



# نشریه‌ی قانون وکلای دادگستری زنجان

شماره‌ی دوم، پاییز ۱۳۹۷





## شناسنامه‌ی نشریه‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان

مدیرمسئول و سردبیر

دکتر علی پزشکی

هیأت تحریریه به ترتیب حروف الفبا:

دکتر علی افراسیابی

دکتر سعید بیگدلی

دکتر علی پزشکی

وکیل مهدی خلیلی

دکتر محمدباقر قربان‌وند

دکتر مجید قربانی لاجوانی

دکتر هادی نعیمی

دکتر علیرضا نوریان

ویراستار: وکیل آقاجان مکملی

مدیر اجرایی: وکیل فرشته دارش

نوع: آموزشی - خبری

همکارانی که در این شماره ما را یاری داده‌اند، به ترتیب حروف الفبا:

وکیل آزاده امین‌اتقایی، وکیل وحید تلخابی فرد، خانم زینب حسنی، وکیل سید نواب

حسینی، خانم رعنا سهرابی، وکیل زینب محبی ولایی، وکیل مسعود ندیرخانلو، خانم

سهیلا نظری، وکیل محمد یعقوبی

نشانی: زنجان، مجتمع ادارات، پست ساختمان شماره‌ی ۲ شرکت گاز، کانون وکلای

دادگستری زنجان.

تلفن: ۰۲۴۳۳۴۱۲۳۰۰-۳

فاکس: ۰۲۴۳۳۴۱۲۳۰۴

پست الکترونیکی: mag.zanjanbar@gmail.com



## راهنمای نگارش مقاله

۱. مقاله‌ی ارسالی نباید در نشریه‌ی دیگری به چاپ رسیده و یا زیر چاپ باشد.
۲. مقاله در محیط word ۲۰۱۳ با فونت B Lotus اندازه‌ی ۱۲/۵ تنظیم و به نشانی الکترونیکی [mag.zanjanbar@gmail.com](mailto:mag.zanjanbar@gmail.com) ارسال شود.
۳. مقاله باید حداقل در ۵ صفحه و حداکثر در ۱۴ صفحه تنظیم شود. در صورتی که مقاله بیشتر از ۷ صفحه باشد، باید شامل «عنوان»، «چکیده»، «واژگان کلیدی»، مقدمه و نتیجه‌گیری باشد.
۴. نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده‌ی مسئول، میزان تحصیلات، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نشانی پست الکترونیک، قید شود.
۵. ارجاع به منابع در پانویس همان صفحه به این ترتیب ذکر شود:  
کتاب: نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، شماره‌ی جلد، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال چاپ، شماره‌ی صفحه.  
مقاله: نام خانوادگی، نام، عنوان مقاله، نام مجله، شماره‌ی مجله، زمان انتشار، شماره‌ی صفحه.  
۶. تکرار ارجاع مانند بار اول بیان شود و از به کار بردن کلماتی مانند همان، پیشین، Ibid و ... خودداری گردد.  
۷. کلیه‌ی منابع فارسی و لاتین در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبا و به شیوه‌ی مندرج در بند ۵، قید گردد.  
۸. نشریه در چاپ، ویرایش و تلخیص مقاله آزاد است.  
۹. نظر نویسندگان و گزارش نشست‌های حقوقی، دیدگاه کانون وکلای دادگستری زنجان نیست.



## فهرست مطالب

### بخش نخست: جستارهای حقوقی..... ۱

◆ نقد رویکرد قضایی در زمینه‌ی عدم امکان داوری در صورت

۳..... ادعای فسخ و بطلان عقد.....

دکتر سعید بیگدلی

◆ جستاری درباره‌ی اصول معاملات دولتی..... ۱۹

دکتر مجید قربانی لاجوانی

◆ تصرف اراضی اشخاص برای اجرای طرح‌های دولتی..... ۳۵

قاسم یارمحمدی

◆ شروع به جرم و مجازات آن در قانون مجازات اسلامی

مصوب ۱۳۹۲..... ۴۹

اصغر رحمانی

◆ داوری در حقوق ایران..... ۶۱

۶۱..... جلسه‌ی سخنرانی دکتر ربیعا اسکینی

◆ پرسش و پاسخ‌هایی در خصوص عقد اجاره، حق سرقفلی

و حق کسب یا پیشه یا تجارت..... ۷۱

◆ پرسش و پاسخ‌هایی در خصوص نزاع دسته‌جمعی و شرایط

تحقق آن..... ۷۷

◆ نظر مشورتی شماره‌ی ۱ مورخه‌ی ۹۷/۴/۲۰ کمیسیون استفتائات

کانون وکلای دادگستری زنجان..... ۸۳

◆ آرای وحدت رویه‌ی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در

نیمه‌ی نخست سال ۱۳۹۷..... ۸۷

◆ آیین‌نامه‌ی تشکیل مؤسسات حقوقی و نحوه‌ی اداره‌ی آنها..... ۹۳

### بخش دوم: رویدادها..... ۹۹

◆ دیدار و مصاحبه با دومین رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان..... ۱۰۱

◆ برگزاری مراسم جشن استقلال کانون وکلای دادگستری

در هفتم اسفند ماه ۱۳۹۶ در مجتمع رویال زنجان..... ۱۰۴



- ◆ برگزاری مراسم تحلیف پذیرفته‌شدگان آزمون اختبار  
بهمن ماه ۱۳۹۶ در هتل بزرگ زنجان..... ۱۰۵
- ◆ برگزاری جلسه‌ی هم‌اندیشی کانون وکلای دادگستری  
و مقامات قضایی استان زنجان..... ۱۰۶
- ◆ دیدار هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان  
با مسئولین محترم قضایی استان در هفته‌ی قوه‌ی قضائیه..... ۱۰۷
- ◆ برگزاری آیین تکریم رئیس کل سابق و معارفه‌ی  
رئیس کل جدید دادگستری استان زنجان ..... ۱۰۸
- ◆ سخنان ناب..... ۱۰۹



بخش نخست  
جستارهای حقوقی









## نقد رویکرد قضایی در زمینه‌ی عدم امکان داوری در صورت ادعای فسخ و بطلان عقد

دکتر سعید ییگدلی\*

### چکیده

بر اساس تعداد قابل ملاحظه‌ای از آراء صادره از سوی دادگاه‌ها، چنانچه وجود قرارداد اصلی به دلیل ادعای فسخ یا بطلان مورد تردید باشد، داور نمی‌تواند نسبت به چنین اختلافی رسیدگی کند، زیرا تأیید بطلان یا فسخ قرارداد، ملازمه با بی‌اعتباری شرط داوری خواهد داشت. برای اثبات این مطلب به قواعد عمومی قراردادی و برخی مواد قانونی نیز استناد شده است. به نظر می‌رسد نه تنها قواعد عمومی قراردادی و مستندات یاد شده چنین دلالتی به همراه ندارند، بلکه تفسیر یاد شده، با خواست و اراده‌ی متعاقدين و اصول حاکم بر داوری نیز ناسازگار است.

**واژگان کلیدی:** دادرسی، داوری، فسخ قرارداد، بطلان قرارداد

### مقدمه

شاید بتوان تعامل میان دادگاه و داوری، به ویژه احترام به آراء داوری از سوی نهاد رسمی دادگستری را مهم‌ترین مؤلفه‌ی تأثیرگذار در اعتماد عمومی نسبت به نهاد داوری و رشد و توسعه‌ی آن دانست. در نقطه‌ی مقابل، بی‌توجهی به آراء داوری، علاوه بر نزول شأن داوری، نتایجی درست برعکس آنچه مقصود از پیش‌بینی داوری در قرارداد بوده را به دنبال خواهد داشت؛ پرهزینه‌تر شدن دادرسی، طولانی‌تر شدن دادرسی و غیرقابل مدیریت شدن فرایند دادرسی، بخشی از این آثار سوء است. در این میان، یکی از چالشی‌ترین مباحث ارتباط نهاد داوری و دادگستری، تکلیف شرط داوری، با فرض فسخ یا بطلان قرارداد اصلی یا ادعای آنها است. نویسنده، به مواردی از آراء دادگاه‌ها، مبنی بر عدم صلاحیت رسیدگی داوران در صورت

\* استادیار دانشگاه زنجان و وکیل پایه یک دادگستری



ادعای فسخ یا بطلان و انفساخ قرارداد استحضار داشت، با وجود این، آنچه انگیزه‌ی نگارش این نوشته شد، غلبه‌ی تصور عدم صلاحیت داوران در حالات مورد اشاره و به ویژه گزارش مجله‌ی «رأی» مبنی بر شکل‌گیری رویه‌ی قضایی در خصوص مصادیق مورد بحث بود.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد رویکرد مورد اشاره، از جهات مختلف قابل نقد و بررسی است که در مطالب آتی، ضمن اشاره به اصل اختلاف نظر و تبعات پذیرش هر کدام به اجمال، مهم‌ترین نقدهای وارد بر رویکرد اشاره شده، بیان خواهد شد.

### الف. طرح مسئله

طرفین قرارداد ممکن است علاقه‌مند باشند که اختلافات احتمالی ناشی از قراردادشان، به جای رسیدگی در مراجع قضایی رسمی، توسط داوران منتخب خودشان حل و فصل گردد. این خواسته ممکن است به دو شکل مورد پیش‌بینی قرار گیرد: به عنوان شرطی از شروط قرارداد اصلی یا به عنوان قراردادی مستقل و تبعی که ناظر به نحوه‌ی حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد اصلی است. توافق یاد شده، به هر کدام از دو شکل مورد اشاره که باشد، اصطلاحاً «شرط داوری» نامیده می‌شود.<sup>۲</sup>

ارتباط میان شرط یاد شده با قرارداد اصلی، به ویژه اگر قرارداد اصلی با مشکلی مواجه بوده یا بشود و یا ادعای فسخ و بطلان آن شود، از نکات بسیار حائز اهمیت داوری است. از جمله پرسش‌های مهمی که در موضوع مورد اشاره نیازمند پاسخ‌گویی هستند از این قرارند: در صورت بطلان یا فسخ و انفساخ عقد اصلی، آیا شرط داوری همچنان پابرجاست و داور صلاحیت رسیدگی به مسائل مورد اختلاف را دارد یا خیر؟ آیا با ادعای بطلان یا فسخ قرارداد، دادگاه می‌تواند رأساً و بدون ارجاع موضوع به داوری، اقدام به رسیدگی و صدور رأی نماید و در صورت رسیدگی داور، حکم به بطلان آن دهد؟ آیا تفاوتی میان شرط داوری در یک عقد مستقل و شرط مندرج در ضمن توافق اصلی، از حیث بحث حاضر وجود دارد؟ و آیا با فرض عدم امکان داوری در صورت مورد بحث، طرفین قادر به پیش‌بینی شرط مخالف آن در قرارداد هستند؟

۱. شریفی، مهدی، وحدت و تهاافت رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در آیین دادرسی مدنی، مجله رأی، شماره‌ی ۱۳، سال ۱۳۹۴، ص ۱۲۲.

۲. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داوری، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳، ص ۶۷.



نکته‌ی حائز اهمیتى که در این نوشتار سعى شده است مورد توجه جدی قرار گیرد، تمایز میان داورى در صورت بطلان و فسخ و اقاله‌ی عقد اصلی و داورى در صورت ادعای فسخ و بطلان عقد است؛ گاه، طرفین قرارداد اصلی (که اختلافات احتمالی ناشی از آن به داورى ارجاع شده) در بطلان و یا فسخ و اقاله‌ی آن اتفاق نظر دارند، اما با وقوع اختلافات بعدی راجع به قرارداد، درصدد ارجاع آن به داورى مقرر در عقد منحل شده برمی‌آیند و گاه، بطلان یا فسخ و اقاله‌ی قرارداد اصلی مورد اختلاف طرفین قرارداد است که برای رفع اختلاف، موضوع به داورى ارجاع می‌شود. تفاوت مهم این دو موضوع، حتمیت یا عدم حتمیت انحلال قرارداد اصلی است؛ در صورت اول، تردیدی در عدم وجود قرارداد اصلی از نظر طرفین عقد و مرجع رسیدگی کننده وجود ندارد، اما در حالت دوم، یکی از طرفین قرارداد، مدعی از بین رفتن قرارداد و دیگری قائل به بقای آن است، مثلاً ممکن است یکی از طرفین، مدعی فسخ عقد و در نتیجه انتفای آن باشد و دیگری، چون شرایط اعمال خیار را موجود نمی‌داند، معتقد به وجود عقد و ضرورت ادامه‌ی حیات عقد و ادامه‌ی اجرای آن باشد. در هر دو حال، در صورت اختلاف طرفین نسبت به امکان داورى و صلاحیت داور برای رسیدگی به موضوع، باید به این سؤال پاسخ داده شود که آیا می‌توان این اختلاف‌ها را از طریق داورى حل و فصل کرد یا مرجع صالح برای رسیدگی و حل اختلاف در این موارد، دادگاه است؟

با بررسی به عمل آمده توسط نویسنده، مراجع قضایی که به موضوعات اشاره شده پرداخته‌اند، تفکیکی میان مصادیق اشاره شده به عمل نیاورده، در هر دو مورد، حکم به عدم صلاحیت رسیدگی از طریق داورى داده‌اند<sup>۱</sup>. به زعم نویسنده، خلط دو مصداق مورد بحث، خطایی نامقبول است؛ با اینکه حتی با فرض انحلال حتمی قرارداد اصلی نیز پذیرش استقلال داورى و مقبول بودن رسیدگی داوران، قابل توجیه است (همچنان که در داورى‌های بین‌المللی به عنوان یک اصل پذیرفته شده و در حال گسترش سریع در سیستم‌های حقوقی داخلی کشورها است)، ولی مخلوط کردن آن با اختلاف طرفین نسبت به وجود یا عدم قرارداد اصلی و حکم به عدم صلاحیت داور در رسیدگی به موضوع، قیاسی مع الفارق و مردود است؛ بنابراین، در مطالب آتی تلاش شده است تا ضمن بیان دلایل ارائه شده برای رد امکان داورى در صورت ادعای فسخ و اقاله و بطلان قرارداد اصلی، دلایل چرایی



صحت داوری در موضوع مورد بررسی، اجمالاً بیان شود.

اشاره‌ی بسیار مجمل قانونگذار به موضوع بحث و همچنین ناسازگاری قواعد حاکم بر داوری و قواعد عمومی قراردادی از سویی و فقر و شاید به تعبیر صحیح‌تر، فقد مباحث مرتبط در آثار نویسندگان داخلی باعث تشتت رویه‌ی قضایی در پاسخ به سؤالات مورد بحث شده است. همچنان که به نظر می‌رسد، دادگاه‌ها تمایل چندانی به واگذاری دادرسی به بخش خصوصی ندارند و این امر را (دست‌کم در عمل) منافی اقتدار دستگاه قضایی می‌دانند و لذا، عملاً ترجیح می‌دهند دادرسی خصوصی را در موارد مشکوک نپذیرند و داوری را محدود به موارد اجتناب‌ناپذیر سازند.

### ب. دلایل عدم امکان داوری

بر اساس برخی آراء صادره و نظریات ابراز شده، در صورتی که ادعای بطلان یا فسخ قرارداد مطرح شود، با وجود پیش‌بینی داوری در قرارداد، رسیدگی به اختلاف از طریق داوری منتفی است، همچنان که رأی به بطلان و فسخ قرارداد نیز از سوی داور بلاوجه است. برای تأیید این نظر، هم به دلایل عقلی و هم قانونی استناد شده است:

۱. ضرورت تبعیت شرط از عقد: چنانکه می‌دانیم، شرط تابع عقد است و لذا، در صورتی که عقد اصلی به سببی فسخ شود، اقاله گردد، یا ثابت شود که از ابتدا باطل بوده است، شروط ضمن آن نیز باطل و بی‌اثر می‌شود، هرچند که شروط یاد شده، به خودی خود، تمام شرایط اساسی صحت معامله را داشته باشند؛<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، شرط داوری هم جزء قرارداد است و از آنجا که «اذا انتفی الكل انتفی الجزء»<sup>۲</sup> فلذا، شرط داوری هم باطل خواهد بود.<sup>۳</sup> بنابراین، داوری که خود، صلاحیتش را از قرارداد می‌گیرد، نمی‌تواند در ورای قرارداد اصلی به داوری بپردازد. صلاحیت رسیدگی داور به اختلاف ناشی از بطلان و فسخ نیز به همین دلیل مردود شمرده شده است؛ زیرا اگر داور احراز نماید که قرارداد باطل بوده است یا فسخ قرارداد را صحیح تشخیص دهد، عملاً پیش از صدور رأی، صلاحیت خود را از دست می‌دهد و فرصتی برای اظهار نظر و صدور رأی برایش باقی نمی‌ماند.<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴، ش ۲۹۴.

۲. کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۵، ص ۱۰۸.

۳. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داوری، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳، ص ۷۴ - شریفی، مهدی، وحدت و تهافت



ممکن است ایراد شود که استدلال یاد شده، فقط جایی اعتبار دارد که شرط داوری در ضمن قرارداد اصلی درج شده باشد و نه به عنوان قراردادی جداگانه که مستقلاً نگارش یافته است، چرا که در صورت اخیر، داوری عقدی مستقل است که ضرورتاً از عقد اصلی تبعیت نمی‌کند و چون وجود مستقل یافته است، حتی با فرض فقدان قرارداد دیگر نیز می‌تواند ادامه‌ی حیات دهد. این ایراد از حیث موازین حقوقی مردود است؛ ماهیت توافق بیش از آنکه به جایگاه فرارگیری و درج آن وابسته باشد، به هویت آن از نظر طرفین وابسته است؛ اگر توافق صورت گرفته، امری تبعی و وابسته و تکمیل‌کننده‌ی خواست اصلی طرفین باشد، ماهیتاً «شرط ضمن عقد» است، هرچند از لحاظ شکلی، جداگانه تنظیم شود و اگر ماهیتاً خواسته‌ای مستقل و قائم به ذات باشد، قراردادی جدا است، هرچند در ضمن عقد دیگری مورد پیش‌بینی قرار گیرد؛ بنابراین، نمی‌توان پیش‌بینی جداگانه‌ی داوری در نوشته‌ای مستقل را ضرورتاً به معنای استقلال ماهوی آن از عقد اصلی دانست. به عبارت بهتر، چنانچه محرز باشد خواست طرفین، تبعی بودن شرط داوری و ابتنای آن بر وجود قرارداد اصلی بوده است، به‌گونه‌ای که طرفین، داوری را صرفاً وسیله‌ای برای تفسیر قرارداد موجود می‌پنداشته‌اند یا آن را به عنوان ابزاری برای رفع مشکلات اجرایی عقد در نظر گرفته‌اند، در این صورت، تردیدی در «شرط» بودن آن توافق نباید به خود راه داد (هرچند مستقلاً نگارش یافته باشد)، همچنان که در صورت احراز استقلال داوری از دیدگاه طرفین، بدون توجه به جایگاه فرارگیری شرط (حتی اگر در ضمن معامله آمده باشد)، می‌توان آن را به عنوان عقدی مستقل در نظر گرفت.

۲. مفاد ماده‌ی ۲۴۶ قانون مدنی: قانون مدنی نیز در تأیید ضرورت تبعیت شرط از عقد اصلی، صراحتاً فسخ و اقاله‌ی عقد اصلی را باعث منتفی شدن شرط دانسته است. بر اساس ماده‌ی ۲۴۶ قانون مدنی: «در صورتی که معامله به واسطه‌ی اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود». به همین قیاس، حقوقدانان، «بطلان» عقد اصلی را هم مشمول همین حکم دانسته‌اند؛ بنابراین، چنانچه عقد اصلی به هر دلیلی اعم از اقاله و فسخ و انفساخ و بطلان،

رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در آیین دادرسی مدنی، مجله رأی، شماره ۱۳، سال ۱۳۹۴، ص ۱۲۲.

۱. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴، ش ۲۹۴ - صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، میزان، تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۰۰.



اعتبار خود را از دست بدهد، باعث انتفای شرط خواهد بود<sup>۱</sup>. لذا، گفته شده است، در صورت تردید در اینکه آیا با بطلان و فسخ و انفساخ قرارداد اصلی، شرط داوری از بین رفته یا خیر، قواعد عمومی فقه و حقوق مدنی، مؤید تسری انحلال قرارداد به شرط داوری است<sup>۲</sup>.

۳. مفاد ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: بر اساس ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری، بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید». بر اساس مفاد این ماده، ظاهراً قانونگذار رسیدگی به دو موضوع را در صلاحیت دادگاه قرار داده است: ۱. اختلاف در قرارداد داوری: که خود می‌تواند مشتمل بر دو اختلاف باشد؛ اختلاف در وجود یا عدم قرارداد داوری و اختلاف در صحت یا بطلان قرارداد داوری. علت ضرورت قضاوت دادگاه در این مورد، ضرورت تعیین تکلیف قراردادی است که داوری مبتنی بر آن و محل تردید است<sup>۳</sup>. ۲. اختلاف در اصل معامله: ممکن است اختلاف طرفین، نسبت به اصل معامله‌ای باشد که اختلاف‌های احتمالی ناشی از آن به داوری سپرده شده است. اختلاف مورد نظر می‌تواند از قبیل فسخ، اقاله یا بطلان قرارداد داوری باشد<sup>۴</sup>.

بنابر آنچه بیان شد، برخی نتیجه‌ی این ماده را صلاحیت انحصاری دادگاه نسبت به رسیدگی به دو اختلاف اشاره شده می‌دانند<sup>۵</sup> و طبعاً برای داوران در رسیدگی به اختلاف راجع به فسخ و بطلان یا نتایج آن صلاحیتی قائل نیستند.

### ج. دلایل امکان داورى

به زعم نویسنده، با وجود ادعای فسخ و بطلان عقد، عدم امکان داورى، نه تنها منطبق بر خواست و اراده‌ی طرفین قرارداد نیست، بلکه هم عقلاً و هم از حیث موازین پذیرفته شده‌ی نظام حقوقی مردود است که در ادامه، دلایل اصلی، مختصراً بیان خواهد شد.

۱. پی‌نوشت ۲.

۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۷، ص ۲۹۴.

۳. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داورى، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳، ص ۷۲۹.

۴. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داورى، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳، ص ۷۲۹.

۵. کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹.



۱. عدم تبعیت شرط داوری از انحلال احتمالی قرارداد: ضرورت تبعیت شرط از عقد و اعتقاد به اینکه با بطلان یا فسخ عقد اصلی، شرط داوری ضمن آن نیز منتفی می‌شود و لذا، داور حق رسیدگی به ادعای فسخ یا بطلان را ندارد، استدلال دقیقی نیست؛ این سخن زمانی صحیح است که شرط داوری وابسته به قرارداد اصلی باشد. اصولاً شروط ضمن عقد به تبع خواست و اراده‌ی طرفین، ناظر به فعل، وصف و یا نتیجه‌ای وابسته به قرارداد اصلی هستند؛ لذا، هویت مستقلی ندارند و بنابراین، با انحلال عقد اصلی، از بین می‌روند؛ همچنان که ماده‌ی ۲۴۶ قانون مدنی، این تبعیت را به عنوان قاعده‌ای عمومی پذیرفته است. با وجود این و طبعاً اگر شرط مندرج در قرارداد، از دیدگاه طرفین، به عنوان خواسته‌ای مستقل و ماهیتاً جدای از قرارداد اصلی در نظر گرفته شده باشد، نمی‌توان حیات و ممت آن دو را به یکدیگر گره زد، بلکه نه تنها شرط می‌تواند با وجود بطلان عقد باقی بماند، حتی می‌تواند برای بخشی از سرنوشت عقد باطل، تعیین تکلیف کند. به عنوان نمونه از این دست شروط، می‌توان به شرط ضمن عقد بیع، مبنی بر تشدید یا تخفیف مسئولیت بایع و مشتری نسبت به ضمان معاوضی ناشی از مستحق‌لغیر درآمدن مبیع و ثمن اشاره کرد که با وجود کشف مستحق‌لغیر درآمدن مبیع یا ثمن و بطلان قرارداد اصلی، به زعم حقوقدانان، شرط یاد شده به عنوان توافقی مستقل باقی مانده و وفق همان، نسبت به مسئولیت متعاملین رفتار خواهد شد.<sup>۱</sup> در مورد شرط داوری نیز، اصولاً طرفین، «تعهدات قرارداد اصلی» و «داوری» را دو امر مستقل از هم تلقی می‌کنند؛ بدین معنی که دو هدف و دو خواسته‌ی خود را به دو گونه پیش‌بینی می‌کنند؛ از طرفی، حقوق اصلیه‌ی متقابل را در مفاد قرارداد اصلی آورده، از طرف دیگر، بر اساس شرط داوری، هر نوع اختلاف ناشی از قرارداد را به دادگستری خصوصی و خودخواسته واگذار می‌کنند؛ اعم از اینکه اختلاف، ناشی از تفسیر مندرجات قرارداد یا نحوه‌ی اجرای آن باشد یا فسخ و بطلان عقد. به تعبیر قضایی فدرال سوئیس در رأی صادره از این نهاد: «شرط داوری، یک قرارداد حقوق خصوصی نیست، بلکه یک قرارداد مربوط به آیین دادرسی است. لذا، در صورتی که همراه یک قرارداد حقوق خصوصی مطرح شود، شرط مزبور یک قرارداد متمایز و جداگانه را تشکیل می‌دهد که ارزش خاص خود را دارد».<sup>۲</sup>

۱. پی‌نوشت ۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، ج ۱، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴، ش ۱۶۶.

۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۵۱.



اینکه متعاقدين نوعاً اقدام به تنظيم قراردادی مستقل برای داوری ناظر به اختلافات ناشی از عقد نمی‌کنند را نباید به معنای وابستگی ماهوی شرط به بقای عقد اصلی دانست. طبعاً و عرفاً اگر برای افراد میسر باشد که دو خواسته را در یک توافقنامه بیاورند، تمایلی به اقدامات زائد نداشته، هر دو خواسته را یکجا در یک قرارداد درج می‌کنند؛ بنابراین، شرط داوری، حتی آنجا که در ضمن عقد اصلی پیش‌بینی می‌شود شرطی فراتر از عقد اصلی و ناظر بدان است و نه جزئی از آن؛ بدین معنی که هر اختلاف ناشی از عقد باید در پرتو این شرط حل و فصل گردد، حتی اگر راجع به فسخ و بطلان آن باشد. همچنان‌که شرط راجع به کاهش و افزایش مسئولیت ناشی از بطلان قرارداد بیع نیز، با وجود بطلان عقد بیع اعتبار دارد و در زمان بطلان آن، تکلیف طرفین را روشن می‌کند.

از سوی دیگر، واقعیت این است که بخش قابل ملاحظه‌ای از اختلافات طرفین قرارداد ناظر به فسخ عقد یا بطلان و انحلال آن است. در قراردادهای مهم اقتصادی، وقتی پس از مدت‌ها مراد و مبادلات و انجام خدمات و رد و بدل شدن‌های پول و سرمایه، تردید شود که معامله از ابتدا باطل بوده یا احدی از طرفین با استفاده از حق فسخ، عقد را فسخ کرده، طبیعی است که اختلاف پیش آمده، در پرتو خواست طرفین نسبت به نحوه‌ی حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد، رتق و فتق شود و اصولاً خارج دانستن آن از دایره‌ی داوری مد نظر طرفین قابل قبول نیست.

در همین مورد، توجه به یک نکته نیز بسیار حائز اهمیت است: در بسیاری از قراردادهای تیپ پیمانکاری و ... ملاحظه می‌شود که ضمن درج حق فسخ (در نتیجه‌ی تخلف از برخی مفاد قرارداد) برای یکی از طرفین قرارداد، در ماده یا بند دیگری، برای رفع اختلاف‌های احتمالی، داوری مورد پیش‌بینی قرار می‌گیرد؛ مثلاً ممکن است در قرارداد پیمانکاری پیش‌بینی شده باشد که چنانچه پیمانکار، فلان مرحله از کار را با تأخیر تحویل دهد، کارفرما می‌تواند اقدام به فسخ یک‌جانبه‌ی عقد کند و در عین حال، در بند دیگری از همان قرارداد، حل اختلافات احتمالی از طریق داوری مورد پیش‌بینی قرار گرفته باشد. به نظر بخش قابل ملاحظه‌ای از دادگاه‌ها که معتقدند اختلاف‌های ناشی از فسخ، قابل رسیدگی توسط داور نیستند، در این مورد اگر اختلافی راجع به فسخ و رعایت شرایط اعمال آن باشد، فقط از طریق مراجع قضایی قابل رسیدگی است؛ چرا که رسیدگی و تأیید فسخ توسط





داور، ملازمه با سلب حق داوری او دارد<sup>۱</sup>.

این قضاوت، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ جمع منطقی مفاد مورد اشاره‌ی قرارداد، امکان فسخ صاحب‌خیار و در عین حال، امکان رسیدگی و ارزیابی موضوع و صحت و سقم اعمال‌خیار توسط داور است. چه مصداقی مهم‌تر از اختلاف طرفین در مورد انحلال قرارداد می‌توان یافت که نیازمند رفع اختلاف و حکمیت باشد؟ آیا منطقی است که با وجود تصریح طرفین به ضرورت رفع اختلافات قراردادی از طریق داوری، چنین اختلاف مهم و سرنوشت‌سازی از حوزه‌ی داوری خارج گردد و علیرغم اطلاق، داوری پیش‌بینی شده در قرارداد، محدود به اختلافات جزئی ناشی از تفسیر عقد موجود یا امور اجرایی آن شود؟ و آیا این قضاوت با خواست و اراده‌ی طرفین مبنی بر عدم تمایل به مراجعه به مراجع رسمی قضایی و ضرورت رفع اختلافات از طریق داوران مورد اعتماد سازگاری دارد؟ در این مورد، نه تنها ممکن است داور، فسخ قرارداد را تأیید نکند و حکم به ضرورت تداوم عقد دهد، حتی اگر به نفع فسخ‌کننده نیز رأی دهد و فسخ عقد را تأیید کند، این امر منافاتی با داوری مقرر در قرارداد نخواهد داشت؛ زیرا با استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی (که راجع بدان بحث شد)، اعتبار داوری منوط به عقد اصلی و صحت آن نیست که با فسخ، منصب او زائل و حکمش بی اعتبار شود. اگر استدلال صورت گرفته توسط برخی دادگاه‌ها مبنی بر زائل شدن شرط داوری با زوال قرارداد اصلی، در مورد قراردادی که همه (طرفین و رسیدگی‌کننده به اختلاف) به بطلان آن قبل از بروز اختلاف، اعتراف دارند قابل قبول باشد، در مورد بحث ما که وضعیت قرارداد اصلی مورد اختلاف و شرط داوری هم از مفاد مربوط به آن است، اصلاً قابل قبول نیست؛ یعنی حتی با مستقل نداشتن شرط داوری هم اعتقاد به صلاحیت داور اولی است؛ زیرا هنوز عقد محققاً زائل نشده و نمی‌توان گفت که داوری از بین رفته است. ضمن اینکه نظر بعد از رسیدگی داور مبنی بر تأیید فسخ، باعث بی اعتبار شدن جایگاه داور در زمان تردید نسبت به وجود قرارداد و داوری مندرج در آن نمی‌شود. بعلاوه، اصلاً وجود داوری برای رفع همین نوع اختلافات است و همین که عقد مشکوک موجود، می‌تواند صحیح باشد و با اعمال قانونی‌خیار، فسخ شده باشد و تشخیص

۱. پی‌نوشت ۴.



آن نیازمند رسیدگی است، برای توجیه صحت داوری کافی است<sup>۱</sup>.

۲. عدم مانعیت ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی برای داوری: اصلی‌ترین مستند قانونی موجود برای اثبات عدم صلاحیت داور در مورد فسخ و بطلان قرارداد، ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است. بر اساس این ماده: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا باید به آن رسیدگی و اظهار نظر نماید». برخی نه تنها این مقرر را نافی صلاحیت داور در موضوعات مورد بحث می‌دانند، بلکه این ماده را چون ناظر به صحت و بطلان عقد است، جزء مقررات آمره دانسته، معتقدند شرط خلاف آن نیز مقدور نیست<sup>۲</sup>. در مقابل، برخی صاحب‌نظران بزرگ حوزه‌ی آیین دادرسی مدنی معتقدند این ماده چنین دلالتی ندارد، بلکه با وجود اختلاف طرفین نسبت به اصل قرارداد نیز داور یا داوران باید به موضوع رسیدگی و تصمیم‌گیری کنند و دادگاه نباید در عرض رسیدگی داوران به رسیدگی نسبت به موضوع بپردازد. به اعتقاد ایشان، دادگاه تنها زمانی حق ورود به این موضوع را دارد که دعوا نسبت به اصل قرارداد، به تبع خواسته‌ی دیگری مطرح شود، مثلاً یکی از طرفین، به علت استنکاف طرف مقابل از تعیین داور، از دادگاه درخواست تعیین داور کند و اگر صلاحیت داور برای رسیدگی به دعوا مورد اعتراض طرف مقابل قرار گیرد، دادگاه مجبور به رسیدگی نسبت به قرارداد اصلی یا صلاحیت داوری می‌شود<sup>۳</sup>. به اعتقاد ایشان، وجود تعبیر «ابتدا» در ماده‌ی یاد شده، نشان‌دهنده‌ی این امر است که رجوع مستقیم طرفین به دادگاه برای رسیدگی به موافقت‌نامه‌ی داوری یا قرارداد اصلی بلا وجه است و تنها در صورت وجود اختلاف‌های دیگر که مستلزم رسیدگی به اصل داوری باشد، باید «ابتدا» به وجود یا عدم وجود قرارداد یا صلاحیت داور برای اظهار نظر، در دادگاه رسیدگی شود<sup>۴</sup>. برخی دیگر از نویسندگان نیز با رویکرد تأیید صلاحیت داور، موضوع استقلال یا عدم استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی را امری موضوعی دانسته، معتقدند در صلاحیت قانونگذار نبوده که نسبت به موضوع ورود نماید و استقلال یا عدم

۱. پی‌نوشت ۵.

۲. کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵ - سروی، محمدباقر، نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران، فکرسازان، تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۰.

۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، دراک، تهران، ۱۳۸۹، ص ۵۳۹.

۴. شمس، عبدالله، موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۳۸.



استقلال شرط داورى، باید با مراجعه به خواست و اراده‌ی طرفین قرارداد و عرف حاکم بر معاملات مشخص شود. ضمن اینکه عرف حاکم را در وضعیت کنونی، مؤید استقلال شرط داورى دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

به اعتقاد نویسنده نیز ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دلالتی بر عدم صلاحیت داوران نسبت به حل اختلاف راجع به اصل قرارداد همچون فسخ و بطلان ندارد، همچنین نمی‌توان از آن، امکان رسیدگی مستقل دادگاه به موضوعات مورد اشاره را استنباط کرد. مقنن در هیچ‌یک از مواد قانون آیین دادرسی مدنی از جمله ماده‌ی ۴۸۹ در خصوص ممنوعیت‌های داورى، به چنین مطلبی اشاره نکرده است؛ بنابراین، تفسیر معقول مقررات مرتبط اقتضا دارد که گفته شود؛ منظور ماده‌ی ۴۶۱، اتفاقاً صلاحیت داور یا داوران در رسیدگی به کلیه‌ی اختلافات، حتی راجع به اصل معامله است. با وجود این، اگر نسبت به رأی صادره به علت تردید در صلاحیت قرارداد رجوع به داورى یا بقای اصل معامله، اعتراض شود، دادگاه به استناد بند ۷ ماده‌ی ۴۸۹ و همچنین کنترل از حیث عدم مخالفت با قوانین و قواعد موجد حق، امکان رسیدگی به موضوع و عندالاقضی صدور حکم به نقض رأی داور خواهد داشت؛ اما صرف ادعای بطلان قرارداد اصلی یا فسخ آن توسط احد طرفین نمی‌تواند دلیل کافی برای عدم صلاحیت و در نتیجه، نقض رأی داور از سوی دادگاه باشد.

۳. استقلال شرط داورى: استقلال شرط داورى یکی از اصول پذیرفته شده در قلمرو داورى است. بر اساس این اصل، شرط داورى، موافقت‌نامه‌ای مستقل از قرارداد اصلی است؛ بنابراین، سرنوشت آن به قرارداد اصلی که داورى در قالب آن قرار گرفته است بستگی ندارد. در نتیجه، مشکلات و عیوب احتمالی قرارداد اصلی نیز نسبت به داورى بی‌اثر است. بر این اساس، باطل و بی‌اثر بودن قرارداد اصلی نیز، فی‌نفسه دلیلی بر عدم اعتبار شرط داورى مندرج در آن نیست و داوران این صلاحیت را دارند که نسبت به ادعاهای مبتنی بر هر نوع اختلال یا بطلان عقد نیز رسیدگی نمایند. این اصل، علاوه بر اینکه در داورى‌های بین‌المللی به عنوان قاعده‌ای پذیرفته شده و نهادهای درآمده، به سرعت از طریق تصویب مقررات داخلی و تشکیل رویه‌های قضایی در حال گسترش در سیستم‌های داخلی کشورها است.<sup>۲</sup> به عنوان نمونه، در حوزه‌ی داورى بین‌المللی می‌توان

۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رویه قضایی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۷، ۲۹۵.

۲. مهدی پور، محمد، سهراب‌زاده، علی، موافقت‌نامه داورى در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی، فصلنامه حقوق



از بند ۱۶ قانون نمونه‌ی داوری مربوط به صلاحیت دیوان داوری و همچنین ماده‌ی ۲۳ مقررات داوری آنستیرال که صراحتاً شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی دانسته است، یاد کرد. در حوزه‌ی قوانین داخلی نیز بند ۱ ماده‌ی ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (مصوب ۲۶ مهرماه سال ۱۳۷۶) مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره‌ی وجود و یا اعتبار موافقتنامه‌ی داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، از طریق اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ی مستقل محسوب می‌شود و تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الایثر بودن قرارداد، فی‌نفسه به منزله‌ی عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود». به علاوه، از مصوبات مرتبط با داوری داخلی نیز می‌توان از بند ۹ ماده‌ی ۹ و بند ب ماده‌ی ۲۹ آیین‌نامه‌ی نحوه‌ی ارائه‌ی خدمات مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران نام برد که استقلال شرط داوری را صراحتاً مورد پیش‌بینی قرار داده‌اند.

با اینکه در وضعیت فعلی، مستند قانونی کافی برای تأیید کامل اصل استقلال شرط داوری در داوری‌های داخلی وجود ندارد، با این همه علی‌رغم تردیدهای موجود، پذیرش استقلال این شرط، اولی است، زیرا: اولاً، چنانکه اشاره شد، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای برای مخالفت با این قاعده در حقوق داخلی وجود ندارد.

ثانیاً، نهادینه شدن این قاعده در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل، به دلایلی همچون ضرورت عقلی استقلال شرط داوری و ضرورت تبعیت شرط از اصل حاکمیت اراده‌ی طرفین و ... صورت گرفته است که این دلایل در شرط‌های داوری داخلی نیز وجود دارد.

ثالثاً، گسترش فوق‌العاده‌ی این قاعده در سیستم‌های داخلی کشورها مؤید قوت این نظریه بر اساس فهم عمومی از اراده‌ی طرفین در پیش‌بینی شرط‌های داوری در قرارداد است.

رابعاً، ضرورت هماهنگی و همگرایی قوانین مرتبط با حوزه‌ی داوری ملی و بین‌المللی، مقتضی قبول شرط استقلال در حقوق داخلی است.

### د. امکان توافق بر استقلال شرط داوری

بنا بر آنچه بحث شد، حتی بدون نیاز به تصریح طرفین نیز، داوران می‌توانند حتی



با تردید در وضعیت قرارداد اصلی، به داوری در خصوص اختلاف متعاقدين پردازند. با این وجود، چنانچه استدلال‌های پیش گفته پذیرفته نشود و در صورت اطلاق شرط داوری، داوران را صالح به رسیدگی در مورد اختلاف‌های راجع به فسخ و بطلان ندانیم، این سؤال مطرح خواهد شد که آیا توافق طرفین و تصریح ایشان به صلاحیت داوران نسبت به رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از اصل قرارداد همچون فسخ و بطلان عقد می‌تواند باعث کسب اختیار داوران برای حل اختلافات مورد اشاره شود؟ به عبارت دیگر، آیا توافق خصوصی اشخاص در این مورد معتبر است؟

بر حسب قواعد عمومی پذیرفته شده‌ی قراردادی و رویکرد قانونگذار مبنی بر اعتبار قراردادهای خصوصی، اصولاً شرط استقلال داوری نیز توافقی معتبر است. با این وجود، برخی نویسندگان چنین توافقی را هم به دلیل آمره بودن موارد صحت و بطلان، از دایره‌ی تصمیم‌گیری خصوصی اشخاص خارج دانسته‌اند.<sup>۱</sup> این استدلال را نمی‌توان پذیرفت؛ هرچند این سخن بی‌راه نیست که موضوع صحت و بطلان عقد، جزء قواعد آمره است، اما این صغرای استدلالی است که کبرای آن معتبر نیست؛ اینکه موضوعات مربوط به قواعد آمره نتوانند موضوع داوری واقع شوند، گزاره‌ی صحیحی نیست. نه عقلاً و نه از نظر قانون آیین دادرسی مدنی، منعی نسبت به این موضوع وجود ندارد و ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی هم در مقام بیان موارد ممنوع داوری، قواعد آمره را از استثنائات داوری ندانسته است. به عنوان نمونه، دلیلی وجود ندارد که داوران نتوانند در خصوص اختلاف راجع به معلوم و معین بودن عوضین که جزء قواعد آمره است، اظهار نظر کنند. نتیجه‌ی امری بودن قوانین، عدم امکان داوری نسبت به آنها نیست، بلکه امکان نقض آراء داوری در صورت قوانین موجد حق هستند که رعایت آنها با کنترل و عندالاقضی بطلان‌شان توسط دادگاه تضمین شده‌اند.

در تأیید دیدگاه یاد شده می‌توان به رویه‌ی نهادهای داوری در خصوص پیشنهاد ذکر استقلال شرط داوری از اصل قرارداد، در تنظیم قراردادهای خصوصی که عملاً مورد تأیید نهادهای قضایی نیز قرار گرفته‌اند اشاره کرد؛ به عنوان مثال، در نمونه‌ی شرط داوری مرکز اتاق بازرگانی، صنایع و معادن

۱. کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹.



ایران که به تنظیم‌کنندگان قراردادهای خصوصی پیشنهاد شده، آمده است: «کلیه‌ی اختلافات و دعاوی ناشی از این قرارداد و یا راجع به آن از جمله، انعقاد، اعتبار، فسخ، نقض و تفسیر یا اجرای آن به مرکز داوری اتاق ارجاع می‌گردد که مطابق با قانون و اساسنامه و آیین داوری آن مرکز به صورت قطعی و لازم‌الاجرا حل و فصل گردد. شرط داوری حاضر، موافقت‌نامه‌ای مستقل از اصل قرارداد تلقی می‌شود و در هر حال لازم‌الاجراست».

### نتیجه

برخلاف آنچه در تعداد قابل ملاحظه‌ای از آراء مراجع رسمی دادگستری مشاهده می‌شود و اگر تبدیل به رویه نشده باشد، می‌تواند رویکرد قضایی نامیده شود، رسیدگی داور یا داوران به اختلاف طرفین نسبت به فسخ و بطلان قرارداد، نه تنها با مفاد قرارداد و مشکل دیگری مواجه نیست، بلکه دخالت مستقیم دادگاه نیازمند توجیه و دلیل است. خارج کردن این اختلاف از حوزه‌ی داوری، علاوه بر اینکه دلیل قانع‌کننده‌ی عقلی به همراه ندارد، با تفسیر صحیح قوانین موجود و اصول حاکم بر داوری نیز سازگاری ندارد و مهم‌تر اینکه باعث خارج کردن اختلاف از مسیر پیش‌بینی شده‌ی طرفین مبنی بر حل و فصل اختلافات از طریق داوران مورد اعتماد می‌شود که مخالف کامل فلسفه‌ی وجودی نهاد داوری است.

### پی‌نوشت

۱. تنها جایی که به تفکیک اشاره شده توجه شده است، نظریه‌ی مشورتی است که از اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضاییه با شماره‌ی ۷/۷۲۱ اظهار شده است. فارغ از سایر نکات مطروحه در این نظریه، در این اظهار نظر آمده است: «ارجاع امر به داوری موکول به احراز وجود اختلاف و تراضی طرفین به داوری است. علیهذا اگر معامله‌ای به سبب فسخ یا اقاله منحل گردد و در نتیجه اصل معامله و یا قرارداد از بین برود شرط داوری پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه‌ی تعهدات و شروط از بین رفته است، مگر اینکه طرفین در همین موضوع یعنی از بین رفتن اصل قرارداد اختلاف داشته باشند که می‌بایست وفق ماده‌ی ۴۶۱ قانون آیین دادرسی رفتار گردد...» (نقل از: زینالی، توحید، دعاوی ابطال رأی داوری در رویه‌ی دادگاه‌ها، چراغ دانش، تهران، ۱۳۹۵، ص ۲۱۵).

۲. به عنوان نمونه در رأی شماره‌ی ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۲۶۰۰۲۹۵ صادره از شعبه‌ی ۳۱ دادگاه عمومی مشهد، ضمن استناد به ماده‌ی ۲۴۶ قانون مدنی، رأی داوری باطل



اعلام شده است: «... و توجهاً به اینکه شرط داوری را نمی‌توان مستقل تلقی نمود تا در فرض بطلان یا فسخ قرارداد، داور بتواند راجع بدان اظهار نظر نماید، علی‌هذا با توجه به ماده‌ی ۲۴۶ قانون مدنی و بند ۳ و ۷ ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به جهت بی‌اعتبار شدن قرارداد و منتفی شدن داوری، ضمن قبول اعتراض، بطلان رأی داور اعلام می‌شود».

۳. در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۴۶۵ صادره از شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران، ضمن نقض رأی صادره شعبه‌ی ۳۱ دادگاه عمومی تهران مبنی بر تأیید رأی صادره‌ی داوری آمده است: «... رأی مستحق نقض است زیرا مشروعیت داوری به اعتبار ماده‌ی ۵ قرارداد است و از آنجا که داوری با وجود قرارداد موجودیت یافته است، لذا، داور نمی‌تواند قرارداد موجود خود را بی‌اعتبار نماید، یعنی با ابطال قرارداد، داوری نیز اعتبار خود را از دست خواهد داد».

- همچنین در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۰۷ صادره از شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران، ضمن تأیید نظر شعبه‌ی ۸۵ دادگاه عمومی تهران مبنی بر رد امکان داوری آمده است: «در خصوص اعلام فسخ مبایعه‌نامه که مورد اجابت هیأت داوری قرار گرفته است خارج از صلاحیت هیأت داوری بوده به لحاظ اینکه حیطه‌ی صلاحیت داور رسیدگی به اختلافات مربوط به موضوع قرارداد واجد اعتبار بوده و در فرض فسخ و بطلان قرارداد بین طرفین دیگر جایگاهی برای اظهار نظر داور وجود ندارد و دعوای فسخ خارج از موضوع توافق داوری است».

۴. در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۳۴ صادره از شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران، ضمن نقض رأی شعبه‌ی ۱۰۷ دادگاه عمومی تهران مبنی بر تأیید بطلان قرارداد مورد اختلاف طرفین توسط داور، رسیدگی به موضوع بطلان قرارداد، خارج از صلاحیت داوری اعلام و در صلاحیت دادگاه عمومی تلقی و در نتیجه حکم دادگاه بدوی نقض گردیده است.

- همچنین در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۹۴۳ صادره از شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران، ضمن نقض رأی شعبه‌ی ۱۰۷ دادگاه عمومی تهران، آمده است: «با توجه به اینکه صلاحیت داور جهت حل اختلافات ناشی از قرارداد بوده، لذا، فسخ قرارداد خارج از صلاحیت ذاتی داور تشخیص و بنابراین رأی معترض عنه را نقض و ...».

۵. شعبه‌ی ۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در یکی از آراء جالب و استثنایی مربوط



به موضوع بحث، در رأی شماره‌ی ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۰۲۰۰۷۷۲ ضمن رسیدگی به اختلافی در خصوص داوری نسبت به ادعای بطلان قرارداد، با پذیرش این صلاحیت مقرر داشته است: «... دادگاه با ملاحظه‌ی محتویات پرونده... به جهت استقلال شرط داوری و اینکه طرفین، حل اختلاف در تفسیر یا اجرای قرارداد را به داوری ارجاع داده‌اند، مادام که موضوع در مرجع داوری طرح و مورد رسیدگی واقع نشود، قابل‌رسیدگی در مراجع دادگستری نخواهد بود. ادعای بطلان قرارداد موجب بی‌اعتباری شرط داوری نخواهد شد. پذیرش چنین ادعایی موجب می‌گردد تا توافق طرفین قرارداد بر حل اختلاف در مرجع غیر دادگستری (داوری) بی‌اثر گردد و بنابراین، ادعای وکیل خواهان دایر بر بطلان قرارداد و سرایت قرارداد بر شروط آن قابل‌پذیرش نیست...».

### منابع

۱. جنیدی، لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر، تهران، ۱۳۷۶
۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه‌ی قضایی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۷
۳. زینالی، توحید، دعوای ابطال رأی داوری در رویه‌ی دادگاه‌ها، چراغ دانش، تهران، ۱۳۹۵
۴. سروی، محمدباقر، نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران، فکرسازان، تهران، ۱۳۸۶
۵. شریفی، مهدی، وحدت و تهاافت رویه‌ی قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در آیین دادرسی مدنی، مجله رأی، شماره ۱۳، سال ۱۳۹۴
۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، دراک، تهران، ۱۳۸۹
۷. شمس، عبدالله، موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷، ۱۳۸۲
۸. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، میزان، تهران، ۱۳۸۴
۹. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد ۱، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴
۱۰. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴
۱۱. کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۵
۱۲. مهدی پور، محمد، سهراب‌زاده، علی، موافقت‌نامه داوری در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی، فصلنامه حقوق ملل، ش ۱۷، ۱۳۹۴
۱۳. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین داوری، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۳





## جستاری درباره‌ی اصول معاملات دولتی

دکتر مجید قربانی لاجوانی\*

### چکیده

از ویژگی‌های حقوق معاملات دولتی در ایران کثرت قوانین و مقررات حاکم است. حجم مقررات به اندازه‌ای است که اشراف بر همه‌ی آنها کاری دشوار است. وضعیت فوق، آسیب‌های مختلفی ایجاد کرده است. مدیران دستگاه‌های اجرایی به دلیل عدم اطلاع از بخش عمده‌ای از مقررات، بعضاً ناخواسته مرتکب تخلف از آنها می‌شوند که سبب ضمان و مسئولیت است و ممکن است خسارات عمده‌ای به دولت وارد کند. نهادهای ناظر به دلیل گستردگی مقررات، قادر نیستند به طور صحیح و دقیق بر عملکرد دستگاه‌های اجرایی در قسمت عقد قرارداد، نظارت مؤثر انجام دهند.

یکی از راه‌های تبیین قواعد حاکم بر معاملات و ارائه‌ی تصویری روشن از موضع حقوق کشور درباره‌ی این عقود، شناسایی اصول خاص حاکم بر این معاملات از داخل شبکه‌ی مقررات گسترده‌ی حاکم است.

با نظر به مجموعه مقررات حاکم، اصولی از آنها قابل استنباط است که بر قراردادهای خصوصی، مثل عقود دولتی حکومت نمی‌کنند.

واژگان کلیدی: معامله‌ی دولتی، مناقصه، ارزیابی شرکت‌کنندگان در مناقصه، دستگاه اجرایی

### مقدمه

راجع به تعریف معامله‌ی دولتی و ضابطه‌ی تشخیص آن از سایر معاملات، اختلاف نظر وجود دارد؛ در قوانین و مقررات، معامله‌ی دولتی به طور صریح تعریف نشده است. یکی از ضابطه‌های

\* استادیار دانشگاه صنعت نفت و وکیل پایه یک دادگستری



تشخیص معامله‌ی دولتی که در این نوشته همان، مد نظر قرار گرفته، ضابطه‌ی عینی است. بر اساس این ضابطه بدون توجه به انگیزه‌ی دولت از عقد قرارداد، معامله‌ی دولتی عقدی است که دست‌کم یکی از طرفین آن شخص حقوقی دولتی است؛ بنابراین، قراردادی که هیچ‌یک از دو طرف آن شخص حقوقی دولتی نباشند، بر اساس ضابطه‌ی عینی، معامله‌ی دولتی نیست.

قرارداد دولتی تابع تعریف عقد در ماده‌ی ۱۸۳ قانون مدنی است. شرایط عام صحت معاملات در انشای آنها باید رعایت شوند. افزون بر این اصول خاصی بر آنها حاکم است که قراردادهای خصوصی از آنها به‌گونه‌ای که بر معاملات دولتی حاکم هستند، تبعیت نمی‌کنند. اصول حاکم بر معاملات دولتی دو ویژگی اصلی دارند؛ نخست اینکه متنوع و گسترده هستند، دوم اینکه به صراحت و تحت عنوان اصل، در قوانین و مقررات حاکم بر معاملات دولتی بیان نشده‌اند، از لابلای قوانین و مقررات مترکم و متنوع قابل استنباط هستند. در این نوشته، سه اصل از اصول حاکم بر معاملات دولتی برای بررسی انتخاب شده‌اند که عبارتند از:

اصل رقابتی بودن فرایند انتخاب طرف عقد، اصل ثبات معامله‌ی دولتی و اصل ضرورت ارزیابی

### الف. اصل رقابتی بودن فرایند انتخاب طرف عقد

اصولاً انتخاب طرف قرارداد در معاملات دولتی باید بعد از انجام فرایندهایی رقابتی موسوم به مناقصه و مزایده به عمل آید. انتخاب طرف عقد بدون اجرای این دو فرایند، خلاف اصل است و به طور استثنایی قوانین حاکم بر معاملات دولتی اجازه داده‌اند. مهم‌ترین مستند اصل مورد بحث، ماده‌ی ۷۹ قانون محاسبات عمومی کشور است. طبق این ماده: «معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید بر حسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود...» بر اساس این ماده عقد قرارداد دولتی بدون رعایت تشریفات دو فرایند مناقصه و مزایده جز در مواردی که قانون اجازه داده، ممنوع است.

تعریف قانونی مناقصه در بند الف ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ بیان شده است. طبق این بند: «مناقصه فرایندی است رقابتی برای تأمین کیفیت مورد نظر (طبق اسناد مناقصه) که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه‌گری



که کم‌ترین قیمت متناسب را پیشنهاد کرده باشد، واگذار می‌شود.»

#### ۱. اشخاص مشمول قانون برگزاری مناقصات

برای تعیین اشخاص مشمول قانون برگزاری مناقصات باید رویکرد این قانون را از مصوباتی که بعد از وضع قانون به تصویب رسیده‌اند، جدا کرد؛ قانون برگزاری مناقصات با هدف ایجاد نظم واحد برای مناقصات دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی به طور جزئی، تصویب شده است. این قانون در مسیر از میان برداشتن کثرت و تنوع موجود در مقررات حاکم بر مناقصات دستگاه‌های اجرایی گام برداشته است. بعد از وضع شدن قانون، مجدداً در اثر فشار نیروهای کثرت‌گرا، خارج کردن برخی دستگاه‌های اجرایی از شمول قانون، آغاز و بر موارد دستگاه‌های اجرایی خارج از شمول قانون افزوده شد؛ بنابراین، برای تعیین اشخاص مشمول قانون باید رویکرد خود قانون برگزاری مناقصات را از موضع قوانین خاصی که بعداً به تصویب رسیده‌اند، جدا کرد.

بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات به بیان اشخاص تحت شمول این قانون اختصاص یافته است. با توجه به این بند، اشخاص حقوق عمومی را از حیث شمول یا عدم شمول قانون نسبت به آنها به سه گروه می‌توان تقسیم کرد:

الف. اشخاص خارج از شمول قانون: تبصره‌ی ماده یک قانون مذکور، نیروهای مسلح را از شمول قانون، خارج و آنها را تابع ضوابط و مقررات خاص خود قرار داده است. عبارت «نیروهای مسلح» در این قانون تعریف نشده است. ضوابط و مقررات خاص مناقصات نیروهای مسلح با عنوان «مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران» در تاریخ ۶۸/۴/۲۴ توسط ستاد کل نیروهای مسلح تصویب و ابلاغ شده است. در تبصره‌ی ماده‌ی یک قانون برگزاری مناقصات برای بیان استثناء، عبارت «نیروهای مسلح» استفاده شده است؛ در بند ب ماده‌ی ۱ مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح، اشخاص تحت شمول عنوان نیروهای مسلح به این شرح تعیین شده‌اند: «ستاد کل نیروهای مسلح، ارتش جمهوری اسلامی ایران، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران، نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، قرارگاه سازندگی خاتم‌الانبیاء (ص) و کلبه‌ی واحدها و سازمان‌های تابعه و وابسته به آنها از جمله دانشگاه‌ها، بنیادها، شرکت‌ها و سایر مؤسسات»، به این ترتیب شرکت‌ها، بنیادها و مؤسسات وابسته به نیروهای مسلح از مصادیق مفهوم نیروهای مسلح قلمداد شده‌اند. دانشگاه‌های وابسته به نیروهای مسلح طبق ماده‌ی



۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور از شمول مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح خارج شده‌اند. این دانشگاه‌ها طبق ماده‌ی فوق، تابع آیین‌نامه‌ی معاملات تصویب شده توسط هیأت‌امنا‌ی خود هستند، به شرط آنکه این آیین‌نامه توسط رئیس ستاد کل نیروهای مسلح تأیید شود.

ب. اشخاصی که جزئاً مشمول قانون هستند: بر اساس بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی در مواردی که از بودجه‌ی کل کشور استفاده می‌کنند، ملزم به رعایت قانون برگزاری مناقصات هستند؛ با این ترتیب، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که بدون استفاده از بودجه‌ی کل کشور به عقد قرارداد برای خرید کالا، خدمت یا حق مالی مبادرت می‌کنند، ملزم به تبعیت از قانون برگزاری مناقصات نیستند.

ماده‌ی ۲۰ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، حکمی مقرر کرده که از برخی جهات با آنچه در بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات راجع به معاملات مؤسسات عمومی غیردولتی بیان شده است، تعارض ظاهری دارد. طبق این ماده، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی که تحت مدیریت دستگاه‌های دولتی هستند و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته و متعلق به این‌گونه مؤسسه‌های عمومی غیردولتی، در تمامی معاملات خود صرف‌نظر از نحوه و منشأ تحصیل منابع آن، مشمول قانون برگزاری مناقصات یا آیین‌نامه‌های معاملاتی قانونی و اختصاصی خود می‌باشند. حکم این ماده ناظر به آن دسته مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی است که تحت مدیریت دستگاه‌های دولتی هستند؛ بنابراین، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی که تحت مدیریت دستگاه‌های دولتی قرار ندارند، همچنان تابع بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات هستند. ایراد ظاهری حکم ماده‌ی ۲۰ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار آن است که بدون توجه به منشأ و نحوه‌ی تحصیل وجه، معاملات نهادهای مشمول را تابع قانون برگزاری مناقصات یا آیین‌نامه‌های معاملاتی قانونی و اختصاصی آنها قرار داده است و معلوم نیست این نهادها چه زمانی باید از قانون برگزاری مناقصات در عقد قرارداد تبعیت کنند و چه زمانی ملزم به رعایت آیین‌نامه‌های معاملاتی و قانونی اختصاصی خود هستند. راه مناسب رفع تعارض و تعیین رابطه‌ی بین حکم بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات و ماده‌ی ۲۰ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار آن است که لزوم تبعیت از آیین‌نامه‌های قانونی و اختصاصی در انجام معاملات را ناظر به مؤسسات و شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی



تحت مدیریت دستگاه‌های دولتی قلمداد کنیم. بر پایه‌ی این تفسیر، مؤسسات عمومی غیردولتی تحت مدیریت یک دستگاه دولتی صرف‌نظر از نحوه و منشأ تأمین وجوه، باید معاملات خود را با رعایت قانون برگزاری مناقصات منعقد کنند؛ در نتیجه مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی را باید به دو گروه تقسیم کرد:

۱. مؤسسات تحت مدیریت دستگاه دولتی

۲. مؤسسات خارج از مدیریت دستگاه دولتی

اگر مؤسسه خارج از مدیریت دستگاه دولتی باشد در فرضی که از بودجه‌ی کل کشور برای عقد قرارداد استفاده می‌کند، طبق بند ب ماده‌ی ۱ قانون برگزاری مناقصات باید این قانون را رعایت کند، در غیر این فرض، تابع آیین‌نامه‌ی معاملات خود است؛ چنانچه مؤسسه‌ی عمومی غیردولتی از مؤسسات تحت مدیریت دستگاه دولتی باشد، صرف‌نظر از منشأ و نحوه‌ی تأمین وجه، باید از قانون برگزاری مناقصات تبعیت کند.

پ. اشخاصی که به طور کامل مشمول حکم قانون هستند: غیر از اشخاص حقوقی مذکور در بندهای «الف» و «ب» فوق، سایر اشخاص حقوقی در حقوق عمومی به طور کامل تابع قانون برگزاری مناقصات هستند و باید در قراردادهایی که برای خرید کالا، خدمت یا حق مالی منعقد می‌کنند، از احکام قانون برگزاری مناقصات تبعیت کنند.

اشخاصی که بعد از وضع شدن قانون برگزاری مناقصات از شمول این قانون خارج شده‌اند به شرح زیر هستند:

الف. دانشگاه‌ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی، فرهنگستان‌ها و پارک‌های علم و فناوری که دارای مجوز از شورای گسترش آموزش عالی وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراجع ذی‌ربط هستند. این استثناء در ماده‌ی ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور مقرر است، بر اساس این ماده نهادهای فوق: «... بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی به ویژه قانون محاسبات عمومی کشور، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آنها و فقط در چهارچوب مصوبات هیأت امناء که حسب مورد به تأیید وزیران علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و در مورد فرهنگستان‌ها به تأیید رئیس‌جمهور و در مورد دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی و تحقیقاتی وابسته به نیروهای مسلح به تأیید



رئیس کل ستاد نیروهای مسلح می‌رسد، عمل می‌کنند». برای اینکه اشخاص مذکور در ماده‌ی ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور از شمول قانون برگزاری مناقصات خارج شوند، رعایت دو شرط الزامی است:

۱. آیین‌نامه‌ی معاملات مخصوص این اشخاص توسط هیأت‌امنای آنها تصویب گردد.

۲. آیین‌نامه‌ی مصوب هیأت امناء، حسب مورد توسط وزیر علوم، تحقیقات و فن‌آوری، وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، رئیس‌جمهور و رئیس ستاد کل نیروهای مسلح تأیید شود.

ب. صندوق‌های رفاه دانشجویان: این استثناء در تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور مورد حکم قرار گرفته است. طبق این تبصره: «صندوق‌های رفاه دانشجویان، مشمول این ماده و تبصره‌های آن می‌شوند». بنابراین معاملات و مناقصات صندوق‌های رفاه دانشجویان تابع آیین‌نامه‌ی معاملات خود این صندوق‌ها است.

پ. شرکت ملی نفت و شرکت ملی گاز ایران: به موجب ماده‌ی ۱۱ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت، شرکت‌های ملی نفت و گاز در ارتباط با برخی قراردادها از شمول قانون برگزاری مناقصات خارج شده‌اند و ملزم به رعایت آیین‌نامه‌ی معاملات خاص خود هستند. ماده‌ی ۱۱ قانون فوق چنین مقرر کرده است: «واگذاری و اجرای طرح‌های مربوط به اکتشاف، توسعه، تولید، تعمیر و نگهداشت میداین مشترک نفت و گاز با تأیید وزیر نفت و فقط با رعایت آیین‌نامه‌ی معاملات شرکت ملی نفت ایران از شمول قانون برگزاری مناقصات مستثنی است».

ت. صندوق توسعه ملی: طبق جزء ۶ بند د ماده‌ی ۱۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه: «صندوق در امور اداری، استخدامی، مالی و معاملاتی تابع این اساس‌نامه و قوانین مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و سیاست‌های پولی و ارزی می‌باشد. آیین‌نامه‌های لازم به پیشنهاد هیأت‌امنای صندوق به تصویب هیأت‌وزیران خواهد رسید و طبق اصل یک‌صد و سی و هشتم قانون اساسی اقدام خواهد شد».

## ۲. حق رجحان در معاملات دولتی

حق رجحان یا اولویت در حقوق خصوصی صورت‌های مختلفی دارد، سه قسم اصلی حق رجحان عبارتند از:



الف. حق رجحان در تملک

ب. حق رجحان در انعقاد قرارداد

ج. حق رجحان در وصول طلب.

به استناد حق نخست، شخصی برای تملک مال نسبت به شخص یا اشخاص دیگر تقدم پیدا می‌کند؛ برای مثال، حق شفعه از مصادیق حق رجحان در تملک است، به موجب این حق، شفیع به حکم قانون نسبت به مشتری حق تقدم دارد، جهت تملک حصه‌ی مشاع فروخته شده به مشتری.

بر اساس حق دوم، شخص یا اشخاصی برای انعقاد یک قرارداد به هر دلیل به حکم قانون بر سایرین مقدم شناخته می‌شوند.

حق سوم که به اعتبار آن طلب یک بستانکار، طلب ممتاز شناخته می‌شود، به صاحب حق این مزیت را اعطا می‌کند که طلب خود را به ترتیب مقرر در قانون، مقدم بر سایر بستانکاران وصول کند. در قوانین حاکم بر معاملات دولتی و سایر قوانین مرتبط، مواردی از حق رجحان برای انعقاد عقد مورد حکم قرار گرفته است. به موجب این حق، اشخاصی برای عقد قرارداد با شخص حقوقی دولتی نسبت به سایر اشخاص، تقدم یافته‌اند.

با وجود اینکه مناقصه طبق تعریف قانونی، فرایندی رقابتی است، در قوانین بعضاً حق اولویت‌هایی برای برخی شرکت‌کنندگان در مناقصه تعیین شده است. این حق رجحان از مصادیق حق اولویت در انعقاد قرارداد است.

۱. حق رجحان شرکت‌های دانش و بنیان: ماده‌ی ۳ قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات ۱۳۸۹ مقرر می‌دارد: «حمایت‌ها و تسهیلات قابل اعطاء به شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان موضوع این قانون عبارتند از:

...

و. تسهیل شرایط مناقصه در موضوعات مرتبط با ماده‌ی ۱ و تمهید امکان مشارکت شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان موضوع این قانون».

۲. حق اولویت اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی بخش خصوصی و تعاونی: این اولویت در ماده‌ی ۲۲ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، مورد حکم قرار گرفته است. حق اولویت مندرج در ماده‌ی فوق، به نفع اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی بخش خصوصی و تعاونی در برابر اشخاص حقوقی بخش عمومی اعم از دولتی و غیردولتی تعیین شده است. طبق ماده‌ی ۲۲ قانون بهبود



مستمر محیط کسب و کار: «کلیه‌ی دستگاه‌های اجرایی مکلفند در انتخاب طرف قرارداد در معاملات خود از جمله پیمانکاری‌ها و امثال آنها، چنانچه اشخاص حقوقی بخش عمومی اعم از دولتی و غیردولتی و اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های تعاونی و خصوصی از لحاظ ضوابط عمومی انتخاب طرف قرارداد در شرایط برابر باشند، اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های تعاونی و خصوصی را در اولویت قرار دهند».

۳. ترجیح پیشنهاددهندگان داخلی به خارجی در مناقصه‌های بین‌المللی: طبق بند د ماده‌ی ۲۰ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳: «در مناقصات بین‌المللی، مناقصه‌گران داخلی نسبت به مناقصه‌گران خارجی ترجیح دارند. نحوه‌ی ترجیح مناقصه‌گران داخلی در اسناد مناقصه قید خواهد شد. مناقصاتی که در آنها رعایت این قاعده به مصلحت نباشد، باید از سوی شورای اقتصاد تأیید شود». حق اولویت مندرج در این بند، قابل سلب است. سلب آن در صلاحیت شورای اقتصاد است. سلب حق اولویت فوق، توسط شورای اقتصاد مشروط است به اینکه شورا رعایت حق اولویت را خلاف مصلحت تشخیص دهد. طبق تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۸ قانون برگزاری مناقصات، یکی از موارد خارج از شمول رسیدگی هیأت رسیدگی به شکایات، ترجیح پیشنهاددهندگان داخلی به پیشنهاددهندگان خارجی در مناقصات بین‌المللی است. حق اولویت اخیر در بند د ماده‌ی ۲۰ مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح نیز مورد حکم قرار گرفته است، در این بند، سلب حق اولویت مورد بحث جزء اختیارات بالاترین مقام سازمان ذی‌ربط است.

۴. حق اولویت پیمانکاران بومی: این حق رجحان در ماده‌ی ۴۷ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی ششم توسعه، مورد حکم قرار گرفته است. طبق این ماده: «کلیه‌ی دستگاه‌های اجرایی از جمله وزارتخانه‌های نفت و نیرو و سازمان انرژی اتمی و بنگاه‌های اقتصادی نهادهای عمومی غیردولتی مکلفند در طول اجرای قانون برنامه در طرح‌های (پروژه‌های) خود و در شرایط برابر به پیمانکاران بومی واجد شرایط استانی اولویت دهند و در قرارداد با کلیه‌ی شرکت‌ها و پیمانکاران، اولویت با به کارگیری نیروهای بومی استانی (در شرایط برابر از نظر علمی و تجربی و با اولویت محل سکونت نزدیک‌تر) را درج و بر حسن اجرای آن نظارت کنند».

ماده‌ی ۴۷ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی ششم توسعه، متضمن دو حکم است، ابتدا حق اولویت پیمانکاران بومی را بیان کرده است و در قسمت دوم به موجب این ماده کارفرمایان ملزم شده‌اند در قراردادهایی که با پیمانکاران منعقد می‌کنند





شروطی را درج کنند و از این طریق پیمانکاران طرف قرارداد را به به‌کارگیری نیروهای بومی استانی در شرایط برابر از نظر علمی و تجربی و با اولویت محل سکونت نزدیک‌تر ملزم کنند، کارفرمایان مکلفند بر حسن اجرای این التزام نظارت کنند.

همه‌ی دستگاه‌های اجرایی، مشمول حکم مقرر در این ماده هستند، هیچ‌یک از آنها نمی‌توانند خود را معاف از تکالیف مقرر در ماده‌ی فوق بدانند. مؤسسات عمومی غیردولتی مثل شهرداری‌ها مشمول تکالیف مقرر در ماده‌ی ۴۷ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی ششم توسعه نیستند؛ منتها بنگاه‌های اقتصادی این مؤسسات و نهادها باید تکالیف موضوع ماده‌ی فوق را رعایت کنند. عبارت بنگاه‌های اقتصادی نهادهای عمومی غیردولتی، در قانون تعریف نشده و مبهم است؛ برای مثال، مشخص نیست کدام یک از شرکت‌های تجاری که نهادهای عمومی غیردولتی در آنها شریک هستند، باید تکالیف موضوع ماده‌ی فوق را رعایت کنند، به نظر می‌رسد شرکت‌هایی که نهادهای عمومی غیردولتی، مالک بیش از پنجاه درصد سهام یا سهم‌الشرکه‌ی آنها هستند باید تکالیف مقرر در ماده‌ی ۴۷ را رعایت کنند. پیمانکار بومی در قانون فوق تعریف نشده است و ضابطه‌ای برای تشخیص آنها وجود ندارد، این خلأ به ویژه در ارتباط با شرکت‌های پیمانکاری، مشکلات عملی برای اجرای قانون ایجاد خواهد کرد. نباید ملاک تشخیص پیمانکار بومی، صرفاً محل ثبت شرکت یا نشانی اقامتگاه ثبت شده‌ی آن باشد. تکیه بر چنین معیارهایی مانع تحقق هدف مورد نظر قانونگذار است. ضابطه‌ی مناسب برای تشخیص، مرکز عملیات شرکت است. اگر فعالیت شرکت در چند سال گذشته در محل اجرای پروژه‌ی مورد نظر متمرکز شده باشد، این شرکت در ارتباط با محل اجرای پروژه، پیمانکار بومی است. ممکن است معیار محل اقامت اکثریت سهامداران، کارکنان و مدیران شرکت برای تشخیص بومی بودن پیمانکار، ملاک عمل قرار گیرد.

حق اولویت مندرج در ماده‌ی ۴۷ قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی ششم توسعه، به مناقصه محدود نیست، قرارداد چه از طریق مناقصه منعقد شود و چه با ترک تشریفات مناقصه یا با استفاده از موارد عدم‌الزام برگزار می‌شود، رعایت حق اولویت موضوع ماده‌ی فوق برای نهادهای مشمول این ماده الزامی است.



### ۳. پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی

این پایگاه در ماده‌ی ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، مورد حکم قرار گرفته است. معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور طبق ماده‌ی فوق موظف شده است پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات را ارتقا دهد و به پایگاه اطلاع‌رسانی جامع معاملات بخش عمومی تبدیل کند. هدف از این اقدام طبق ماده‌ی فوق: «... ایجاد شفافیت و امکان رقابت همه‌ی ذی‌نفعان در انجام معامله با دستگاه‌های اجرایی...» عنوان شده است.

باید اطلاعات کلیدی معاملات متوسط و بزرگ بخش عمومی شامل خرید، فروش، اجاره و غیره اعم از اینکه قرار باشد با برگزاری مناقصه و مزایده منعقد شوند یا با ترک تشریفات مناقصه و مزایده یا با استفاده از موارد عدم الزام برگزاری مناقصه و مزایده به نحوی که برای همه‌ی واجدان شرایط، فرصت برابر فراهم کند، از طریق این پایگاه به اطلاع عموم برسد.

قراردادها باید بر اساس سه شاخص در این پایگاه تفکیک شوند، شاخص‌ها عبارتند از: نوع دستگاه اجرایی، موضوع قرارداد و وصف طرح از حیث اینکه شهرستانی است یا استانی یا ملی.

اطلاع‌رسانی از طریق پایگاه باید هم قبل از انعقاد عقد به عمل آید، هم پس از منعقد شدن آن. بعد از منعقد شدن عقد باید نام طرف قرارداد، مدت و مبلغ قرارداد، مشخصات و کیفیت و کمیت مورد معامله و همچنین حسب مورد تغییرات بعدی حجم و مبلغ اصل قرارداد یا الحاقیه‌های آن از طریق پایگاه فوق به عموم اعلان گردد. همه‌ی دستگاه‌های اجرایی موظفند با این پایگاه همکاری کنند و اطلاعات مورد نیاز را در زمان‌های تعیین شده جهت ثبت و اعلان در اختیار پایگاه قرار دهند.

طبق تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹ قانون فوق، معاملات نیروهای مسلح و امنیتی از شمول تکلیف ثبت در پایگاه فوق معاف هستند. بر اساس تبصره‌ی فوق، معاملات نیروهای مسلح و امنیتی تابع ضوابط و مقررات خاص خود است.

تحول حقوقی مهمی که به منظور الزام دستگاه‌های اجرایی و متصدی ثبت و به‌روزرسانی اطلاعات معاملات در پایگاه، به رعایت تکلیف مقرر در ماده‌ی ۱۹ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار وقوع یافته، تعیین ضمانت اجرایی برای تکلیف مقرر در این ماده است. نتیجه‌ی عدم رعایت تکلیف فوق در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ قانون بیان شده است. طبق این ماده عدم رعایت تکلیف ثبت و اعلان



اطلاعات در پایگاه، مصداق اخلال در رقابت موضوع ماده‌ی ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است. شورای رقابت مکلف است رأساً یا بر اساس درخواست شخص ذینفع به موضوع رسیدگی کند و بر اساس ماده‌ی ۶۱ قانون فوق راجع به موضوع تصمیم بگیرد.

### ب. اصل ثبات معاملات دولتی

این اصل در ماده‌ی ۱۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴، مورد حکم قرار گرفته است. به موجب این اصل در قراردادهای دولتی، شخص حقوقی دولتی نمی‌تواند به بهانه‌ی موقعیت برتر دولت یا توجیهاتی از قبیل ضرورت حفظ نفع عمومی و غیره به صورت یک‌طرفه مفاد قرارداد را تغییر دهد یا عقد را منحل سازد؛ مگر اینکه در خود قرارداد چنین اختیاراتی برای شخص حقوقی دولتی طرف قرارداد درج شده باشد یا قانون به طور خاص او را بر انجام این اقدامات مختار سازد. ماده‌ی ۱۰ قانون فوق مقرر می‌دارد: «دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده‌ی (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده‌ی ۵ قانون محاسبات عمومی کشور و شرکت‌ها و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت و دستگاه‌هایی که شمول حکم بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، در صورت وجود مجوز قانون یا تصریح در قرارداد می‌توانند قراردادها، تعهدات، توافقات، واگذاری‌ها، مجوزها و پروانه‌های قانونی صادر شده را لغو کنند یا تغییر دهند یا متوقف یا عطف به ماسبق کنند، در غیر این صورت اقدامات فوق مستلزم جلب رضایت اشخاص ذینفع می‌باشد».

عبارت فرم‌های یکنواخت در ماده‌ی ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار استفاده شده است. ماده‌ی فوق بیان‌کننده‌ی یکی از تکالیف دستگاه‌های اجرایی در ارتباط با عقد قرارداد با شرکت‌های خصوصی و تعاونی است. طبق این ماده: «کلیه‌ی دستگاه‌های اجرایی مکلفند به منظور ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادها و قراردادهای الحاقی در انعقاد قرارداد با شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی برای خرید کالا یا خدمت از فرم‌های یکنواخت استفاده نمایند و یک نسخه از این فرم‌ها را برای هر کدام از اتاق‌ها ارسال دارند». منظور از فرم یکنواخت در این ماده، الگوهای قراردادی یکسان و مشابه است. دلیل بیان این تکلیف در ماده‌ی فوق «ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادها» بیان شده است. نظر به اینکه هر قراردادی با تراضی طرفین منعقد می‌شود «ایجاد تراضی» عبارت



مناسبی برای بیان مبنای تکلیف مورد بحث نیست. هدف از بیان تکلیف فوق در واقع، حمایت از شرکت‌های خصوصی و تعاونی است، از این طریق قانونگذار در صدد جلوگیری از تحمیل شروط دشوار و سنگین توسط دستگاه‌های اجرایی بر شرکت‌های خصوصی و تعاونی است، افزون بر این می‌خواهد قراردادهای دستگاه‌های اجرایی با شرکت‌های خصوصی و تعاونی، مندرجات و مفاد یکسان و مشابهی داشته باشند و از عقد قرارداد با شروط متفاوت و نابرابر اجتناب شود. عدم رعایت این تکلیف موجب بطلان قرارداد نمی‌شود. براساس تبصره‌ی ماده‌ی ۲۳ قانون فوق: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون فرم‌های یکنواختی برای هر یک از عقود اسلامی که منجر به اعطای تسهیلات می‌شود، همچنین نحوه‌ی اعطاء تسهیلات و شیوه‌های اخذ ضمانت‌نامه از بخش‌های خصوصی و تعاونی متناسب با اعتبارسنجی مشتریان را تهیه کند و به تصویب شورای پول و اعتبار برساند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید».

استفاده از فرم‌های یکنواخت در انعقاد قراردادهای خرید کالا و خدمت برای دستگاه‌های اجرایی الزامی است؛ بنابراین، قراردادهای پیمانکاری طبق ماده‌ی فوق باید با استفاده از فرم‌های یکنواخت منعقد شود. استفاده از فرم‌های یکنواخت برای انعقاد قرارداد اجاره‌ی اشیاء الزامی نیست. قراردادهای الحاقی هم طبق ماده‌ی فوق باید در فرم‌های یکنواخت تنظیم و امضاء شوند. قرارداد الحاقی در حقوق ایران به دو معنا مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ در معنای نخست که کاربرد بیشتری دارد، عقد الحاقی به عقدی گفته شده که مفاد و شروط آن را یکی از طرفین، به دلیل موقعیت قوی‌تر، تنظیم و تعیین می‌کند، طرف مقابل نقش مؤثری در تعیین مفاد و مندرجات قرارداد ندارد یا باید آنچه را که طرف قوی‌تر تعیین کرده است، بپذیرد یا از انعقاد عقد به طور کلی صرف‌نظر کند. معنای دوم این اصطلاح از ماده‌ی ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، قابل استنباط است. با توجه به ظاهر ماده‌ی فوق، منظور از قرارداد الحاقی در این ماده، توافقی است که بعد از انعقاد قرارداد اصلی، طرفین به منظور اعمال تغییراتی در مفاد آن یا تمدید مدت قرارداد اصلی منعقد می‌کنند.



### پ. اصل ضرورت ارزیابی

طرفین هر قرارداد به ویژه عقود معوض، بعد از ارزیابی، عقد منعقد می‌کنند؛ معمولاً ارزیابی، ناظر به سه امر است؛ ارزیابی توان طرف قرارداد برای اجرای تعهدات، ارزیابی مورد معامله از حیث اوصاف و ویژگی‌ها و ارزیابی مورد معامله از حیث ارزش.

هر چه ارزیابی با دقت انجام شود، خطرات معامله برای طرف قرارداد کاهش پیدا می‌کند. توجه به ارزیابی، در معاملات دولتی ضروری‌تر است؛ زیرا در این معاملات، شخصی به نیابت از دولت به خرید کالا یا خدمت مبادرت می‌کند، نفع شخصی در تأمین کالا با بهترین کیفیت و کمترین هزینه ندارد، قانون باید به روش‌های مختلف او را به رعایت منافع منوب‌عنه الزام کند. ارزیابی به مناقصه و معاملاتی که بعد از مناقصه منعقد می‌شوند، اختصاص ندارد. در مواردی که معامله‌ی دولتی با ترک تشریفات مناقصه یا با استفاده از موارد عدم الزام به برگزاری مناقصه، منعقد می‌شود، ارزیابی لازم است.

در ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات، چهار قسم ارزیابی تعریف شده است که عبارتند از:

۱. ارزیابی شکلی؛

۲. ارزیابی کیفی؛

۳. ارزیابی فنی بازرگانی؛

۴. ارزیابی مالی.

#### ۱. ارزیابی شکلی پیشنهادها

ارزیابی شکلی پیشنهادها در بند «ح» ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات تعریف شده است. طبق این بند ارزیابی شکلی عبارت است از: «بررسی کامل بودن اسناد و امضای آنها، غیر مشروط و خوانا بودن پیشنهاد قیمت». در واقع ارزیابی شکلی، بررسی پیشنهاد جهت حصول اطمینان از رعایت اصول پیشنهاد دهی توسط مناقصه‌گران است. برای شناخت کامل ارزیابی شکلی باید اصول پیشنهاد دهی بر اساس قانون برگزاری مناقصات مورد توجه قرار گیرند. اصول پیشنهاد دهی به مجموعه‌ای از قواعد اطلاق می‌شود که مناقصه‌گران در تنظیم و ارائه‌ی پیشنهادات شرکت در مناقصه باید رعایت کنند؛ از مجموع مواد قانون برگزاری مناقصات اصول زیر با عنوان اصول پیشنهاد دهی در مناقصه قابل استنباط هستند:



## ۱.۱. کتبی بودن پیشنهاد

همه‌ی شرکت‌کنندگان در مناقصه باید پیشنهادهای خود را به صورت کتبی ارائه دهند. ارائه‌ی پیشنهاد به صورت شفاهی قابل قبول نیست. این قاعده در همه‌ی مناقصات باید رعایت گردد.

در مناقصه‌ی معاملات کوچک، لزوم کتبی بودن پیشنهاد از بند «الف» ماده‌ی ۱۱ قانون برگزاری مناقصات قابل استنباط است. طبق این بند کاربرد از یا مأمور خرید در معاملات کوچک باید از طرف قرارداد فاکتور اخذ کند، ارائه‌ی فاکتور به معنای ارائه‌ی پیشنهاد معامله‌ی کوچک است. طرف قرارداد با تنظیم و تسلیم فاکتور به مأمور خرید یا کاربرد از، ایجاب قرارداد فروش را انشاء می‌کند و مأمور خرید یا کاربرد از با اخذ آن قبول قرارداد را اعلام می‌کند.

لزوم کتبی بودن پیشنهادها در مناقصه‌ی معاملات متوسط با وضوح بیشتر در بند «ب» ماده‌ی ۱۱ قانون برگزاری مناقصات مورد حکم قرار گرفته است. طبق این بند شرکت‌کنندگان در مناقصه‌ی متوسط باید پاسخ استعلام بها را به صورت کتبی به مأمور خرید یا کاربرد از تسلیم کنند.

ضرورت کتبی بودن پیشنهاد در مناقصه‌های بزرگ از بند «ح» ماده‌ی ۲ و بند «ب» ماده‌ی ۱۶ قانون برگزاری مناقصات استنباط می‌شود. طبق بند «ح» ماده‌ی ۲ قانون، پیشنهادها باید خوانا باشند، خوانا وصف متن است.

## ۲.۱. وحدت پیشنهاد

این اصل در بند «الف» ماده‌ی ۱۶ قانون برگزاری مناقصات بیان شده است. طبق این اصل، هر شخص می‌تواند تنها یک پیشنهاد تسلیم کند. بند «الف» ماده‌ی ۱۶ قانون فوق بیان می‌دارد: «هیچ‌یک از شرکت‌کنندگان در مناقصه جز در مواردی که در اسناد مناقصه پیش‌بینی شده باشد، نمی‌توانند بیش از یک پیشنهاد تسلیم کنند».

دلیل اصلی ممنوعیت تسلیم بیش از یک پیشنهاد توسط هر شخص، رعایت وصف رقابتی بودن فرایند مناقصه است. اگر یکی از مناقصه‌گران بیش از یک پیشنهاد تسلیم کند، به زیان سایر مناقصه‌گران که فقط یک پیشنهاد تسلیم کرده‌اند، احتمال پیروزی خود را به صورت تبعیض‌آمیز افزایش داده است.

مناقصه‌گزار می‌تواند با بیان در اسناد مناقصه، به مناقصه‌گران ارائه‌ی بیش از یک پیشنهاد را اجازه دهد. این امکان باید برای همه‌ی مناقصه‌گران بدون تبعیض فراهم شود، اعطای مجوز ارائه‌ی بیش از یک پیشنهاد به برخی مناقصه‌گران و منع سایر مناقصه‌گران از این اقدام، خلاف وصف رقابتی مناقصه است. بر اساس



وحدت ملاک از بند «الف» ماده‌ی ۱۴ قانون برگزاری مناقصات هم این حکم قابل استنباط است. طبق این بند: «تمامی اسناد مناقصه باید به طور یکسان به همه‌ی داوطلبان تحویل شود». اجازه‌ی تسلیم بیش از یک پیشنهاد باید در اسناد مناقصه پیش‌بینی شود. مناقصه‌گزار نمی‌تواند این اجازه را خارج از اسناد مناقصه به مناقصه‌گران اعطا کند.

### ۳. ۱. تنظیم و تسلیم پیشنهاد با رعایت تشریفات قانونی

قانون برگزاری مناقصات برای ارائه‌ی پیشنهاد، شرایط شکلی خاصی تعیین کرده است. پیشنهادها باید در سه پاکت جداگانه قرار گیرند که به پاکت‌های «الف»، «ب» و «ج» معروف هستند. هر یک از پاکت‌ها محتوای مخصوص به خود دارد؛ در پاکت «الف» باید تضمین شرکت در مناقصه قرار گیرد، پاکت «ب» باید حاوی پیشنهاد فنی و بازرگانی باشد و در پاکت «ج» باید پیشنهاد قیمت قرار گیرد. مناقصه‌گر باید همه‌ی پاکت‌ها را در لفاف مناسب و لاک و مهر شده قرار دهد.

### ۴. ۱. منجز و غیر مشروط بودن پیشنهاد

این ویژگی از بند «ح» ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات قابل استنباط است. بر اساس این بند پیشنهاد قیمت باید غیر مشروط باشد. با توجه به اطلاق این بند، پیشنهادی که حاوی شرط تعلیقی یا تقییدی است، برای شرکت در مناقصه قابل قبول نیست. در ارزیابی شکلی، پیشنهادهای مشروط باید کنار گذاشته شوند. این پیشنهادها به مرحله‌ی ارزیابی فنی و بازرگانی یا ارزیابی مالی وارد نمی‌شوند.

### ۴. ۲. ارزیابی کیفی مناقصه‌گران

ارزیابی کیفی مناقصه‌گران در بند «ه» ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات تعریف شده است. طبق این بند ارزیابی کیفی مناقصه‌گران عبارت است از: «ارزیابی توان انجام تعهدات مناقصه‌گران که از سوی مناقصه‌گزار یا به تشخیص وی توسط کمیته‌ی فنی بازرگانی انجام می‌شود».

### ۴. ۳. ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها

این ارزیابی ناظر به مورد معامله است. طبق بند «و» ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات، ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها: «فرایندی است که در آن مشخصات، استانداردها، کارایی، دوام و سایر ویژگی‌های فنی بازرگانی پیشنهادها را مناقصه‌گران بررسی، ارزیابی و پیشنهادهای قابل قبول برگزیده می‌شوند». روش انجام این ارزیابی در مناقصه‌ی یک مرحله‌ای با مناقصه‌ی دو مرحله‌ای تفاوت دارد، در مناقصه‌ی یک مرحله‌ای ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهادها در جلسه‌ی



باز کردن پاکت‌ها و توسط کمیسیون مناقصه صورت می‌گیرد، در مناقصه‌ی دو مرحله‌ای ارزیابی فوق، بعد از جلسه‌ی باز کردن پاکت‌ها و توسط کمیته‌ی فنی بازرگانی انجام می‌شود.

#### ۴. ارزیابی مالی

ارزیابی مالی به ارزش مورد معامله مربوط است. طبق بند «ز» ماده‌ی ۲ قانون برگزاری مناقصات: «ارزیابی مالی فرایندی است که در آن مناسب‌ترین قیمت به شرح مندرج در ماده‌ی ۲۰ این قانون از بین پیشنهادهایی که از نظر فنی بازرگانی پذیرفته شده‌اند، برگزیده می‌شود».

#### نتیجه

نظر به اینکه با انعقاد قرارداد مالی دولتی، مدیر دولتی در اموال و وجوه دولت تصرف می‌کند و عموم در اینکه این اموال و وجوه با رعایت صرفه و صلاح مورد استفاده قرار گیرند، نفع دارند، برای معاملات دولتی به منظور حمایت از منافع عموم باید اصول خاصی حاکم شود که حکومت آن‌ها بر قراردادهای خصوصی به‌اندازه‌ی معاملات دولتی ضروری نیست.

انتخاب طرف قرارداد باید در فرایندی رقابتی صورت گیرد تا هم دولت بتواند به کمترین قیمت ممکن بخرد یا به بیشترین قیمت ممکن بفروشد، هم تمام آن‌هایی که علاقه‌مند به معامله با دولت هستند فرصت مشارکت یابند. اصل انتخاب طرف عقد در فرایند رقابتی، مبنای بسیاری از مقررات حاکم بر معاملات دولتی است. ضرورت برگزاری مناقصه یا مزایده برای انعقاد قرارداد از این اصل نشأت گرفته است. ملزم کردن دولت به اطلاع‌رسانی عمومی درباره‌ی قراردادهای منعقد شده، حامی این اصل است. با وجود این بعضاً قوانین با عدول از اصل برای برخی اشخاص، حق رجحان قائل شده‌اند، دارندگان حق رجحان بر سایرین برای انعقاد قرارداد دولتی اولویت دارند.

موضع برتر دولت نباید بهانه‌ای برای نقض عهد از جانب او یا اعمال تغییر یک‌طرفه در شروط قرارداد شود. برتر دانستن دولت در روابط قراردادی به صورت مطلق با بهانه‌هایی از قبیل حمایت منافع عموم، در شرایط فعلی قابل پذیرش نیست؛ به این جهت ماده‌ی ۱۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، اصل ثبات معاملات دولتی را تأسیس کرد.

برای حفظ منافع عموم در معاملات دولتی باید ارزیابی صورت گیرد. قانون برگزاری مناقصات به این منظور، چهار قسم ارزیابی تعریف و شرایط خاصی برای هر یک ذکر کرده است.





## تصرف اراضی اشخاص برای اجرای طرح‌های دولتی

قاسم یارمحمدی\*

### چکیده

مالکیت اشخاص نسبت به اموال، حقی است که مورد حمایت شرع و قوانین کشور است، اما در بعضی موارد مالکیت اشخاص نسبت به اراضی به وسیله‌ی قوانین به نفع نهادها و سازمان‌های دولتی متزلزل و یا محدود گردیده و در مواردی به صورت کلی از اشخاص سلب مالکیت شده است، بدون اینکه وجهی به مالک آنها پرداخت شود و این امر موجب طرح دعاوی عدیده‌ی اشخاص علیه دولت برای مطالبه‌ی حقوق خود شده است، اما محاکم در این خصوص رویه‌ی واحدی اتخاذ نکرده‌اند. طبق قانون اساسی قوانین و مقررات کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد و تفسیر قانون اساسی هم بر عهده‌ی شورای نگهبان است. شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۱۹۸۳ نظارت خود را شامل قوانین و مقررات گذشته نیز اعلام کرده و آن را محدود به مصوبات مجلس نکرده است؛ بنابراین، با توجه به اینکه شورای نگهبان، قوانین و مقررات معاف‌کننده‌ی دولت از پرداخت بهای اراضی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی دولت را مخالف شرع اعلام کرده است و آن را موجب ضمان ید می‌داند؛ ید دولت نسبت به تصرفاتی که در اراضی اشخاص به استناد قوانین زمان اجرا صورت گرفته، ضمانتی است و در صورت ادامه‌ی تصرف باید حقوق صاحبان آن اراضی پرداخت گردد.

**واژگان کلیدی:** تصرف اراضی، بهای زمین، اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی دولت، بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه، نظریه‌ی شورای نگهبان



## مقدمه

یکی از شاخصه‌های پیشرفت هر جامعه‌ای توسعه‌ی هم‌زمان همه‌ی بخش‌های آن است و وظیفه‌ی دولت نیز ارائه خدمات زیربنایی از جمله تولید و انتقال برق، آب، گاز، احداث جاده و ... برای همه‌ی اقشار جامعه است که انجام این تکلیف در بعضی موارد با حقوق اشخاص تعارض دارد. علیرغم اینکه دولت در اجرای طرح‌های مذکور مصالح عمومی را در نظر می‌گیرد، ولی همین امر توأم با ورود خسارت به اشخاص می‌شود. دولت با استناد به قوانین مختلفی که در این خصوص تصویب شده است، اقدام به اجرای طرح‌های ملی و دولتی در اراضی افراد می‌کند و بر این اساس عملکرد خود را منطبق با قانون قلمداد می‌نماید. از طرفی تعرض به مالکیت اشخاص در این راستا و دادخواهی آنان در محاکم باعث تشکیل پرونده‌های متعدد در مراجع قضایی می‌گردد که نتیجه‌ی آن در اکثر موارد صدور رأی به نفع نهادهای دولتی با استناد به قوانین قبل از انقلاب بوده است. در موارد نادر نیز برخی محاکم تصرفات نهادهای دولتی را قانونی ندانسته و حکم بر محکومیت مراجع مذکور به پرداخت قیمت اراضی مورد تصرف صادر کرده‌اند که همین امر موجب ایجاد رویه‌های مختلفی در موضوع واحد گردیده است؛ لذا، لازم است قوانین مرتبط و نظریات شورای نگهبان و آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این خصوص مورد بررسی قرار گیرند.

## الف. مالکیت

مالکیت عبارت است از حق استعمال و بهره‌برداری از یک چیز به هر صورت. از اوصاف اصلی مالکیت می‌توان به مطلق، انحصاری و دائمی بودن آن اشاره کرد.<sup>۱</sup> حق مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که شخص می‌تواند نسبت به مالی داشته باشد و سایر حقوق عینی از شاخه‌های این حق است.<sup>۲</sup> حق مالکیت در همه‌ی مذاهب و در هر زمان مورد احترام بوده است، طوری که در فقه اسلام، روایت (سِبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ ... حُرْمَةُ مَالِ كَحْرَمَةِ دَمِهِ) ارزش و اعتبار خون مسلمان را به مال وی داده است که به‌قاعده‌ی احترام مال مسلم معروف است. همچنین آیه‌ی (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) تعرض به مال دیگران بدون اذن مالک را منع کرده است. حدیث (لا یحلّ

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۰۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۰۶.



مال امرئِ مُسَلِّمِ الا بطیب نفسه) و قاعده‌ی مسلم (الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلَیْ اَمْوَالِهِمْ) نیز دلالت بر این امر دارند، اما در بعضی موارد مالکیت اشخاص نسبت به اراضی به وسیله‌ی قوانین به نفع نهادها و سازمان‌های دولتی متزلزل و یا محدود گردیده و در مواردی به صورت کلی از اشخاص سلب مالکیت صورت گرفته است، بدون اینکه وجهی به مالک آنها پرداخت شود که مشروعیت یا عدم مشروعیت این موضوع مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

### ب. قوانین مکلف کننده‌ی دولت به پرداخت بهای زمین مورد تصرف

قبل از تصویب لایحه قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ قوانین متعددی وجود داشت که بر اساس آن دولت قبل از تصرف اراضی اشخاص جهت اجرای طرح‌های دولتی، مکلف به پرداخت قیمت آن بوده و تا زمانی که بهای زمین را پرداخت نکرده بود قادر به اجرای طرح‌های خویش در زمین‌های مزبور نبود که برخی از آن قوانین به شرح زیر است:

۱. قانون اصلاح قانون توسعه‌ی معابر مصوب ۱۳۲۰/۴/۱: طبق این قانون تصرف اراضی و احداث تأسیسات عمومی در شهرها منوط به پرداخت غرامت به صاحبان اراضی یا املاک شد. در مقابل، اشخاصی که ملک آنها در مجاورت طرح‌ها واقع شود و در اثر توسعه مرغوب گردد، مکلف به پرداخت حق مرغوبیت شده‌اند. همچنین در ماده‌ی ۵ این قانون، امکان خرید املاک موقوفه پیش‌بینی گردید.
۲. قانون برنامه‌ی هفت‌ساله‌ی دوم عمرانی کشور مصوب ۱۳۳۴/۱۲/۸ موسوم به برنامه‌ی عمرانی دوم ۱۳۳۴-۱۳۴۰: طبق ماده‌ی ۱۶ قانون مذکور هرگاه برای اجرای عملیات عمرانی و نیازمندی‌های عمومی احتیاج به خرید اراضی باشد، قیمت اراضی به وسیله‌ی هیأتی مرکب از دادستانی کل کشور، وزیر کشور، مدیرکل ثبت یا نمایندگان آنها بر مبنای نظر کارشناسان مشخص خواهد شد.
۳. قانون مربوط به تملک زمین‌ها برای اجرای برنامه‌های شهرسازی مصوب ۱۳۳۹/۳/۱۷: در ماده‌ی ۱ این قانون تصرف و تملک اراضی مردم منوط به پرداخت بهای عادلانه‌ی آن گردیده است.

۴. قانون طرز تقویم و تملک اراضی مورد نیاز سد فرحناز پهلوی مصوب ۱۳۴۵/۳/۱۷: در بندهای الف و ب ماده‌ی ۵ قانون مذکور تصرف اراضی زراعتی و باغ‌های میوه و قلمستان‌ها و بیدستان‌ها و زمین‌های مشجر و دیم‌زا و بایر و



مستحقات منوط به پرداخت بهای ملک به مالکان شده است و در صورتی که ملک در اجاره باشد، علاوه بر تعیین بهای ملک، حق السعی و حقوق زارعانه نیز تعیین و از بهای ملک کسر و به زارع پرداخت می شود.

۵. قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۹: وزارت آب و برق و مؤسسات و شرکت های تابعه در ماده ی ۱۶ قانون مزبور مکلف به پرداخت بهای اراضی مورد نیاز برای تولید و انتقال برق شده است.

۶. قانون اصلاح قانون دعاوی اشخاص علیه دولت راجع به املاک مصوب ۱۳۴۷/۹/۱۶: در تبصره ج این ماده واحده وزارت جنگ مکلف به پرداخت بهای اراضی مورد نیاز این وزارت برای ایجاد تأسیسات نظامی شده است.

۷. قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۳: این قانون که جانشین قانون اصلاح توسعه ی معابر مصوب ۱۳۲۰/۴/۱ شده است، در ماده ی ۳۱ تصرف و تملک اراضی مورد نیاز شهرداری برای تأمین نیازمندی های شهری و عمومی و عمران و نوسازی را مکلف به پرداخت بهای اراضی کرده است.

**پ. قوانین معاف کننده ی دولت از پرداخت بهای زمین های تصرف شده**  
در برخی قوانین خاص، مقنن بدون در نظر گرفتن حقوق افراد به لحاظ شرایط ویژه ی حاکم و با توجه به فوریت و ضرورت طرح و به تناسب بودجه، دولت را از پرداخت اراضی تصرف شده معاف کرده است که موارد زیر برخی از آن قوانین هستند:

۱. قانون برنامه ی عمرانی سوم کشور مصوب ۱۳۴۶: بند ۸ ماده ی ۲۹ قانون موصوف بیان می دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده ی شهرها که در مسیر راه های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله های گاز و نفت قرار می گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که طبق تصویب نامه ی هیأت وزیران معین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده واقع می شود و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد و در صورتی که مستحقات و اعیانی وجود داشته باشد که بر اثر احداث تأسیسات فوق الذکر از بین برود و یا خساراتی به آنها وارد شود، مؤسسات دولتی مربوط باید قیمت اعیانی از بین رفته را طبق مقررات این قانون بپردازند و یا خسارات وارده را به کلیه ی ذوی الحقوق جبران کنند». این بند از قانون در بند ۸ ماده ی ۲۹ قانون برنامه ی عمرانی چهارم کشور تکرار شده است.



۲. قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۹: مادهی ۱۸ این قانون مقرر می‌دارد: «وزارت آب و برق و مؤسسات و شرکت‌های تابعه‌ی آن مجاز می‌باشند در صورت لزوم در معابر عمومی شهرها و حریم اماکن و مستغلات و املاک به نصب تأسیسات انتقال و توزیع نیروی برق اقدام نمایند و همچنین می‌توانند از دیوارهای مستغلات و اماکن خصوصی که مشرف به معابر عمومی می‌باشد و زمین‌های زراعتی تا آنجایی که عرفاً موجب خرابی و سلب استفاده‌ی متعارف از املاک مردم نشوند به منظور نصب وسایل انتقال و توزیع (از قبیل پایه - مقره - جعبه‌ی انشعاب - پایه‌ی چراغ و امثالهم) و همچنین عبور کانال خطوط برق مجاناً استفاده کنند. رعایت حریم خطوط انتقال و توزیع نیروی برق از طرف مالکین الزامی است. در صورتی که مالک بخواهد در تغییر یا تعمیر یا تجدید ساختمان اقدامی نماید که مستلزم تغییر محل وسایل انتقال و توزیع نیروی برق باشد وزارت آب و برق مکلف است فوراً نسبت به تغییر محل وسایل انتقال و توزیع نیروی برق اقدام نماید».

۳. قانون اساسنامه‌ی شرکت ملی نفت ایران مصوب ۱۳۴۷/۲/۱۵: بند ۱۱ ماده‌ی ۱۱ این قانون مقرر می‌دارد: «در مورد اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها که برای عبور لوله‌های نفت و گاز و انواع دیگر مواد نفتی یا ایجاد شبکه‌ی مخابراتی مورد احتیاج شرکت باشد، عرصه مجاناً از طرف شرکت تصرف شده و مورد استفاده قرار خواهد گرفت و فقط قیمت اعیانی‌های موجود در آن با توافق با صاحبان اعیان و در صورت عدم توافق به شرح مفاد شقوق (۴ و ۵ و ۶) بند (د) این ماده تعیین و پرداخت می‌گردد».

۴. قانون برنامه و بودجه‌ی کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰: بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون مذکور بیان می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت‌وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد. ملاک تشخیص محدوده‌ی شهر نقشه‌ی مصوب انجمن شهر هر محل خواهد بود که قبل از شروع مراحل طرح عمرانی مورد عمل شهرداری‌ها باشد».

۵. قانون اصلاح ماده‌ی ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰/۱/۲۸: این قانون به صورت ماده واحده با پنج تبصره تصویب و در تبصره‌ی ۴ آن قید شده است:



«کلیه‌ی اراضی حاصل از تبصره‌ی (۳) و معابر و شوارع عمومی و اراضی خدماتی که در اثر تفکیک و افراز و صدور سند مالکیت ایجاد می‌شود، متعلق به شهرداری است و شهرداری در قبال آن هیچ وجهی به صاحب ملک پرداخت نخواهد کرد...»

## ت. آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تصرفات دولت در اراضی اشخاص

دیوان عدالت اداری آرای متعارضی در خصوص نحوه‌ی تصرف دولت در اراضی اشخاص برای اجرای طرح‌های عمرانی صادر کرده است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره‌ی ۲۰۴ مورخه‌ی ۱۳۶۹/۹/۱۳ دولت را مکلف به خریداری و پرداخت بهای اراضی مورد نیاز طرح‌های عمرانی کرده است، اما در آرای شماره‌های ۶۰ - ۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳ - ۱۳۸۰/۵/۲۱ دولت را از پرداخت بهای اراضی مورد نیاز معاف اعلام کرده است. در نهایت به لحاظ تعارض آرای

۱. رأی شماره‌ی ۲۰۴ مورخه‌ی ۱۳۶۹/۹/۱۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: نظر به اینکه ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب اسفند ۱۳۵۱ مقرر نموده، هرگاه برای اجرای طرح‌های عمرانی احتیاج به خرید اراضی اعم از دایر و بایر باشد و اعیانی و تأسیسات، متعلق به افراد یا مؤسسات خصوصی باشد به طریق زیر عمل خواهد شد و این عبارت صریح است در اینکه دولت موظف است زمین‌های مورد نیاز برای طرح‌های عمرانی را خریداری نماید و لازمه‌ی خرید، پرداخت بهای مبیع است به مالک آن و بند ۹ ماده‌ی مذکور که دولت را از پرداخت بها معاف نموده مخصوص به حقوق ارتفاق املاک مجاور است و شامل املاک متصرف نمی‌شود؛ لذا، دادنامه‌ی صادره از شعبه‌ی پنجم دیوان عدالت اداری که مفید این معنی است موافق اصول و موازین قانون تشخیص داده می‌شود.

۲. رأی شماره‌ی ۶۰ مورخه‌ی ۷۴/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: به موجب بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ در اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌گاز و نفت قرار می‌گیرد، با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد. مستنبط از حکم مقرر در بند مذکور این است که مقنن این‌گونه تصرفات را به منزله‌ی حق ارتفاق تلقی کرده که در قبال آن به صاحبان زمین وجهی پرداخت نمی‌شود؛ بنابراین، رأی شماره‌ی ۷۵۶ مورخه‌ی ۷۳/۱۱/۱۱ شعبه‌ی اول هیأت تجدیدنظر دیوان عدالت اداری مبنی بر فسخ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۹۵۴ مورخه‌ی ۷۲/۱۱/۳۰ و رد شکایت شاکی که متضمن این معنی می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود و این امر رأی به استناد قسمت آخر ماده‌ی ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

۳. رأی شماره‌ی ۱۷۳ مورخه‌ی ۱۳۸۰/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: به شرح دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۷۴/۴/۱۷ مورخه‌ی ۱۳۷۴/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام ایجاد وحدت رویه صادر شده و برای شعب دیوان و سایر مراجع ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع می‌باشد، دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۶۵ مورخه‌ی ۱۳۷۳/۱۱/۱۱ هیأت اول تجدیدنظر دیوان مبنی بر شمول بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ به اراضی واقع در اتوبان تهران-کرج و عدم جواز پرداخت وجهی به مالکین اراضی مذکور موافق قانون اعلام گردیده است. بنابراین، دادنامه‌ی شماره‌ی ۴۷۵ مورخه‌ی ۱۳۷۶/۵/۱۱ هیأت دوم تجدیدنظر دیوان که به تبعیت از رأی وحدت رویه و مقررات صادر شده است، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده‌ی ۲۰ اصلاحی قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۸/۲/۱ برای شعب دیوان و سایر مراجع ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.



مذکور، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۰ اقدام به صدور رأی شماره‌ی ۴ دولت را مکلف به پرداخت بهای اراضی مورد تملک کرد که شرح آن در زیر می‌آید:

«نظر به اینکه به موجب لایحه‌ی قانونی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی اعم از اینکه شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام باشد یا نباشد و شهرداری‌ها مکلف به پرداخت بهای عرصه و اعیان مورد تملک گردیده‌اند و به موجب نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶۳۰/۲۲۸۱۸ مورخه‌ی ۱۳۸۶/۷/۸ شورای محترم نگهبان بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ خلاف موازین شرعی شناخته شده است، لذا، رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۶۰ مورخه‌ی ۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳ مورخه‌ی ۱۳۸۰/۵/۲۱ که برخلاف شرایط فوق‌الذکر انشاء گردیده‌اند، مغایر موازین شرعی تشخیص و به تجویز ماده‌ی ۵۳ الحاقی به آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۴ نقض می‌گردند».

ث. نظریه‌های شورای نگهبان در خصوص تصرفات دولت نسبت به املاک اشخاص

۱. اکثریت فقهای شورای نگهبان در جلسه‌ی مورخه‌ی ۱۳۶۱/۷/۱۷ شمول ماده‌ی ۱ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ را نسبت به املاک اشخاص، مغایر موازین شرع تشخیص داده است.

ماده‌ی مذکور مقرر می‌دارد: «کلیه‌ی آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره‌ی سلسله‌ی زندیه در مملکت ایران احداث شده، اعم از منقول و غیرمنقول با رعایت ماده‌ی ۱۳ این قانون می‌توان جزء آثار ملی ایران محسوب داشت و در تحت حفاظت و نظارت دولت می‌باشد».

۲. شورای نگهبان در نامه‌ی شماره‌ی ۲۲۸۱۸/۳۰/۸۶ مورخه‌ی ۱۳۸۶/۷/۸ در پاسخ به نامه‌ی شماره‌ی ۱۷۸۸۶۶/۱۰/د مورخه‌ی ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ رئیس مجلس شورای اسلامی، مبنی بر درخواست اظهار نظر درباره‌ی «بند (۹) ماده‌ی (۵۰)

۱. نامه‌ی شماره‌ی ۱۷۸۸۶۶/۱۰/د مورخه‌ی ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ رئیس مجلس شورای اسلامی به دبیر شورای نگهبان: «... بند (۹) ماده‌ی (۱۰) [ماده‌ی ۵۰ صحیح است، اشتباهاً ماده‌ی ۱۰ قید شده است] قانون برنامه و بودجه‌ی کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ مقرر می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد نظر که از



قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ اعلام کرده است که: «موضوع در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۷/۴ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر شورا به شرح زیر اعلام می‌گردد:

- اطلاق جواز استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور خلاف موازین شرع دانسته شد؛ زیرا شامل اراضی که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی‌حق شرعی می‌باشد نیز می‌گردد و لذا، اطلاق جواز استفاده بدون رضایت مالک یا ذی‌حق در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه خلاف موازین شرع می‌باشد. البته قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی که شامل این موارد می‌شود لازم است مورد توجه قرار گیرد.

همچنین عدم پرداخت وجه در مواردی که عیناً یا منفعتاً مشمول ضمان ید می‌باشد - مانند مواردی که طبق ضوابط شرعی مالک داشته باشد - خلاف موازین شرع بوده و موجب ضمان می‌گردد».

سرپرست وزارت راه و ترابری در نامه‌ی مورخه‌ی ۱۳۹۰/۳/۲۳ بررسی مجدد و اصلاح نظریه‌ی شورای نگهبان را در خصوص بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی کشور مصوب ۱۳۵۱ تقاضا کرده است که خلاصه‌ای از دلایل درخواست ایشان به شرح زیر است<sup>۱</sup>:

اراضی واقع در خارج از محدوده‌ی شهرها که تا قبل از لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی، عمرانی و نظامی مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷، در مسیر راه‌های اصلی و فرعی و یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار گرفته‌اند، طبق بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه‌ی سال ۱۳۵۱ با رعایت حریم مورد نیاز که از طرف هیأت وزیران تعیین شده، توسط دولت وقت مورد استفاده قرار گرفته و از بابت حق ارتفاق وجهی قانوناً قابل پرداخت نبوده است. همچنین قائل شدن حق

طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حق ارتفاق وجهی پرداخت نخواهد شد. ملاک تشخیص محدوده‌ی شهر، نقشه‌ی مصوب انجمن شهر هر محل خواهد بود که قبل از شروع مراحل طرح عمرانی مورد عمل شهرداری‌ها باشد. «با توجه به اینکه به استناد مقرره‌ی یاد شده بیش از سی سال است که «حق ارتفاق» مورد نظر به صاحبان رسمی اراضی مشمول آن تعلق نمی‌گیرد و دولت وجهی پرداخت نکرده است و هنوز حکم قانونی مزبور استمرار دارد، نظر تفسیری شورای محترم نگهبان را به استناد اصل چهارم قانون اساسی، در خصوص مغایر شرع بودن و یا مغایر شرع نبودن آن اعلام دارند».

1. <http://www.shora-gc.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=News&CategoryID=8fac823a-5745-41b6-a9e2-b879c74deb7b&WebPartID=6a7107cd-b292-4aa6-9ddb-d2db3a8da809&ID=5b78f7de-e577-4037-a960-42c8bc392aaa>





ارتفاق برای دولت قبل از انقلاب اسلامی بابت اراضی واقع در مسیر طرح های فوق، منحصر به بند ۹ مادهی ۵۰ قانون برنامه و بودجهی سال ۱۳۵۱ نبوده است، بلکه به موجب قوانین دیگر نیز از جمله بند ۸ مادهی ۲۹ قانون برنامهی عمرانی سوم و بند ۸ مادهی ۲۹ قانون برنامهی عمرانی چهارم کشور اجرا شده در سال های ۱۳۴۱ تا ۱۳۵۱ و تبصره ی ۱ مادهی ۱۸ قانون سازمان برق ایران مصوب ۱۳۴۶ و بند ۱۱ جزء (د) مادهی ۱۱ قانون اساسنامهی شرکت ملی نفت ایران مصوب ۱۳۴۷ و ... برای دولت وقت به وجود آمده است که با تصویب لایحهی قانونی نحوه ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح های عمومی، عمرانی و نظامی دولت در تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ به صراحت مادهی ۱۲ آن قانون، کلیه ی قوانین و مقرراتی که تا این تاریخ در مورد نحوه ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح های عمرانی و عمومی و نظامی دولت تصویب شده و با این قانون مغایرت دارد نسخ شده است. لذا، بند ۹ مادهی ۵۰ قانون برنامه و بودجهی سال ۱۳۵۱ طبق مادهی ۱۲ قانون ۱۳۵۸ نسخ شده و برخلاف تصور رئیس مجلس شورای اسلامی در زمان استفساریه در تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۵ ملغی الاثر بوده و موضوعی برای درخواست اظهار نظر شورای نگهبان در این خصوص نبوده است، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز برابر آرای شماره های ۶۰ مورخه ی ۱۳۷۴/۴/۱۷ و ۱۷۳ مورخه ی ۱۳۸۰/۸/۵ بر حاکمیت بند ۹ مادهی ۵۰ قانون برنامه و بودجهی سال ۱۳۵۱ بر تصرف دولت بر اراضی مورد نیاز برای اجرای طرح های عمرانی و عمومی کشور تا قبل از تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ صحه گذاشته است و لذا، حق مکتسبه ی دولت های وقت در قبل از تاریخ ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ در استفاده از اراضی موضوع بند ۹ مادهی ۵۰ قانون برنامه و بودجه تثبیت شده و این رأی نیز چون در مقام وحدت رویه صادر شده، در حکم قانون و معتبر است. چنانچه قرار باشد به مالکین اراضی واقع در مسیر راه های ارتباطی و خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله های نفتی و گاز و اراضی واقع در حریم مستحدثات فوق برای طرح های اجرا شده تا قبل از بهمن ماه ۱۳۵۸ و جوهی پرداخت شود، مبلغ سنگینی خواهد بود که با کل بودجه ی سالیانه و یا چندساله ی کشور نیز نمی توان پاسخ گوی بهای عرصه و اجرت المثل ایام تصرف اراضی موصوف بود.

شورای نگهبان با تشکیل جلسه در تاریخ ۱۳۹۰/۴/۸ پس از بحث و بررسی در خصوص این نامه، با تأکید بر صحت نظریه ی تفسیری قبلی خود، با ردّ دلایل توجیهی ذکر شده در نامه ی سرپرست وزارت راه و ترابری، بر لزوم استیفای



حقوق مردم تأکید کرد و نظر خود را طی نامه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲ مورخه‌ی ۱۳۹۰/۴/۲۸ به وزیر راه و شهرسازی اعلام کرد.

چکیده‌ای از نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص نامه‌ی سرپرست وزارت راه و ترابری به شرح زیر است:

زمین‌های اشخاص که در فاصله‌ی زمانی ۱۳۵۱ تا ۱۳۵۸ بر اساس بند ۹ ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ برای اجرای طرح‌های عمومی، عمرانی دولت تصرف شده، با توجه به خلاف شرع بودن آن مشمول مقررات غصب است، هرچند که تصرف غیرشرعی در زمان رژیم سابق وقوع یافته باشد، موجب ایجاد حق مکتسب برای دولت‌ها نمی‌گردد و در صورتی که دولت بخواهد به تصرفات خود ادامه دهد، باید حقوق صاحبان آن اراضی را پرداخت کند. قوانین مورد اشاره‌ی دیگر در این خصوص نیز که ملاک مصوبه‌ی مذکور را داشته باشد، مشمول نظریه‌ی شورای نگهبان مبنی بر غیرشرعی بودن هستند و بر اساس اصل چهارم قانون اساسی ملغی‌الاثرب می‌باشند. لذا، زمین‌های تصرف شده به استناد آن قوانین نیز مشمول مقررات غصب است و در صورت ادامه‌ی تصرف دولت، باید حقوق صاحبان آنها پرداخت گردد. چنانچه پرداخت حقوق صاحبان آن اراضی، دولت را با مشکل مواجه سازد باید از طریق راهکارهای قانونی از جمله تصویب قانون در مجلس شورای اسلامی و نهایتاً طرح موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام حل و فصل شود.

### ج. بررسی موضوع از دیدگاه فقه، قانون اساسی و قانون مدنی

فقها در خصوص معافیت از پرداخت بهای اراضی مورد نیاز دولت یا تکلیف به پرداخت بهای آن اظهار نظر صریحی نکرده‌اند؛ اما برخی فقها به صورت غیرمستقیم نسبت به موضوع اشاره کرده‌اند که حاصل نظر آنها این است که هیچ یک از نهادهای دولتی حق دست یازیدن در اموال و حقوق مردم ندارند، بلکه دولت و ملت هر دو باید به رعایت حدود و حقوقی که خداوند برای فرد فرد بندگان خود قرار داده است گردن نهند و هیچ‌کس چه از مقامات دولتی و

۱. برای دیدن نظرات استدلالی شورای نگهبان به طور کامل در این خصوص رجوع شود به:

<http://www.shora-gc.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=News&CategoryId=8fac823a-5745-41b6-a9e2-b879c74deb7b&WebPartID=6a7107cd-b292-4aa6-9ddb-d2db3a8da809&ID=5b78f7de-e577-4037-a960-42c8bc392aaa>



چه از مقامات غیردولتی نمی‌تواند در مال دیگری دست یازد، مگر اینکه خود مالک اجازه دهد؛ یعنی با پذیرش اینکه حکم خداوند درباره‌ی تصرف در اموال و حقوق دیگران، و جوب اجازه و رضایت صاحبان آنها است، دیگر نمی‌توان بین دولتمردان و سایرین تفاوت قائل شد؛ مسئولان دولتی مکلف به نظارت و سامان‌دهی امور مردم هستند و حق دست یازیدن بر اموال اشخاص بدون پرداخت بهای آن را ندارند؛ زیرا پرداخت عوض زمین مورد تصرف دیگری از جمله احکام روشن الهی است و هیچ شخصی حق نادیده گرفتن آن را نداشته و دولت نیز از این امر مستثنی نگردیده است.

در متمم قانون اساسی مشروطه مورخه‌ی چهاردهم ذی‌القعدة‌ی ۱۳۲۴ قمری و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز ارزش و جایگاه مالکیت و عدم تعدی به حقوق فردی مورد تأکید قرار گرفته است که به چند مورد از آنها اشاره می‌گردد:

۱. اصل ۱۵ متمم قانون اساسی مشروطه: «هیچ ملک‌ی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد مگر با مجوز شرعی و آن نیز پس از تعیین و تأدیه‌ی قیمت عادلانه است».
۲. اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».
۳. اصل ۴۷ قانون اساسی: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون تعیین می‌کند».

از طرف دیگر، اصل چهارم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر به عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است.» برخی نویسندگان قائل بر این نظرند که در اصول ۷۲، ۹۱ و ۹۴ تا ۹۶ قانون اساسی نظارت شورای نگهبان بر قوانین و مقررات گذشته پیش‌بینی نشده است و نظارت شورای نگهبان محدود به مصوبات مجلس شورای اسلامی است.<sup>۱</sup> برخی دیگر معتقدند با توجه به اطلاق اصل چهارم

۱. خامنه‌ای، سید محمد، مقاله‌ی اصل چهارم قانون اساسی، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌ی ۱۵۳-۱۵۲، پاییز و زمستان ۱۳۶۹، صفحات ۱۱ تا ۴۱، به نقل از: هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج دوم، نشر میزان، تهران، چاپ هفتم، بهار ۱۳۸۲، ص ۲۴۲.



قانون اساسی، نظارت شورای نگهبان محدود به مصوبات مجلس نیست و بر قوانین گذشته نیز نظارت دارد.<sup>۱</sup> از طرفی تفسیر قانون اساسی طبق اصل نود و هشتم قانون اساسی بر عهده‌ی شورای نگهبان است که شورای نگهبان هم در پاسخ به نامه‌ی شماره‌ی ۱۳۶۰/۱/۲۴-۱/۱۱۴۳ شورای عالی قضایی مبنی بر تعیین تکلیف قوانین و مقررات خلاف شرع گذشته، به شرح زیر نظر خود را اعلام کرده است:

«مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه‌ی قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلام باشد و تشخیص این امر به عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است؛ بنابراین قوانین و مقرراتی که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارند».<sup>۲</sup>

علاوه بر اصول مذکور، قانون مدنی نیز در مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۵، ۳۶ و ... مالکین را قادر به هرگونه بهره‌برداری از مایملک خود می‌داند و طبق این قانون، کسی بدون علت قانونی و شرعی حق تصرف در اراضی دیگری ندارد. قانونگذار در ماده‌ی ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک را محدود به موارد بیان شده در این ماده کرده است که عبارتند از:

- الف. احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه
- ب. وسیله‌ی عقود و تعهدات
- پ. وسیله‌ی اخذ به شفعه
- ت. ارث.

از طرفی، مقنن در ماده‌ی ۳۶ همین قانون تصرفی را که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده است، بی‌اعتبار می‌داند؛ لذا، تصرف اراضی اشخاص از طرف دولت برای اجرای طرح‌های دولتی بدون پرداخت عوض جزء هیچ‌یک از اسباب تملک مذکور در ماده‌ی ۱۴۰ قانون مدنی نیست و از آنجا که ماده‌ی ۲۰۷ همان قانون نیز ملزم شدن شخص به انشاء معامله به حکم مقامات صالحه‌ی

۱. مهرپور، حسین، مقاله‌ی اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌ی ۱۴۷-۱۴۶، بهار و تابستان ۱۳۶۸، صفحات ۱۷ تا ۳۱، به نقل از: هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج دوم، نشر میزان، تهران، چاپ هفتم، بهار ۱۳۸۲، ص ۲۴۱.

۲. نظر شماره‌ی ۱۹۸۳ - ۱۳۶/۲/۸ شورای نگهبان.



قانونی را اکره تلقی نکرده است، دولت در صورتی که برای توسعه و عمران کشور به اراضی اشخاص نیاز داشته باشد باید از طریق پرداخت عوض آن اقدام به تصرف و تملک املاک کند، تنها استثنای این امر، عدم ضرورت اخذ رضایت مالکان در انجام معامله است؛ به عبارت دیگر دستگاه اجرایی نمی‌تواند از قدرت عمومی و با استناد به قوانین غیرشرعی برای سلطه‌ی غیرمجاز بر اموال مردم بهره‌گیری کند. لزوم اجرای طرح‌های دولتی در اراضی اشخاص به معنای سلب مالکیت و یا جواز استیلا بر املاک مردم نیست و این‌گونه طرح‌ها صرفاً مالک را ملزم به فروش ملک خود می‌کند و اقدام دستگاه‌های اجرایی در تصرف املاک اشخاص بدون پرداخت بهای آن از مصادیق غصب است که با توجه به نظر شورای نگهبان در این خصوص دولت باید حقوق صاحبان اراضی مورد تصرف را پرداخت کند.

### نتیجه

طبق اصل چهارم قانون اساسی تشخیص مخالفت یا مطابقت قوانین با موازین شرع به عهده‌ی فقهای شوری نگهبان است. طبق اصل نود و هشتم قانون اساسی نیز تفسیر قانون بر عهده‌ی شورای نگهبان است و شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره‌ی ۱۹۸۳ مورخه‌ی ۱۳۶۳/۲/ نظارت خود را محدود به مصوبات مجلس شورای اسلامی ندانسته و اعلام کرده است که در این خصوص بر قوانین و مقررات گذشته نیز نظارت می‌کند؛ لذا، با توجه به اینکه شورای نگهبان قوانین معاف‌کننده‌ی دولت از پرداخت بهای اراضی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی دولت را خلاف شرع اعلام کرده است، آن دسته از قوانین منسوخ و ملغی‌الاثرا هستند و دولت در صورت ادامه‌ی تصرف بر اراضی موصوف باید حقوق اشخاص را پرداخت کند. طبق مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷، املاکی که قبل از تصویب این قانون، توسط نهادهای دولتی تصرف شده است، در صورتی بهای آن پرداخت می‌شود که وفق قوانین قبل از انقلاب دولت مکلف به پرداخت بهای عادلانه بوده است؛ لذا، بین نظر شورای نگهبان و مفهوم مخالف ماده‌ی مذکور مغایرت وجود دارد؛ زیرا مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۰ قانون فوق، دلالت بر عدم پرداخت بهای اراضی تصرف شده‌ای دارد که در قوانین قبل از انقلاب دولت مکلف به پرداخت



بهای آن نبوده است، درحالی که نظر شورای نگهبان حاکی از غیر شرعی بودن تملک اراضی اشخاص بدون پرداخت بهای آن است. لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب شورای انقلاب است. پرسش این است که با توجه به اصول ۴ و ۹۱ قانون اساسی، شورای نگهبان قدرت ابطال مصوبات شورای انقلاب را دارد؟ علاوه بر آن اگر قائل بر حاکمیت نظر شورای نگهبان بر مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۰ قانون فوق باشیم، چرا شورای نگهبان غیرشرعی بودن عدم پرداخت بهای اراضی تصرف شده توسط دولت را پس از گذشت ۲۸ سال اعلام کرده است؟ از زمان سکوت شورای نگهبان تا سال ۱۳۸۵ پرونده‌های متعددی در خصوص مطالبه‌ی قیمت اراضی تصرف شده در محاکم مطرح و بسیاری از دادگاه‌ها با استناد به قوانین قبل از انقلاب حکم بر بی‌حقی خواهان‌ها صادر کرده‌اند و همین امر موجب تضییع حقوق مالکین گردیده است. به نظر می‌رسد مالکین جهت احقاق حق خود با رعایت و احراز شرایط قانونی می‌توانند نسبت به احکام صادره اعاده‌ی دادرسی نمایند.

### منابع

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸۲.
۲. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج دوم، نشر میزان، چاپ هفتم، تهران، بهار ۱۳۸۲.
3. <http://www.shora-gc.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=News&CategoryID=8fac823a-5745-41b6-a9e2-b879c74deb7b&WebPartID=6a7107cd-b292-4aa6-9ddb-d2db3a8da809&ID=5b78f7de-e577-4037-a960-42c8bc-392aaa>



## شروع به جرم و مجازات آن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

اصغر رحمانی\*

### چکیده

شروع به جرم عبارت است از رفتاری که به منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام شده، ولی به دلیل دخالت عامل خارجی و بدون اراده‌ی مرتکب، نتیجه‌ی مورد نظر مرتکب حاصل نشده است؛ به عبارت دیگر، برای تحقق شروع به جرم، مرتکب باید از مرحله‌ی نیت و قصد مجرمانه و عملیات مقدماتی عبور کند و وارد مرحله‌ی عملیات اجرایی شود، ولی عامل خارجی مانع ادامه‌ی عملیات اجرایی گردد و جرم تام تحقق نیابد. تمیز عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی برای تحقق شروع به جرم ضروری است. عدم ارائه‌ی معیاری برای تمیز عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی از طرف قانونگذار حقوقدانان را بر آن داشته که با بیان نظریات ارائه شده در این خصوص، نظریه و معیار پذیرفته شده در رویه‌ی قضایی موجود و آرای صادره از دیوان عالی کشور را تبیین نمایند. در خصوص نسخ یا عدم نسخ قوانینی که به طور خاص برای شروع برخی جرایم، مجازات پیش‌بینی کرده‌اند، اختلاف نظر وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** شروع به جرم، عملیات مقدماتی، عملیات اجرایی، عامل خارجی

### مقدمه

اصولاً هرکسی که برخلاف هنجارهای اجتماعی رفتار کرده و مرتکب جرم شود، برای صیانت جامعه و جلوگیری از تخریب مرتکب و دیگران مطابق با قوانین موضوعه‌ی کشور مجازات شود، در برخی موارد، قانونگذار به مرتکب، فرصتی برای بازگشت از جرم داده است تا قبل از اتمام جرم و تحقق جرم تام، از نظر و قصد مجرمانه‌ی خود برگردد، بدون اینکه مجازاتی در انتظار

\* وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان



او باشد و این در صورتی است که مرتکب، بدون دخالت عامل خارجی، به میل و اراده‌ی خود از ادامه‌ی عملیات مجرمانه منصرف شود. ولی اگر مرتکب قصد ارتکاب جرم کند و شروع به اجرای آن نماید و به وسیله عامل خارجی که خارج از اراده‌ی او است، جرم تحقق نیابد، شروع به جرم محقق می‌شود که میزان مجازات آن در ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی با توجه به میزان مجازات جرم مقصود مرتکب، تعیین شده است. این نوشته با هدف بیان مراحل شروع به جرم و معیار پذیرفته شده برای تمیز عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی در رویه‌ی قضایی و بیان نظریات ارائه شده در خصوص نسخ یا عدم نسخ مجازات‌های شروع به جرم در سایر قوانین گردآوری شده است.

### الف. مراحل شروع به جرم و شرایط تحقق آن

شروع به جرم عبارت است از رفتاری که به منظور عملی کردن قصد مجرمانه انجام شده، ولی به دلیل دخالت عامل خارجی و بدون اراده‌ی مرتکب، نتیجه‌ی مورد نظر مرتکب حاصل نشده است<sup>۱</sup> و مراحل آن به شرح زیر است:

۱. مرحله‌ی نیت و قصد ارتکاب جرم: این مرحله که به قصد مجرمانه تعبیر و تفسیر می‌شود مرحله‌ای از رفتار مجرمانه است که به صورت نهانی و نفسانی است و چون تجلی بیرونی پیدا نکرده است، اصولاً قابل مجازات نیست، ولی استثنائاً قانونگذار در بعضی موارد این مرحله را قابل تعقیب و مجازات دانسته است؛ برای مثال، مقنن در ماده‌ی ۶۱۰ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) فراهم آوردن وسایل ارتکاب جرائم ضد امنیت داخلی یا خارج کشور را مستوجب مجازات اعلام نموده است. برای تحقق شروع به جرم، وجود قصد مجرمانه‌ی قبلی ضرورت دارد؛ لذا، در جرایم غیر عمدی و جرایم ناشی از نظامات دولتی، فرض شروع به جرم منتفی است.<sup>۲</sup>

۲. مرحله‌ی عملیات مقدماتی: در این مرحله، مرتکب پس از قصد مجرمانه وسایل و مقدمات ارتکاب جرم و تمهیداتی که زمینه‌ساز ارتکاب جرم است را فراهم می‌آورد. در این مرحله نیز چون قصد مرتکب به طور واضح و روشن مشخص نیست و در مواردی نیز این اعمال کاملاً مشروع و مباح محسوب

۱. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، تهران، ص ۳۸۴.

۲. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، تهران، ص ۳۸۵.





می‌شوند، نمی‌توان او را بدین جهت تعقیب و مجازات کرد؛<sup>۱</sup> طبق ماده‌ی ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه‌ی جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد». برای مثال، خرید نردبان و طناب دلیل قطعی بر قصد ارتکاب جرم سرقت نیست تا زمانی که خریدار شروع به جرم سرقت نکرده، نمی‌توان گفت که وی، نردبان و طناب را برای ارتکاب سرقت تهیه کرده است و این مرحله، شروع به جرم تلقی نمی‌شود؛ اصولاً مرحله‌ی مقدماتی جرم نیست، مگر اینکه نفس عمل جرم باشد؛ مثلاً، اگر کسی برای قتل دیگری اقدام به خرید اسلحه‌ی غیرمجاز کند، به جهت خرید و حمل اسلحه‌ی غیرمجاز قابل تعقیب و مجازات است، ولی عمل وی شروع به قتل تلقی نمی‌شود و به این جهت قابل مجازات نیست.

۳. مرحله‌ی عملیات اجرایی: شروع به عملیات اجرایی تشکیل‌دهنده‌ی مرحله‌ی دیگر شروع به جرم است. مرتکب زمانی به این مرحله گام بر می‌دارد که دست به ارتکاب اعمالی بزند که با فاصله‌ی اندک و مستقیم منتهی به وقوع جرم گردد.<sup>۲</sup> اعمال ارتكابی در این مرحله مبین قصد مجرمانه‌ی شخص برای ارتکاب جرم است<sup>۳</sup> و در صورتی که مجرم مسیر مجرمانه را تا پایان بپیماید، جرم تام محقق می‌شود. در صورتی که شخص وارد عملیات اجرایی شود، ولی با دخالت یک عامل خارجی و انصراف غیرارادی مرتکب، عملیات اجرایی قطع شود و جرم به صورت ناتمام باقی بماند، شروع به جرم محقق می‌گردد.<sup>۴</sup> برای تحقق شروع به جرم، مرتکب اعمال اجرایی، نباید به میل و اراده‌ی خود از ارتکاب جرم منصرف شود، اگر مرتکب به دلیل احساس ترحم و احساس گناه یا ترس از مجازات و مانند آن، از تکمیل عمل مجرمانه خودداری کند، انصراف ارادی است و مجازات شروع به جرم نسبت به وی اجرا نخواهد شد. طبق ماده‌ی ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی هرگاه کسی شروع به ارتکاب جرمی نماید و به اراده‌ی خود آن را ترک

۱. مصطفی‌زاده، فهیم، بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران، دو فصلنامه‌ی «پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری عدالت»، سال اول، شماره‌ی ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۱۴۶ و ۱۴۷.

۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حسن، فرهودی‌نیا، اعمال مقدماتی در حقوق کیفری ایران، زبان و ادب فارسی (نشریه‌ی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی سابق)، دوره‌ی ۴۳، شماره‌ی ۱۷۵-۱۷۶، پاییز ۱۳۷۹، ص ۹۷.

۳. مصطفی‌زاده، فهیم، بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران، دو فصلنامه‌ی «پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری عدالت»، سال اول، شماره‌ی ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۵۱.

۴. نجفی‌توانا، علی، «تعارض و خلأ در مقوله‌ی شروع به جرم»، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌ی ۱۷۵، ۱۳۸۰، ص ۱۲۸ و ۱۲۹.



کند به اتهام شروع به آن جرم تعقیب نمی‌شود؛ زیرا سیاست کیفری در راستای تشویق عامل به خودداری از ارتکاب جرم است. ولی اگر مرتکب به علت عامل خارجی مانند اینکه سارق با نزدیک شدن صدای ماشین پلیس از انجام سرقت خودداری کند، تحت عنوان شروع به جرم سرقت، قابل تعقیب و مجازات است؛ زیرا در این حالت شخص به اراده‌ی خود از ارتکاب جرم منصرف نشده و وجود عامل خارجی در به نتیجه نرسیدن عمل وی تأثیرگذار بوده است.

### ب. معیارهای تمیز عملیات مقدماتی از شروع به جرم

تمیز و تشخیص شروع به جرم از عملیاتی که فقط مقدمه‌ی جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، ضرورتی انکار ناشدنی است؛ زیرا عملیات مقدماتی قابل مجازات نیستند، ولی شروع به جرم مستحق مجازات است. در برخی موارد، تمیز عملیات مقدماتی از شروع به جرم آسان نیست. در قانون مجازات اسلامی معیار و ضابطه‌ای برای تمیز عملیات مقدماتی از شروع به جرم ارائه نشده است. حقوقدانان در این زمینه سه نظریه‌ی عینی یا برون‌ذاتی، نظریه‌ی ذهنی و نظریه‌ی تلفیقی را مطرح نموده‌اند. بر اساس نظریه‌ی ذهنی یا درون‌ذاتی، اگر عمل ارتكابی اراده‌ی مجرمانه‌ی قطعی و محقق مرتکب را نشان دهد، باید شروع به جرم قلمداد شود.<sup>۱</sup> بر اساس نظریه‌ی عینی، هرگاه اعمال ارتكابی، داخل در تعریف قانونی جرم باشد یا عملی باشد که قانون آن را در عداد کیفیات مشدده‌ی جرم ارتكابی به شمار آورده است، شروع به جرم قلمداد می‌شود؛ برای مثال، اگر شخصی دست روی مال دیگری بگذارد و در حال ربایش آن باشد و در این هنگام دستگیر شود، عمل ارتكابی شروع به جرم سرقت است؛ زیرا عمل ارتكابی داخل در تعریف قانونی جرم سرقت است. همچنین اگر کسی به قصد سرقت از دیوار دیگری بالا رود، شروع به جرم سرقت محسوب می‌شود؛ زیرا طبق ماده‌ی ۶۵۶ قانون مجازات اسلامی بالا رفتن از دیوار از عوامل مشدده‌ی جرم است. با توجه به انتقاداتی که بر هر یک از دو نظریه‌ی مزبور وارد است، حقوقدانان نظریه‌ی سومی تحت عنوان نظریه‌ی ترکیبی یا تلفیقی ارائه کرده‌اند. طبق این نظریه هرگاه اعمال ارتكابی بر مقاصد دیگری غیر از ارتكاب جرم قابل حمل باشد، عملیات مقدماتی

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حسن، فرهودی‌نیا، اندیشه‌ها، ملاک‌ها و آثار تشخیص اعمال مقدماتی و اعمال اجرایی جرم، ماهنامه‌ی شماره‌ی ۵۳، سال نهم، آذر و دی ۱۳۸۴، ص ۶ - مصطفی‌زاده، فهیم، بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران، دو فصلنامه‌ی «پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری عدالت»، سال اول، شماره‌ی ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۵۳ -



قلمداد می‌شود، هرگاه اعمال ارتكابی جز انجام جرم مورد نظر مرتکب، قابل انطباق بر مقاصد دیگری نباشد، شروع به جرم تلقی می‌گردد؛ برای مثال، شکستن گاو صندوق برای ارتكاب سرقت جواهرات داخل آن فقط بر قصد مرتکب به سرقت دلالت دارد و مستقیماً منتج به جرم می‌شود؛ لذا، عمل ارتكابی شروع به جرم سرقت قلمداد می‌گردد. ولی خرید مواد منفجره برای شکستن گاو صندوق چون بر مقاصد دیگری هم مانند به کار بردن آن در حفر تونل و غیره قابل حمل است، شروع به جرم نیست و عملیات مقدماتی محسوب می‌شود. چنانکه بیان شد مقررات کیفری ایران ضابطه‌ای برای تمیز عملیات مقدماتی از عملیات اجرایی تعیین نکرده است، ولی رویه‌ی قضایی ایران و آرای صادره از دیوان عالی کشور حاکی از پذیرش نظریه‌ی عینی<sup>۱</sup> است که برای نمونه چند رأی در پی‌نوشت مندرج است.<sup>۲</sup>

### پ. مجازات شروع به جرم

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اصولاً شروع به جرم در صورتی قابل مجازات بود که قانون برای آن مجازات پیش‌بینی کرده باشد. در این خصوص نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۷/۳۳۵۶-۷/۲۴-۱۳۷۴/۶/۲۴ بیان می‌دارد: «در مورد شروع به جرم ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن حاکم است. در مواردی که برای شروع به جرمی در قانون مجازات تعیین نشده، اعمال مجازات و جهات قانونی ندارد. ماده‌ی ۴۱ قانون مجازات اسلامی در مقام تعریف شروع به جرم می‌باشد، نه نسخ موادی از قوانین کیفری که شروع به جرم را قابل مجازات دانسته است»؛ لذا، در قانون سابق حکم کلی راجع به مجازات شروع به جرم وجود نداشت، اگر مقنن در ذیل مواد مربوط به هر جرمی، مجازات شروع به آن را نیز پیش‌بینی کرده بود، شروع به آن جرم قابل مجازات بود، در غیر این صورت شروع به جرم در مورد آن مصداق پیدا نمی‌کرد؛ برای مثال، طبق مواد ۶۱۳ و ۶۵۵ قانون مجازات اسلامی، شروع به قتل و شروع به جرم سرقت قابل مجازات بود، ولی شروع به بزه خیانت در امانت با توجه به سکوت مقنن قابل مجازات نبود.

۱. مصطفی‌زاده، فهیم، «بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران»، دو فصلنامه‌ی «پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری عدالت»، سال اول، شماره‌ی ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۵۲ تا ۱۵۹. - رهدادپور، حامد، فرشاد، چنگایی، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال» در لایحه‌ی مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانونگذاری، پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، سال دوم، شماره‌ی اول، بهار ۱۳۹۰، ص ۶۲. - صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، طرح نو، ۱۳۸۱، تهران، ص ۳۴۶.

۲. پی‌نوشت ۱ تا ۶.



قانونگذار در ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، شروع به جرم را به طور کلی جرم‌انگاری نموده است و مجازات آن را حسب مجازات قانونی جرمی که شروع به ارتکاب آن کرده، تعیین کرده است؛ بنابراین، برای تعیین مجازات شروع به جرم باید به مجازات جرمی که مرتکب قصد انجام آن را داشته است، رجوع کرد. به این ترتیب برخلاف قانون قبلی که شروع به جرم جز در قوانین خاص جرم‌انگاری نشده بود، اصل را بر جرم بودن آن قرار داده است.<sup>۱</sup> در خصوص اینکه آیا موادی از قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات - که برای برخی جرایم تعزیری به طور خاص کیفر تعیین کرده است - با تصویب ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در سال ۹۲ نسخ شده است یا به قوت خود باقی هستند؟ بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی با استناد به نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۵۳۱۸-۱۳۷۲/۷/۲۴- شورای نگهبان<sup>۲</sup>، قائل بر نسخ قوانین گذشته به استثنای ماده‌ی ۶۱۳ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) و نسخ شروع به جرم‌ها در قوانین خاص به جز قوانینی که رأساً توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شده‌اند، هستند.<sup>۳</sup> در نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۱۳۹۲/۸/۶-۹۲/۷/۱۴۶۷ اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه<sup>۴</sup> آمده است: «... مقنن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مقام ایجاد نظم خاصی برای مجازات شروع به جرم است؛ لذا، در تمام مواردی که مشمول ماده‌ی ۱۲۲ قانون مذکور است، مجازات‌هایی را به شرح بندهای ذیل این ماده تعیین نموده است. همچنین با توجه به لزوم یکسان‌سازی نحوه‌ی رسیدگی در امور قضایی... و توجه به ماده‌ی ۷۲۸ قانون مزبور... در نتیجه کلیه‌ی مقرراتی که در قانون به طور خاص برای شروع به جرم، مجازات تعیین شده است، با تصویب و لازم‌الاجرا شدن

۱. مصدق، شرح قانون مجازات اسلامی با رویکرد کاربردی، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۹۲، تهران، ص ۲۴۱، به نقل از: نیکو منطری، امین، فرید، محسنی، نقد رویکرد قانونگذار کیفری ایران در نحوه‌ی انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی، پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، سال هشتم، شماره‌ی دوم (شماره‌ی پیاپی ۱۶)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص ۲۴۹.

۲. نظریه تفسیری شماره‌ی ۵۳۱۸-۱۳۷۲/۷/۲۴- شورای نگهبان: «هیچ‌یک از مراجع قانونگذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد، اما در صورتی که مصوبه‌ی مجمع مصلحت مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بود، مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد، حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد و در مواردی که موضوع به عنوان معضل از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارسال شده باشد در صورت استعمال از مقام رهبری و عدم مخالفت معظم‌له، موضوع قابل طرح در مجلس شورای اسلامی می‌باشد».

۳. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و یکم، میزان، تهران، ۱۳۹۲، صص ۹۸ و ۹۹.

۴. تحولات قانونی در شروع به جرم، هفته‌نامه‌ی صور اسرافیل، شماره‌ی ۱۰۰، ۱۳۹۵/۶/۲۸.



قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ملغی و مجازات شروع به جرم در تمام جرایم، طبق بندهای ذیل ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی، با رعایت ماده ۱۰ همان قانون (اعمال اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی ماهوی و رعایت قانون مساعد به حال مرتکب) تعیین می‌شود.

برخی دیگر قائل بر عدم نسخ شروع به جرم‌های پیش‌بینی شده در سایر قوانین هستند. دلیل اثبات این مدعا به شرح زیر است.

۱. نسخ قوانین، خلاف اصل و نیازمند دلیل است. تصویب قانون عام بر نسخ قانون خاص دلالت قطعی ندارد. فرض بر این است که قانونگذار بر قوانین کشور احاطه دارد و لذا، اگر مقنن در زمان تصویب ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ قصد نسخ قوانین خاص سابق را داشت، بدان تصریح می‌کرد.<sup>۱</sup>

۲. طبق ماده ۶۱۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مجازات مرتکب قتل عمدی تام که به دلیل گذشت شاکی یا به هر علت دیگر قصاص نشود، حبس از سه تا ده سال است. طبق بند الف ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات است، مجازات شروع به آن حبس تعزیری درجه‌ی چهار یعنی بیش از پنج تا ده سال است. در صورتی که قائل بر نسخ قوانین سابق پیش‌بینی کننده‌ی مجازات شروع به جرم و در نتیجه ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) باشیم، مجازات شروع به جرم قتل عمدی بیش از مجازات قتل عمدی تام - که به هر علت مرتکب قصاص نمی‌شود - خواهد بود؛ بنابراین، ماده‌ی مزبور به قوت باقی است.<sup>۲</sup> بر اساس ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه کسی شروع به جرمی

نماید و به اراده‌ی خود آن را ترک کند به اتهام شروع به آن جرم تعقیب نمی‌شود، لکن اگر همان مقدار رفتاری که مرتکب شده است، جرم باشد به مجازات آن محکوم می‌شود»؛ بنابراین، با توجه به مواد ۱۲۲ و ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی اگر شروع به جرم، عنوان مجرمانه‌ی مستقل داشته باشد، مجازات شروع به جرم نسبت به مرتکب اجرا نمی‌گردد، بلکه به مجازات همان جرم مستقل محکوم می‌شود. ولی اگر شروع به جرم ارتكابی، عنوان مجرمانه‌ی مستقل نداشته باشد،

۱. قیاسی، جلال‌الدین، احسان سلیمی، رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به کیفر جرم ناتمام، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۲، پاییز - زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۲۹.

۲. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی ۲ (جرایم علیه اشخاص)، چاپ هفدهم، میزان، ۱۳۹۳، تهران، ص ۱۰۰.



بر اساس ماده‌ی ۱۲۲ قانون مذکور، مجازات مرتکب تعیین می‌گردد. با توجه به عدم نسخ سایر قوانین پیش‌بینی‌کننده‌ی مجازات شروع به جرم و نظر به اینکه در بندهای سه‌گانه‌ی ماده‌ی مذکور، برای شروع به جرایم درجه‌ی شش تا هشت که مرتکب قصد ارتکاب آنها را داشته و به واسطه‌ی عامل خارج از اراده‌ی او معلق مانده، مجازاتی تعیین نشده است، شروع به جرم در خصوص جرایم تعزیری درجه‌ی شش تا هشت مصداق ندارد؛ مشروط به آنکه در قوانین دیگر اعم از قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۱۳۷۵ و غیره مجازاتی برای شروع به آن پیش‌بینی نشده و عنوان مجرمانه‌ی مستقل نیز نداشته باشد.

### ت. در حکم شروع به جرم بودن جرم محال و جرم عقیم

ممکن است علیرغم به اتمام رسیدن اقدامات مجرمانه‌ی مرتکب، نتیجه‌ی مورد نظر وی حاصل نشود که به اقدامات مجرمانه‌ی بی‌بهره شهرت دارند و عبارتند از: جرم محال و جرم عقیم.

هرگاه فاعل در نتیجه‌ی ناآگاهی، خواه به علت عدم امکان موضوع، -مانند دست کردن در جیب تهی دیگری- و خواه به دلیل عدم تکافوی وسیله، -مانند تجویز دارویی که هرگز موجب سقط جنین نمی‌شود- از عمل خود نتیجه‌ای نگیرد، مرتکب جرم محال شده است. جرم محال حالت خطرناک ذهنی مرتکب را بر ملا می‌سازد!

جرم عقیم زمانی تحقق می‌یابد که مجرم به دلیل عدم مهارت، یا بی‌کفایتی یا بی‌فکری خود یا یک علت اتفاقی غیر قابل پیش‌بینی، نتیجه‌ای از عمل خویش نمی‌گیرد. در جرم عقیم نیز مانند شروع به جرم دلایلی که موجب می‌شوند اقدامات مجرمانه‌ی مرتکب منتج به نتیجه‌ی مقصود مرتکب نشود، همه مستقل و خارج از اراده‌ی مجرم هستند، ولی در جرم عقیم حالت خطرناک مرتکب بیش از شروع به جرم احراز می‌گردد؛ زیرا در شروع به جرم هیچ‌وقت نمی‌توان یقین پیدا کرد اگر اعمال خارجی، موجب ناتمام ماندن عملیات مجرمانه نمی‌شد، خود مرتکب لحظاتی قبل از پایان عملیات اجرایی و تحقق جرم تام از ادامه‌ی عملیات اجرایی منصرف نمی‌گردید، ولی در جرم عقیم عمل انجام یافته تردیدی

۱. اردبیل، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ اول، انتشارات میزان، تابستان ۱۳۷۹، ص ۲۲۶، به نقل از: میرفردی، قدرت‌الله، امیر، ایروانیان، بررسی تطبیقی تحلیلی جرم محال در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، کانون، شماره‌ی ۲۷، ۱۳۸۰، صص ۲۳ و ۲۴.

۲. نوریها، رضا، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، چاپ هشتم، کتابخانه‌ی گنج دانش، ۱۳۸۲، تهران، ۲۶۵.



باقی نمی‌گذارد که مرتکب تا پایان بر قصد خود باقی بوده است و این امر برای مرتکب جرم عقیم، اعمال مجازات شدیدتر از شروع به جرم را می‌طلبد. به همین دلیل هم در کشورهای ترکیه، لبنان، ونزوئلا، سوریه، اسپانیا و کلمبیا در ماده‌ای مستقل مجازات شدیدتر از شروع به جرم برای جرم عقیم تعیین شده است. در قانون مجازات اسلامی ایران جرم محال در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۲ جرم‌انگاری شده و در حکم شروع به جرم اعلام گردیده است. قانونگذار در خصوص مجازات جرم عقیم ساکت است و نصی در این خصوص وجود ندارد، اما با توجه به اینکه جرم‌انگاری جرم عقیم حتی از شروع به جرم هم ضروری‌تر است، به دشواری با تفسیر موسع ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی می‌توان جرم عقیم را در حکم شروع به جرم قلمداد و برای مرتکب تعیین مجازات کرد! نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۹۲/۷/۲۳۰۰-۹۲/۱۲/۴ اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضائیه نیز مقرر می‌دارد: «... صدر ماده‌ی ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی شامل جرم عقیم نیز می‌شود...».

### نتیجه

در رویه‌ی قضایی ایران بر اساس ضابطه‌ی عینی عملیات اجرایی از عملیات مقدماتی تمیز داده می‌شوند. عملیات مقدماتی قابل مجازات نیستند، مگر اینکه اقدامات ارتكابی به طور مستقل عنوان مجرمانه داشته باشند. شروع به جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اصولاً در صورتی قابل مجازات بود که قانون برای آن مجازات پیش‌بینی کرده باشد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروع به همه‌ی جرایم، اعم از جرایم حدی، قصاص و تعزیری غیر از جرایم مستوجب مجازات تعزیری درجه‌ی شش تا هشت قابل مجازات است و مجازات جرم محال و عقیم نیز در حکم شروع به جرم است. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قوانین سابق پیش‌بینی کننده‌ی مجازات شروع به جرم را نسخ نکرده و به اعتبار خود باقی هستند.

۱. قیاسی، جلال‌الدین، احسان، سلیمی، رویکرد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به کیفر جرم ناتمام، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره‌ی ۱۲، پاییز - زمستان ۱۳۹۵، صص ۱۲۲، ۱۳۴ و ۱۳۵.



### پی‌نوشت‌ها

۱. متهم، مرتکب سرقت مقرون به آزار نگردیده، زیرا برای تحقق ارتکاب بزه مذکور شروع به ارتکاب آن، احراز قصد متهم و شروع به آزار و تهدید برای ارتکاب سرقت لازم است و حال آنکه در قضیه‌ی ما نحن فیه متهم به قصد سرقت وارد خانه شده و بدون مزاحمت به احدی شروع به سرقت اموال نموده که منتهی به توجه سکنه‌ی خانه و قصد آنان برای دستگیری وی گردیده است و مشارالیه برای استخلاص و فرار خود جرحی به آنان وارد ساخته است. (رای اصراری شماره‌ی ۳۹۷۴ مورخ ۱۳۳۵/۱۰/۲۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور)
۲. نظریه‌ی دادگاه جنایی مبنی بر اینکه ربودن طفل و مخفی کردن او زیر لحاف به قصد لواط، از مصادیق شروع به جرم است و متهم به موجب مواد ۲۰۷ و ۲۰ قانون مجازات عمومی محکوم به مجازات گردیده را نقض و این‌گونه اظهار نظر کرده است: بر این مقدار از اعمال ارتكابی، به کیفیتی که دادگاه احراز کرده، عنوان شروع به جرم لواط صادق نیست؛ زیرا ربودن و مخفی کردن، جزء عملیات اجرایی لواط به حساب نمی‌آید. (رای اصراری شماره‌ی ۱۷۲ مورخ ۱۳۴۸/۴/۱۱)
۳. اگر متهم به قصد سرقت در خانه‌ی کسی را از پاشنه بیرون آورد و داخل خانه شود و در آن موقع صاحب‌خانه او را دستگیر نماید؛ عمل، شروع به سرقت محسوب خواهد شد. (رای شعبه‌ی پنجم دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۴۱۳ مورخ ۱۳۱۷/۲/۲۲)
۴. شکستن قفل و ورود به خانه برای دزدی از مقدمات قریبه و شروع محسوب است. (رای شعبه ۶ دیوان عالی کشور به شماره ۴۳۸ مورخ ۱۳۲۱/۵/۲۲)
۵. شروع به جرم اصولاً عبارت از توسل به عملیات اجرایی جرم می‌باشد که اگر انصراف برای مرتکب حاصل نشود و عائقی نرسد، جرم به وقوع پیوندد؛ بنابراین اگر کسی درحالی که می‌خواهد از پنجره بالا رود دستگیر شود با احراز قصد سرقت، تعقیب وی به عنوان شروع به سرقت صحیح نیست. (رای شماره‌ی ۱۷۱۱/۱۸ مورخ ۱۳۲۹/۷/۱۹)
۶. انداختن لحاف یا قالی روی صاحب‌خانه، به منظور سرقت، آزار شناخته نمی‌شود. (رای شعبه‌ی هشتم دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۲۶۵ مورخ ۱۳۲۸/۵/۱۶)





## منابع

## کتاب‌ها

۱. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، طرح نو، ۱۳۸۲، تهران
۲. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، چاپ نهم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، تهران
۳. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و یکم، میزان، ۱۳۹۲، تهران
۴. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی ۲ (جرایم علیه اشخاص)، چاپ هفدهم، میزان، ۱۳۹۳، تهران
۵. نوربها، رضا، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، چاپ هشتم، کتابخانه‌ی گنج دانش، ۱۳۸۲، تهران

## مقاله‌ها

۶. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حسن، فرهودی‌نیا، اعمال مقدماتی در حقوق کیفری ایران، زبان و ادب فارسی (نشریه‌ی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی سابق)، دوره‌ی ۴۳، شماره‌ی ۱۷۵-۱۷۶، پاییز ۱۳۷۹
۷. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حسن، فرهودی‌نیا، اندیشه‌ها، ملاک‌ها و آثار تشخیص اعمال مقدماتی و اعمال اجرایی جرم، ماهنامه‌ی شماره‌ی ۵۳، سال نهم، آذر و دی ۱۳۸۴
۸. رهدادپور، حامد، فرشاد، چنگایی، «بررسی شروع به جرم، جرم عقیم و جرم محال» در لایحه‌ی مجازات اسلامی با نگاهی به سیر قانونگذاری، پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، سال دوم، شماره‌ی اول، بهار ۱۳۹۰
۹. مصطفی‌زاده، فهیم، بررسی قواعد حاکم بر شروع به جرم با تأکید بر نظام کیفری ایران، دو فصلنامه‌ی «پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری عدالت»، سال اول، شماره‌ی ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۵
۱۰. میرفردی، قدرت‌الله، امیر، ابروانیان، بررسی تطبیقی تحلیلی جرم محال در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، کانون، شماره‌ی ۲۷، ۱۳۸۰
۱۱. نجفی توانا، علی، «تعارض و خلأ در مقوله‌ی شروع به جرم»، مجله‌ی کانون وکلا، شماره‌ی ۱۷۵، ۱۳۸۰
۱۲. نیکومنظری، امین، فرید، محسنی، نقد رویکرد قانونگذار کیفری ایران در نحوه‌ی انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی، پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، سال هشتم، شماره‌ی دوم (شماره‌ی پیاپی ۱۶)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶





## داوری در حقوق ایران جلسه‌ی سخنرانی دکتر ربیعا اسکینی

تنظیم: سهیلا نظری\*

جلسه‌ی سخنرانی جناب آقای دکتر ربیعا اسکینی استاد بزرگ حقوق تجارت، روز پنج‌شنبه ششم مهر ماه ۹۶ در سالن اجتماعات ساختمان شماره‌ی ۲ دادگستری زنجان با حضور قضات و وکلای دادگستری برگزار شد. در ابتدای جلسه جناب آقای مقدمی - معاون محترم آموزش دادگستری زنجان - به جناب آقای دکتر اسکینی و سایر حاضران خوش آمد گفتند و پس از آن جناب آقای دکتر پزشکی رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان مقدمه‌ای در خصوص داوری و اهمیت آن عنوان کردند. سپس استاد دکتر اسکینی راجع به داوری در حقوق ایران مطالب ارزشمندی بیان فرمودند. گزیده‌ای از مطالب مطرح شده در آن جلسه به شرح زیر است:

داوری داخلی در ایران چه قبل و چه بعد از انقلاب چندان مرسوم نبوده است؛ ولی امروزه به کمک اتاق‌های بازرگانی در ایران، علی‌الخصوص در تهران رواج یافته است. داوری بین‌المللی نیز تا قبل از انقلاب در ایران چندان رایج نبود؛ ولی پس از انقلاب به دلیل اختلافاتی که با کشورهای غربی به وجود آمد، رایج و متداول شد و منجر به تشکیل جلسات داوری متعدد بین ایران و کشورهای آمریکایی و اروپایی گردید و تاکنون ادامه دارد.

داوری از دو جنبه دارای اهمیت است:

۱. داوری دارای جنبه‌ی خصوصی است؛ به این معنی که افراد اختلافات خود را از طریق اشخاص منتخب خود حل و فصل می‌کنند.

۲. داوری لازم‌الاجراست و حکمی که صادر می‌شود، مانند آرای قضایی ارزش قضایی دارد و باید اجرا شود. همچنین رأی داوری مانند آرای قضایی دارای اعتبار امر مختومه است و پس از صدور رأی داوری، طرفین نمی‌توانند دوباره همان موضوع را نزد مرجع دیگری اعم از داوری



یا محاکم قضایی طرح کنند.

داوری یک قضاوت خصوصی است. عناصر داوری را می‌توان در خصوصی و قراردادی بودن آن جستجو کرد. منظور از صلاحیت یا عدم صلاحیت داور، وجود یا عدم توافق طرفین برای داوری است؛ با توجه به ماهیت قراردادی داوری، در صورت عدم توافق طرفین برای حل و فصل اختلاف خود از طریق داوری، رأی داور باطل است. در قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ داوری اجباری وجود ندارد، ولی در قانون آیین دادرسی مدنی سابق، داوری اجباری از جمله در اختلافات مربوط به محل‌های تجاری و استیجاری پیش‌بینی شده بود و در این موارد حتی با وجود مخالفت طرف مقابل، اختلاف طرفین برای حل و فصل به داوری ارجاع می‌شد. در قوانین حاضر داوری اجباری در مواردی از جمله داوری در بورس و داوری‌هایی که به هیأت‌های داوری ارجاع می‌شود، وجود دارد؛ اما این داوری با داوری پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی متفاوت است و داوری به معنی واقعی کلمه نیستند؛ زیرا یکی از اعضای آن هیأت‌ها قاضی دادگستری است، در واقع هیأت‌های داوری مزبور دادگاه‌های اختصاصی هستند که قانونگذار آنها را داوری نامیده است.

همان‌طور که بیان شد، داوری دارای جنبه‌ی قضایی است. در داوری شخص خاصی به عنوان قاضی (داور)، توسط طرفین برای امر قضاوت تعیین می‌شود. داوری که توسط هر یک از طرفین تعیین می‌شود، قاضی مستقل است. داور وکیل طرفین نیست و به همین دلیل داور بعد از تعیین، حتی توسط شخصی که او را انتخاب کرده است، قابل عزل نیست؛ مگر اینکه پس از عزل، خود قبول کند که استعفا دهد. تمام الزامات قضایی به غیر از تشریفات دادرسی باید در داوری رعایت شود. معافیت داور از رعایت تشریفات دادرسی به این معنا نیست که داور از اجرای قانون معاف است، داور باید اصول اساسی دادرسی را رعایت کند. یکی از این اصول، اصل توافعی بودن یا اصل تنازعی بودن دادرسی است. مراد از اصل توافعی بودن دادرسی این است که هر یک از طرفین باید فرصت دفاع داشته باشد. اگر اصل توافعی بودن که یکی از اصول دادرسی است، توسط داور نادیده گرفته شود، رأی داوری در دادگاه قابل ابطال است. طبق ماده‌ی ۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «داوران در رسیدگی و رأی تابع مقررات قانون آیین دادرسی نیستند، ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند.» منظور از مقررات مربوط به داوری همان اصول اساسی دادرسی است.



منابع داوری در ایران، قانون آئین دادرسی مدنی، قانون داوری تجاری بین‌الملل راجع به داوری‌های بین‌المللی و نیز اصل ۱۳۹ قانون اساسی است.

## ۱. اقسام داوری

### الف. داوری سازمانی و داوری عادی

در یک تقسیم‌بندی داوری به دو قسم، داوری سازمانی و داوری عادی تقسیم می‌شود:

۱. داوری سازمانی: در داوری سازمانی یک سازمان داوری، مأمور رسیدگی به اختلافات است. اکنون در ایران تعداد زیادی سازمان‌های داوری وجود دارد و در شهرهای مختلف نیز اتاق‌های بازرگانی مراکز داوری ایجاد کرده‌اند. در ایران مقرراتی در خصوص داوری سازمانی وضع نشده است، ولی در سطح بین‌المللی چنین مقرراتی وجود دارد؛ مانند مقرراتی که سازمان ملل متحد برای امور تجاری بین‌المللی وضع کرده است. سازمان بین‌الملل مراکز داوری متعددی دارد. مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل در پاریس و سایر شهرهای اروپایی از آن جمله‌اند و مقررات خاص خود را هم دارند.

۲. داوری عادی: در داوری عادی، سازمان داوری دخالت نمی‌کند، در واقع شخص داور، نحوه‌ی رسیدگی داور و سایر شرایط داوری با توافق طرفین تعیین می‌شود و در موارد سکوت طرفین به قانون مراجعه می‌کنند. در ایران اغلب بدین گونه است که طرفین بر داوری توافق می‌کنند، سپس بر اساس قانون آئین دادرسی مدنی داوری اجرا می‌شود.

### ب. داوری داخلی، داوری خارجی و داوری بین‌المللی

داوری از حیث دیگری به سه قسم داوری داخلی، خارجی و داوری بین‌المللی قابل تقسیم‌بندی است:

۱. داوری داخلی آن است که طرفین در داخل حوزه‌ی ایران تقاضای داوری کرده‌اند. مهم نیست طرفین تابعیت چه کشوری را دارا هستند. ممکن است یک شخص آلمانی در ایران با یک شخص فرانسوی اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند؛ بنابراین، تابعیت طرفین تأثیری در این نوع داوری ندارد.

۲. داوری خارجی هنگامی است که رأی داور در یک کشور خارجی صادر شده است و بعد از صدور، برای اجرا در ایران مطرح می‌شود.

۳. داوری بین‌المللی وقتی مصداق دارد که موضوع اختلاف، بین‌المللی باشد؛



یعنی اختلاف راجع به قراردادی است که در واقع متضمن رفت و برگشت سرمایه و تکنولوژی از کشوری به کشور دیگر است؛ بنابراین، اگر یک فرانسوی و یک ایرانی در آلمان قراردادی منعقد کنند و طبق این قرارداد فرش را از ایران به آلمان صادر کنند و پول صادرات فرش از آلمان به ایران وارد شود، این رفت و برگشت سرمایه و پول به رابطه‌ی قراردادی آنها خصیصه‌ی بین‌المللی می‌بخشد. حال اگر در این میان اختلافی حادث شود و طرفین در قرارداد، توافق به داوری کرده باشند، این داوری، داوری بین‌المللی است. در فرانسه داوری بین‌المللی بدون توجه به این‌که طرفین دعوا در کجا اقامت دارند، مطرح می‌شود؛ یعنی اگر دو فرانسوی راجع به قراردادی بین‌المللی، توافق به داوری کنند، داوری مورد توافق، داوری بین‌المللی است؛ اما در سوئیس اقامتگاه طرفین در بین‌المللی بودن داوری واجد اهمیت است، چنانچه تنها یکی از طرفین قرارداد مقیم سوئیس نباشد، داوری در رابطه با آن قرارداد، جنبه‌ی بین‌المللی پیدا می‌کند، اما اگر طرفین قرارداد، مقیم سوئیس باشند، حتی اگر موضوع جنبه‌ی بین‌المللی داشته باشد، داوری تابع مقررات داوری بین‌المللی سوئیس نخواهد بود.

در کشور ایران برخی معتقدند، داوری، زمانی داوری بین‌المللی است که یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری یا موافقت‌نامه‌ی داوری تبعه‌ی ایران نباشد؛ اما اشکالی که در این نظر وجود دارد این است که تعداد زیادی از ایرانیان در خارج از کشور به امور بازرگانی مشغول هستند، آیا باید داوری در خصوص اختلافات به وجود آمده با این اشخاص، داوری بین‌المللی قلمداد شود؟ قانون آیین دادرسی مدنی پاسخگوی نیازهای داوری‌های بین‌المللی نیست.

## ۲. موضوعات قابل ارجاع به داوری

هر موضوعی قابل ارجاع به داوری نیست؛ برای مثال، موضوعات جزئی قابل داوری نیستند؛ زیرا مربوط به نظم عمومی جامعه هستند. اصولاً امور مدنی و تجاری حتی اختلافات راجع به اموال غیرمنقول از طریق داوری قابل حل و فصل هستند. در فرانسه طبق قاعده‌ی کلی، اموری که مربوط به نظم عمومی هستند، قابل حل و فصل از طریق داوری نیستند. در حقوق ایران، این موضوع به عنوان یک قاعده‌ی کلی به طور صریح وضع نشده است، ولی در قوانین مختلف از جمله قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌الملل، رگه‌هایی از این قاعده وجود دارد. طبق ماده‌ی ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی دعاوی راجع به ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ نکاح، طلاق و نسب قابل ارجاع به داوری نیست.



### ۳. شیوهی طرح داوری

داوری مانند رسیدگی قضایی است و نباید تصور شود که در داوری باید همه‌ی تشریفات قانون آئین دادرسی مدنی کنار گذاشته شود. به طور کلی داوری با تقدیم «دادخواست» شروع می‌گردد نه درخواست. دادخواست داوری باید تمام شرایط صحت یک دادخواست، از جمله: نام خواهان، نام خوانده، خواسته، ابطال تمبر و شرح دادخواست را دارا باشد. آنچه در داوری باید مورد توجه قرار گیرد، وجود شرط داوری است. چنانچه توافقی در خصوص داوری وجود نداشته باشد، نباید درخواست داوری کرد. دادخواست داوری باید به تعداد خواندگان و داور یا داوران به اضافی یک نسخه تنظیم شود. چنانچه طرفین در شرط داوری، انتخاب داور را به شخص معینی واگذار کرده باشند، به این شخص مقام ناظر گفته می‌شود. مقام ناظر فقط حق انتخاب داور دارد، ولی حق رسیدگی به اختلاف را ندارد. طریق دیگری که برای انتخاب داور وجود دارد و بسیار شایع است، انتخاب داور توسط دادگاه است. طبق قانون آیین دادرسی مدنی در صورتی که طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده باشند، ولی داور یا داوران خود را تعیین نکرده باشند و تراضی برای تعیین داور حاصل نشود، طرفی که تقاضای رجوع به داوری دارد، باید اظهارنامه‌ای برای تعیین داور به طرف مقابل ارسال کند، پس از آن اگر توافق حاصل نشد، شخصی که تقاضای ارجاع امر به داوری دارد، برای تعیین داور به دادگاهی رجوع می‌کند که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد و دادگاه داور را انتخاب می‌کند. پس از انتخاب داور توسط دادگاه موضوع به داور ابلاغ می‌شود تا داور قبول یا رد سمت را اعلام نماید. پس از اینکه داور قبولی خود را اعلام کرد، دادگاه قرار صادر می‌کند و در آن امر را به داوری ارجاع می‌دهد و پس از ابلاغ قرار دادگاه، روند داوری شروع می‌شود و پس از آن دادخواست داوری تنظیم می‌گردد؛ بنابراین، اگر داور قبلاً انتخاب شده باشد، از ابتدا دادخواست داوری تقدیم دادگاه می‌شود، در غیر این صورت تا انتخاب داور، دادخواست تنظیم نمی‌گردد.

### ۴. استقلال موافقت‌نامه‌ی داوری از قرارداد

موضوع دیگر، بحث استقلال موافقت‌نامه‌ی داوری از قرارداد است. موافقت‌نامه‌ی داوری یا به صورت شرط داوری مطرح می‌شود یا به صورت یک قرارداد جداگانه، چنانچه موافقت‌نامه‌ی داوری مستقل تلقی نشود، در صورت بطلان قرارداد اصلی،



موافقت‌نامه‌ی داوری نیز باطل می‌شود؛ در نتیجه داور صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت. قانون آیین دادرسی مدنی موافقت‌نامه‌ی داوری را مستقل تلقی نمی‌کند، ولی قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران موافقت‌نامه‌ی داوری را مستقل محسوب می‌کند و بطلان قرارداد اصلی تأثیری بر صحت قرارداد داوری ندارد؛ بنابراین، طبق قانون اخیرالذکر اگر شرط داوری و موافقت‌نامه‌ی داوری صحیح باشد، داور می‌تواند به موضوع رسیدگی و حتی حکم به بطلان قرارداد اصلی صادر کند. در صورتی که طبق قانون، موضوع اختلاف قابل ارجاع به داوری نباشد، شرط داوری یا موافقت‌نامه‌ی داوری نسبت به آن باطل است. همچنین است اگر شرط داوری یا موافقت‌نامه‌ی داوری، شرایط عام صحت معاملات را نداشته باشد.

## ۵. رأی داوری

داوری باید بر اساس قانون انجام شود. نوعی داوری در ماده‌ی ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده است که اصطلاحاً داوری بر اساس صلح نامیده می‌شود. منظور از داوری بر اساس صلح، رأی سازشی یا گزارش اصلاحی که توسط دادگاه صادر می‌شود، نیست. در خصوص معنای صلح در ماده‌ی ۴۸۳ قانون فوق‌الذکر دو نظر مطرح شده است:

نظر نخست این است که داور معاف از رجوع به قانون است، اما ممنوع از رجوع به قانون نیست و می‌تواند به قانون هم رجوع کند.

نظر دوم این است که اگر طرفین داوری چنین توافقی کرده باشند، داور اساساً ممنوع از رجوع به قانون است و باید بر اساس عدل و انصاف رفتار کند. در حقوق فرانسه چنانچه به داور اختیار صلح داده شود، ولی داور به قانون رجوع کند، داور از حدود اختیار خود خارج شده است.

در خصوص معنای صلح در ماده‌ی ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی نظر دوم درست به نظر می‌رسد؛ زیرا وقتی خواست طرفین منع داور از رجوع به قانون است، منظور این است که قانون اجرا نشود و داور بر اساس اصول عدل و انصاف رأی صادر نماید.

اگر داور در قالب یک سازمان داوری عمل می‌کند، باید به مقررات سازمان داوری نیز ملتزم باشد. مبنای این تکلیف، توافق طرفین است. وقتی طرفین توافق می‌کنند که اختلاف آنها از طریق داوری سازمانی حل و فصل شود، یعنی توافق می‌کنند که داور بر اساس مقررات آن سازمان داوری، عمل کند؛ بنابراین، داور





باید از یک طرف قانون را رعایت کند و از طرف دیگر مقررات سازمان داوری را. نکته‌ی دیگری که باید به آن توجه کرد این است که داورها چه داور وسط و چه آنکه داور یکی از طرفین است، دارای حق رأی مساوی هستند. هنگامی که داورها در خصوص موضوع داوری به اتفاق نظر می‌رسند و یا اکثریت داورها بر یک نظر هستند، برای صدور رأی داوری مانعی ایجاد نمی‌شود، اما اگر برای مثال، هر یک از سه داور تعیین شده، نظر متفاوتی داشته باشد و نظر اکثریت حاصل نشود، قانون تعیین تکلیف نکرده است. همچنین در صورتی که تعداد داوران زوج باشد و داوران دو نظر مخالف با رأی برابر داشته باشند، رویکرد قانون مشخص نیست. در قوانین اغلب کشورها پیش‌بینی کرده‌اند که تعداد داوران فرد باشد، ولی در بعضی موارد تعداد داوران زوج هستند. در مقررات کشورهای مختلف برای حل این مشکل راه‌حل‌هایی پدیدار شده است، از جمله اینکه برای رأی سرداور ارزش بیشتری قائل هستند، همچنان که امروزه در حقوق تجارت در مواردی که تعداد اعضای هیأت‌مدیره زوج است، رأی رئیس هیأت‌مدیره برای مثال دو رأی به حساب می‌آید. در قانون فرانسه در خصوص این موارد تعیین تکلیف شده است، ولی در قانون ما تکلیف این بحث مشخص نیست.

## ۶. مندرجات رأی داوری

در رأی داوری خواسته باید معین باشد. در رأی داوری باید خلاصه‌ای از اظهارات طرفین، نظریه‌ی کارشناسان و آنچه در جلسه‌ی داوری گذشته است، درج شود. همچنین بخشی از رأی داوری باید به ارزیابی ادعاهای طرفین اختصاص یابد. قبول یا عدم قبول آن ادعاها باید توسط داور ذکر شود. لازم است که رأی داوری به تفصیل بیان شود؛ زیرا قاضی هنگام ملاحظه‌ی رأی داوری، پرونده‌ی اصلی را در اختیار ندارد. در این میان اگر طرفین ادعاهایی داشته باشند، قاضی باید به آنها رسیدگی کند و مدعی باید دلایل اثباتی خود را ارائه نماید. لازم به ذکر است که قاضی به ماهیت دعوی رسیدگی نمی‌کند.

## ۷. ابلاغ رأی داوری

در صورتی که طرفین برای ابلاغ رأی داوری توافق کنند، ابلاغ باید بر اساس آن توافق صورت گیرد. یکی از مواردی که طرفین برای ابلاغ رأی داوری توافق می‌کنند، هنگامی است که مؤسسه‌ی داوری، مثل اتاق بازرگانی را برای داوری



انتخاب می‌کنند؛ یعنی در صورتی که طرفین برای مثال، اتاق بازرگانی را برای داوری تعیین کرده باشند، در واقع توافق کرده‌اند که ابلاغ رأی داوری نیز بر اساس مقررات آن مرکز ابلاغ شود، اما برخی از دادگاه‌ها ابلاغ رأی داوری جز از طریق دادگاه را قبول ندارند.

## ۸. ابطال رأی داوری

موارد ابطال رأی داوری در ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی بیان شده است. رأی داوری پس از ابلاغ قابل‌رسیدگی در دادگاه است و در صورتی که دادگاه رسیدگی کننده رأی داوری را مشمول موارد مندرج در ماده‌ی ۴۸۹ قانون مزبور تشخیص دهد، رأی به ابطال رأی داوری صادر می‌کند. دادگاه در این باره وارد رسیدگی ماهیتی نمی‌شود. یکی از موارد ابطال رأی داوری این است که رأی داوری مخالف با قوانین موجد حق باشد. قانونگذار ایران عبارت «قوانین موجد حق» را از حقوق فرانسه وام گرفته است و امروزه به جای آن از عبارت «قواعد آمره» یا «قواعد مربوط به نظم عمومی» استفاده می‌شود. منظور از قوانین موجد حق، قوانینی است که جنبه‌ی ماهیتی دارند. قوانین ماهوی قوانینی هستند که قاضی یا طرفین برخلاف آن نمی‌توانند عمل کنند؛ برای مثال، اگر رأی داوری در خصوص امر کیفری یا ورشکستگی صادر شود رأی صادره خلاف قوانین مربوط به نظم عمومی است. قوانین موجد حق دو نوع هستند:

۱. قوانین موجد حق امری

۲. قوانین موجد حق غیر امری

رویکرد قوانین کشورهای مختلف در زمان حاضر به این گونه است که اگر رأی داوری خلاف قوانین امری باشد، باطل است و به قوانین غیرامری توجهی ندارند. قانون داوری تجاری بین‌الملل ایران هم به این سمت و سو رفته است. گاهی اصول اساسی دادرسی هم مشمول بند ۱ ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی (یعنی قوانین موجد حق) است؛ برای مثال، اگر اصل ترافعی بودن داوری نقض شود، می‌توان با استناد به این بند رأی داوری را باطل اعلام کرد. ولی به نظر من آنچه مربوط به رعایت اصول دادرسی است، باید در ماده‌ی ۴۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی مورد توجه قرار گیرد.

طبق بند ۲ ماده‌ی ۴۸۹ قانون مزبور داور نباید نسبت به مطلبی که موضوع داوری نبوده رأی صادر کند. طبق بند ۳ همان ماده داور نباید خارج از حدود



اختیارات خود مبادرت به صدور رأی کند. دو بند مذکور مبتنی بر قاعده‌ای جهانی هستند که بر اساس آن مأمور نمی‌تواند خارج از حدود مأموریت خود عمل کند. داور هم نمی‌تواند خارج از حدود اختیاری که به او اعطا شده است، عمل کند؛ برای مثال، اگر طرفین توافق کرده باشند که داور قرارداد را تفسیر کند، داور نمی‌تواند حکم به محکومیت یکی از طرفین به پرداخت مبلغی پول دهد.

طبق بند ۴ ماده‌ی فوق‌الذکر اگر رأی داور پس از انقضای مدت داوری صادر و تسلیم شده باشد، قابل ابطال است. طبق این بند داور باید رأی را در مدت تعیین شده تسلیم کند، ولی در قوانین سابق چنین تکلیفی برای داور وجود نداشت و در قوانین شناخته شده هم وجود ندارد. اصولاً داور با صدور رأی داوری فارغ از رسیدگی می‌شود و تکلیفی بر عهده ندارد، اما بند مزبور داور را مکلف به تسلیم رأی داوری هم کرده است که درست به نظر نمی‌رسد.

طبق بند ۵ ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه رأی داور با آنچه در دفتر املاک یا بین اصحاب دعوا در دفتر اسناد رسمی ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است، مخالف باشد، قابل ابطال است. در خصوص بند مذکور بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند که با وجود این بند، طرفین برای حل و فصل اختلافات مربوط به مالکیت، حق رجوع به داوری ندارند؛ اما این نظر درست نیست. بند ۵ ماده‌ی ۴۸۹ ناظر به موردی است که فرضاً یکی از طرفین برای اثبات ادعای خود سندی را خلاف آنچه در دفتر املاک آمده است به داور ارائه دهد و بر مبنای آن تقاضای صدور حکم کند، در این صورت رأی که بر اساس آن صادر می‌شود، باطل است؛ زیرا بر اساس مستندی صادر شده است که آن مستند، خلاف آن چیزی است که در دفتر املاک به ثبت رسیده است. طبق بند ۶ ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه رأی به وسیله‌ی داورانی صادر شده باشد که مجاز به صدور رأی نبوده‌اند، رأی داوری باطل است. بند مزبور هم از موارد اختلافی است. به نظر می‌رسد قانون اشخاصی را در نظر داشته باشد که به موجب قانون ممنوع از دخالت در امر داوری هستند و نیز اشخاصی که به موجب قانون بر مبنای رأی محکومیت کیفری از داوری کردن ممنوع هستند.

نکته‌ی دیگری که نباید از آن غافل بود این است که اگر رأی داوری مشمول یکی از موارد مندرج در ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی باشد، باطل است و قابلیت اجرا ندارد، چه در مهلت بیست روز پس از ابلاغ به آن اعتراض شده



باشد و چه در خارج از مهلت یاد شده مورد اعتراض قرار گرفته باشد. این ماده از قانون در مقام بیان مواردی است که رأی باطل و غیر قابل اجرا است و امری که باطل و غیر قابل اجرا است، اعتراض به آن مقید به مهلت بیست روز پس از ابلاغ نیست. حتی اگر اجرائیه‌ای بر مبنای آن صادر شود، شخص می‌تواند ابطال اجرائیه و ابطال رأی داوری را تقاضا کند.



## پرسش و پاسخ‌هایی در خصوص عقد اجاره، حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت

تنظیم: مسعود ندیرخانلو\*، محمد یعقوبی\*\*

در نشست حقوقی کانون وکلای دادگستری زنجان که سال ۹۶ با حضور جمعی از وکلای پایه یک دادگستری و کارآموزان وکالت در محل کانون برگزار گردید، دو پرسش زیر طرح و بررسی شد که نتیجه‌ی آن به شرح زیر است:

### \* پرسش نخست

در صورت تلف ناگهانی عین مستأجره به وسیله‌ی عوامل قهری از قبیل سیل، زلزله، آتش‌سوزی، تخریب و ... حق کسب یا پیشه یا تجارت اماکن تجاری چه وضعیتی پیدا می‌کند؟

### نظر نخست

طبق ماده‌ی ۴۸۳ قانون مدنی در صورت تلف مورد اجاره در اثنای مدت اجاره در اثر حادثه، عقد از تاریخ تلف منفسخ می‌گردد و رابطه‌ی موجر و مستأجر گسیخته می‌شود. در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ راجع به وضعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر در صورت تلف و هدم عین مستأجره، تعیین تکلیف نشده است. حق کسب یا پیشه یا تجارت در واقع به طور تدریجی و از بدو اجاره تا زمان خروج آن از ید مستأجر در حق مستأجر ایجاد می‌شود، با تخریب بنای مورد اجاره، عرصه‌ی آن پابرجا می‌ماند و ارزشی که در اثر عمل مستأجر به ملک تعلق گرفته است، از بین نمی‌رود؛ زیرا با کوتاه شدن ید مستأجر از آن، مالک عرصه صاحب حقی می‌شود که متعلق به غیر بوده و مصداقی از اکل مال به باطل و دارا شدن بلاجهت است. در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ نیز تلف مورد اجاره از موارد سقوط حق مذکور تلقی نشده و از بین رفتن حق، نیازمند تصریح قانونی است؛ لذا، وجود حق کسب یا پیشه یا تجارت

\* وکیل پایه یک دادگستری  
\*\* وکیل پایه یک دادگستری



مستأجر استصحاب می‌شود و مستأجر مستحق دریافت حق کسب یا پیشه یا تجارت خود از تاریخ عقد تا زمان تلف مورد اجاره -مدت اشتغال- است. بر خلاف نظر برخی همکاران، اقامه‌ی دعوای تخلیه شرط ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست. کما اینکه یکی از فاکتورهای مؤثر در تعیین اجاره‌بها (تعدیل اجاره‌بها) مدت تصرفات مستأجر در عین مستأجره به واسطه‌ی عقد اجاره است و بین این دو رابطه‌ی مستقیم وجود دارد؛ یعنی هر اندازه از زمان شروع اجاره بیشتر گذشته باشد، میزان اجاره‌ی ملک کمتر خواهد شد.

### نظر دوم

در روابط بین موجر و مستأجر حقوق و تکالیف طرفین قرارداد را ابتدا باید در قانون حاکم در زمان انعقاد عقد اجاره جستجو و در صورت سکوت قانون خاص به عموماًت مراجعه کرد. قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ در موضوع طرح شده، حکم صریحی معین نکرده است؛ بنابراین، ناگزیر از مراجعه به قانون مادر (قانون مدنی) هستیم. طبق ماده‌ی ۴۸۳ قانون مدنی تلف عین مستأجره در اثنای مدت اجاره از موجبات انفساخ عقد اجاره است؛ بنابراین، با تلف عین مستأجره عقد به دلیل فقدان موضوع از تاریخ تلف، منحل (منفسخ) و رابطه‌ی استیجاری طرفین گسیخته می‌شود. اگرچه سقوط حق نیازمند دلیل است و در صورت فقدان دلیل، حق به وجود آمده استصحاب می‌گردد، ولی همین قاعده در مورد ایجاد و استقرار حق نیز جاری و ساری است؛ یعنی همان‌گونه که سقوط حق نیازمند دلیل است، به طریق اولی حدوث و استقرار حق نیز نیاز به دلیل دارد. ابتدا حق باید ایجاد و مستقر شده باشد تا بتوان از اصل استصحاب یاری جست؛ لذا، برای یافتن پاسخ سؤال طرح شده، ابتدا باید چگونگی ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت روشن شود و باید دید که آیا صرف انعقاد عقد اجاره نسبت به محل کسب می‌تواند موجب حق کسب یا پیشه یا تجارت قابل مطالبه برای مستأجر باشد؟

ماده‌ی ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ به صراحت، جزء به جزء حقوق و تکالیف مستأجر را در صورت اعمال خیار فسخ از ناحیه‌ی مستأجر و قطع رابطه‌ی استیجاری بیان کرده است. این ماده هیچ‌گاه سخنی از الزام مالک (موجر) به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت به میان نیاورده، این در حالی است که مقنن در مقام بیان بوده و اگر به صرف رابطه‌ی استیجاری حقی برای مستأجر تحت عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل بود، علی‌الاصول باید در ماده‌ی ۱۳ قانون مزبور به الزام موجر به پرداخت آن اشاره می‌کرد. به نظر



می‌رسد در روابط استیجاری بین موجر و مستأجر، اصل بر عدم تعلق حق کسب یا پیشه یا تجارت است و موارد استحقاق را قانون احصاء کرده است و در مواقع شک در وجود آن باید به اصل مراجعه کرد. از سوی دیگر، مطابق مواد ۱۴ و ۱۹ قانون مذکور با دقت در متن قانون به خوبی می‌توان استنتاج کرد که اگرچه برای استحقاق حق کسب یا پیشه یا تجارت، وجود رابطه‌ی استیجاری شرط لازم است؛ اما به هیچ عنوان کافی برای استقرار این حق نیست. این حق، زمانی قابل مطالبه است که موجر تخلیه‌ی عین مستأجره را درخواست کرده باشد؛ به عبارت دیگر، شروط لازم و کافی برای استحقاق حق کسب یا پیشه یا تجارت موارد زیر است:

۱. وجود رابطه‌ی استیجاری
۲. درخواست تخلیه‌ی عین مستأجره توسط موجر
۳. انقضاء مدت اجاره

با توجه به موارد فوق می‌توان نتیجه گرفت، حق کسب یا پیشه یا تجارت «قابل مطالبه» نیست، بلکه «قابل پرداخت» است؛ به عبارت دیگر با عنایت به مقررات فوق‌الذکر چنانچه منحصراً موجر تخلیه‌ی عین مستأجره را بخواهد، دادگاه حکم به تخلیه‌ی عین مستأجره با پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت صادر می‌کند؛ ولی هیچ‌گاه مستأجر نمی‌تواند از طریق تقدیم دادخواست چنین مطالبه‌ای داشته باشد. حتی زمانی که حکم به تخلیه با پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز صادر می‌گردد، باز هم مستأجر هیچ‌گونه تقاضایی نمی‌تواند داشته باشد؛ زیرا تقاضای اجرای حکم (به جز در یک مورد استثنایی) صرفاً از ناحیه‌ی خواهان (محکوم‌له) پذیرفته می‌شود و با عدم پرداخت مبلغ موضوع حکم در محدوده‌ی زمانی معین از ناحیه‌ی موجر، حکم صادره بلااثر می‌گردد. بدون در نظر گرفتن موضوع فوق و شرط لزوم دادخواست تخلیه از ناحیه‌ی موجر برای ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت، در رد تعلق حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر ملک تخریب شده در اثر هدم به موارد ذیل نیز می‌توان اشاره و استناد کرد:

۱. مکلف کردن موجر به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت در صورت تلف عین مستأجره به استناد قاعده‌ی لاضرر صحیح نیست؛ زیرا جبران ضرر در صورتی از موجر قابل مطالبه است که وی به عنوان مسبب یا مباشر ضرر شناخته شود، درحالی‌که ضرر مستأجر در این خصوص ناشی از حوادث قهری است و منتسب به موجر نیست.

۲. شخصی که خسارت اصلی به وی وارد شده است، مالک ملک مورد اجاره



است، در جایی که خسارت اصلی قابل مطالبه یا جبران نیست، به طریق اولی خسارت وارده به مستأجر نیز قابل مطالبه نخواهد بود. (مسئله‌ی جبران ضرر توسط بیمه‌ی حوادث قهری از این بحث، خروج موضوعی دارد؛ زیرا منشأ آن قرارداد خصوصی بین مالک و شرکت بیمه‌گر است).

۳. حق کسب یا پیشه یا تجارت، از حقوق مربوط به اعیان مستأجره‌ی غیرمنقول است؛ لذا، تابعی از اعیان ملک است. به این ترتیب با از بین رفتن اعیان ملک، کلیه‌ی حقوق متصل و متصف به آن نیز به لحاظ فقدان موضوع از بین رفته تلقی می‌شود. در نتیجه همان‌گونه که دیگر برای مالک (موجر سابق)، انتفاع از اعیان تخریب شده از طریق به اجاره دادن و نظایر آن مُتَّصِر نیست، برای مستأجر سابق نیز هیچ حقی اعم از کسب یا پیشه یا تجارت یا انتفاع نسبت به اعیان تخریب شده، قابل تصور نیست.

۴. با توجه به اینکه مقنن، در ماده‌ی ۴۸۳ قانون مدنی از لفظ «تلف» استفاده کرده است نه «اتلاف»، بحث «اتلاف» از شمول بحث فعلی، خروج موضوعی دارد؛ کما اینکه به نظر نویسندگان شهیر حقوق مدنی نیز اتلاف، موجب انفساخ اجاره نیست و مستأجر می‌تواند به مُتَلَف رجوع کند و اجرت‌المثل بگیرد.<sup>۱</sup> ضمن آنکه مالک نیز قادر خواهد بود، به مُتَلَف رجوع و جبران خسارت از باب عین مستأجره را درخواست کند و با جبران آن رابطه‌ی موجر و مستأجر استمرار خواهد یافت و اصولاً بحث تعلق یا عدم تعلق حق کسب یا پیشه یا تجارت قابل طرح نیست. با توجه به مطالب فوق، در صورت تلف عین مستأجره، حکم به الزام موجر به پرداخت ارزش پولی حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر، مستند قانونی ندارد و تحمیل هزینه‌ی حق کسب یا پیشه یا تجارت به موجری که اموال وی (عین مستأجره) منهدم گردیده و از گرفتن اجاره نیز محروم مانده است، مطابق قانون و انصاف نیست و با توجه به شبهه‌ی فقها در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت (علیرغم تأیید آن در مجمع تشخیص مصلحت نظام) و احصاء نمودن موارد الزام موجر به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت در قانون سال ۵۶ و حاکمیت قانون مذکور بر روابط موجر و مستأجر و الزام به مراجعه به قانون مدنی در موارد سکوت قانون حاکم و همچنین عدم تصریح قانونی، ارزش پولی حق کسب یا پیشه یا تجارت در صورت تلف عین مستأجره قابل مطالبه نیست.

۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، چاپ بیست و هشتم، تهران، نشر میزان، شرح ماده ۴۸۳، ص ۳۵۰.





## \*پرسش دوم

در صورت تعدی و تفریط مستأجر در قراردادهای مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، با عنایت به سکوت قانونگذار نسبت به ضمانت اجرای عدم تعدی و تفریط و تعیین تکلیف سرقفلی پرداختی، حق سرقفلی مستأجر چه وضعیتی پیدا می‌کند؟

حق سرقفلی به معنای واقعی کلمه مخلوق قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ است و در قانون سال ۵۶ اصلاً مورد نظر و حکم قانونگذار قرار نگرفته است. عموماً انس ذهنی‌ای که با قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ وجود دارد و ادبیاتی که در تألیفات برخی از حقوقدانان بکار رفته است و حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت را به جای هم بکار برده‌اند و اختلاف عرفی موجود در این زمینه باعث اختلاف در رویه‌ی قضایی و ارائه‌ی نظریات مختلف گردیده است؛ اما واقع امر این است که در هیچ جزئی از اجزای سرقفلی - سرقفلی به معنای خالص کلمه که در چهارچوب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ ایجاد شده - مجاز به استناد به قانون سال ۵۶ نیستیم. در سؤال طرح شده نیز باید به قواعد عمومی قراردادها رجوع کنیم و نمی‌توان سقوط حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر در صورت تعدی و تفریط وی طبق قانون سال ۵۶ را به حق سرقفلی مستأجر در قرارداد مشمول قانون مدنی یا قانون ۷۶ تسری داد؛ زیرا:

۱. حق سرقفلی که به معنای اصلاحی آن مبلغی است که مستأجر در ابتدای عقد اجاره به موجر پرداخت می‌کند و موجر نیز تعهد بر رد نمودن آن به نرخ عادلانه روز در زمان تخلیه و اتمام اجاره دارد.

۲. تعدی و تفریط مستأجر نسبت به مورد اجاره طبق ماده‌ی ۴۸۷ قانون مدنی از موجبات فسخ عقد اجاره است و اثر فسخ نیز ناظر بر آینده است. درحالی‌که حق استرداد سرقفلی به نرخ عادلانه روز در زمان انعقاد عقد اجاره برای مستأجر ایجاد شده است و فسخ عقد اجاره که از زمان اعمال حق فسخ توسط موجر مؤثر می‌شود؛ تأثیری بر حق ایجاد شده برای مستأجر ندارد.

۳. طبق اصول کلی حقوقی و قواعد عمومی قراردادها و ماده‌ی ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی هرگاه حق یا دینی بر عهده‌ی کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و موارد اسقاط حق نیز مورد تصریح مقنن قرار گرفته است. سقوط حق سرقفلی در صورت تعدی و تفریط مستأجر از موارد اسقاط حق محسوب نشده و لذا، موجر مکلف به پرداخت آن در زمان فسخ و



تخلیه‌ی مورد اجاره است.

۴. اعسار موجر از پرداخت حق سرقتی نمی‌تواند مستمسک نادیده انگاشتن اراده‌ی طرفین قرار گیرد و نمی‌توان به بهانه‌ی سکوت قانونگذار و ناتوانی موجر در پرداخت حق سرقتی، اصل حاکمیت اراده را زیر پا گذاشته و به قانون سال ۵۶ که خود صراحتی نیز در مطالبه‌ی سرقتی ندارد و اصلاً حق سرقتی را مورد حکم قرار نداده است؛ رجوع کرد. حق سرقتی به‌مثابه طلب مستأجر نزد موجر است که با صدور حکم بر الزام موجر به پرداخت سرقتی به قیمت روز، محکوم‌له مقامی مانند سایر محکوم‌له‌های دیگر، احکام مالی پیدا می‌کند و برای وصول محکوم به باید متوسل به مقررات مندرج در قانون اجرای احکام مدنی و قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی شود.



## پرسش و پاسخ‌هایی در خصوص نزاع دسته‌جمعی و شرایط تحقق آن

تنظیم: مسعود ندیرخانلو\*، سید نواب حسینی\*\*

در نشست حقوقی کانون وکلای دادگستری زنجان که روز چهارشنبه سیزدهم اردیبهشت ماه ۹۶ با حضور جمعی از وکلای پایه یک دادگستری و کارآموزان وکالت در محل کانون برگزار گردید، موضوع نزاع دسته‌جمعی و شرایط تحقق آن - موضوع ماده‌ی ۶۱۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات - مورد بحث و بررسی قرار گرفت. نتیجه‌ی بحث و تبادل نظر در این خصوص به شرح زیر است:

حداقل نفرات لازم برای تحقق بزه نزاع دسته‌جمعی، سه نفر است و واژه‌ی «عده‌ای» حمل به سه نفر یا بیشتر می‌شود.<sup>۱</sup> در نزاع دسته‌جمعی، دو طرف وجود دارد، طرف اول که مهاجم است و طرف دوم که مورد تهاجم قرار می‌گیرد. اگر طرفی که مورد تهاجم قرار گرفته است، هیچ‌گونه عکس‌العملی که حاکی از درگیری باشد از خود نشان ندهد، بزه نزاع دسته‌جمعی محقق نمی‌شود، اگرچه مهاجمین، سه نفر یا بیشتر باشند؛ زیرا نزاع نیاز به دو طرف درگیر دارد و با خودداری یک طرف از درگیری، جرم نزاع دسته‌جمعی منتفی است و صرفاً طرف مهاجم از حیث ضرب و جرح یا قتل، مورد مجازات قرار می‌گیرد. حال اگر طرف غیر مهاجم نیز درگیر شود ولی درگیری طرف غیرمهاجم در حد دفاع مشروع و واجد شرایط آن باشد، طبق تبصره‌ی یک ماده‌ی ۶۱۵ قانون مذکور شخص یا اشخاصی که صرفاً از خود دفاع کرده‌اند، مشمول ماده‌ی مزبور و قابل مجازات نیستند، ولی در اینکه آیا در این صورت اساساً جرم نزاع محقق شده یا نه، به نظر می‌رسد با ورود طرف غیرمهاجم به نزاع - حتی در حد دفاع مشروع - نزاع مد نظر قانونگذار در این

\* وکیل پایه یک دادگستری

\*\* وکیل پایه یک دادگستری

۱. در تأیید این نظر رجوع کنید به نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۷/۵۵۵۳ - ۱۳۸۰/۲/۱۱ اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه و برای آگاهی از نظر متفاوت رجوع کنید به گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، چ ششم، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰.



ماده به وجود آمده و نتیجتاً جرم نزاع دسته‌جمعی نیز محقق شده است، هرچند که در حالت اخیر مطابق تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۶۱۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، اقدام شخص یا طرفی که به دفاع مشروع پرداخته است، قابل مجازات نخواهد بود. برای تحقق جرم نزاع دسته‌جمعی، نزاع باید به یکی از نتایج مذکور در ماده‌ی ۶۱۵ قانون مذکور منتج شود؛ لذا، در صورتی که در پی درگیری، قتل، نقص عضو، جرح یا ضربی که نمود بیرونی داشته باشد، مانند تغییر رنگ پوست به صورت سیاه‌شدگی، کبودشدگی، قرمزشدگی و قوع نیابد، بزه موضوع بحث محقق نشده است. منازعه جرمی مقید به نتایج احصاء شده توسط مقنن است و لذا، اگر درگیری به نتایج دیگری مانند هتک حیثیت یا آبروی اشخاص یا اختلال در نظم و آسایش عمومی منجر گردد یا مردم را از کسب و کار بازدارد، منازعه مصداق نخواهد داشت.

وجود رابطه‌ی علیت میان رفتار شرکت‌کنندگان در نزاع با آسیب به وجود آمده، یکی از شرایط تحقق بزه موضوع بحث است و صرف تقارن زمانی حادثه با نزاع کفایت نمی‌کند؛ لذا، چنانچه در پی نزاع عده‌ای، عامل خارجی مانند وزش باد و سقوط شیئی بر روی یکی از طرفین نزاع، موجب ورود آسیب شده باشد، بزه موضوع بحث محقق نشده است و از حیث میزان مجازات نیز چنانچه در اثر نزاع، آسیبی به یکی از طرفین نزاع، مثلاً در حد جرح وارد شود و بعد از انتقال وی به بیمارستان آسیب‌های وارده به وی در اثر قصور پزشکی، عوامل قهری یا اسباب دیگری افزایش یابد، صرفاً آسیب اول ملاک محاسبه‌ی مجازات شرکت‌کنندگان در نزاع و مجازات عامل حادثه خواهد بود، نه آسیب نهایی. ولی اگر آسیب اولیه بدون دخالت عوامل دیگر افزایش یابد، مثلاً جرح وارده پس از مدتی مستقیماً منجر به فوت شخص مجروح گردد، آسیب نهایی یعنی قتل، معیار تعیین نوع و میزان مجازات شرکت‌کنندگان در نزاع و شخص عامل حادثه است.

### \*پرسش نخست

آیا آسیب‌های موضوع ماده‌ی ۶۱۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، لزوماً باید نسبت به طرفین نزاع وارد شود و یا اینکه اگر به صورت تصادفی، شخص ثالثی مانند رهگذر یا میانجی که جزو طرفین نزاع نبوده است، مورد قتل یا نقص عضو یا ضرب و جرح قرار گیرد نیز، جرم موضوع بحث واقع شده است؟



## پاسخ

در این خصوص برخی بر این نظرند که اطلاق ماده‌ی ۶۱۵ هر دو حالت را شامل می‌شود<sup>۱</sup> و برخی دیگر بر این نظرند که اگرچه ظاهر ماده دلالت بر ورود آسیب‌های موضوع ماده‌ی مذکور نمی‌کند، ولی به دو دلیل ذیل‌الذکر تحقق بزه نزاع دسته‌جمعی منحصراً مشروط به ورود آسیب‌های موضوع ماده‌ی مزبور نسبت به طرفین نزاع است.

۱. آسیب شخص ثالثی که جزء طرفین نزاع نبوده، امری استثنایی است و به نظر نمی‌رسد، در حین جرم‌انگاری موضوع ماده‌ی مذکور، توجه مقنن معطوف به استثنائات قضیه بوده باشد، بلکه نظر قانونگذار بر اصل موضوع بوده، که همان آسیب طرفین نزاع است و اگر موارد استثنایی نیز مد نظر قانونگذار بود، نسبت به آن تصریح می‌کرد؛ لذا، با توجه به عدم تصریح قانونی، آسیب وارده بر اشخاص ثالث خارج از نزاع، از شمول ماده‌ی ۶۱۵ خارج است.

۲. افزایش دایره‌ی شمول ماده‌ی مورد بحث، موجب افزایش مصادیق جرم خواهد بود و این نوع نگرش، خلاف اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری است. قوانین کیفری در مقام شک باید به نفع متهم یا متهمین تفسیر شوند و نفع متهم در این است که در صورتی که آسیب‌دیده غیر از طرفین نزاع باشد، بزه نزاع دسته‌جمعی محقق نگردد.

## \* پرسش دوم

آیا تحقق بزه نزاع دسته‌جمعی منوط بر این است که آسیب وارده قابل انتساب به یکی از افراد داخل در نزاع باشد؟

### نظر نخست

تحقق بزه موضوع بحث منوط بر این است که عامل حادثه نامعلوم باشد؛ زیرا در صورت معلوم بودن عامل حادثه صرفاً وی به مجازات آسیبی که وارد آورده است محکوم می‌شود و نزاع محقق نمی‌گردد.

### نظر دوم

معلوم نبودن عامل حادثه شرط تحقق بزه موضوع بحث نیست؛ زیرا: اولاً، در این صورت اشخاص دیگری که در نزاع شرکت داشته‌اند، ولی در تحقق

۱. برای مطالعه‌ی بیشتر و دیدن نظر موافق رجوع کنید به آقای نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص، ۱۳۹۲، ص ۳۳۷



نتیجه‌ی حاصله دخیل نبوده‌اند، نه آسیبی به دیگری وارد کرده‌اند که از این جهت قابل مجازات باشند و نه بزه نزاع دسته‌جمعی محقق شده است تا از این حیث مجازات گردند و نه می‌توان عمل ارتكابی آنها را -که موجب سلب امنیت و آرامش و برهم خوردن نظم جامعه شده است- نادیده انگاشت. ثانیاً، هرچند که قانونگذار میزان آسیب وارده به اشخاص را به عنوان معیار تعیین مجازات بزه نزاع دسته‌جمعی قرار داده، اما صرف نزاع چند نفر را صرف‌نظر از میزان آسیب وارده جرم تلقی کرده است. بدین ترتیب در صورت مشخص نبودن عامل ورود صدمه یا جنایت می‌بایست به قواعد پرداخت دیه رجوع کرد و چنانچه مرتکب شناسایی گردد، وی علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد، مطابق مقررات تعدد جرم (ماده‌ی ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی) بر اساس نتایج حاصله به همراه سایر شرکت‌کنندگان در نزاع، محاکمه و مجازات خواهد شد.

### \*پرسش سوم

با توجه به تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶۱۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، آیا مجازات عامل حادثه از حیث قصاص یا دیه، با مجازات موضوع ماده‌ی ۶۱۵ قانون مزبور قابل جمع است یا با محکومیت شخص عامل حادثه به قصاص یا دیه، مجازات بزه ماده‌ی ۶۱۵ نسبت به وی قابل اعمال نیست؟

### نظر نخست

در صورتی که شخص عامل حادثه به مجازات دیه یا قصاص محکوم شود، مجازات وی از بابت شرکت در نزاع، موضوعیت ندارد و همان‌گونه که تخریب درب قفل شده جهت ورود به منزل و سرقت، مقدمه‌ی سرقت از منزل است، ورود به نزاع نیز مقدمه‌ی وارد آوردن آسیب توسط عامل حادثه است؛ لذا، جرم شخص عامل حادثه فقط در حد آسیبی است که وارد آورده است و نمی‌توان وی را از جهت شرکت در نزاع نیز محکوم کرد<sup>۱</sup>.

### نظر دوم

شخصی که در نزاع شرکت کرده و شخصاً آسیبی به طرف مقابل وارد آورده است، بنا به تصریح تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶۱۵ از هر دو جهت قابل مجازات است.

۱. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۰۸ - ۱۳۲۷/۱۰/۲۵ بیان می‌دارد: «اگر قاتل مشخص باشد، موضوع مشمول مقررات قتل در حین منازعه نخواهد بود». لیکن با توجه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این رأی فاقد اعتبار قانونی است.



از حیث شرکت در نزاع طبق ماده‌ی ۶۱۵ و از حیث آسیبی که به دیگری وارد کرده است، حسب مورد چنانچه نزاع منجر به جنایت یا صدمات غیرقابل قصاص شده باشد، عامل حادثه علاوه بر تعزیر موضوع ماده‌ی ۶۱۵ محکوم به قصاص یا دیه نیز می‌شود و در مقام اجرا وفق ماده‌ی ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ ابتدا مجازات تعزیری و سپس قصاص اجرا خواهد شد. ولی در صورتی که نتیجه‌ی نزاع، غیر از جنایت قابل قصاص باشد، مانند موارد تعزیری مذکور در ماده‌ی ۶۱۴ یا قاتلی که به علت گذشت یا نبود شاکی و غیره، قابل قصاص نیست یا جرحی که به دلیل عدم امکان تساوی در جراحات، قصاص در آن وجود ندارد، عامل حادثه علاوه بر مجازات موضوع ماده‌ی ۶۱۵ به تعزیر موضوع ماده‌ی ۶۱۴ نیز محکوم می‌شود و در مقام اجرا، وفق ماده‌ی ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی، مجازات اشد اجرا می‌گردد. ضمناً علیرغم اینکه در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶۱۵ از عبارات قصاص و دیه استفاده شده است، زمانی که قصاص قابل اجرا نباشد، تعزیر موضوع ماده‌ی ۶۱۲ اجرا می‌شود و تعزیر مذکور بدل از قصاص است.







## نظر مشورتی شماره‌ی ۱ مورخه‌ی ۹۷/۴/۲۰ کمیسیون استفتائات کانون وکلای دادگستری زنجان

در نشست اعضای کمیسیون استفتائات کانون وکلای دادگستری زنجان مورخه‌ی ۹۷/۴/۲۰ پرسش زیر مطرح و مورد بررسی قرار گرفت. اعضای کمیسیون به پاسخ واحدی نرسیدند و منجر به ابراز دو نظر اکثریت و اقلیت به شرح زیر شد.

### \*پرسش\*

یکی از پرسنل نیروی هوایی در سال ۱۳۸۱ فوت کرده و با توجه به دلیل فوت به عنوان شهید شناسایی شده است. به همین علت نیروی هوایی با محاسبه‌ی پاداش پایان خدمت و مرخصی‌های استفاده نشده‌ی متوفی، وراثت را برای دریافت مطالبات مزبور به بنیاد شهید معرفی کرده است. با توجه به استنکاف بنیاد شهید از پرداخت مبالغ اعلام شده، پس از طرح دعوی در دیوان عدالت اداری، در سال ۱۳۹۵ حکم به محکومیت بنیاد شهید به پرداخت مبالغ محاسبه و اعلام شده‌ی نیروی هوایی در سال ۱۳۸۱ صادر و از طریق اجرای احکام وصول گردیده است. نظر به اینکه میزان مطالبات در سال ۱۳۸۱ به نحو درست محاسبه و به بنیاد شهید اعلام شده بود ولی پس از گذشت تقریبی ۱۴ سال از طریق اجرای احکام وصول شده است، وراثت برای مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ مطالبه (یعنی سال ۱۳۸۱) تا زمان وصول (یعنی ۱۳۹۵) در دادگاه عمومی حقوقی زنجان طرح دعوی کرده‌اند، دادگاه با استناد به رأی وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۱۵۶ مورخه‌ی ۱۳۴۸/۱/۲۰ حکم به رد خواسته صادر کرده است. حال با عنایت به اینکه رأی وحدت رویه‌ی فوق درباره‌ی اشتباه محاسباتی دریافتی کارکنان دولت است و موضوع طرح شده مربوط به دین مسجل است، آیا موضوع طرح شده، مشمول رأی وحدت رویه‌ی فوق قرار می‌گیرد؟



### نظر اکثریت

۱. بنیاد شهید انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۸ تأسیس شده است. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۵۶ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۴۸/۱/۲۰ صادر شده که مربوط به مواد ۶۲ و ۶۳ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ است و قابل تسری به بنیاد شهید نیست؛ زیرا بنیاد شهید تابع قوانین و آیین‌نامه‌های خاص خود است که مؤخر بر رأی وحدت رویه‌ی مذکور و پس از سال ۱۳۵۸ به تصویب رسیده‌اند. با توجه به مهلت ۱۸ ماهه‌ی دولت در پرداخت دیون خود بدیهی است، پس از محاسبه مطالبات متوفی و اعلام آن توسط نیروی هوایی به بنیاد شهید، مرجع اخیر مکلف بوده است، موضوع را در بودجه‌ی سال آینده پیش‌بینی و اقدام به پرداخت کند. پر واضح است که عدم تأمین نمی‌تواند نافی حقوق مردم باشد. حتی اگر دولت محکوم‌علیه واقع شود و پس از ۱۸ ماه حکم را اجرا نکند، مشمول حکم پرداخت خسارت تأخیر تأدیه خواهد شد؛ زیرا تأخیر در پرداخت موجب ضرر طلبکار است و نباید جبران نشده باقی بماند.

۲. در خصوص مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه‌ی موضوع ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که در واقع نوعی تعدیل دین است، اصل بر استحقاق است. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۵۶ دیوان عالی کشور زمانی قابل اجرا است که اصل استحقاق محل نزاع باشد، اگر اصل دین مسجل باشد و محل نزاع نباشد، رأی وحدت رویه مجری نخواهد بود. مبنای رأی وحدت رویه‌ی مذکور مسجل نبودن اصل دین بوده است؛ لذا، در فرضی که میزان و اصل دین، محرز و مسلم باشد، موضوع از شمول رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۵۶ خارج است.

بنابراین، با عنایت به اینکه ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مؤخر بر رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۵۶ به تصویب رسیده است و رأی وحدت رویه‌ی مزبور دولت را از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه‌ی مربوط به مطالبات ناشی از اشتباه محاسباتی معاف کرده است و منصرف از موضوع مورد بحث است، دولت در فرض محرز بودن میزان و اصل دین، مکلف به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است. در فرض مورد بحث، هیچ‌گونه اشتباه محاسباتی وقوع نیافته است.

### نظر اقلیت

مقنن با تصویب ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، قانون مربوط به وحدت رویه‌ی قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷ و ماده‌ی ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۲۸/۵/۱ را مورد تأیید قرار داده و



به عبارتی ابرام نموده است؛ یعنی در حقیقت آراء وحدت رویه را هم طراز قانون دانسته و دادگاه‌ها را در موارد مشابه ملزم به تبعیت کرده است. در ما نحن فیه نیز چون در مورد دعاوی مستخدمین دولت به عنوان اشتباه محاسبه‌ی حقوق، طبق تبصره‌ی ۲۵ قانون بودجه‌ی سال ۱۳۴۶ کل کشور، مطالبات مستخدمین با تأمین اعتبار در بودجه‌های سالانه تحت عنوان خاص و پس از تصویب کمیسیون بودجه‌ی مجلس شورای اسلامی پرداخت می‌گردد و به موجب شق آخر رأی شماره‌ی ۱۵۶-۱۳۴۸/۱/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور - که مقرر می‌دارد: «... اما نسبت به موضوع خسارت تأخیر تأدیه‌ی مابه‌التفاوت مورد بحث، نظر به اینکه برقراری و پرداخت حقوق مستخدمینی که دولت در مقام اجرای قوانین استخدامی مکلف به انجام آن است، با معاملات دولت و همچنین معاملات و تعهدات اشخاص متفاوت و متمایز است، تأخیر در انجام آن مشمول فصل سوم از باب دهم قانون آیین دادرسی مدنی نیست و مستلزم خسارت تأخیر نمی‌باشد.» - به چنین مطالباتی خسارت تأخیر تعلق نمی‌گیرد؛ بنابراین، موضوع سؤال نیز در خصوص مطالبه‌ی خسارت تأخیر تأدیه از شمول ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خارج و مشمول رأی وحدت رویه‌ی فوق است.





## آرای وحدت رویه‌ی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در نیمه‌ی نخست سال ۱۳۹۷

گردآورنده: وحید تلخابی‌فرد\*

۱. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد نحوه‌ی اجرای مقررات تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی و حاکمیت آن نسبت به جرائم قبل از لازم‌الاجراشدن

رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۶ - ۱۷/۱۱/۱۳۹۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقرر در تبصره‌ی ماده‌ی ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ با توجه به ماده‌ی ۴ قانون مدنی در مورد جنایاتی که قبل از تصویب آن قانون واقع شده و مجنی‌علیه آن مرد نیست، حاکمیت ندارد و قابل اعمال نیست، از مقررات قانون بیمه‌ی اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ در خصوص حقوق و تعهدات صندوق تأمین خسارت‌های بدنی نیز تسری حکم تبصره‌ی مورد اشاره به گذشته مستفاد نمی‌گردد؛ بنابراین، رأی شعب هفتم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء، صحیح و مطابق قانون تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

۲. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد رسیدگی به اختلافات فردی کارگر و کارفرما مطابق مقررات مواد ۱۵۷ و ۱۸۸ قانون کار که از اجرای این قانون ناشی شده باشد، در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل

\* وکیل پایه یک دادگستری



اختلاف است و در صورتی که خواهان مشمول مقررات قانون استخدام کشوری باشد، در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است.

رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۷ - ۲۱/۹۷/۱۳۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مطابق مقررات مواد ۱۵۷ و ۱۸۸ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ رسیدگی به اختلافات فردی کارگر و کارفرما که از اجرای این قانون ناشی شده باشد، در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف است و مشمولین مقررات قانون استخدام کشوری از قلمرو آن خارج می‌باشند و چون خواسته‌ی مورد مطالبه‌ی خواهان به معوقات مالی بازنشستگی زمان اجرای مقررات قانون استخدام کشوری و قبل از واگذاری شرکت مخابرات به بخش خصوصی ارتباط دارد، لذا، با توجه به مراتب مذکور و مقررات ماده‌ی ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و نوع خواسته (مطالبه‌ی وجه) رسیدگی به این قبیل دعاوی در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است و به نظر اکثریت قاطع اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه‌ی سوم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظریه انطباق داشته باشد، صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی مطابق مقررات ماده‌ی 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. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

۳. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد مرجع صالح رسیدگی به اعتراض مربوط به قرار منع تعقیب دادگاه‌های کیفری یک در مورد تجاوز به عنف در مرحله‌ی مقدماتی

رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۶۸ - ۲۱/۱/۱۳۹۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

چون ماده‌ی ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری برای تعیین شرایط خودداری مقام قضایی از تعقیب متهم و صدور قرار بایگانی پرونده به تصویب رسیده و تبصره‌ی آن نیز مرجع تجدیدنظر قرار موضوع این ماده (قرار بایگانی) و سایر قرارهای مربوط به جرائم مذکور در آن (جرائم تعزیری درجه‌ی هفت و هشت) را تعیین کرده است. تعمیم مقررات ماده‌ی مرقوم و تبصره‌ی آن به مقررات ماده‌ی ۴۲۸



قانون آیین دادرسی کیفری که صلاحیت دیوان عالی کشور را در رسیدگی فرجامی نسبت به جرائم مذکور در آن صراحتاً بیان کرده است، با توجه به مؤخر بودن این ماده نسبت به ماده ی ۸۰ و نزدیک بودن آن به نظر مقنن، فاقد وجاهت قانونی است؛ لذا، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه ی سی و ششم دیوان عالی کشور در حدود انطباق با این نظریه، صحیح و قانونی تشخیص می گردد. این رأی طبق مقررات ماده ی ۴۷۱ قانون مذکور در فوق، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاهها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازمالاتباع است. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

**۴. صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه حقوقی صلاحیت ذاتی است و حل اختلاف در صلاحیت دیوان عالی کشور خواهد بود.**

**رأی وحدت رویه ی شماره ی ۷۶۹ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور**

مطابق بند سوم اصل بیست و یکم قانون اساسی و ماده ی یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان خانواده ضرورت دارد و تشکیل آن با رعایت ضوابط قانونی به قوه ی قضاییه محول شده است و چون موارد صلاحیت دادگاه خانواده در ماده ی ۴ این قانون صراحتاً بیان شده است؛ لذا، این دادگاه که با رعایت ترتیبات معین قانونی تشکیل می شود، دادگاه اختصاصی محسوب می گردد و صلاحیت آن نسبت به دادگاههای عمومی، ذاتی است و مطابق اصول کلی حاکم بر تشکیلات دادگستری، محاکم اختصاصی غیر از آنچه قانون صراحتاً اجازه داده است، به هیچ امر دیگری حق رسیدگی ندارند. در این وضعیت با حدوث اختلاف بین دادگاه خانواده و دادگاه عمومی مستقر در حوزه ی قضایی یک استان، مرجع حل اختلاف در اجرای ماده ی ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی دیوان عالی کشور است؛ بنابراین، رأی شعبه ی پنجم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می گردد. این رأی در اجرای مقررات ماده ی 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. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)



۵. بزه موضوع مادهی ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ منصوص شرعی نیست و در نتیجه ایام بازداشت قبلی از محکومیت مرتکب کسر خواهد شد.

رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۷۰ - ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

مستنبط از مقررات ماده‌ی 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 مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام مربوط به آن به موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده‌ی ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه‌ی جرائم تعزیری اعمال کند و در تبصره‌ی دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیرقابل تغییر می‌باشد از اطلاق ماده‌ی اخیرالذکر استثناء شده است؛ بنابراین، نظر شعبه‌ی نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده‌ی ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده‌ی ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است، به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید. این رأی در اجرای ماده‌ی 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. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)

۶. نحوه‌ی مطالبه‌ی خسارت حق الوکاله توسط ادارات دولتی در مواردی که محکوم‌له واقع می‌شوند.

رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۷۱ - ۱۳۹۷/۵/۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

حسب تبصره‌ی ۳۰ قانون بودجه‌ی سال ۱۳۳۹ مصوب ۱۳۳۸/۱۲/۱۹ در دعواهایی که دولت محکوم‌له واقع می‌شود، با درخواست نماینده‌ی دولت، دادگاه مکلف به صدور حکم به تأدیه‌ی خسارت حق الوکاله توسط محکوم‌علیه مطابق آیین‌نامه‌ی قانون وکالت است و نظر به ماده واحدی قانون اجازه‌ی پرداخت ۵۰ درصد از حق الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در پیشرفت





دعاوی دولت مصوب ۱۳۴۴/۱۰/۱۲ و حکم مقرر در بند ۱۳۲ قانون بودجه‌ی سال ۱۳۹۰ مصوب ۱۳۹۰/۲/۱۹ چون دعاوی راجع به حفظ بیت‌المال به ویژه در پرونده‌های مربوط به اراضی و اموال دولتی و عمومی از پرداخت هزینه‌ی دادرسی در مراحل مختلف معاف است و وجوه موضوع قانون اجازه‌ی پرداخت ۵۰ درصد حق‌الوکاله‌های وصولی به نمایندگان قضایی و کارمندان مؤثر در دعاوی دولت مصوب ۱۳۴۴/۱۰/۱۲ از محل اعتبارات مصوب آنها و در شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی از محل منابع داخلی آنها قابل پرداخت است، لذا، دادگاه متصدی رسیدگی، در هر مورد که دولت و شرکت دولتی محکوم‌له واقع می‌شود، مکلف است به درخواست نماینده‌ی قضایی حکم به تأدیه‌ی خسارت حق‌الوکاله مطابق آیین‌نامه‌ی قانون وکالت صادر کند و با این ترتیب اعضای هیأت عمومی به اتفاق آراء، رأی شعبه‌ی سوم دیوان عالی کشور را که با این نظر منطبق است، صحیح و قانونی تشخیص می‌دهد. این رأی طبق دستور ماده‌ی 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. (هیأت عمومی دیوان عالی کشور)





## آیین‌نامه‌ی تشکیل مؤسسات حقوقی و نحوه‌ی اداره‌ی آنها مصوب هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان (۱۳۹۷/۶/۱۹)

آیین‌نامه‌ی تشکیل مؤسسات حقوقی و نحوه‌ی اداره‌ی آنها در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۹ هیأت مدیره‌ی محترم کانون وکلای دادگستری زنجان به شرح زیر تصویب شد.

**ماده‌ی ۱:** مؤسسه‌ی حقوقی شخصیتی است حقوقی که منحصراً توسط دو یا چند وکیل (پایه یک) دادگستری تحت هر نام و عنوان به منظور انجام وکالت و مشاوره و به طور کلی امور حقوقی، طبق مقررات قانونی و این آیین‌نامه تشکیل، ثبت و اداره می‌شود.

**تبصره‌ی ۱:** حداقل یک نفر از وکلای مؤسس باید دارای بیش از ده سال سابقه‌ی وکالت دادگستری باشد.

**تبصره‌ی ۲:** مؤسسه‌ی حقوقی فقط توسط وکلای دادگستری که محل اشتغال آنان طبق پروانه‌ی وکالت در حوزه‌ی اقامت مؤسسه است، تشکیل می‌شود.

**تبصره‌ی ۳:** مؤسسين، هیأت‌مدیره و مدیرعامل مؤسسه صرفاً در اقامتگاه مؤسسه مجاز به پذیرش وکالت و ارائه‌ی خدمات حقوقی هستند و اعلام مکان دیگر به عنوان محل دفتر وکالت ممنوع است.

**تبصره‌ی ۴:** همکاری وکلا و کارآموزان وکالت صرفاً با مؤسسات حقوقی شهر محل اشتغال آنان مجاز است، همکاری با مؤسسات حقوقی سایر شهرها به عنوان تمرکز وکالتی محسوب می‌گردد.

**ماده‌ی ۲:** مؤسسه‌ی حقوقی باید دارای اساسنامه‌ای باشد که پس از تأیید و ثبت در دفتر مخصوص کانون وکلای دادگستری در اداره‌ی ثبت شرکت‌ها برابر مقررات به ثبت برسد.

**ماده‌ی ۳:** در اساسنامه باید نام مؤسسه‌ی حقوقی و اعضاء مؤسس و مشخصات کامل و اقامتگاه قانونی آنان قید گردد. هر تغییری که در اساسنامه و ارکان مؤسسه داده می‌شود باید مورد تأیید کانون قرار گرفته و در دفتر مخصوص کانون، ثبت و نسخه‌ی تأیید شده‌ی آن توسط متقاضی



جهت ثبت و انتشار به اداره ی ثبت شرکت ها ارسال شود.  
تبصره: مؤسسه مکلف است ظرف مدت یک ماه از تاریخ انتشار آگهی یک نسخه از آن را به کانون وکلا تسلیم نماید.

**ماده ی ۴:** تابعیت مؤسسه ایرانی است و با هیچ اکثریتی قابل تغییر نمی باشد.  
**ماده ی ۵:** مؤسسه می تواند از همکاری تعداد مورد نیاز وکیل دادگستری مقیم همان حوزه به عنوان عضو همکار استفاده کند. بدیهی است اسامی کلیه ی وکلای همکار با تصویب مجمع عمومی شرکا و پس از تأیید کانون برابر مدلول ماده ی ۳ به اداره ی ثبت شرکت ها اعلام خواهد شد.

**ماده ی ۶:** اعضای مؤسسه باید همواره دارای شرایط زیر باشند:  
الف: تمدید مستمر پروانه ی وکالت.

ب: نداشتن دفتر وکالت و عضویت در مؤسسات مشابه دیگر.

ج: عدم اشتها به فساد و اعمال منافی با شغل و شئون وکالت.

د: نداشتن محکومیت انتظامی بیش از دو مرتبه از درجه ی چهار به بالا.

تبصره: چنانچه هر یک از اعضای مؤسسه یکی از شرایط مندرج در این ماده را فاقد گردد، از عضویت محروم و منعزل خواهد شد. در صورتی که با خروج عضو منعزل، تعداد اعضاء از حد نصاب مقرر کمتر شود، اعضای باقی مانده ی مؤسسه مکلفند ظرف مدت ۳۰ روز ضمن اعلام مراتب محرومیت عضو به کانون، نسبت به جایگزینی عضو جدید واجد شرایط با نظارت و تأیید کانون وکلا اقدام نمایند.  
**ماده ی ۷:** تخلف هر یک از اعضای مؤسسه از تکالیف مقرر، تخلف از نظامات کانون وکلا تلقی و با متخلفین بر اساس مقررات مربوطه عمل خواهد شد.

**ماده ی ۸:** اعضای مؤسسه برای حسن اداره ی مؤسسه در اجرای قوانین و آیین نامه و مقررات کانون وکلا در مقابل کانون وکلا مسئولیت دارند.

**ماده ی ۹:** هر مؤسسه ی حقوقی دارای ارکان زیر است: مجمع عمومی - مدیر یا مدیران.

**ماده ی ۱۰:** مجمع عمومی منحصرأ از اجتماع اعضای سهامدار تشکیل می گردد. تاریخ و ترتیب تشکیل و نحوه ی اخذ رأی در مجمع را اساسنامه معین می کند. مجمع عمومی ممکن است به صورت عادی، عادی به صورت فوق العاده و فوق العاده تشکیل شود.

**ماده ی ۱۱:** هر مؤسسه ی حقوقی طبق اساسنامه، حسب مورد به وسیله ی مدیر یا مدیران منتخب از بین اعضای مجمع اداره می شود. حدود اختیارات مدیر یا



مدیران را مجمع عمومی تعیین می‌کند، ولی در هر حال مدیر یا مدیران، مسئول حسن اداره‌ی مؤسسه از هر حیث می‌باشند.

**ماده‌ی ۱۲:** مدیر یا مدیران در امور مربوط به مؤسسه، نماینده‌ی قانونی مؤسسه در کلیه‌ی نهادها و مؤسسات و مراجع قانونی و قضایی و سایر اشخاص ثالث می‌باشند. قبول خدمات و تنظیم قراردادهای لازم با مدیر یا مدیران مؤسسه است که باید حافظ اسرار و اسناد ارباب رجوع باشند و در قبال وجوه و مدارک مأخوذه رسید داده و اسناد و مدارک مربوطه را به طریق مطمئنی در مؤسسه نگهداری نمایند.

**ماده‌ی ۱۳:** تفویض وکالت از طرف مراجعه‌کنندگان مستقیماً به مؤسسه و با تنظیم وکالتنامه‌ی رسمی متضمن حق توکیل غیر برای وکلای دادگستری (یا کارآموزان وکالت) خواهد بود. مؤسسه می‌تواند بدون تنظیم وکالتنامه‌ی رسمی، ترتیبی دهد تا وکالتنامه‌ی فرم کانون وکلای بین مراجعه‌کننده و احد از وکلای عضو یا همکار تنظیم شود. در این صورت یکی از مدیران باید وکالتنامه را به عنوان وکیل دیگر مراجعه‌کننده با حق اقدام متفقاً و منفرداً امضاء نماید.

**تبصره:** کلیه‌ی وکلا و کارآموزانی که به نحوی از انحاء در پرونده مداخله کرده و می‌نمایند با مدیران مؤسسه، در مقابل کانون وکلای دادگستری مسئولیت مشترک دارند.

**ماده‌ی ۱۴:** مؤسسه‌ی حقوقی باید دارای دبیرخانه‌ای مناسب باشد که زیر نظر مدیر یا مدیران اداره می‌گردد.

**ماده‌ی ۱۵:** مؤسسه‌ی حقوقی به هنگام تسلیم تقاضای تأسیس، مبلغ ۲,۰۰۰,۰۰۰ ریال بابت بررسی و عندالزوم صدور مجوز به کانون وکلای دادگستری پرداخت می‌نماید. مؤسسه مکلف است برای هر تغییری در اساسنامه یا هیأت‌مدیره، مبلغی معادل ۳۰ درصد مبلغ فوق را پرداخت نماید. وجوه مذکور به هیچ وجه قابل استرداد نیست.

**تبصره:** میزان مبلغ حق‌الثبت، هر دو سال قابل تجدیدنظر است.

**ماده‌ی ۱۶:** هیأت مؤسس پس از تشکیل مجمع عمومی مؤسس و تصویب و امضای اساسنامه و انتخاب مدیر یا مدیران و اخذ قبولی آنان یک نسخه از اساسنامه‌ی امضا شده و صورتمجلس انتخاب مدیر یا مدیران را برای کانون وکلای دادگستری ارسال می‌دارد. کانون وکلا پس از رسیدگی و احراز اینکه اساسنامه با قوانین جاری و مقررات مربوطه و این آیین‌نامه مغایرتی ندارد، خلاصه‌ی آن را در



دفتر مخصوص که برای این کار تخصیص می‌دهد، ثبت نموده و مجوز تأسیس به نام مؤسسه صادر می‌نماید.

**تبصره ۱:** اخذ مجوز تأسیس و فعالیت مؤسسه‌ی حقوقی وفق مقررات قانونی، خصوصاً آیین‌نامه‌ی اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری ناظر به مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ قانون تجارت از کانون وکلای دادگستری ضروری است.

**تبصره ۲:** تشریفات ثبت مؤسسه و ثبت تغییرات بر اساس ماده‌ی ۳ این آیین‌نامه است و کلیه‌ی هزینه‌های مربوطه به عهده‌ی مؤسسه خواهد بود.

**ماده‌ی ۱۷:** در صورتی که کانون وکلا تقاضا را نپذیرد، باید مراتب را به متقاضی اعلام نماید. متقاضی ظرف ۱۰ روز بعد از تاریخ صدور برگ رسید پستی می‌تواند از این تصمیم به دادگاه عالی انتظامی قضاات شکایت کند. رأی دادگاه انتظامی قضاات قطعی است.

**ماده‌ی ۱۸:** مؤسسه در حالات زیر منحل می‌گردد.

الف. با تصمیم کانون وکلا در صورت تخلف مؤسسه

ب. تصویب مجمع عمومی

ج. طبق شرایط پیش‌بینی شده در اساسنامه

**ماده‌ی ۱۹:** چنانچه مؤسسه از طرف کانون وکلاء یا از طریق اتخاذ تصمیم مجمع عمومی یا بر اساس شرایط مندرج در اساسنامه یا به هر طریق قانونی دیگر منحل گردد، مجمع عمومی فوق‌العاده‌ی مؤسسه می‌بایست مدیر یا مدیران تصفیه با اختیارات لازم را انتخاب و معرفی نمایند. مدیر یا مدیران تصفیه مکلفند در اسرع وقت نسبت به انجام امور مؤسسه اقدام نموده و حداکثر ظرف ده روز انحلال آن را کتباً و با ذکر علل به کانون وکلای دادگستری اعلام نمایند و ظرف همان مدت عملیات تصفیه را آغاز کنند. کانون وکلا می‌تواند به هزینه‌ی مؤسسه به طریق مقتضی، مراتب انحلال مؤسسه را به آگاهی عموم برساند.

**ماده‌ی ۲۰:** در مدت تصفیه، مؤسسه مکلف به تعیین تکلیف پرونده‌های جاری از طریق تفویض وکالت یا استعفا از وکالت با رعایت مقررات و حفظ حقوق قانونی موکلین می‌باشد.

**تبصره:** در مدت تصفیه، مؤسسه حق قبول وکالت جدید را ندارد و در صورت تخلف طبق ماده‌ی ۵۵ قانون وکالت رفتار خواهد شد.

**ماده‌ی ۲۱:** ثبت هرگونه مؤسسه‌ی حقوقی به جز مؤسسات موضوع ماده‌ی ۱۸۷ قانون برنامه‌ی توسعه‌ی سوم اقتصادی مستلزم آن است که اعضای مؤسس و



هیأت‌مدیره (حداقل دو نفر) و مدیرعامل آن جزء وکلای پایه یک دادگستری باشند، مؤسساتی که از تاریخ تصویب این آیین‌نامه بدون رعایت آن به ثبت برسند، از نظر کانون وکلای دادگستری، مؤسسه‌ی غیرمجاز محسوب می‌گردد. مؤسسات حقوقی که قبل از تصویب این آیین‌نامه به ثبت رسیده‌اند نیز می‌بایست ظرف مدت سه ماه نسبت به تطبیق شرایط خود با این آیین‌نامه اقدام نمایند.

**ماده‌ی ۲۲:** هرگونه همکاری با مؤسسات غیرمجاز و یا در اختیار گذاشتن اوراق وکالت‌نامه و تنظیم و قبول وکالت بدون حضور وکیل مربوطه تخلف انتظامی محسوب می‌گردد.

**ماده‌ی ۲۳:** کمیسیون بازرسی و نظارت کانون می‌بایست بر اجرای دقیق این مصوبه نظارت نموده و هر سه ماه گزارش مربوطه را به هیأت‌مدیره ارائه نماید. این آیین‌نامه در ۲۳ ماده و ۷ تبصره، در مورخه‌ی ۹۷/۶/۱۹ به تصویب هیأت‌مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان رسید و لازم‌الاجرا گردید.





بخش دوم  
رویدادها







## دیدار و مصاحبه با دومین رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان

در ادامه‌ی برگزاری گفتگو و مصاحبه با رؤسای پیشین کانون وکلای دادگستری زنجان، روز شنبه یکم اردیبهشت ماه سال جاری، نشریه‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان، مصاحبه‌ای با جناب آقای آقاچان مکملی دومین رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان داشت. ایشان پس از معرفی خود راجع به اقدامات صورت گرفته در دوران ریاست خود مطالب ارزشمندی بیان فرمودند و در پایان توصیه‌های گران‌بهایی برای همکاران داشتند که شرح آن در زیر بیان می‌شود.

«اینجناب آقاچان مکملی فرزند علی در هشتم خرداد ماه ۱۳۱۵ در خانواده‌ای فرهنگی در زنجان به دنیا آمد. مقطع تحصیلی ابتدایی را در دبستان شاهپور زنجان و دوره‌ی اول دبیرستان را در دبیرستان پهلوی (شریعتی فعلی) گذراندم. بعد از دوره‌ی اول دبیرستان در امتحانات ورودی دانشسرای مقدماتی تهران شرکت کردم و پس از طی دوره‌ی دو ساله‌ی دانشسرای مقدماتی، در زنجان با حقوق ماهانه ۹۶۰ ریال به استخدام وزارت فرهنگ (آموزش و پرورش فعلی) درآمد. پس از چند سال اشتغال به شغل شریف معلمی در زنجان، برای تحصیل در مقطع کارشناسی رشته‌ی حقوق در سال ۱۳۴۵ وارد دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تهران شدم و از محضر اساتید به نامی چون دکتر امامی، دکتر کاتوزیان، دکتر علی‌آبادی، دکتر مصباح‌زاده، آیت‌الله مشکات، استاد محمود شهابی، استاد علی‌اکبر شهابی، دکتر پاد، دکتر گنجی، آیت‌الله سنگلجی و دکتر قائم‌مقامی بهره بردم. در سال ۱۳۴۹ هم‌زمان با آخرین سال تحصیل، در امتحان ورودی کارآموزی قضایی پذیرفته شدم و پس از فارغ‌التحصیلی از دانشگاه و گذراندن دوره‌ی شش‌ماهه‌ی کارآموزی قضایی در سمت‌های مختلف قضایی از جمله دادیاری، دادرس دادگاه شهرستان و ریاست دادگاه بخش در مراغه و ریاست دادگاه بخش مستقل سراب، دادستان میانه و دادستان اردبیل و رئیس دادگستری اردبیل خدمت کردم. اواخر سال ۱۳۶۰ پس از تشکیل دیوان عدالت اداری از طرف



آیت‌الله موسوی اردبیلی رئیس شورای عالی قضایی وقت برای خدمت در دیوان عدالت اداری دعوت به کار شدم. در این هنگام که هنوز تشکیلات دیوان عدالت اداری به صورت کامل مستقر نشده بود، بنده به همراه تعدادی دیگر از همکاران به تدوین آیین‌نامه‌ها و برنامه‌های دیوان عدالت اداری پرداختیم و به تصویب شورای عالی قضایی آن روزگار رسید.

سال ۱۳۷۱ به تقاضای خودم بازنشسته شدم و در تهران به حرفه‌ی وکالت پرداختم. پس از مدتی در سال ۱۳۷۴ به درخواست خانواده به زنجان نقل مکان کردم. پس از تشکیل کانون وکلای دادگستری زنجان در سال ۱۳۸۵ به همراه جنابان آقایان ابوالفضل مرتضوی، عبدالمجید قره‌گوزلو، مهدی خلیلی، علی پزشکی و سرکار خانم بهجت دهقان به عضویت هیأت مدیره درآمدم و در دوره‌ی نخست جناب آقای ابوالفضل مرتضوی به عنوان رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان انتخاب شدند و بنده در سمت نایب رئیس کانون در خدمت همکاران بودم. در دوره‌ی دوم انتخابات هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان نیز با اعتماد همکاران دوباره انتخاب شدم. در این دوره ابتدا جناب آقای سید ابوالفضل مرتضوی به عنوان رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان انتخاب گردیدند. پس از مدتی ایشان به کانون مرکز منتقل شدند و بنده به عنوان رئیس کانون برگزیده شدم. در سال ۱۳۹۳ پروانه‌ی وکالت خود را تودیع کردم.

پس از انتشار آیین‌نامه‌ی استقلال کانون وکلای دادگستری در روزنامه‌ی رسمی ۱۳۸۸/۳/۷ که استقلال کانون وکلای دادگستری را نشانه رفته بود، در جلسه‌ی فوق‌العاده‌ی هیأت عمومی اسکودا در تاریخ ۱۳۸۸/۴/۱۴ به اتفاق هیأت مدیره‌ی همه‌ی کانون‌های وکلای دادگستری کشور طی بیانیه‌ای اتخاذ تصمیم نمودند که به هیچ وجه آیین‌نامه‌ی اجرایی خلاف قانون قوه‌ی قضائیه را اجرا نمی‌کنند. علاوه بر آن برای بطلان آن از طریق مراجع صالح به صورت جدی پیگیری می‌کنند. برای این امر به جنابان آقایان سید محمود جندقی‌پور کرمانی و بهمن کشاورز اعطای وکالت نمودند و بنده به همراه دو تن از وکلای مبرز دادگستری جنابان آقایان دکتر حمید خلیل‌زاده خوئی و احمد سعادت مسئول تنظیم دادخواست ابطال آن آیین‌نامه شدیم و با تعقیب و پیگیری‌های صورت گرفته اجرای آن متوقف شد.

از دیگر اقدامات ارزشمند دوره‌ی ریاست جناب آقای مکملی در کانون زنجان احداث ساختمان کانون است که در این زمینه آقای مکملی به ایثار، تدابیر



و پیگیری‌های شبانه‌روزی جناب آقای قره‌گوزلو اشاره کردند و بیان داشتند ساختمان کانون در مدت کوتاهی و ظرف ۱۸ ماه با همکاری و همیاری همه‌ی وکلای کانون زنجان به شکلی مناسب و در شأن کانون و با صرفه‌ی اقتصادی ساخته شد.

در پایان جناب آقای مکملی فرمودند، وکیل دادگستری که افتخار دارد در جهت احقاق حقوق مراجعین و رفع ظلم از مظلوم قدم بر می‌دارد، بدانند که فعالیت و خدمات وکلای متعهد و معتقد به تکلیف، سبب دوام و قوام اجرای صحیح قوانین است و اجرای صحیح قانون نیز سبب تضمین سلامت اصول معنوی و اجتماعی جامعه خواهد بود. امکان اجرای عدالت در پناه قانون اقتضا دارد که وکیل در محاکم و دیگر مراجع آزادانه و با شجاعت مطلب خود را بیان کند و برای روشن نمودن حقیقت پافشاری کند و از فشار و ارباب نهراسد، تحت تأثیر عوامل جنبی و حاشیه‌ای قرار نگیرد، مستقل باشد و خواهان استقلال جامعه‌ی وکلا باشد. وکیل باید در جامعه وزین و موقر بوده، در نشست و برخاست‌ها شئون و کالت و آداب آن را رعایت کند و مدافع شأن و موقعیت همکاران خود به خصوص در محاکم باشد. وکلای دادگستری خود باید در برخورد با موکلین و همکاران قضایی در دادگستری نمونه‌ی اخلاق باشند. البته رعایت اصول اخلاقی به معنای سکوت در مقابل بی‌احترامی به وکیل و همکارانش نیست. وکیل نه تنها باید از حق خود دفاع کند بلکه به هنگام مواجهه با رفتاری که شئون و کالت را خدشه‌دار می‌کند، تذکر دهد و موضوع را تعقیب کند تا به کمک هم از شأن و موقعیت وکالت دفاع کنند. همچنین وکیل در اولین برخورد با ارباب رجوع خود باید ملاحظات زیادی را در نظر داشته باشد. اگر مدارک ارباب رجوع را به صورت صد در صدی دلیل بر صحت مدعای او دید و مطمئن بود که از عهده‌ی انجام آن برمی‌آید، از وی قبول وکالت کند. در صورت قبول وکالت هیچ‌گاه تعهد به نتیجه‌ی مطلوب نکند و به موکل خود اعلام کند که من در حدود مقدورات مدارک شما عمل می‌کنم و اگر در مقابل مدارک ارائه شده‌ی طرف مقابل، مدارک موکل ارزشی نداشته باشد، این موضوع را به اطلاع وی برساند. وکیل در ابتدا باید سعی در مصالحه و سازش بین طرفین نماید و در صورتی که سازش حاصل نشد، موضوع را در مراجع قانونی مطرح کند. این امر خصوصاً در اختلافات خانوادگی و وظیفه‌ی شرعی و قانونی وکیل دادگستری است.



## برگزاری مراسم جشن استقلال کانون وکلای دادگستری در هفتم اسفند ماه ۱۳۹۶ در مجتمع رویال زنجان

جشن استقلال کانون وکلای دادگستری و آیین برگزاری تحلیف دانش‌آموختگان دوره‌ی کارآموزی وکالت در استان زنجان همه ساله برگزار می‌شود. در سال گذشته نیز با برنامه‌ریزی صورت گرفته از سوی کانون وکلای دادگستری این استان، مراسم جشن استقلال کانون وکلای دادگستری جدای از برگزاری آیین تحلیف، روز دوشنبه هفتم اسفند ماه ۱۳۹۶ با حضور رؤسای سابق کانون وکلای زنجان و جمعی از وکلای پایه یک استان به همراه خانواده‌های محترم آنان در مجتمع رویال زنجان برگزار شد.

این مراسم که هر سال در سالروز استقلال کانون وکلا برگزار می‌شود، در ساعت ۲۰ با تلاوت آیاتی چند از کلام الله مجید آغاز شد. پس از اجرای سرود ملی توسط گروه دستان ناطق، جناب آقای دکتر علی پزشکی رئیس کانون وکلای دادگستری استان زنجان به جایگاه دعوت شدند؛ ایشان پس از تبریک هفته‌ی وکیل و خیرمقدم‌گویی به حاضرین، مختصری در خصوص فعالیت کانون وکلای استان بیان نمودند. رئیس کانون وکلای دادگستری زنجان تأکید نمودند اتحاد، همدلی و وفاقی که در کانون زنجان و در میان همکاران این استان وجود دارد، موجب شد که امسال زنجان بتواند صاحب یکی از عالی‌ترین کرسی‌های اتحادیه‌ی سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران شود.

در ادامه‌ی مراسم با دعوت از رؤسای پیشین کانون وکلای دادگستری زنجان، به پاس تلاش‌های صادقانه چندین ساله‌ی جناب آقای عبدالمجید قره‌گوزلو که در راه تشکیل، تثبیت و توسعه‌ی کانون وکلای زنجان از خود نشان دادند، تقدیر و تشکر شد. پس از آن هیأت مدیره‌ی کانون با اهدای لوح تقدیر از وکلای عضو کمیسیون معاضدت کانون و مدیر اجرایی نشریه تشکر و قدردانی کردند. در این مراسم باشکوه اجرای موسیقی شاد و متنوع، روح‌نواز حاضرین در جشن بود و شبی خاطره‌انگیز و به یادماندنی را برای وکلا و خانواده‌های محترم آنها رقم زد. ضیافت شام پایان بخش این مراسم بود.



## برگزاری مراسم تحلیف پذیرفته‌شدگان آزمون اختبار بهمن ماه ۱۳۹۶ در هتل بزرگ زنجان

مراسم تحلیف ۳۳ نفر از پذیرفته‌شدگان آزمون اختبار، روز پنجشنبه دهم اسفند ماه ۱۳۹۶ با حضور رئیس کل دادگستری استان زنجان، جمعی از مقامات دادگستری، وکلا، اساتید رشته‌ی حقوق زنجان و همچنین کارآموزان و خانواده‌های محترم ایشان در سالن همایش هتل بزرگ زنجان برگزار شد.

تلاوت آیاتی چند از کلام‌الله مجید در ساعت ۱۹ آغازگر این مراسم باشکوه بود. پس از اجرای سرود ملی (با اجرای گروه دستان ناطق) جناب آقای دکتر علی پزشکی رئیس کانون وکلای دادگستری استان زنجان به عنوان اولین سخنران این مراسم ضمن خیر مقدم گویی به حاضرین و قدردانی از همکاری مجموعه‌ی دادگستری استان به خصوص رئیس کل دادگستری با کانون وکلا، نسبت به برقراری تعامل بیشتر ابراز امیدواری کردند و در ادامه نکاتی را درباره‌ی اهمیت، ملاحظات و حساسیت‌های شغل قضا و وکالت یادآور شده و با قرائت قطعه شعری سخنان خود را به پایان رساندند.

جناب آقای گل‌محمدی رئیس کل سابق دادگستری استان زنجان به عنوان سخنران بعدی این مراسم ضمن تبریک انتخاب جناب آقای دکتر علی پزشکی به عنوان نایب رئیس اول اتحادیه‌ی سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران (اسکودا)، به حساسیت‌های حرفه‌ی وکالت اشاره و کارآموزان را به حفظ شئون وکالت دعوت نمودند. در ادامه‌ی مراسم از جناب آقای گل‌محمدی به طور ویژه و همچنین تعدادی از وکلای پیشکسوت و وکلای سرپرست با اهدای لوح، تقدیر و قدردانی گردید. همچنین نفرات اول تا سوم آزمون اختبار با اهدای جوایز و لوح تقدیر مورد تشویق قرار گرفتند. پس از اهدای گواهی‌نامه‌های کارآموزان، مراسم تحلیف آنان، با قرائت سوگندنامه توسط رتبه‌ی اول آزمون اختبار ۱۳۹۶ ادامه یافت. ضیافت شام، پایان بخش این مراسم باشکوه بود.



## برگزاری جلسه‌ی هم‌اندیشی کانون وکلای دادگستری و مقامات قضایی استان زنجان

نشست هم‌اندیشی کانون وکلای دادگستری زنجان و دادگستری استان با حضور رئیس کل محترم دادگستری استان، معاونین معزز ایشان و دادستان گرامی زنجان، اعضای هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان، دبیران کمیسیون‌ها، دادیاران و دادرسان دادگاه انتظامی کانون وکلا و وکلای پیشکسوت، روز دوشنبه بیست و یکم خرداد ماه سال جاری در اتاق کنفرانس کانون وکلا، همراه با ضیافت افطار برگزار شد. این جلسه فرصتی شد تا حاضرین در فضایی صمیمی و دوستانه به طرح دیدگاه‌های خود راجع به مسائل مختلف قضایی و وکالتی بپردازند. توسعه‌ی فرهنگ وکالت و همراهی دادگستری در این راستا، تعامل بیشتر بین قضات محترم و کارکنان دادگستری با وکلا در جهت احقاق حقوق مردم و اجرای عدالت و پاره‌ای مشکلات همکاران وکیل در مراجع قضایی، از جمله مواردی بود که حاضرین در این جلسه در خصوص آن به گفتگو و تبادل نظر پرداختند. بی‌تردید برگزاری چنین نشست‌هایی نقش مؤثری در بهبود روند دادرسی‌ها، تحقق عدالت قضایی و حفظ و توسعه‌ی حقوق شهروندی خواهد داشت.





## دیدار هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان با مسئولین محترم قضایی استان در هفته‌ی قوه‌ی قضائیه

به منظور پاسداشت هفته‌ی قوه‌ی قضائیه، هیأت مدیره‌ی کانون وکلای دادگستری زنجان با حضور در دادسراها و شعبات دادگاه‌های عمومی و تجدیدنظر استان زنجان و با تقدیم شاخه گل و لوح تقدیر از تلاش‌های ارزشمند قضات و کارکنان دادگستری استان تشکر و قدردانی نمودند. در این مراسم، قضات و مسئولین قضایی استان نیز از تلاش‌ها و زحمات وکلای شریف استان قدردانی و بر لزوم تعامل و همکاری بیشتر میان دستگاه قضایی استان و کانون وکلای دادگستری زنجان تأکید کردند.



## برگزاری آیین تکریم رئیس کل سابق و معارفه‌ی رئیس کل جدید دادگستری استان زنجان

رئیس قوه‌ی قضائیه، حجت‌الاسلام و المسلمین اسماعیل صادقی نیارکی را به سمت رئیس کل دادگستری استان زنجان منصوب کردند. آیین تکریم و معارفه روز یکشنبه مورخ هشتم مهر ماه سال جاری در دادگستری زنجان با حضور معاون اول رئیس قوه‌ی قضائیه، مسئولان و مقامات اداری و قضایی استان و جمعی از وکلای دادگستری زنجان برگزار شد. پیش از این جناب آقای جعفر گل محمدی این سمت را عهده دار بودند. متن حکم رئیس قوه‌ی قضائیه به شرح ذیل است:

«حجت‌الاسلام و المسلمین اسماعیل صادقی نیارکی دادستان عمومی و انقلاب قزوین به موجب این حکم به سمت رئیس شعبه‌ی اول دادگاه تجدیدنظر و رئیس کل دادگستری استان زنجان منصوب می‌شوید.

امید است، با در نظر داشتن اهمیت امر قضا و مسئولیت‌های سنگین ناشی از آن اجرای عدالت اسلامی و رسیدگی به محرومین و ستمدیدگان و حمایت از حقوق مشروع مردم را سرلوحه‌ی کار خود قرار داده و در انجام وظایف الهی با رعایت دقیق موازین شرعی و قانونی و همراه با سرعت لازم موفق و مؤید باشید.

صادق آملی لاریجانی

رئیس قوه‌ی قضائیه»

کانون وکلای دادگستری زنجان ضمن تقدیر و تشکر از زحمات صادقانه‌ی جناب آقای گل محمدی، از درگاه احدیت برای ایشان سلامتی و برای جناب آقای صادقی نیارکی رئیس کل جدید دادگستری استان زنجان، موفقیت و سربلندی مسئلت می‌نماید.

## سخنان ناب

Advertising is legalized lying

H. G. Wells

تبلیغات دروغ را قانونی می‌سازد.

Never forget that everything Hitler did in Germany was legal.

Martin Luther King, Jr

هرگز فراموش نکنید هر آنچه هیتلر در آلمان انجام داد، قانونی بود.

More law, less justice.

Marcus Tullius Cicero

قانون بیشتر، عدالت کمتر

It is not wisdom but Authority that makes a law.

Thomas Hobbes

وضع قانون از روی قدرت است، نه حکمت.

Justice delayed is justice denied.

William E. Gladstone

تأخیر در اجرای عدالت، نفی عدالت است.

The safety of the people shall be the highest law.

Marcus Tullius Cicero

اولویت قانون باید تأمین امنیت مردم باشد.

Compromise is the best and cheapest lawyer.

Robert Louis Stevenson

صلح و سازش بهترین و ارزان‌ترین وکیل است.

