادگاه استدلال کمیسیون را در رد اظهارنامه خواهان با استناد به بند ب ماده ۳۲ قانون مذکور موجه تشخیص داده و نظر به این که برخلاف ادعای وکلای خواهان علامت درخواست شده به تنهایی ثبت نشده است و با ترکیبات دیگر به ثبت رسیده است و از طرفی سابقه ثبت علائم مشابه علامت درخواست شده حسب ادعای وکلای

خواهان تصمیم موجه کمیسیون را در رد اظهارنامه خواهان مخدوش نمی‌نماید لذا دعوی غیروارد تشخیص و مستنداً به ماده ۱۹۷ آئین دادرسی مدنی حکم به بطلان آن صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر تهران می‌باشد.

رئیس شعبه سوم دادگاه عمومی (حقوقی) تهران

## ۲- دادنامه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی ح.ب و ح.س.ز به وکالت از شرکت و.ا.ک.ل. به طرفیت اش.ع.ت نسبت به دادنامه شماره ۹۴۰۳۹۷ - ۱۳۹۴/۰۵/۱۱ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران متضمن بطلان دعوی نقض و فسخ تصمیم کمیسیون ماده ۱۷۰ آئین‌نامه اجرائی قانون ثبت علائم تجاری و الزام تجدیدنظرخوانده به ثبت اظهارنامه شماره ۱۹۱۰۵۰۷۰۰ وارد نیست. تجدیدنظرخواه تقاضای ثبت علامت (Absolute) به فارسی و لاتین را در طبقات ۲۹ و ۳۰ و ۳۲ و ۳۵ و ۳۹ از طبقه‌بندی کالا و خدمات نموده که به لحاظ ثبت قبلی علامت جهت مشروبات الکلی و مشهور بودن آن در این زمینه و به جهت مخالفت با موازین شرعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه پذیرفته نشده و اعتراض وی نیز در کمیسیون مزبور مردود اعلام شده است. درست است که علامت مزبور فی‌نفسه مخالف با موازین و نظم و اخلاق نیست ولیکن رد درخواست بدین سبب نبوده بلکه به آن علت بوده که علامت جهت مشروبات الکلی شهرت یافته و ثبت آن در غیر کالای مزبور در کشور اسلامی ایران با مراتب مبیانت دارد. فلذا مستنداً به ماده ۳۵۸ از قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد تجدیدنظرخواهی، تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

رئیس شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار

## پرونده دوم

شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۲۸۰

مرجع صدور دادنامه نهایی: شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

## ۱- دادنامه بدوی

پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۲۸۰ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۲۴۰

خواهان: ش. با وکالت آقای ع.ج. به نشانی ...

خوانده: الف. به نشانی ...

خواسته: اعتراض به تصمیم علائم تجاری

## رأی دادگاه

درخصوص دعوی آقای ع.ج. به وکالت مع الواسطه از شرکت پ.م.س.م.ک. به طرفیت الف. مبنی بر اعتراض به تصمیم کمیسیون موضوع ماده ۱۷۰ آئین نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات به شماره ... و صدور حکم بر ابطال تصمیم مذکور و الزام خوانده به ثبت علامت تجاری موضوع اظهارنامه ... به این خلاصه که خواهان به موجب اظهارنامه‌ی فوق‌الذکر تقاضای ثبت علامت تجاری با عنوان MARGARETA (مارگارِتا) به همراه تصویر را برای انواع روغن آشپزخانه، کره - مارگارین - روغن و چربی و ... نموده اما اداره خوانده با این استدلال که علامت مذکور نام یکی از مشروبات الکلی است و معایر موازین شرعی نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد با استناد به بند ب ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری اظهارنامه را مردود و کمیسیون مربوطه هم نظر اداره را عیناً تأیید نموده است اینک وکیل خواهان اجمالاً با ادعای این‌که کلمه مورد تقاضا فی‌حدوئاته دارای هیچگونه بار معنایی مغایر اصول و موازین اخلاقی و شرعی نیست درخواست فسخ تصمیم کمیسیون را نموده است مع‌هذا دادگاه نظر به این‌که کارشناس منتخب هم به شرح نظریه پیوست نظریه اداره را مبنی بر این‌که کلمه مذکور نام یکی از مشروبات الکلی است و مورد منطبق با بند ب ماده ۳۲ قانون فوق‌الذکر می‌باشد تأیید نموده است و به موجب بند ب ماده مذکور در صورتی که علامت تجاری خلاف موازین شرعی یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد قابل ثبت نیست بنابراین ضمن رد اعتراض تصمیم کمیسیون را تأیید و با استناد به ماده ۱۹۷ قانون آئین دادرسی مدنی حکم به رد دعوا را صادر و اعلام می‌دارد رأی صادره ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر تهران می‌باشد.

رئیس شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران

## ۲- دادنامه تجدیدنظر

پرونده کلاسه ۲۸۰۰۲۲۶۳۰۰۹۹۸۰۹۲۰ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دادنامه شماره ۵۲۴۰۰۲۲۱۲۰۰۹۹۷۰۹۳

## رأی دادگاه

تجدیدنظرخواهی پ.م.س.م.ک. با وکالت آقای ع.ج. به طرفیت الف. نسبت به دادنامه شماره ۱۲۴۰-۰۱۲۲/۱۳۹۲/۱۳۹۲ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌باشد. براساس دادنامه موصوف دعوی تجدیدنظرخواه مبنی بر اعتراض به تصمیم کمیسیون موضوع ماده ۱۷۰ آئین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری به شماره ... و صدور حکم بر ابطال تصمیم مذکور و الزام الف. به ثبت علامت تجاری MARGARETA اجمالاً با این استدلال که کارشناس منتخب نیز نظریه کمیسیون مبنی بر این‌که کلمه مذکور نام یکی از



مشروبات الکلی است مورد منطبق با بند ب ماده ۳۲ قانون مذکور دانسته شده ضمن رد اعتراض به تصمیم کمیسیون حکم به رد دعوی صادر شده است. اینک با بررسی محتویات و مستندات پرونده نظر به این که ایرادات و اعتراضات وکیل تجدیدنظرخواه در این مرحله به حدی نیست که موجبات نقض و بی اعتباری دادنامه بدوی را فراهم آورد و جهات تجدیدنظرخواهی با هیچ یک از شقوق مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آئین دادرسی مدنی مطابقت ندارد و با توجه به این که مارگارین به لانس نام یکی از مشروبات الکلی در کشورهای غربی است و همین که در ذهن مصرف کننده ایرانی متبادر شود شرکت تولیدکننده مشروبات الکلی به بازار مصرف ایران راه پیدا کرده چنین تصویری دیدگاه منفی مردم نسبت به حاکمیت را در پی خواهد داشت فلذا ثبت چنین علائمی برخلاف مصالح عمومی و اخلاق حسنه بوده و اداره ثبت مطابق مقررات قانونی اقدام کرده و تصمیم کمیسیون نیز صحیح و غیرقابل خدشه می باشد و با عنایت به این که رأی دادگاه بدوی موافق مقررات قانونی و با رعایت اصول دادرسی صادر شده فلذا به استناد ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی با رد اعتراض دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید و استوار می گردد این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه

### پرسش ها:

- آیا می توان تقاضای ثبت علامت را بدین جهت که سابقاً برای کالاهای خلاف نظم عمومی به کار رفته، رد نمود؟
- در صورتی که فرض شود قابلیت ثبت علامت مارگاریتا به عنوان نوشیدنی الکلی مد نظر است، برحسب جستجو، عناوین مارگاریتا، موهیتو (Mojito)، دایکوری (Daiquiri) و پیناکولادا (Piña colada) نام ترکیباتی هستند که قابلیت تهیه بدون الکل را هم دارا هستند و بدین ترتیب اسم عام تلقی می شوند. با امعان نظر به این مراتب، آیا دادنامه های صادره در پرونده شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۶۳۰۰۲۸۰ را در استدلال یا نتیجه صحیح هستند یا خیر؟
- نظر به ماده ۷ کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی، و با عنایت به ماده ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری، آیا آراء صادره پیرامون بحث ثبت علامت ABSOLUTE صحیح تلقی می شوند یا خیر؟
- در تعیین مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه، باید به لفظ و ظاهر علامت توجه شود (مانند علامت «بیمارستان سفیدپوستان») یا محصول و

خدمات عرضه‌شده تحت آن علامت (مانند علامت «Lelo» برای اسباب‌بازی‌های جنسی)؟

متن نشست:

### ۱- رویه دادگاه صادرکننده آراء تجدیدنظر

آقای سیدعطاءاله قیصری: علامت، اسم یا نقشی که به عنوان علامت تجاری ثبت می‌شود دارای دو جلوه است:

۱- مفهوم واقعی علامت؛

۲- مفهوم اعتباری علامت که به جهت ارتباط با کالایی که علامت معرف آن است در جامعه برای علامت ایجاد می‌شود.

در مثال پرونده‌های حاضر شاید مفهوم واقعی کلمه مورد درخواست ثبت ارتباطی با مشروبات الکلی نداشته باشد ولی ارتباط کلمه با کالای مورد بحث، باعث ایجاد مفهوم اعتباری ناظر بر مشروبات الکلی برای این کلمه شده است که نتیجتاً این کلمه در جامعه همراه با نوشیدنی‌های الکلی شناخته می‌شود. با این دیدگاه، صرف این که شکل، ظاهر یا معنای واقعی کلمه‌ای که مورد درخواست ثبت است با نظم عمومی مخالف نباشد کافی نیست، بلکه عدم مخالفت معنای اعتباری علامت با نظم عمومی نیز شرط ثبت علامت است. در کشور ما کلمه‌ای که با مفهوم نوشیدنی‌های الکلی عجین است، مخالف نظم عمومی در نظر گرفته می‌شود.

قاضی به عنوان عقل متعارف در جامعه می‌تواند این موضوع را تشخیص دهد. اگر در جامعه به دنبال یک شخص متعارف باشیم می‌توانیم قاضی را به عنوان شخصی که دارای فهم متعارفی است در نظر گرفته و برداشت او را بپذیریم. اگر برداشت قاضی این باشد که کلمه‌ای به دلیل مفهوم اعتباری که به دلیل همراهی با کالایی خلاف اخلاق حسنه، پسندیده نیست، می‌تواند کلمه را خلاف نظم عمومی تلقی کند اگرچه که مفهوم واقعی یا ظاهری آن کلمه مخالفتی با نظم عموم یا اخلاق حسنه نداشته باشد.

در مقام سنجش یک علامت تجاری می‌توان دو ارتباط را در رابطه با علامت تعریف کرد:

- (۱) ارتباط بین علامت تجاری و کالایی که علامت معرف آن است (که در این رابطه علامت از کالا تأثیر می‌پذیرد) که در فرض پرونده‌های حاضر، تأثیرپذیری اعتباری علامت از کالای معرفی شده توسط علامت مد نظر است.
- (۲) ارتباط بین علامت تجاری و مصرف‌کننده (که در این مورد مصرف‌کننده از علامت تجاری تأثیر می‌پذیرد)

در مورد ارتباط دوم، اگرچه کالایی که علامت در ایران برای آن استفاده می‌شود نوشیدنی الکلی نباشد اما مصرف‌کننده به دلیل ارتباط علامت با کالای خلاف موازین، در مورد منشأ کالای تولیدی در ایران دچار تردید شده و احساس ناخوشایندی پیدا می‌کند؛ به طوری که ممکن است احساس کند تولیدکننده این کالا همان تولیدکننده مشروبات الکلی است. بنابراین بر این عقیده هستیم که علاوه بر شکل، ظاهر یا مفهوم واقعی علامت، مفهوم اعتباری علامت نیز می‌تواند مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد.

## ۲- ملاک‌های اداره ثبت علامت تجاری در تشخیص مخالفت علامت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه

آقای غلامرضا بیات: آنچه که مسلم است بین مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه ارتباط تنگاتنگی وجود دارد؛ اموری که مخل نظم عمومی هستند ممکن است باعث اخلال در اخلاق حسنه شوند یا خیر؛ برعکس این موضوع نیز صادق است. بحث نظم عمومی و اخلاق حسنه در قوانین بسیاری از کشورهای بزرگ مطرح است و مصادیق عینی وجود دارد که متقاضیانی از کشور ما به مراجع ثبت خارجی مراجعه کرده‌اند و این مراجع به دلیل مخالفت علامت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه از ثبت علامت خودداری نموده‌اند. به عنوان مثال علامت مشهور «نیک کالا» به دنبال دستیابی به بازار کشورهای عربی به دنبال ثبت این علامت در این کشورها بود که به دلیل مخالفت معنای علامت با نظم عمومی و اخلاق حسنه این کشورها با ثبت این علامت مخالفت شد. در قضاوت راجع به مخالفت یا عدم مخالفت علامت با موازین مربوطه، صرف توجه به قوانین و آئین‌نامه‌ها راهگشا نیست. در این رهگذر بایستی عرف حاکم بر جامعه و تبعات ثبت این علامت‌ها برای جامعه و مرجع ثبت نیز ملحوظ گردند.

همانطور که بیان شد ممکن است علامتی با نظم عمومی در تعارض بوده اما لزوماً مخالفتی با اخلاق حسنه نداشته باشد. به عنوان مثال، در گذشته به دلیل عدم آشنایی کارشناس ثبت علامت، نام یکی از شبکه‌های ماهواره‌ای معاند نظام به عنوان علامت در اداره ثبت علامت، ثبت شد. پس از ثبت، مجری شبکه در برنامه به استناد روزنامه رسمی حاوی گواهی ثبت علامت به استفاده ابزاری از علامت پرداخت. در مثال حاضر، ثبت علامت با نظم عمومی کشور مخالف بود اما خللی در اخلاق حسنه جامعه ایجاد نمی‌کرد. در مقابل ممکن است ثبت کلمه‌ای به عنوان علامت به معنای خاص با نظم عمومی در تعارض نباشد اما با اخلاق حسنه مخالف باشد؛ به عنوان مثال فردی تقاضای ثبت کلمه «روح‌الامین» را برای کالایی نموده بود که به نظر اداره، ثبت این علامت صرفاً مخالف با اخلاق حسنه تشخیص داده شد.

در رویه اداره ثبت وضعیت این‌گونه است که درخواست ثبت علامتی که در ارتباط با کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه - مثل مشروبات الکلی - به کار رفته باشد، برای کالاهای مشروع و مجاز نیز به جهت مخالفت با نظم عمومی کشور رد می‌شود کمالین که عرف حاکم بر جامعه نیز چنین موضوعی را نمی‌پذیرد و در صورت ثبت چنین علامتی به ذهن مصرف‌کننده متبادر می‌شود که منشأ کالای موضوع علامت با منشأ کالای نامشروع یکسان است.

### ۳- رویکرد کنوانسیون پاریس نسبت به ثبت علامت‌های خلاف نظام عمومی یا اخلاق حسنه

دکتر رضا وصالی محمود: مصادیقی که تا کنون بیان شد از جهت مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه وضعیت روشنی داشتند؛ بحث اصلی در مواردی است که چالش وجود دارد. برای مثال علامت‌های موضوع پرونده یعنی «ابسلوت» و «مارگاریتا» در کشور ما دارای هیچ معنای ناپسند یا مخالف با موازین نیستند. به‌طور خاص در مورد علامت دوم (مارگاریتا)، این کلمه در عرف کشور ما با روغن مارگارین مشهور است. در ثانی کشور ما در ۴۰ سال گذشته از نظر تجاری با مشروبات الکلی بیگانه است و تلقی در مورد نام این کالاها از ذهن مردم پاک شده است. این که کارشناس تعیین‌شده از سوی اداره ثبت به بررسی کاربرد علامت در

کشورهای اروپایی و امریکایی و ... در مورد کالای خلاف شرع بپردازد، قابل پذیرش نیست و بایستی وضعیت جامعه ما مورد بررسی قرار گیرد.

در سال ۱۳۷۵، ثبت عبارت «TV Star» در ایران تقاضا شد که این عبارت نام یک شبکه تلویزیونی در انگلیس بود که محتوای این شبکه با اخلاق حسنه کشور ما در تعارض بود. اداره مالکیت صنعتی و دادگاه عمومی ثبت این علامت را رد کرده بودند. شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران رأی دادگاه بدوی را نقض کرد و با استناد به بند ۳ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس، به دلیل این که ظاهر علامت هیچ مخالفتی با نظم عمومی ندارد، علامت را قابل ثبت دانست. در مورد این علامت بایستی مخالفت با اخلاق حسنه کشور ما مورد بررسی قرار گیرد و این که این علامت در انگلستان با محصولات فرهنگی خلاف موازین در ارتباط است لزوماً به معنای مخالفت خود علامت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه جامعه ما نیست. در قضاوت در مورد علامت در کنار نظم عمومی بایستی به متن قانون و حقوق مالکین علامت نیز توجه شود.

نظم عمومی و اخلاق حسنه ابزارهای قاضی برای حفظ و رعایت اخلاق عالیّه جامعه هستند اما استفاده از این ابزارها باید با دقت و ظرافت کامل صورت گیرد. کنوانسیون پاریس در ماده ۷ بیان می کند که علامت تجارتي با کالایی که موجب امتیاز آن می شود، از حیث ثبت ارتباط ندارد؛ یعنی اگر آن کالا محصولات خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد در این جا نیز باید به ظاهر علامت توجه کنیم. به لحاظ قانونی ما به کنوانسیون پاریس متعهد هستیم و وقتی در کنوانسیون به ظاهر علامت توجه شده است به این معناست که اگر علامت در ظاهر با نظم عمومی مخالف نیست، صرف نظر از این که کالایی که علامت در مورد آن به کار می رفته مخالف نظم عمومی هست یا خیر، باید ثبت شود. دلیل چنین حکمی این است که مالک علامت شاید اصلاً قصد تولید و توزیع کالا در کشور ما را نداشته و درصدد استفاده از حق تقدم علامت برای فروش علامت به یک ایرانی باشد تا فرد ایرانی اقدام به تولید محصولات منطبق با موازین شرعی و قانونی کند. در صورتی که اگر این حق به مالک علامت داده نشود و فرد ایرانی مشابه این علامت را ثبت کند دیگر حقی برای مالک علامت متصور نیست.

بند ۳ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس بیان می‌کند که علامت نباید مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. در این جا منظور مخالفت ظاهر علامت با موازین است که تشخیص آن ابتدا با مرجع ثبت و سپس با مرجع قضایی است. در ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ نیز عدم مخالفت علامت با «موازین شرعی»، «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» شرط شده است. بنابراین در صورتی که ظاهر علامت مخالف با این موازین باشد علامت به هیچ عنوان نباید ثبت شود و این موضوع بدیهی و روشن است. سایر نظام‌های حقوقی از جمله امریکا و انگلیس نیز از ثبت چنین علامت‌هایی جلوگیری می‌کنند. برای مثال در انگلیس ثبت کلمه مقدس Hallelujah جهت تولید کفش درخواست شد که به دلیل مقدس بودن این کلمه، درخواست ثبت رد شد. در مورد کلماتی که ایهام دارند و یک معنای آن‌ها مخالف با موازین است نیز وضعیت به همین صورت است و این کلمات نایستی ثبت شوند.

پرسش اصلی این است که اگر کالایی که علامت قبلاً برای آن به کار رفته است خلاف موازین باشد، آیا علامت قابل ثبت است؟ در این مورد بند ۳ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس وضعیت را مشخص کرده است. این استدلال که ثبت فلان علامت باعث می‌شود که مردم ایران تصور کنند تولیدکننده مشروبات الکلی به ایران راه پیدا کرده است استدلال صحیحی نیست، چون حداقل در فرض پرونده‌های حاضر عموم مردم ایران با این علائم به عنوان علائم مشروبات الکلی هیچ آشنایی ندارند. نتیجتاً این که هیچ‌کدام از این دو علامت در جامعه ما مخالف موازین شرعی و قانونی نیستند و در موارد شک باید با توجه به ماده ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و کنوانسیون پاریس مورد را طوری تفسیر کنیم که حقی از صاحبان علائم تضییع نشود.

#### ۴- تعیین مبنای استدلال دادگاه

دکتر سیدحسن میرحسینی: به لحاظ قانونی مشکلی برای ثبت این دو علامت وجود نداشته است. در مورد استدلال دادگاه تجدیدنظر نیز لازم به ذکر است که علامت مشهوری که در حوزه‌ای از کالاها یا خدمات شهرت داشته باشد به دلیل مشهور بودن توسط فرد دیگر قابلیت ثبت ندارد؛ اگر استدلال دادگاه بر این مبنا

باشد قابل پذیرش است چون از جمله شرایط ماهوی ثبت علامت این است که نسبت به مبدأ تولید کالا گمراه کننده نباشد و ثبت علامت مشهور توسط دیگری موجب گمراهی می شود اما با توجه به مستندات، استدلال دادگاه ناظر بر بحث خلاف موازین بودن علامت است. بنابراین با توجه به ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری دادگاه باید بین فرضی که دلیل عدم ثبت علامت، مشهور بودن علامت و گمراهی مصرف کنندگان نسبت به مبدأ تولید کالا یا خدمات باشد با فرضی که علت عدم ثبت علامت مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، از نظر نحوه استدلال تفاوت قائل شود.

#### ۵- ملاک مخالفت علامت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه

دکتر میرحسینی: در قانون ۱۳۱۰ و قانون ۱۳۸۶ با توجه به شرح قانون نمونه سازمان جهانی مالکیت فکری که قانون ۱۳۸۶ از آن اقتباس شده است، ممنوعیت ناظر بر ثبت علامت های خلاف موازین ناظر بر ظاهر علامت است. بنابراین علامت نباید حاوی کلمات مستهجن، خلاف اخلاق یا حاوی کلماتی باشد که استعمال آنها قانوناً ممنوع است. در فرض پرونده های حاضر هیچ کدام از دو علامت فی نفسه مبین ذات و ماهیت کالایی نیستند که علامت قبلاً بر روی آنها به کار رفته است. به علاوه در این جا ماده ۷ کنوانسیون پاریس جاری است که در مقام تعارض با قانون داخلی، دارای اولویت است. از طرف دیگر بند ۴ ماده ۱۵ موافقت نامه ترپس نیز به صراحت بیان می کند که ماهیت کالاها یا خدماتی که علامت تجاری قرار است برای آنها به کار رود به هیچ وجه مانعی برای ثبت علامت تجاری محسوب نمی شود.

کالایی که در حال حاضر خلاف نظم عمومی کشور محسوب می شود ممکن است بعدها با رفع ممنوعیت مواجه شود. مشروبات الکلی به دلیل حساسیت مذهبی مردم کشور مثال خوبی در این مورد نیست. به عنوان مثال ممکن است روزی ممنوعیت «تریاک» به دلیل سیاست های دولت برای جلوگیری از شیوع بیماری و کنترل تعداد مصرف کنندگان مواد مخدر، رفع شود. بنابراین در حال حاضر نمی توان علامت هایی که مربوط به این کالاها هستند را ثبت نکرد زیرا ممکن است بعداً چنین کالاهایی ممنوع نباشند و دارنده علامت بتواند با استفاده از علامت خود به تولید و توزیع این کالاها بپردازد. به علاوه بسیاری از شرکت هایی که

در ایران نوشیدنی‌های غیرالکلی تولید می‌کنند در خارج از ایران تولیدکننده مشروبات الکلی هستند و علامت خود را نیز در ایران ثبت کرده‌اند. بنابراین به صرف این که یک تولیدکننده مشروبات الکلی اقدام به ثبت علامت یا اقدام به تولید کالا در کشور نماید در نظم عمومی یا اخلاق حسنه خللی وارد نمی‌شود.

در رویه برخی از کشورها مثل انگلیس وضعیت به‌گونه‌ای است که هم ظاهر علامت و هم استفاده از علامت نباید با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مخالفتی داشته باشند. برای مثال درخواست ثبت علامت «لاتاری» با این استدلال که قرار است برای قمار ثبت شود، رد شد در صورتی که خود علامت از نظر ظاهری مخالفتی با موازین نداشت. در فرانسه نیز به‌موجب قانون، علامت‌هایی که مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشند یا استفاده آن‌ها مخالف با این موازین باشد قابل ثبت نیستند. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۴۶ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در مورد نام‌های تجاری رویه‌ای مشابه را مقرر کرده است. به‌موجب این ماده اسم یا عنوانی که ماهیت یا طریقه استفاده از آن برخلاف موازین باشد نمی‌تواند به عنوان نام تجاری به کار رود.

ماده ۱۰۶ پیش‌نویس لایحه حمایت از مالکیت صنعتی علامت را در مواردی غیرقابل ثبت می‌داند. از جمله این موارد فرضی است که «بهره‌برداری» از علامت خلاف موازین شرعی، قانونی یا نظم عمومی باشد. این مورد نیز داری اشکال است و بایستی قید می‌شد: «علامت یا استفاده از آن خلاف موازین شرعی و اخلاق حسنه باشد».

در شرح کنوانسیون پاریس، نظر اکثریت بر این است که ممنوعیت تنها ناظر به علامت‌هایی باشد که ظاهر آن‌ها خلاف نظم عمومی یا اخلاق است؛ اضافه کردن ممنوعیت ثبت علامتی که استفاده از آن مخالف با موازین است در شرح کنوانسیون، نظر اقلیت است.

اگر قصد موسع نمودن ممنوعیت ناظر به ثبت علامت‌های خلاف موازین را داشته باشیم، راه‌حل به این صورت است که:

الف- ثبت یک سری از کلمات را علاوه بر موارد مذکور در بند د ماده ۳۲ قانون ممنوع کنیم؛ برای مثال کلماتی که مقدس محسوب می‌شوند و کاربرد آن‌ها خلاف موازین شرعی است.

ب- ممنوعیت ثبت علامت‌هایی که استفاده از آن‌ها نیز مخالف نظم عمومی یا



اخلاق حسنه است را به بند ب ماده ۳۲ قانون اضافه کنیم. لازم به ذکر است در ارتباط با موارد ذکر شده، رعایت ماده ۷ کنوانسیون پاریس ضروری است. در مجموع، عدم ثبت این دو علامت به استناد نظم عمومی و اخلاق حسنه بنا به دلایل مطروحه فاقد توجیه است.

#### ۶- تحلیل ساختاری و محتوایی آراء دادگاه تجدیدنظر

دکتر محسن اسماعیلی: وضعیت رعایت اصل ۱۶۶ قانون اساسی در ارتباط با پرونده‌های حاضر بایستی مشخص شود. به موجب این اصل، آراء قضایی باید مستدل و مستند باشند. در این راستا تا زمانی که مقررۀ قانونی موجود است - فارغ از این که کامل، جامع و روشن باشد یا خیر - رعایت این اصل ضروری است و در فرض وجود قانون رجوع به نظر یا تلقی شخصی قاضی جایز نیست. در اکثریت قریب به اتفاق قوانین کشورها بحث نظم عمومی و اخلاق حسنه به میان آمده است که البته موازین شرعی به شکلی که در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری آمده است در سایر کشورها مطرح نیست و این مفهوم در لوای عنوان «اخلاق حسنه» پوشش داده می‌شود. در برخی از کشورها دستورالعمل‌هایی تدوین شده است که قاضی در مورد تطبیق علامت با موازین اخلاقی و نظم عمومی می‌تواند در راستای تفسیر و توضیح قانون از آن‌ها بهره بگیرد. برای مثال در اروپا (دستورالعمل اروپایی بررسی علائم تجاری)، چین و مصر چنین دستورالعمل‌هایی موجود است. به هر حال استفاده از تبادر ذهنی و تصور شخصی برای صدور رأی در این زمینه مردود است و حکم بایستی به مواد قانونی مستند باشد ولو این که مواد قانونی به نظر قاضی ناقص یا دارای ابهام باشند.

به لحاظ بحث مصداقی، با جستجویی ساده پیرامون علامت «مارگاریتا» مشخص می‌شود که این کلمه عنوان «نوع» نوشیدنی الکلی نیست بلکه نام ترکیبی است که ممکن است حسب مورد با الکل نیز ترکیب شود ولی مطلق آن به هیچ وجه دلالت بر عنوان مشروبات الکلی ندارد. بدیهی است که حکم بایستی در چارچوب قانون صادر شود و از مرز آن فراتر نرود. در حال حاضر حکم قابل برداشت از قانون این است که شکل و ظاهر و معنای علامت نباید با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مغایرت داشته باشد. در صورت تسری دادن ارتباط یک علامت با کالایی که در

علامت در مورد آن به کار می‌رفته، به ارتباط آن علامت با کالایی متفاوت از کالای قبلی، فراتر از قانون عمل کرده‌ایم و با تفسیر به رأی مواجه هستیم. در نهایت با دو پرسش مواجه هستیم:

الف- اگر کاربرد سابق علامت برای کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه را ملاکی برای ممنوعیت ثبت علامت بدانیم، وضعیت علامت‌هایی که سابقه طولانی‌تری در زمینه ارتباط با کالاها یا خدمات خلاف موازین دارند چگونه است؟ اگر قائل به این هستیم که ثبت علامت‌هایی که در کشورهای دیگر در ارتباط با کالاهای خلاف موازین به کار رفته‌اند، تصور منفی مردم نسبت به حاکمیت را به دنبال دارد، آیا این تلقی نسبت به علامت‌هایی که قبلاً در ایران برای کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه استفاده می‌شده‌اند نیز صادق است؟

ب- در صورتی که قائل به این باشیم که کاربرد علامت برای کالای خلاف موازین، باعث مخالفت علامت با موازین می‌شود، وضعیت علامت‌های مشهور داخلی یا کلمات فارسی (مثل خیام) که در خارج از کشور برای کالاهای خلاف نظم عمومی یا اخلاق حسنه به کار می‌روند به چه صورت است؟ آیا کاربرد بعدی این علامت برای کالاهای مزبور باعث تغییر معنای این کلمات و علائم می‌شود؟

آقای علی سیدین: مثال‌هایی که در مورد بررسی تطبیقی موضوع بیان شد، در مورد کشورهای غیراسلامی بود. در حالی که بررسی وضعیت کشورهای اسلامی نیز ضروری است. علامت‌های «بسلوت» و «جانی واکر» در امارات متحده عربی و عربستان در مرحله ثبت با مشکل مواجه شدند و در نهایت به ثبت نرسیدند؛ در این کشورها برای این موضوع خط قرمزهایی ترسیم شده است. برای مثال Heineken تولیدکننده آب‌جو هم با الکل و هم بدون الکل است و فعالیت این شرکت برای تولید محصول بدون الکل با مانع است اما شرکت مالک علامت Absolute که سال‌های زیادی فعالیت دارد و هیچ محصولی جز نوشیدنی‌های الکلی تولید نمی‌کند، اجازه ثبت این علامت در این کشورها را ندارد.

دومین خط قرمزی که در نظر گرفته شده، امکان ورود کالاهای مشروع با آن علامت است. برای مثال در مورد اسباب‌بازی‌های جنسی این نکته را در نظر گرفته‌اند که آیا شرکت مزبور می‌تواند تحت این علامت کالای مشروعی به کشور وارد کند یا خیر؟ در هیچ‌یک از دادنامه‌های حاضر، این موضوع که آیا امکان دارد

تحت این علامت‌ها کالاها‌ی مشروع به کشور وارد شود را بررسی ننموده‌اند. به نظر می‌رسد در لایحه حمایت از مالکیت صنعتی باید این موضوع مشخص شود که آیا باید امکان استفاده از علامت را نیز در نظر بگیریم یا خیر.

دکتر وصالی: در برخی از کشورهای اسلامی به جز برخی از مناطق در سایر نقاط کشور مشروبات الکلی وارد می‌شود و چون در این کشورها این علامت‌ها شناخته شده است و این کشورها اسلامی محسوب می‌شوند، صد درصد اجازه ثبت علامت داده نمی‌شود. اما در کشور ما ولو این که برخی از این کالاها به صورت قاچاق به کشور وارد شود، این علامت‌ها شناخته شده نیستند و ثبت آن‌ها با مانعی روبه‌رو نیست. البته این موضوع در مورد همه علامت‌ها صادق نیست. برای مثال عدم ثبت علامت «جانی واکر» به دلیل معروف بودن آن قبل از انقلاب و سابقه ذهنی مردم از این علامت، صحیح است. اما در مورد علامت «ابسلوت» این سابقه ذهنی و معروفیت وجود ندارد.

#### ۷- برداشت قضایی از ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری

آقای رسول دوبحری بندری: ذکر دو مطلب در این جا ضروری است. نخست این که سالانه بسیاری از مردم ایران به خارج از کشور سفر می‌کنند و در آن جا با برندهای مشروبات الکلی آشنا می‌شوند. دوم این که بسیاری از کالاهای غیرمجاز از جمله مشروبات الکلی به صورت قاچاق وارد کشور می‌شوند و به صورت غیرقانونی عرضه و به فروش می‌رسند. بنابراین نمی‌توان گفت مردم با این موارد آشنا نیستند؛ به عبارت دیگر صرف عدم آشنایی ما با این علامت‌ها، دلیل عدم آشنایی جامعه نیست. در این موارد باید به نظر کارشناس رجوع شود که در فرض پرونده، موضوع به کارشناس ارجاع شد و کارشناس در این رابطه بیان داشت که این علامت در ارتباط با مشروبات الکلی مشهور است. نتیجتاً این که ممنوعیت ورود یک کالا به هیچ وجه دلیل بر عدم آشنایی جامعه با علامت‌های مربوط به آن کالا نیست.

برداشت صحیح قضایی لزوماً متضمن توجه صرف به الفاظ و کلمات قانون نیست. به نظر می‌رسد می‌توان از بند ب ماده ۳۲ قانون تفسیر موسعی داشت و علاوه بر ممنوعیت ثبت علامت‌هایی که ظاهر آن‌ها مخالف موازین است، ممنوعیت ثبت علامت‌هایی که ماهیت، مفهوم یا استفاده از آن‌ها مخالف موازین است را

برداشت نمود. مضاف بر این که عبارت «خلاف موازین شرعی» نیز در قانون آمده است. البته در فرض عدم ارجاع قانون‌گذار به موازین شرعی نیز می‌توانستیم در تحلیل خود این موازین را اعمال کنیم؛ به طریق اولی در فرضی که قانون‌گذار به این موازین ارجاع داده است، در نظر گرفتن وضعیت مخالفت یا عدم مخالفت علامت با شرع مجاز خواهد بود.

در این مورد، استناد به حق صاحب علامت نیز بلاوجه است زیرا این شخص هنوز علامت را ثبت نکرده و حقی نیز نسبت به آن ندارد. به نظر می‌رسد عدم ثبت این علامت‌ها مشکلی برای جامعه ایجاد نمی‌کند در حالی که ثبت این علامت‌ها به معروف‌تر شدن و ترویج آن‌ها کمک خواهد کرد.

در مورد ماده ۷ کنوانسیون پاریس پیرامون ماهیت کالا نیز باید گفت که در این جا به ماهیت کالا توجه نمی‌کنیم بلکه به خود علامت و تلقی جامعه از آن می‌پردازیم که این رویکرد تعارضی با ماده ۷ ندارد. در این مورد بایستی به صورت مصداقی به ویژگی‌های هر پرونده توجه نمود و نمی‌توان حکمی کلی صادر کرد. در مورد علامت موضوع بحث نیز در دادگاه تردید وجود داشت. قاضی به عنوان فردی که اگرچه ممکن است عقل متعارف جامعه باشد اما در هر حال از درون جامعه کاملاً باخبر نیست و در این مورد وظیفه دارد تا از کارشناس کمک بگیرد. در این پرونده پس از ارجاع به کارشناسی، کارشناس پس از تحقیق تشخیص داد که علامت مورد نظر در مورد مشروبات الکلی شهرت دارد. دادگاه در این مورد استنباط کرد که حداقل تردیدی در این مورد وجود دارد که ثبت این علامت موجب آشنایی بیشتر جامعه با این کالاهای خلاف موازین می‌شود.

دکتر میرحسینی: همگی ما در این جامعه زندگی می‌کنیم و با موازین شرعی و اخلاقی و ممنوعیت مشروبات الکلی آشنایی داریم اما به هر حال در این جا با نص قانون مواجه هستیم. قانون‌گذار مقرر داشته که خود علامت نباید خلاف موازین باشد. حال برخی کشورها چنین نصی را کافی ندانسته و اقدام به اصلاح قانون خود نموده و «مخالفت استفاده از علامت با موازین اخلاقی و نظم عمومی» را به عنوان معیاری برای عدم ثبت علامت در نظر گرفته‌اند. اگر ما نیز در کشور به چنین مقررهای احساس نیاز می‌کنیم بایستی اقدام به اصلاح قانون نماییم اما تا زمان

اصلاح آن، با این نص روبه‌رو هستیم و نمی‌توانیم خلاف آن عمل کنیم. در مورد حق تقدم نیز لازم به ذکر است فردی که مالک علامت است ممکن است بخواهد از حق خود استفاده کند و فعلاً علامت را در کشور ثبت کند. برای مثال شرکتی که تولیدکننده گیرنده‌های ماهواره است، ممکن است تمایل داشته باشد تا فعلاً علامت را در ایران ثبت کند تا اگر روزی ممنوعیت این کالا در کشور از بین رفت با این علامت کالاهای خود را عرضه نماید.

همچنین ممکن است مالک چنین علامت‌هایی، علامت خود را در ایران ثبت نماید و به شخصی در داخل ایران نمایندگی برای تولید کالایی مشروع به‌موجب آن علامت را اعطا کند. با این توصیف، وصف مشهور بودن علامت برای کالاهای خلاف نظم عمومی در داخل کشور از بین می‌رود و علامت با آن کالای مشروع شناخته می‌شود.

با استفاده از کنوانسیون پاریس چگونه می‌توان در دو مثال فوق جلوی ثبت علامت را گرفت؟ مقررات کنوانسیون پاریس در مقام تعارض به مقررات قانونی داخلی که در بالا بیان شد ارجحیت دارند.

ملاحظات بیان‌شده مورد تأیید است اما در این جا با نص قانون مواجه هستیم. باید در این خصوص به دنبال راه‌حل (مثلاً اصلاح قانون) باشیم. برای مثال در فرانسه بستر تغییر این موضوع از طریق رویه قضایی وجود داشت. علامت «مدرسه سفیدپوستان» علی‌رغم این که از نظر ظاهر کلمات ایرادی نداشت اما در رویه قضایی به این دلیل که استفاده از آن موجب تعارضات قومی و نژادی می‌شد، غیرقابل ثبت اعلام شد. با اعمال سلیقه و عمل خلاف قانون نمی‌توان از ثبت چنین علامت‌هایی جلوگیری نمود و در این مورد در نهایت دولت باید پاسخگو باشد. در حال حاضر حدود ۶۰۰ اظهارنامه ثبت نشان جغرافیایی واصل شده که همگی به استناد مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه رد شده‌اند و در مورد دولت باید در محافل بین‌المللی پاسخگو باشد.

آقای قیصری: ماده ۷ کنوانسیون از بحث ما خارج و ناظر به آینده است در حالی که در این جا بحث مربوط به گذشته است. وقتی قرار بر ثبت علامتی است، این ماده مقرر می‌دارد که نباید توجهی به ماهیت محصولی که قرار است علامت بر روی آن به کار رود، معطوف گردد. اما بحث ما پیرامون فرضی است که علامت

پشتوانه و سابقه‌ای در گذشته دارد. در هیچ نقطه‌ای از قانون ذکر نشده که صرفاً ظاهر علامت نباید مخالف با موازین باشد. علامت‌های موضوع بحث، در طول زمان واجد مفهومی اعتباری شده‌اند و این مفهوم از نظر ما مفهومی ناشایست است و هیچ لزومی به ترویج و تبلیغ بیشتر این مفهوم وجود ندارد.

بدین ترتیب قاضی مقید نشده که تنها به ظاهر علامت توجه نماید بلکه اگر مفهومی در پس علامت شهرت یافته باشد، قاضی حق دخیل کردن آن مفهوم در ثبت علامت را نیز خواهد داشت.

آقای دوبحری: در زمان رسیدگی به پرونده ما به عنوان قاضی با این عناوین آشنا نبودیم. اما به این موضوع توجه شد که اداره ثبت علامت تجاری که خود متخصص در این موضوع است، تقاضای ثبت علامت را رد نموده است. کمیسیون ماده ۱۷۰ آئین‌نامه نیز که متشکل از سه کارشناس است بر اقدام اداره صحه نهاده است. کارشناس رسمی دادگستری که خود دادگاه تعیین نمود نیز اظهار داشت که این علامت برای کالاهای خلاف نظم عمومی مشهور است. نمی‌توان از قاضی انتظار داشت که تماماً از بطن جامعه آگاه باشد. نظر به این که چندین کارشناس در این مورد نظر بر عدم ثبت علامت داده بودند، نهایتاً پس از بررسی‌ها این تلقی به وجود آمد که چنین علامتی نباید ثبت گردد.