

گزارش نشست قضایی استان

تنظیم: حمید مهدی‌پور، قاضی حوزه معاونت آموزش
با همکاری کارشناس حقوقی، سید ابراهیم مهدیون

سوال ۳۸۴ - آیا تقسیم ترکه دعوی ترافیعی محسوب می‌شود؟ در صورت صدور حکم اگر محکوم‌له درخواست اجرائیه نکنند آیا محکوم‌علیه می‌تواند چنین درخواستی داشته باشد؟ با فرض اینکه پاسخ این قسمت از سوال مثبت باشد در صورتی که حکم صادره نسبت به بعضی از ورثه غیابی باشد آیا اجرای این حکم منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تامين مناسب از درخواست‌کننده اجرائیه است (تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی)؟

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

به باور اینجانب تقاضای تقسیم ترکه از امور ترافیعی محسوب نمی‌شود زیرا ماده ۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲، امور حسبی را اموری می‌داند که دادگاه‌ها تکلیف دارند تا نسبت به آن امور وارد عمل شده و اتخاذ تصمیم کنند بدون اینکه رسیدگی به این امور محتاج به اقامه دعوی یا طرح درخواست ذینفع و یا وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص باشد.

طرح این سوال بجاست که آیا از مفهوم مخالف ماده ۱ قانون امور حسبی می‌توان به این نتیجه رسید که الزاما هر امری که رسیدگی به آن متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد، امری ترافیعی بوده و در شمار امور حسبی قرار نمی‌گیرد؟

ظاهر این مستند قانونی مبین همین امر است. برخی از استادان نظیر استاد محترم جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان نیز فرموده‌اند: «تمام مواردی که دادرسی مسبوق به نزاع است، ترافیعی محسوب می‌شود...» ایشان در مورد حکم تقسیم ترکه موضوع ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی و جمع آن با ماده ۴۰ قانون امور حسبی و ماده ۳۳ آیین دادرسی مدنی سابق (دعوی بطلان تقسیم) اشعار داشتند که «از لحن ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی چنین برمی‌آید که حکم تقسیم نظیر آراء ترافیعی است ولی مفاد ماده ۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی (سال ۱۳۱۸) به کلی خلاف این استنباط را می‌رساند سپس جمع این مواد بدین شکل است که اگر تقسیم به تراضی انجام شود و دادگاه نقش مشاور و سرپرست شریکان را ایفا کند، هر یک از شرکا می‌تواند تقاضای ابطال آن را به سبب تخلف از قانون بخواهد.

برعکس اگر درخواست تقسیم به صورت دعوی مطرح شود و دادگاه با صدور حکم اختلاف شریکان را در باب اصل تقسیم و یا نحوه آن حل کند، رای از اعتبار امر مختوم استفاده می‌کند و قابلیت

تمام مواردی که
دادرسی مسبوق
به نزاع است،
ترافیعی محسوب
می‌شود

ابطال را ندارد (دکتر ناصر کاتوزیان کتاب امر قضاوت شده در دعوی مدنی - شماره‌های ۷۱، ۷۲ و ۸۱).

به اعتقاد اینجانب مدلول ماده ۱ قانون امور حسبی تاب تفسیر دیگری را نیز دارد. بدین توضیح که بر خلاف آنچه که در ماده ۲ آیین دادرسی مدنی جدید در باب دعاوی مطرح شده و تکلیف دادگاه‌ها در رسیدگی به هر دعوی را موقوف به درخواست ذینفع نموده، صدر ماده ۱ قانون امور حسبی دادگاه‌ها را مکلف به رسیدگی و اقدام نسبت به امور حسبی نموده بدون اینکه اقدام آنان مستلزم وقوع اختلاف و منازعه بین طرفین و اقامه دعوی از طرف آنان باشد.

در واقع مقنن دایره شمول امور حسبی را به کیفیتی توسیع داده و تنها توجه به ماهیت امور حسبی داشته است و نه صرف اقامه دعوی و یا عدم وقوع منازعه و اختلاف میان اشخاص. به دیگر سخن حتی رسیدگی به امور حسبی نیز ممکن است مسبوق به اختلاف و نزاع میان اشخاص و یا اقامه دعوی آنان باشد ولی این امر موجب نمی‌شود که موضوع و امر حسبی مورد رسیدگی تغییر ماهیت داده و به امر ترافعی تبدیل شود.

در حقیقت تکلیف دادگاه‌ها در رسیدگی به امور حسبی متوقف و موقوف بر وقوع اختلاف و اقامه دعوی نیست ولی در عین حال اگر اختلاف هم وجود داشته باشد و یا دعوی با عنوان تقسیم ترکه نیز اقامه گردد، موضوع تحت رسیدگی دادگاه به امری ترافعی تبدیل نمی‌شود بلکه کماکان امر حسبی است. بنابراین عناوینی که در قانون امور حسبی پیش‌بینی شده، اصولاً ماهیتی حسبی دارند و در شمار امور حسبی قرار می‌گیرند خواه تصمیم دادگاه مستلزم انشاء حکم باشد (ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی) خواه اقدام و تصمیمی ناظر بر نصب قیم برای محجور (مادتین ۶۵ و ۶۷ ق.ا.ح).

التهایه با توجه به مراتب فوق حتی اگر تقاضای تقسیم ترکه مسبوق به اختلاف و منازعه بوده و با اقامه دعوی مطرح شود، باز هم باید آن را امری حسبی تلقی و حکم دادگاه نیز حکم حسبی محسوب شود. در این خصوص ماده ۱۲ آیین‌نامه راجع به ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی مصوب سال ۱۳۲۲ وزارت دادگستری نیز موبد این استدلال است. زیرا اعلام نموده که: «اگر ترکه متوفی به وسیله دادگاه تقسیم شده و حکم نهایی دادگاه در این خصوص به اداره ثبت داده شود و یا اینکه ورثه، موصی‌له و وصی (در صورتی که وصیتی شده باشد) ترکه را تقسیم کرده باشند ملک مطابق تقسیمی که شده است ثبت می‌شود و در صورت اخیر اگر اختلافی مابین ورثه و موصی‌له یا وصی در تقسیم باشد ثبت ملک موقوف به رفع اختلاف در دادگاه خواهد بود.» یعنی دادگاه در مورد تقسیم ماترک، وفق ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی حکم صادر می‌کند خواه این حکم مسبوق به اختلاف و اقامه دعوی باشد و خواه مسبوق به اختلاف نباشد.

در هر حال حکم مزبور فقط قابل اعتراض و پژوهش و فرجام است که با صدور حکم نهایی دادگاه، دیگر اعتراض به آن مسموع نخواهد بود. در نتیجه وقتی حکم تقسیم ماترک متوفی را حکمی حسبی تلقی کنیم پاسخ سؤال بعدی روشن می‌شود. یعنی هر یک از طرف‌های حکم و اصحاب مربوط به این پرونده، می‌توانند اجرای حکم تقسیم ماترک را درخواست کنند خواه به عنوان خواهان درخواست تقسیم ترکه کرده باشند و خواه کسانی که به طرفیت آنها این درخواست تقسیم ترکه طرح شده است.

آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):

تقاضای تقسیم ترکه فی‌نفسه امری غیرترافعی است زیرا قانونگذار این امر را در زمره امور حسبی که امور غیرترافعی هستند قرار داده است. بند ۸ ماده ۳۷۵ قانون امور حسبی (اصلاحی ۱۳۴۵/۳/۱۷) موبد این موضوع است. این امر تا زمانی است که

در خصوص مالکیت ماترک ادعایی نشود یعنی مالکیت محل نزاع نباشد پس اگر مالکیت ماترک بین صحابه تقسیم و صاحبان سهام محل نزاع قرار گیرد یعنی اینکه مال معرفی شده را متعلق به مورث ندانند درخواست تقسیم از حالت غیرترافعی خارج و موضوع امر ترافعی محسوب شده و دعوی مالی می‌شود که باید بر اساس ارزش معاملاتی املاک خواسته تقسیم شده و تمبر دادرسی ابطال شود. (به موجب بند ۱۲ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت) در مورد قسمت دوم سنوآل، ماده ۲ قانون اجرای احکام مدنی بیان نموده است که احکام دادگاه‌ها وقتی به مورد اجرا گذاشته می‌شود که محکوم‌له یا نماینده یا قائم‌مقام قانونی او کتباً این تقاضا را از دادگاه بنماید.

محکوم‌له کسی است که حکمی در قسمتی به نفع او باشد لذا در فرض سؤال چون سایر ورثات که در مقام خواننده قرار گرفته‌اند، حکم تقسیم ترکه به نفع آنان نیز می‌باشد لذا می‌تواند تقاضای صدور اجرائیه را نماید و با توجه به مراتب مذکور اگر هر یک از ورثه تقاضای اجرائیه نماید چون در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن از محکوم‌له است لذا از تقاضای صدور اجرائیه باید ضامن اخذ نماید.

آقای مومنی (شورای حل اختلاف):

بین دعوی مطالبه سهم الارث ماترک و تقسیم ماترک باید تفاوت قابل شد مطالبه سهم‌الارث از نوع دعوی مالی (ترافعی) است اما تقسیم ماترک از امور حسبی است که در این فرض دادگاه منحصرأ چگونگی تقسیم را اعلام می‌کند و با اعلام چگونگی تقسیم هر یک از ورثه به این اعتبار که در جزء ماترک حصه مشاعیه دارد، می‌تواند درخواست اجرای تقسیم را مطرح سازد حتی بر فرض اینکه دادخواستی مطرح نشده باشد و محکوم علیه موجود نباشد. چون امور حسبی از جمله اموری است که در برخی از موارد و شرایط خاص تعطیل‌بردار نیست و حتی بدون حضور یا مداخله ورثات، دادرس دادگاه محل لازم است مطابق مواد ۳۰۰، ۳۰۵، ۳۰۹، ۳۲۵ و ۳۲۶ قانون امور حسبی نسبت به ماترک اقدامات لازم را اعمال نماید فلذا در فرض سؤال می‌توان گفت اساساً بحث محکوم‌له و محکوم‌علیه مصداق ندارد و بنا به درخواست هر یک از ورثات دادگاه نسبت به چگونگی تقسیم ماترک اعلام‌نظر می‌کند.

آقای صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

با توجه به ماده ۳۲۲ قانون امور حسبی، امور حسبی صرفاً اموری نیست که رسیدگی به آنها متوقف به اختلاف و منازعه بین اشخاص نباشد، بلکه بعضاً اموری است که اگرچه در مورد آنها نزاع نیست ولی دخالت دادگاه لازم است مع‌الوصف حکم به تقسیم ماترک در واقع صورت مجلسی است که در آن دادگاه مقدار ترکه، سهم هر یک از ورثات و آنچه برای تادیه دیون و اجراء وصیت منظور شده تصریح می‌نماید و مطابق ماده ۳۲۴ قانون مذکور، دادگاه تقسیم‌نامه‌ای به تعداد صاحبان سهام تهیه نموده و به آنها ابلاغ و تسلیم می‌نماید.

مع‌الوصف این تقسیم‌نامه مانند گزارش اصلاحی است که با عنایت به فراز آخر ماده ۳۲۵ که اشاره شد این تصمیم دادگاه، در حکم احکام دادگاه‌هاست و از آثار حکم دادگاه، از حیث اعتراض و پژوهش و فرجام برخوردار است و بر همین اساس بود که در ماده ۳۳ قانون سابق آیین دادرسی مدنی ابطال تقسیم‌نامه پذیرفته شده بود. ولیکن در آیین دادرسی مدنی جدید حذف شده و اعتراض به آن پذیرفته شده است فلذا تمامی صاحبان سهام که تقسیم‌نامه به آنها تسلیم و ابلاغ شد، می‌توانند تقاضای اجرا آن را بنمایند و مقررات اجرای احکام هم مانند سایر احکام از قبیل اخذ تامين از محکوم‌له در موافقی که حکم در قسمتی غیابی باشد قابل اجرا است.

**امور حسبی
صرفاً اموری
نیست که
رسیدگی به آنها
متوقف به اختلاف
و منازعه بین
اشخاص نباشد،
بلکه بعضاً اموری
است که اگرچه
در مورد آنها نزاع
نیست ولی دخالت
دادگاه لازم است**

آقای یزدانزاده (قاضی دیوانعالی کشور):

تقسیم ترکه از امور حسبی است ولی زمان حصول اختلاف در مالکیت ماترک دعوی ترافی می‌گردد و قواعد تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی در احکام افراز و یا تقسیم ماترک قابل اجراست.

آقای رضایی نژاد (دادگستری اسلامشهر):

نخست باید اشاره کنیم که استفاده از واژه دعوی غیرترافی نوعی تناقض به نظر می‌رسد چرا که با رجوع به تعریف دعوا مفهوم ترافع و تنازع نیز در آن یافت می‌شود و امور ترافی و غیر ترافی زیاتر است و اما در پاسخ بر فرض ثبوت ترکه معین و وراثت مشخصی که سوال نیز بر همین مبنا استوار است باید گفت که تقسیم ترکه فی الواقع درخواست تعیین مالکیت اختصاصی از مالکیت مشاع می‌باشد و نوعاً از امور حسبی است، مبتنی بر تنازع نیست و درخواست اعلام رسمی یک وضعیت از پیش موجود است که به اعلامی موسوم است. در اینکه موضوع نوعاً غیرترافی است تردیدی نیست.

مطرح کردن نوع اختلاف خارج شدن از بحث است چه در اینکه اختلاف موجب حق دادخواهی و دارای کیفیت ترافی است شکی نیست و جای بحث ندارد.

ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی نیز نباید توهم ترافی بودن را ایجاد



کند زیرا قابلیت اعتراض به هیچ وجه لزوماً موجب این وصف نیست که تصمیم مذکور یک دعوا محسوب شود و لذا در پاسخ می‌وان گفت که تصمیم دادگاه در موضوع تقسیم ترکه نتیجه یک امر حسبی است و بنابراین با اعلام یک وضعیت از پیش موجود حکم فاقد وصف تالیسی است و لذا بحث اجرائیه و اعمال تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی امری خارج از موضوع بحث بوده قابل پرداخت نیست.

آقای سفلائی (مجمع قضائی بحث):

نظر اول: با توجه به ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی که امکان تقسیم به تراضی بین وراثت را ممکن دانسته است دعوی تقسیم را می‌توان از امور غیرترافی دانست با این وصف تمامی ورثه ذینفع هستند و می‌توانند درخواست صدور اجرائیه نمایند چون تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به امور ترافی است و شامل امور حسبی نمی‌گردد.

نظر دوم: امر تقسیم معمولاً توأم با اختلاف بین ورثه است حداقل در نحوه تقسیم توافقی نیست لذا از امور ترافی است و با عنایت به ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی که تصمیم دادگاه را در ردیف احکام قرار داده است درخواست صدور اجرائیه فقط به درخواست متقاضی تقسیم خواهد بود و رعایت تبصره ۲ ماده ۳۰۶ ق.آ.د لازم است.

مظر سوم: تعیین اینکه تقسیم ترکه جزو امور ترافی است یا غیرترافی مواجه با این اشکال است که درخواست تقسیم جزو

امور حسبی است و با توجه به تعریف مذکور در ماده یک که امور حسبی را نیازمند اختلاف و ترافع ندانسته پس امکان اختلاف هم وجود دارد با این توصیف می‌توان گفت که تقسیم از امور حسبی است که امکان دارد ترافع و دعوی در آن وجود داشته باشد یا بدون اینکه اختلاف وجود داشته باشد هر یک از وراثت درخواست تقسیم ترکه را از دادگاه نمایند.

چنانچه درخواست تقسیم بدون اختلاف باشد نتیجه رسیدگی اثبات حق نیست بلکه تثبیت حق استقلالی وراثت است و در این صورت اساساً درخواست مطروحه ادعا نیست تا احتمال صدق و کذب آن باشد و نتیجه دادرسی اثبات مالکیت و حق نیست بلکه تبدیلی مال مشاع به مفروز است لذا ابتدائاً می‌توان گفت جزو امور غیرترافی می‌باشد.

در صورتی که بین وراثت اختلافی در اصل ترکه بودن مال باشد یعنی در مالکیت حین الفوت مورث اختلاف به وجود آید با توجه به رای وحدت رویه شماره ۵۷۹ - ۱۳۷۱/۷/۲۸ می‌تواند جزو امور ترافی قرار گیرد.

در رای دیوان عالی کشور آمده است «بند ۱ ماده ۷ ق. تشکیل دادگاه‌های حقوقی یک و دو راجع به تقسیم ترکه ناظر به موردی است که اموال مورد درخواست تقسیم متعلق به مورث اعلام و تقسیم آن به قدرالسهم ورثه تقاضا شود لیکن اگر راجع به این اموال ادعای مالکیت مطرح گردد و در مالکیت مورث، حین الفوت او اختلاف شود دعوی مالکیت بر طبق بند سه ماده مرقوم از دعوی مالی محسوب و صلاحیت دادگاه تابع بهای خواسته و نصاب قانونی دادگاه‌های حقوقی ۱ و ۲ خواهد بود...»

با توجه به ماده ۳۰۰ قانون امور حسبی که مقرر می‌دارد «در صورت تعدد ورثه هر یک از آنها می‌تواند از دادگاه درخواست تقسیم سهم خود را از سهم سایر ورثه بخواهد.» همچنین مطابق ماده ۳۰۴ قانون امور حسبی آمده است: «درخواست تقسیم باید کتبی و مشتمل بر امور زیر باشد: ۱- نام و مشخصات درخواست‌کننده و متوفی ۲- ورثه و اشخاص دیگری که ترکه باید بین آنها تقسیم شود و سهام هر یک» رسیدگی دادگاه تعیین حصه مفروز برای هر یک از ورثه است که با این توصیف محکوم یا محکوم علیه در تصمیم دادگاه نداریم تا بگوییم که فقط درخواست‌کننده حق درخواست صدور اجرائیه داشته باشد البته می‌بایست به این نکته توجه داشته باشیم که ممکن است تصمیم دادگاه در باب تقسیم مستلزم اقدام اجرائیه نباشد مثل اینکه هر قسمت از ترکه در سهم هر یک از وراثت قرار گیرد بدون اینکه نیاز به تعدیل و رد یا فروش باشد.

در مورد رعایت تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی با استفاده از وحدت ملاک و الغاء خصوصیت می‌توان گفت لازم است که در اجرای تصمیم دادگاه در باب تقسیم تبصره مذکور رعایت گردد یعنی ملاک اجرای تبصره حفظ حقوق غایب است که در اجرای تقسیم ترکه نیز این نگرانی وجود دارد که حقوق غایب رعایت نشده و با حضور و اعتراض وی این امر ثابت شود و برای جبران خسارات وارده می‌بایست تضمین اخذ شود همچنین خصوصیتی در سایر احکام نیست که نوان آن را در تصمیم دادگاه بر تقسیم که به موجب ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی حکم تلقی شده لازم‌الاجرا دانست قاعده (الغائب علی حجت) در تمام امور تسری دارد.

آقای نصراله پور (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۲ تهران):

به موجب ماده ۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲ امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد. بنابراین قانونگذار خود امور حسبی را تعریف نموده است. حسب: در فرهنگ لغت فارسی عمید جلد اول صفحه ۷۹۱ به

در ترمینولوژی حقوق آمده است: حسب از مفهوم اعتراض و تعرض گرفته شده است که حاجت به شکایت کسی ندارد و مقام رسمی ارتجالاً متعرض آنها می‌شود و لازم نیست از مقوله خیرات و عبادات باشد.

معنای اجر - ثواب، مفرد و جمع محاسب آمده است. همچنین در ترمینولوژی حقوق دکتر جعفری لنگرودی جلد اول میسوط صفحه ۶۴۶ آمده است: «حسبه از مفهوم اعتراض و تعرض گرفته شده است که حاجت به شکایت کسی ندارد و مقام رسمی ارتجالا متعرض آنها می شود و لازم نیست از مقوله خیرات و عبادات باشد.

تقسیم ترکه از امور حسبی و به بیان دیگر غیر ترافیعی بوده و رسیدگی به آن مستلزم درخواست شفاهی یا کتبی است نه تقدیم دادخواست یعنی مقررات ماده ۴۸ به بعد آیین دادرسی مدنی را لازم ندانسته اند و این درخواست به طرفیت کلیه ورثه قابل طرح است

بنابراین با توجه به اصول حاکم بر قواعد آیین دادرسی مدنی و اجرای احکام مدنی اجرای حکم منوط به مطالبه از سوی محکوم له می باشد چرا که در صورت پذیرش اجرای حکم با درخواست محکوم علیه با فلسفه وضع این تبصره مغایرت ایجاد شده و مستندی در جهت تضمین حقوق احتمالی محکوم علیه غایب وجود ندارد.

و در جای دیگر بیان می کند «هر امر غیر ترافیعی که طبع آن از مصالح عامه باشد از امور حسبی است مانند افلاس پس امور حسبی به مصالح عامه بستگی دارد خواه آن را بر صلاحیت دادگاه قرار داده باشند خواه نه. نظارت بر مصرف صحیح موقوفات از امور حسبی است و باز بیان می دارند، در فقه معیار دقیقی از امور حسبی دیده نشده است. و همچنین امور ترافیعی آن است که واجد عناصر دعوی باشد امور ترافیعی متفرع است به حضور طرفین ولی امور حسبی متفرع به طرفین نیست بلکه یک طرف نیز کفایت می کند. همچنین در جای دیگر در خصوص عناصر دعوی بیان می دارند: (جلد سوم صفحه ۱۹۲۱)

دعوی: خواستن چیزی بر اساس منازعه است و عناصر آن چنین است: ۱- اخبار از حقی معلوم ۲- اخبار مذکور به ضرر کسی یا کسانی معلوم باشد ۳- آن اخبار به نفع مخیر باشد یا به نفع کسی که وی نماینده او است. ۴- مطالبه حق به وسیله مخیر مذکور باشد. ۵- وجود منازعه بین دو طرف (متداعیین) ۶- حقی که مدعی می طلبد باید جنبه خصوصی داشته باشد (حق الناس). وقتی عناصر مذکور گرد آیند امری ترافیعی صورت می بندد و صراحتا بیان می دارد «تقسیم ترکه از امور حسبی نیست».

همچنین قانونگذار در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۷۹/۱/۲۱ در ماده یک آن قانون آورده است «آیین دادرسی مدنی، مجموعه اصول و مقرراتی است که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی در دادگاه های عمومی و انقلاب به کار می رود».

ملاحظه می گردد که قانونگذار در قانون اخیر رسیدگی به امور حسبی را برخلاف ماده ۲ قانون امور حسبی که رسیدگی به امور حسبی را تابع مقررات قانون امور حسبی دانسته بود، بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی دانسته و با توجه به ماده ۵۲۹ همان قانون کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون را ملغی نموده است. بنابراین می توان گفت با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی ماده ۲ قانون امور حسبی منسوخ گردیده است. (نظر اداره حقوقی نیز همین است).

همچنین در ماده ۳۲۶ قانون امور حسبی آمده است مقررات قانون مدنی راجع به تقسیم در مورد تقسیم ترکه جاری است و نیز مواد مختلف قانون مدنی به بحث شرکت قهری و تقسیم ترکه اختصاص دارد.

دعوی تقسیم ترکه نیز با توجه به مقررات مواد ۲۳۲، ۲۳۳، ۳۰۰، ۳۰۴، ۳۲۴ قانون امور حسبی باید به طرفیت کلیه ورثه باشد در غیر این صورت درخواست تقسیم ترکه قابل استماع نخواهد بود. همچنین در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م آمده است «اجرای حکم غیابی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تامين متناسب از محکوم له خواهد بود. مگر اینکه دادنامه یا اجرائیه به محکوم علیه غایب ابلاغ واقعی شده و...»

بنابراین با عنایت به مطالب معنونه مارالذکر: اولاً: دعوی تقسیم ترکه از جمله دعاوی ترافیعی بوده نه حسبی. ثانیاً: در صورت پذیرش دعوی ترافیعی پاسخ قسمت دوم سؤال نیز روشن است چرا که فلسفه وضع این تبصره تضمین حقوق احتمالی محکوم علیه غایب می باشد و در تبصره ۲ ماده ۳۰۶ نیز صراحتاً «اخذ تامين متناسب از محکوم له» آورده است. همچنین ماده یک قانون آیین دادرسی مدنی نسخ ماده ۲ قانون امور حسبی بوده و قواعد و مقررات قانون آیین دادرسی مدنی حاکمیت دارد.

آقای حسینی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۳ تهران):

دعوی تقسیم ترکه در فصل هفتم از باب پنجم قانون امور حسبی آمده است همان طوری که می دانیم در این قانون امور حسبی ذکر شده هر چند که ماده یک قانون امور حسبی تعریف روشنی از امور حسبی ارائه نکرده لکن با توجه به اینکه برخی از دعاوی و یا موضوعات مشخصی از قبیل مهر و موم و تعیین یا عزل قیم و سایر امور راجع به ترکه در قانون مذکور احصاء شده می توان نتیجه گرفت که موارد احصاء شده در قانون امور حسبی با توجه به تعریف ماده یک قانون مذکور در واقع دعوی ترافیعی محسوب نمی گردند. دعوی تقسیم ترکه نیز صرف نظر از اینکه در قانون امور حسبی آمده با توجه به تعریف دعوی ترافیعی و اینکه دعوی در واقع ادعایی است که از سوی خواهان مطرح می شود و ممکن است مورد پذیرش یا انکار خواننده قرار گیرد. در این دعوی متقاضی صرفاً درخواست تقسیم ماترک متوفی را بین ورثه می نماید و این امر چیزی نیست که بتوان آن را منکر شد و دادگاه نیز صرفاً حصه هر یک از طرفین را مشخص می کند مگر آنکه بین طرفین اختلاف در مالکیت مطرح شود که در این صورت اثبات مالکیت هر یک از طرفین نسبت به موضوع دعوی امری ترافیعی محسوب می شود. بنابراین مادامی که اختلاف در مالکیت رخ ندهد دعوی تقسیم ترکه ترافیعی محسوب نمی شود.

تقسیم در واقع یعنی تعیین حصه و سهم هر یک از شرکا یا ورثه در مال مشاع و با توجه به مواد ۳۱۶، ۳۱۹، ۳۲۲ و ۳۲۵ قانون امور حسبی دادگاه در جهت رسیدگی به درخواست خواهان سهم هر یک از ورثه را نسبت به ماترک مشخص می نماید و هر یک از ورثه پس از تقسیم، مالک مستقل سهم خود خواهد بود.

در فرض سؤال نیز چون خواسته خواهان صرفاً تقسیم ترکه بوده و دادگاه نیز پس از رسیدگی سهم هر یک را مشخص می نماید رأی صادره جنبه اعلامی خواهد داشت و برابر ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی اساساً نیازی به صدور اجرائیه نیست. چون خواسته خواهان تقسیم ترکه بوده نه تحویل آن و یا مطالبه سهم الارث و دادگاه هم برابر مقررات قانون امور حسبی و قانون مدنی به خواسته خواهان رسیدگی و سهم هر یک را از ماترک متوفی مشخص می نماید و چون خواهان سهم الارث را مطالبه نکرده بنابراین نمی توان اجرائیه صادر نمود.

بدیهی است چنانچه خواهان سهم الارث خود را نیز مطالبه کند و حکم نسبت به خواننده غیابی باشد اولاً نیاز به سپردن تامين می باشد و ثانیاً محکوم علیه نمی تواند تقاضای صدور اجرائیه نماید چون به موجب ماده ۲ قانون اجرای احکام مدنی صرفاً محکوم له یا نماینده یا قائم مقام قانونی او حق چنین تقاضایی را دارد.

آقای طاهری (مجمع قضائی شهید صدر):

اداره حقوقی معتقد است: اولاً: با صدور حکم ترکه و قطعیت آن چنانچه مورد حکم تقسیم مستلزم صدور اجرائیه باشد هر یک از ورثه می توانند از دادگاه تقاضای صدور اجرائیه نمایند و ضرورتی ندارد که منحصرآ متقاضی تقسیم درخواست صدور اجرائیه نماید.

در نظریه اداره حقوقی قائل به تفکیک هستند جایی که اجرائیه لازم باشد و در بعضی موارد صدور اجرائیه لازم نیست احتمالاً آن را جنبه اعلامی دانسته اند (موضوع حکم تقسیم) اما آنجایی که صدور اجرائیه لازم باشد، صدور آن را از طرف هر یک از ورثه

دینفع ممکن دانسته‌اند (این قسمت اول نظریه).

ثانیا، تقسیم ترکه از امور حسبی و به بیان دیگر غیرترافعی بوده و رسیدگی به آن مستلزم درخواست شفاهی یا کتبی است نه تقدیم دادخواست یعنی مقررات ماده ۴۸ به بعد آیین دادرسی مدنی را لازم ندانسته‌اند و این درخواست به طرفیت کلیه ورثه قابل طرح است در نتیجه همه آنها دینفع در تقسیم ترکه محسوب گردیده و نمی‌توان آنها را به محکوم‌له و محکوم‌علیه تقسیم کرد و چون تبصره ۲ ماده ۲۰۶ ق.آ.د.م دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹ راجع به امور ترافعی است اخذ ضامن از متقاضی تقسیم، جواز قانونی ندارد.

نظریه شماره ۸۶۰۹ / ۷ مورخه ۸۴/۱۱/۳۰ اداره کل حقوقی و اسناد امور مترجمین قوه قضائیه به کل امور حسبی ماهیت غیرترافعی داده است از جمله دعوی تقسیم را تابع تشریفات آیین دادرسی ندانسته است اجرای آن هم نسبت به حضوری و غیابی اصلا مصداق ندارد.

در مجتمع بحث شد:

ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی، تصمیم راجع به تقسیم را حکم شناخته است و قانونگذار در مقام بیان بوده و نه در مقام سکوت چرا قانونگذار گفته که حکم شناخته می‌شود؟

بعضی از همکاران معتقدند به دلیل ماهیت حسبی آن، غیرترافعی است و کل امور حسبی را امور غیرترافعی می‌دانند و استدلال آنها همین است.

بعضی دیگر معتقدند دعوی تقسیم دارای دو جنبه است ضمن آنکه از امور حسبیه محسوب می‌شود لکن با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۳۲۴ تصمیم راجع به آن را حکم شناخته است معتقدند که آثار حکم را دارد و ماهیت غیرترافعی در حکم امری آن امر نیست اما از لوازم عرفی، عقلی و نقلی آن امر استفاده می‌کنند (مش غصب و در حکم غصب) وقتی که آثار حکمی داشته باشد از نظریه اداره حقوق تمکین نمی‌کنند حکم است و محکوم‌له تقاضای صدور اجرائیه می‌کند و در صورت غیابی بودن طبیعتا اجرای تبصره ۲ ماده ۲۰۶ (اخذ تأمین مناسب در احکام غیابی) لازم و ضروری است.

از نظر فقهی معتقدند که ما نص خاصی نداریم که کل امور حسبی غیرترافعی باشد و معتقدند که هر دوی این نظرها قابل توجیه است.

ثالثا: اگر زوج‌ای درخواست تقسیم کند که خود مجتهد باشد یا ز مجتهدی تقلید کند که آن مجتهد یا خود وی معتقد باشد که زوج از عرصه هم ارث می‌برد نه فقط از اعیان و دادگاه وارد ماهیت شده و استدلال و استنتاج می‌کند و رسیدگی به این موضوع صرف یک امر غیرترافعی نیست (اذن در شی اذن در لواحق و لوازم شی هم محسوب می‌شود) و (اذاجاء الاحتمال بطل الاستدلال).

مطلب دوم: در مورد لوازم خاص پدر است که به فرزند ارشد ذکور می‌رسد مثل شمشیر، جانماز و مرکب. حال اگر ادعا کرد مرکب پدرم بنز مدل بالا فلان و فلان باشد و به من می‌رسد در اینجا وقتی دادگاه بررسی می‌کند که این ماشین مرکب محسوب می‌شود یا نمی‌شود (مصادق تعیین کند) یا اینکه به پسر می‌رسد یا نمی‌رسد به چه ترتیبی است مخالفین معتقدند بایستی حکم نقلی شده و از امور ترافعی است و تقسیم ترکه را از شان قاضی و محکمه می‌دانند و آنچه در شان قاضی باشد به قیاس اولی، مشمول اتخاذ تصمیم در قالب حکم و آثار حکمی است.

در رسیدگی به موضوع حدود، قاضی قضاوت نمی‌کند بلکه فقط اجرای حد الهی می‌کند و عقیده دارند که در اجرای حدود هیچ دعوی در میان نیست اما این حق را به قاضی می‌دهد که وارد ماهیت شده و حکم صادر کند.

حد از رای گیری از جمع موجود ۸ نفر معتقد بودند که تقسیم

ترکه از امور حسبی بوده و غیرترافعی است و ۶ نفر دیگر معتقد بودند که می‌تواند دارای دو جنبه بوده و بعضا دارای آثار ترافعی و آثار قانونی خودش باشد.

در تعریف دعوی ترافعی: دعوی است که طرفین متخاصمین جهت اثبات یا رد یک موضوع نزد حاکم اقامه و طرح می‌نمایند. ترافع بر وزن تفاعل است و تفاعل به عمل دو طرفه گویند و لازم و متعدی است و عقیده دارم واژه دعوی غیرترافعی صحیح نبوده و بایستی بگوییم امر غیرترافعی (بدون دعوی) مثل گواهی حصر وراثت.

آقای سلیمی (دانشگاه آزاد اسلامی):

وقتی که طرفین برای حل یا فصل دعوی به دادگاه مراجعه می‌کنند ترافعی است. تقسیم هم خیلی وقت‌ها به جهت اختلاف بین ورثه و صاحبین مال مشاعی است و لذا اگر حکم برای رفع اختلاف بین طرفین باشد ترافعی است و خواهان و خوانده خواهیم داشت، امور ترافعی نیاز به اجرائیه دارد و کسی که حکم به نفعش صادر شده می‌تواند درخواست اجرائیه کند و نه محکوم‌علیه.

خانم جلیلی (دادسرای عدالت):

همکاران در دادسرا عقیده دارند دعوی ترافعی محسوب نمی‌شود و قسمت اخیر سؤال هم منتفی می‌شود و نظر شخصی من این است که اولاً در دعوی ترافعی اختلاف و نزاع است و ثانیا وجود طرفین دعوا لازم می‌باشد که تقسیم ترکه فارغ از این دو خصوصیت است. مقنن در ماده ۳۰۰ از عبارت درخواست تقسیم و نه دادخواست تقسیم صحبت کرده و در خصوص غیابی بودن بایستی ضامن معتبر و تأمین مناسب اخذ شود و محکوم‌علیه و محکوم‌له به معنای احصای آیین دادرسی مدنی نداریم منتهی طبق ماده ۳۲۵ قانون امور حسبی: هر یک از ورثه پس از تقسیم مالک مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی به آن سهم می‌نماید و هر یک از ورثه به صورت جداگانه می‌توانند تقاضا داشته باشند که مال را به تصرفشان بدهند.

آقای رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):

دعوی ترافعی دعوی است که نیاز ندارد به حاکم مراجعه شود چون از رفع به معنی مراجعه کردن می‌باشد اگر بخواهیم مال منقول را تقسیم کنیم بایستی بیستم چه خساراتی به بار می‌آید و وقتی حکمی اجرا می‌شود نیم‌عشری وصول می‌شود (از خواهان درخواست‌کننده) که این خلاف است و نباید بگوییم در امر تقسیم هر کدام از خوانندگان می‌توانند درخواست تقسیم کنند خواننده‌ای که راضی به تقسیم نبوده و علیه وی دادخواست دهند چطور می‌توانیم به او اجازه دهیم که تقسیم کند.

بنابراین قابل قبول نیست و معتقدیم که برای اجرای هر حکمی تعهد و ضمانت نیاز است (در اجرای تبصره ۲ ماده ۳۰۶) در اینجا هم بایستی ضمانت اخذ شود چون ضرری به طرف می‌رساند چون سهمی را که دادگاه تقسیم می‌کند با مراجعه به ثبت اسناد و به قید قرعه تعیین می‌شود و حکم دادگاه مبنای کار است. اگر خوانده بخواهد تقاضای اجرائیه کند حق نیم‌عشر را به گردن خواهان می‌گذارد. دیوان عدالت اداری به جای دعوی ترافعی، دعوی تدافعی می‌نویسد.

آقای زندی (معاون آموزش دادگستری تهران):

رویه قضائی:

ماده ۱ قانون امور حسبی تکلیف امور ترافعی و حسبیه را مشخص نموده و می‌گوید: اموری که دادگاه‌ها نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد.

اگر حکم برای رفع اختلاف بین طرفین باشد ترافعی است و خواهان و خوانده خواهیم داشت، امور ترافعی نیاز به اجرائیه دارد و کسی که حکم به نفعش صادر شده می‌تواند درخواست اجرائیه کند و نه محکوم‌علیه.

مفهوم امور حسبی بدون اختلاف، نزاع و دعوی است و اگر مقدمه آن اختلاف نبود امور حسبی است مثلاً تقسیم چنانچه متضمن اختلاف بین اشخاص باشد امر حسبی نیست حال اگر نزاع و نفاذ بین طرفین باشد تابع سایر شرایط دعوی است و مقررات سایر دعاوی بایستی رعایت شود. (همه آثار دعاوی بر آن بار است) مثل قانون اجرای احکام در اجرای حکم و حسب مورد این حکم نیاز به اجرائیه دارد.

اصل بر این است که همه احکام مدنی نیاز به اجرائیه دارند مگر اینکه حکم اعلامی باشد. در ماده ۴ اجرای احکام مدنی اجرای حکم با صدور اجرائیه به عمل می‌آید مگر آنکه حکم اعلامی باشد و زمانی اعلامی است که مستلزم انجام عملی از سوی محکوم علیه نیست. اگر تقسیم متضمن رد، فروش یا تعدیل باشد نیاز به اجرائیه است. در احکام غیابی محکوم علیه نمی‌تواند تقاضای اجرائیه کند اگر برخی هم غایب هستند رویه اجرای احکام غیابی بر آن بار خواهد شد. اگر مقدمه تقسیم ترکه اختلاف باشد دعوی است حال اگر اختلاف در مالکیت شود این دعوی مالی است.

بهرغم اینکه ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی هم تأکید دارد که این تصمیم حکم است، اما در رویه قضایی آثار حکم را در عمل بر آن بار نمی‌کردند حال چه استدلالی بود؟ تمایز بین دعوی ترافیعی و غیرترافیعی را این می‌دانند که دعوی از اعتبار امر مختومه برخوردار است یعنی دادگاهی که رای صادر کرده حق ورود و مراجعه مجدد به این قضیه را «خودش» ندارد (امور مختومه) حتی اگر پی برده باشد که اشتباه کرده دیگر قاعده فراع جاری خواهد بود. اما رویه قضایی را که می‌بینیم گفته می‌شود که دعوای بطلان تقسیم در همان دادگاهی پذیرفته می‌شود که تقسیم را انجام داده است و این خلاف امر مختومه بودن است.

**امور حسبی
اموری است که
دادگاه‌ها مکلفند
نسبت به آن امور
اقدام نموده و
تصمیمی اتخاذ
نمایند بدون اینکه
رسیدگی به آنها
متوقف بر وقوع
اختلاف و منازعه
بین اشخاص و
دعوی از طرف
آنها باشد.**

نظریه قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۶/۴/۲۸):

با توجه به فصل هفتم از باب پنجم قانون امور حسبی راجع به تقسیم ترکه و با توجه به ماده ۱ قانون یاد شده که بیان نموده: «امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلفند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و دعوی از طرف آنها باشد».

بنا به مراتب فوق باید گفت در تقسیم ترکه چنانچه راجع به مالکیت آن نزاع و اختلافی نباشد از امور ترافیعی محسوب نمی‌گردد در نتیجه رسیدگی به آن با رعایت قانون مذکور انجام می‌گیرد و حتی اگر نسبت به قسمتی از ترکه هم اختلاف نباشد به نحو فوق قابل رسیدگی خواهد بود زیرا رسیدگی دادگاه در این خصوص اثبات حق نیست بلکه تثبیت حق وراثت است که برابر ماده ۳۲۴ قانون فوق‌الذکر به صورت تقسیم‌نامه تنظیم می‌گردد و مانند گزارش اصلاحی است و حکم شناخته می‌شود چون این حکم تنها به نفع خواهان نیست بلکه به نفع خوانده هم می‌باشد لذا تقاضای صدور اجرائیه منحصر به خواهان نخواهد بود اگر وی چنین درخواستی نکند خوانده این حکم که ذینفع می‌باشد می‌تواند تقاضای صدور اجرائیه کند و در هر حال جهت حفظ حقوق غایب اجرای آن طبق تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تأمین متناسب از تقاضاکننده اجرائیه خواهد بود.

سوال ۳۸۵ - آیا ماموران جهاد کشاورزی با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری باغ‌ها مصوب ۸۵ بدون حکم دادگاه می‌توانند به قلع و قمع بنا مستحذات اقدام نمایند؟

آقای صدقی (مستشار دادگاه تجدیدنظر):

با عنایت به تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اصلاح حفظ کاربری اراضی

زراعی و باغ‌ها مصوب ۸۵، صدور حکم دادگاه نافی وظیفه مامورین وزارت جهاد کشاورزی در قلع و قمع مستحذات غیرمجاز و اعاده اراضی به حالت سابق نمی‌باشد. زیرا قانونگذار به جهت اینکه گذشت زمان در طول فرآیند دادرسی تا صدور حکم و قطعیت آن، وسیله‌ای برای احداث بنای غیرمجاز و از بین بردن اراضی کشاورزی نشود و حکم صادره را متعاقباً با تعذر و تعسر اجرا مواجه ننماید، این اختیار فوق‌العاده را به مامورین داده است کما اینکه امروزه احکام زیادی در مورد قلع و قمع بنا و مستحذات موجود است که به علت گذشت زمان نسبتاً طولانی از تاریخ احداث اینه غیرمجاز، قابلیت اجرا وجود ندارد و از طرفی با عنایت به اینکه مامورین با حضور نماینده دادستان (که نماینده مدعی‌العموم و حافظ منافع جامعه است) نسبت به قلع و قمع مستحذات اقدام می‌نمایند از این حیث به نوعی کنترل قضایی بر اعمال مامورین می‌شود و از تضییع حقوق اشخاص جلوگیری می‌شود.

مضافاً اینکه اگر منظور از تبصره ۲ قانون مرقوم، قلع بنا پس از صدور حکم بوده، علاوه بر اینکه تکرار آن در تبصره جداگانه عث بود (چون در مقررات اجرای احکام مدنی به صورت مستوفی آمده است) و از این جهت انتساب عمل لغو و عث به مقنن صحیح نمی‌باشد، بلکه با تبصره ۱ همان ماده در تعارض آشکار است. بالاخره در سوابق قانونگذاری کشورمان مانند قانون ایمنی راه‌ها، چنین مقررات مشابهی پیش‌بینی شده است که قبل از صدور حکم با حضور دادستان مستحذات غیرقانونی توسط مامورین رفع می‌شود.

آقای یزدان‌زاده (قاضی دیوانعالی کشور):

به صراحت ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی باغ‌ها مصوب ۸۵/۳/۱ مامورین جهاد کشاورزی محل فقط می‌توانند عملیات اجرایی را تا قبل از صدور حکم قطعی قضایی متوقف کنند و در صورت عجز نیز طبق تبصره ۱ ماده مرقوم می‌توانند از نیروی انتظامی درخواست همکاری نمایند و اعمال قواعد تبصره ۲ ماده مذکور موقوف به صدور حکم قطعی از دادگاه است که قلع و قمع بنا و مستحذات و اعاده وضعیت زمین به حالت اولیه با حضور نماینده دادسرا و یا نماینده دادگاه که مجری احکام است امکانپذیر می‌باشد.

آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):

ماموران جهاد کشاورزی بدون حکم دادگاه نمی‌توانند نسبت به قلع و قمع بنا و مستحذات اقدام نمایند و تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ منصرف به زمان بعد از صدور حکم قطعی دادگاه است این مطلب از مواد قبلی قانون مذکور استنباط می‌شود زیرا در ماده ۳ قانون مارالذکر بیان شده است که کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ‌های موضوع این قانون که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره یک ماده یک این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند علاوه بر قلع و قمع بنا به پرداخت جزای نقدی از یک تا سه برابر بهای اراضی و باغ‌ها به نرخ روز با کاربری جدید محکوم می‌شوند.

از سوی دیگر ماده ۱۰ قانون مذکور هرگونه احداث بنا را جرم دانسته و ماموران جهاد کشاورزی را مکلف کرده است تا نسبت به توقف عملیات اقدام و مراتب را به اداره متبوع جهت انعکاس به مراجع قضایی اعلام نمایند و حسب تبصره یک ماده مذکور نیز ماموران جهاد کشاورزی در صورت ادامه عملیات از طریق نیروی انتظامی نسبت به جلوگیری از ادامه عملیات اقدام می‌نمایند. لذا با توجه به مفاد مواد مذکور تبصره ۲ ماده ۱۰ مذکور در مقام بیان قلع و قمع مستحذات پس از صدور و قطعی بودن حکم دادگاه است که اجرای حکم با حضور نماینده دادسرا و تنظیم صورتجلس

توسط ماموران جهاد کشاورزی اقدام می‌شود. در صورتی که ماده مذکور را به نحو دیگر تغییر دهیم و بگوییم ماموران جهاد می‌توانند قبل از حکم دادگاه قلع و قمع نمایند مواد قبلی قانون مذکور لغو و بیهوده است و این امر از قانونگذار بعید است.

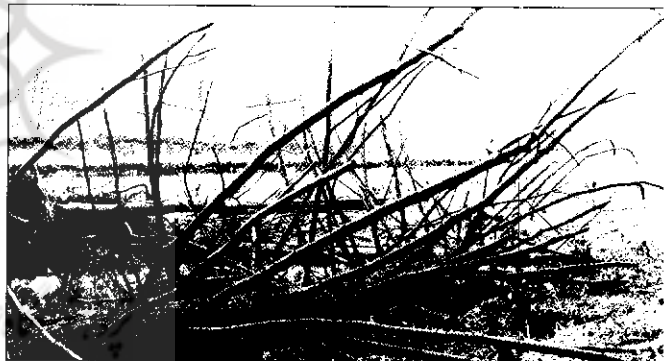
آقای سفلیای (مجمع قضائی بعثت):

تفاه نظر: با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها که این اختیار را به مامورین جهاد کشاورزی داده تا بتوانند راساً نسبت به قلع بنا و مستحذات اقدام نمایند از طرفی تشخیص نوع کاربری و تغییر آن به عهده جهاد کشاورزی است و با این مینا تفویض اختیار شده تا بتوانند اقدام به قلع بنا نمایند. اگر اختیار مذکور را ناظر بر اجرای حکم قلع مذکور در ماده ۳ بدانیم این ایراد مطرح است که اجرای احکام با دادستان است اگر هدف قانونگذار برداشتن این بار از دوش دادسرا بود حضور نماینده دادستان با این امر منافات دارد مضافاً اگر هدف اجرای حکم ماده ۳ بود چه ضرورتی به تفویض آن به مامورین جهاد کشاورزی بود.

اختیار قلع و قمع ابتدایی بدون نیاز به حکم یا رسیدگی در تبصره ۴ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب و تبصره ذیل ماده ۶ قانون یمنی راه‌ها و همچنین در قانون حفظ و جلوگیری از گسترش شهر تهران پیش‌بینی شده است و استفاده از عنوان قلع بنا در ماده ۳ در فرضی است که تبصره ۲ اعمال نشده است.

آقای نصراله‌پور (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۲ تهران):

بر اساس اصل ۳۶ قانون اساسی دادگستری مرجع تظلمات است



و اصل بر رسیدگی در محاکم قضائی و توسط مقامات قضائی می‌باشد مگر خلاف آن صراحتاً در قوانین آمده باشد و در مقام شک می‌بایست اصل احترازی بودن را جاری ساخت و به قدر متیقن آن اکتفا کرد یعنی رسیدگی در دادگستری و نزد مقامات قضائی.

با توجه به ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری زراعی باغ‌ها که اصلاح شده قانون سابق می‌باشد آمده است:

«هرگونه تغییر کاربری در قالب ایجاد بنا، برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌گردد، چنانچه به طور غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره ۱ ماده ۱ این قانون صورت پذیرد، جرم بوده و ماموران جهاد کشاورزی محل مکلفند نسبت به توقف عملیات اقدام و مراتب را به اداره متبوع جهت انعکاس به مراجع قضائی اعلام نمایند.

تبصره یک: چنانچه مرتکب پس از اعلام جهاد کشاورزی به اقدامات خود ادامه دهد نیروی انتظامی موظف است بنا به درخواست جهاد کشاورزی از ادامه عملیات مرتکب جلوگیری نماید.

تبصره ۲: ماموران جهاد کشاورزی موظفند با حضور نماینده دادسرا و در نقاضی که دادسرا نباشد با حضور نماینده دادگاه محل ضمن

تنظیم صورتمجلس راساً نسبت به قلع و قمع بنا و مستحذات اقدام و وضعیت زمین را به حالت اولیه اعاده نمایند».

ملاحظه می‌گردد که عبارتی همچون «جرم بوده»، «ماموران جهاد کشاورزی محل مکلفند نسبت به توقف عملیات اقدام نمایند»، «مراجع قضائی اعلام نمایند» و «چنانچه مرتکب پس از اعلام جهاد کشاورزی ادامه دهد»، «نیروی انتظامی بنا به درخواست جهاد کشاورزی موظف به جلوگیری از ادامه عملیات می‌باشد» جمله‌گی حکایت از سیر یک سری مراحل رسیدگی طولی دارد و چاره‌ای نداریم که ماده ۱۰ را ناظر بر ماده ۳ همین قانون بدانیم چرا که خود ماده ۱۰ صراحتاً از لفظ «جرم بودن» استفاده کرده است اگر جرم است به موجب کدام ماده قابل مجازات می‌باشد؟

بنابراین باید تفسیر کرد که تبصره ۲ ماده ۱۰ در مقام اجرای حکم می‌باشد آن هم پس از صدور حکم بر اساس ماده ۳ همین قانون می‌بایست اعمال گردد و در ماده ۳ صراحتاً قلع و قمع بنا و مستحذات آمده است در این صورت ماده ۱۰ و تبصره یک زاید می‌باشند و لزومی به آوردن یک ماده مستقل با دو تبصره نبوده است و اگر این را بپذیریم با اصل حکمت قانونگذار سازگاری ندارد.

آقای حسینی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۳ تهران):

به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قانون حفظ کاربری زراعی باغ‌ها مصوب سال ۱۳۸۵ مرجع تشخیص تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در واقع وزارت جهاد کشاورزی است که این امر به یکی از زیرمجموعه‌های وزارتخانه مذکور یعنی اداره امور اراضی محول گردیده و مرجع قضائی در این خصوص از نظر و تشخیص امور اراضی استفاده خواهد کرد با توجه به اینکه در تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون مذکور صراحتاً قید گردیده که مامور وزارت جهاد کشاورزی راساً و با مجوز دادستان اقدام به قلع و قمع خواهد کرد به نظر می‌رسد که قلع و قمع بنا نیازی به صدور حکم قطعی از سوی دادگاه ندارد و دادستان بر مبنای تشخیص وزارت جهاد کشاورزی مجوز قلع و قمع را صادر می‌نماید.

آقای ظاهری (مجمع قضائی شهید صدر):

با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰ گفته شده است (راساً) یعنی آیا این راساً مستلزم حکم دادگاه است؟ اگر بنا بود با طرح دعوی کیفری و حقوقی، به اعتبار امر جزایی امر مدنی نیز مطرح شود و به عنوان ضرر و زیان ناشی از جرم حکمی صادر شود در اینجا قانونگذار نمی‌گفت راساً و با توجه به تصریح ماده بدون اینکه این امر مستلزم صدور حکم باشد مامورین می‌توانند این امر را اجرا کنند اما آیا این امر تعدی به حقوق افراد نیست اگر مستحذات با توجه به اشتباه مامور خراب شود چه باید کرد؟

اکثریت مجمع معتقد بودند که نیاز به حکم دادگاه ندارد و کسی نبود که مخالف این موضوع باشد.

آقای امامی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۶ تهران):

ما فرض گرفتیم که مصوبات از حیث انطباق از نظر شورای محترم نگهبان گذشته است فلذا حق مخالفت با قانون اساسی را نخواهیم داشت. مع الوصف ناگزیر به اجرای صریح ماده قانونی می‌باشیم.

آقای فواندی (دادسرای عمومی و انقلاب تهران):

برای اجرای قانون اگر اجازه دهیم هر کدام از مامورین تصمیم گرفته و اقدام کند بنابراین شرایط حفظ عدالت مخدوش می‌شود و به قدر متیقن اکتفا می‌کنیم.

اینکه دوستان گفتند نیازی به تصمیم‌گیری مراجع قضائی نیست و فقط حضور فیزیکی این مقامات (قضائی) را نیاز دارد عکس این قضیه را در خیلی از موارد از جمله تخلفات

مرجع تشخیص تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در واقع وزارت جهاد کشاورزی است که این امر به یکی از زیرمجموعه‌های وزارتخانه مذکور یعنی اداره امور اراضی محول گردیده و مرجع قضائی در این خصوص از نظر و تشخیص امور اراضی استفاده خواهد کرد.

بود، مصلحت را در حد لازم قانونگذار رعایت می‌کند و در کار قضاوت نیازی به رعایت مصلحت نیست.

آقای فوآندی (دادسرای عمومی انقلاب تهران):

در تبصره یک آنجایی را که به عهده ماموران کشاورزی گذاشته، گفته از عملیات جلوگیری می‌کند ولی در تبصره ۲ قلع را قید می‌کند و در باب قلع نماینده دادستان را می‌خواهد و قاضی محکمه فقط مسئول تایید اقدامات آنها می‌باشد که در این صورت می‌توانستند به مامورین کلانتری نیز ارجاع کنند.

آقای زندی (معاون آموزش دادگستری استان تهران):

اگر مجازاتی نیاز به دادرسی نداشته باشد نیاز به نص دارد چون خلاف اصل است. بنابراین دخالت مامورین فقط در خصوص توقف عملیات اجرایی است و قلع و قمع بخشی از مجازات است و مقدمه واجب، واجب است مقدمه این امر دادرسی و محاکمه است اما اگر دادرسی صورت گرفت مباشرت این امر با مامورین جهاد کشاورزی است.

نظریه اکثریت اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۱۳۶/۴/۲۸):

به موجب اصل سی و ششم قانون اساسی؛ حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، بنابراین در پاسخ به سؤال فوق باید گفت: چون ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ اقدامات غیرمجاز و بدون اخذ مجوز موضوع ماده یاد شده را جرم دانسته بدیهی است این جرم باید در دادگاه صالح رسیدگی و پس از اثبات و صدور رای قطعی به مرحله اجرا درآید در نتیجه ماموران جهاد کشاورزی نمی‌توانند بدون حکم قطعی مرجع قضائی نسبت به قلع و قمع بنا اقدام نمایند بلکه فقط می‌توانند از ادامه عملیات مرتکب تا صدور حکم جلوگیری کنند لذا اعمال تبصره ۲ ماده ۱۰ بعد از صدور حکم قطعی دادگاه خواهد بود در غیر این صورت یعنی اگر بپذیریم که ماموران جهاد کشاورزی می‌توانند قبل از حکم قطعی دادگاه نسبت به قلع و قمع بنا و مستحدمات اقدام نمایند در این صورت مواد قبلی قانون مذکور از جمله ماده ۳ که برای این اقدامات مجازات تعیین کرده و صراحتاً قلع و قمع بنا نیز در آن قید شده لغو و بیهوده خواهد بود.

نظریه اقلیت:

(اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۴/۲۸) با توجه به صراحت تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ مبنی بر اینکه: «ماموران جهاد کشاورزی موظفند با حضور نماینده دادرسی و در نقاطی که دادرسی نباشد با حضور نماینده دادگاه محل ضمن تنظیم صورت مجلس راساً نسبت به قلع و قمع بنا و مستحدمات اقدام و وضعیت زمین را به حالت اولیه اعاده نمایند.»

تردید نیست که اقدام ماموران جهاد کشاورزی برابر قانون بوده و نیازی به صدور حکم قطعی از سوی دادگاه نمی‌باشد زیرا که ناگزیر به اجرای قانون هستیم ضمن اینکه مقررات مشابهی در سوابق قانونگذاری کشورمان وجود دارد و عمل می‌شود مانند تبصره ذیل ماده ۶ قانون ایمنی راه‌ها و تبصره ۴ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب و...

نشست قضائی واصله از دادسرای عمومی و انقلاب کرج:

سؤال ۱- ۳۸۵:

سؤال اول: بر اساس قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های

در ساخت و ساز بنای واقع در محدوده شهری که مامورین شهرداری‌ها نسبت به جلوگیری از تخلفات اقدام می‌کنند ولی باید کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری و کمیسیون تجدیدنظر دیوان عدالت مراحل قانونی را طی کند تا حکم به قلع قسمت‌هایی را که خلاف مقررات ساخته شده است انجام دهند بنابراین مامور شهرداری نمی‌تواند نسبت به قلع و قمع اقدام کند و فقط می‌تواند جلوگیری کند قبلاً هم در کمیسیون مطرح شده بود که آیا می‌تواند در جمع‌آوری بیل و کلنگ اقدام کند یا فقط می‌بایستی تذکر دهد.

با توجه به اینکه در این ماده کلمه جرم را ذکر کرده و نظر قانونگذار این بوده که ابتدا دادرسی بررسی کند و جرم را احراز کند و با کف‌خواست در دادگاه برود و دادگاه نیز اگر پذیرفت و محکوم کرد به قلع بنا و جزای نقدی همان طوری که در ماده ۳ اشاره شده آن موقع اجرا می‌شود.

در اجرا هم می‌بایستی مامورین جهاد کشاورزی در معیت نماینده دادستان نسبت به قلع بنا اقدام کنند و در اینجا به مامورین کلانتری واگذار نشده چون ممکن بود با تاخیر مواجه شود و اگر به مامورین قبل از اثبات جرم اجازه دهیم که قلع کنند و پس از آن به دادرسی برود و منع تعقیب صادر شود پس عقل حکم می‌کند با توجه به قید جرم و ذکر مجازات آن در ماده ۳ بایستی فقط مامورین حق جلوگیری از ادامه عملیات تغییر کاربری داشته باشند و بعد از آن با حکم دادگاه و قطعیت آن نماینده دادستان و جهاد کشاورزی حکم را اجرا خواهند کرد.

آقای رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):

در سؤال قبل بعضی از کلمات صحیح تلفظ نشده است. مثلاً عنوان اخبار را اخبار خواندند. مطلب دیگر اینکه نوشته‌های کتب اساتید برای ما قابل اتباع نیست پس نظر برای شخصی است که آن نظر را خوانده و این بدان معنا نیست که آن نظر در این جلسات برای ما قابل قبول باشد. در این جلسات رای دیوان را هم می‌توان رد کرد.

نظر بنده در خصوص این ماده این است که تبصره ۱ ماده ۱ که تشخیص را با آنها دانسته، آنها را قانونگذار تلقی کرده است. قانونگذار این طور گفته است که تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در هر استان به عهده کمیسیون مرکب از رئیس سازمان فلان است اینها را قاضی تلقی کرده و نمی‌توان خرده گرفت که چرا به غیر قاضی کار قضائی واگذار شده است.

مگر شورای حل اختلاف و هیات منصفه قاضی هستند؟ در حال حاضر قانون گفته رای اینها قابل اجراست و اگر کسی درس قضائی نخوانده و مطابق قانون استخدام قضات استخدام نشده و در حال حاضر قضاوت می‌کند بنابراین در این ماده به خصوص اینکه اشاره شده «جرم بوده» و قانونگذار خودش این موضوع را جرم دانسته و قوه قضائیه و دادگستری نمی‌تواند بگوید جرم نیست و فقط می‌تواند مجازات را کم یا زیاد کند و جرم بودن آن را به عهده آن شورا گذاشته است و در تبصره ۲ برای ماموران جهاد کشاورزی کلمه «اعاده نمایند» آورده است (فعل جمع) و نماینده دادستان که ممکن است کارمند باشد از جهت جلوگیری از رسیدن آسیب و صحت اجرای حکم حضور می‌یابد و اگر نیاز بود حتماً برای اجرای حکم دادرسی باشد دیگر نیازی نبود که گفته شود اگر دادرسی نبود دادگاه بیاید، دادگاه که نماینده قانون از نظر اجرای حکم نیست.

بنابراین ماموران جهاد کشاورزی در تبصره ۱ جانشین قاضی (مثل شورای حل اختلاف) هستند و دادگاه موظف است بر اساس نظر آنها حکم صادر کند و راساً قلع و قمع کرده و مطابق قانون هیچ اشکالی بر آنها نیست. نظر همکاران محترم بر مصالح

آیا ماموران جهاد کشاورزی با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری زراعی باغ‌ها مصوب ۸۵ بدون حکم دادگاه می‌توانند به قلع و قمع بنا مستحدمات اقدام نمایند؟

سوال ۳- ۳۸۵:

سئوال: در صورت کشف کالای قاچاق مثل مشروب الکلی عمده و کلان که ارزش آن بیشتر از یک میلیون تومان می باشد باید طبق ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی اتخاذ تصمیم نمود یا طبق قانون قاچاق کالا؟

در صورتی که طبق قانون قاچاق کالا به اتهام رسیدگی شود و در مرحله اداری متهم جریمه را پرداخت نماید و گمرک اعلام نماید جریمه پرداخت شده است تکلیف دادسرا چیست؟ در صورتی که متهم در مرحله اداری جریمه را پرداخت نکند و توسط گمرک اعلام جرم شود آیا می توان هم قانون قاچاق و هم قانون مجازات اسلامی را در خصوص متهم اعمال کرد یا خیر؟ به بیان دیگر آیا متهم مرتکب تعدد مادی جرم شده؟ یعنی یک جرم حمل یا نگهداری و یک جرم قاچاق یا مجموع اقدامات صورت گرفته عنوان یک جرم را دارد؟

چنانچه ارزش مشروبات کمتر از یک میلیون تومان باشد باید طبق بند «الف» ماده ۲ قانون نحوه اعمال ترمزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز اقدام شود یا طبق قانون مجازات اسلامی؟

نظر اکثریت:

از آنجا که مشروبات الکلی مالیت ندارند و اداره حقوقی هم آن را فاقد ارزش مالی دانسته است و آرای نیز در این خصوص از شعب دیوانعالی کشور صادر شده است و همین طور نظریاتی هم از اداره حقوقی قوه قضائیه صادر شده است که آن را مشمول عنوان قاچاق ندانسته است.

همچنین رای شماره ۷/۸۳۵۳ مورخ ۶۷/۱۲/۲۳ و همین طور نظریه شماره ۶۲۸۹/۷ اداره حقوقی نیز آن را جرم مستقل دانسته و از شمول رای وحدت رویه ۵۹۵ مورخ ۸۳/۱۲/۹ خارج دانسته است و همین طور ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی هم صراحتاً از وارد نمودن مشروبات الکلی نام برده است.

بنابراین اگر آن را مشمول قانون قاچاق کالا قرار دهیم امری لغو و بی بهره است و همین طور در قانون مبارزه با قاچاق کالا هم تصریح شده است که اگر ارزش کالا کمتر از یک میلیون تومان باشد کالا به نفع دولت ضبط می شود و گمرک از شکایت در دادگاه صرف نظر می کند در حالی که ضبط مشروبات الکلی به نفع دولت هیچ ثمره و فایده ای ندارد و در فرضی که کمتر از یک میلیون تومان باشد مرتکب از مجازات وارد نمودن مشروبات الکلی فرار می کند و امکان مجازات وی از بین می رود و این نظریه ریسک خطر وارد نمودن مشروبات الکلی به ارزش زیر یک میلیون تومان را به نفع متخلفین تغییر می دهد در حالی که نظر قانونگذار با این تدبیر تأمین نمی شود لذا باید آن را مشمول ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی بدانیم.

نظر اقلیت:

با توجه به قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲ و قانون نحوه اجرای تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴ وارد کردن هر کالایی از طریق مبادی ورودی و خروجی کشور به قصد تجارت و سودآوری به طور عمده بدون در نظر گرفتن عواید دولتی قاچاق محسوب می شود از جمله مشروبات الکلی عمده که وارد کردن آن ممنوع و طبق قانون فوق الذکر قابل مجازات است ولی چنانچه وارد کردن مشروبات به طور جزئی باشد به نحوی که عرفاً قاچاق کالا به آن اطلاق نشود مثلاً فردی که چند بطری به منظور مصرف شخصی وارد می کند در این صورت چون عرفاً به آن کالای قاچاق گفته نمی شود لذا مشمول ماده ۷۰۳ قانون مجازات اسلامی خواهد بود با این تفسیر در واقع ماده ۷۰۳ و قانون مجازات مرتکبین قاچاق

عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ در صورتی که پرونده کیفری به لحاظ عدم کفایت ادله در دادسرا مختومه گردد و ادله جدیدی در مورد پرونده ای که مختومه شده کشف گردد فقط برای یک بار دیگر همین موضوع با تقاضای تعقیب و تجویز دادگاه قابل پیگیری می باشد حال سئوالی که مطرح می شود این است در صورتی که شاکی ادعای کشف ادله جدید را نماید و مجدداً نسبت به پرونده ای که به علت عدم کفایت ادله مختومه شده تقاضای مجازات و رسیدگی کند آیا: دادستان باید دلایل وی را ارزیابی نموده و در صورتی که دلایل ارائه شده را ادله جدید تشخیص دهد از دادگاه تقاضای تعقیب متهم را بنماید یا دادستان باید بدون تحقیق در مورد ادله ارائه شده دادگاه کیفری تعقیب متهم را درخواست کند.

نظریه اکثریت:

ارزش بخشیدن به آرای قضائی از جمله قرارهای صادره در دادسرا اقتضا دارد که قوانین به گونه ای تفسیر گردد که استحکام آن زیر سؤال نرود و بدون جهت آرا مورد تردید واقع نشوند و این امر با قاعده اعتبار امر مختومه یا اعتبار امر قضاوت شده انطباق دارد بنابراین در مواردی که قانون اجازه بررسی مجدد آرا را می دهد باید به نحوی تفسیر گردد که بر این اعتبار خدشهای وارد نشود و مطابق مفاد ذیل بند «ن» ماده ۳ قانون اصلاح تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، دادستان این حق را دارد که در حد عرف قضائی خواسته جدید شاکی را مورد بررسی و ارزیابی قرار دهد و چنانچه دلایل جدیدی احراز کرد از دادگاه درخواست صدور مجوز برای رسیدگی مجدد به پرونده را بنماید.

نظریه اقلیت:

اقلیت معتقد است دادستان حق ارزیابی ادله را ندارد و صرفاً موضوع را جهت هرگونه تصمیم گیری به دادگاه منعکس می نماید.

سوال ۲- ۳۸۵:

سئوال دوم: بر اساس پاسخ های متفاوتی که به سئوال اول داده می شود مبنی بر اینکه دادستان حق تحقیق و ارزیابی ادله کشف شده را داشته باشد یا ادله را دلیل جدید فرض نکند چه تصمیمی باید نسبت به شکایت مطروحه گرفت و یا اگر دادستان موظف باشد بدون ارزیابی ادله کشف شده تقاضای تعقیب نماید و یا اینکه بعد از ارزیابی ادله، تقاضای تعقیب از دادگاه نماید و دادگاه با تقاضای تجویز تعقیب موافقت نموده یا دادستان دلایل را دلایل جدید تشخیص نداده و تقاضای تعقیب ننماید پرونده چگونه باید مختومه گردد با صدور دستور اداری مبنی بر بایگانی شدن پرونده و یا با صدور قرار و در صورتی که باید با صدور قرار پرونده مختومه گردد با چه قراری پرونده مختومه می شود.

نظریه اکثریت:

بر فرض عدم احراز دلایل جدید توسط دادستان یا عدم صدور مجوز تعقیب مجدد متهم از ناحیه دادگاه پرونده به دادسرا اعاده و صرفاً با دستور اداری بایگانی می شود و نیازی به صدور قرار نیست.

نظریه اقلیت:

در فرض فوق پرونده با صدور قرار موقوفی تعقیب مختومه می شود صدور قرار موقوفی به جهت آن است که اولاً اعتبار امر مختومه احراز می گردد، ثانیاً این امکان را به شاکی می دهد که نسبت به قرار صادره اعتراض نماید در حالی که اگر پرونده با دستور قضائی بایگانی شود امکان اعتراض به تصمیم از شاکی سلب می گردد.

در قانون مبارزه با قاچاق کالا تصریح شده است که اگر ارزش کالا کمتر از یک میلیون تومان باشد کالا به نفع دولت ضبط می شود و گمرک از شکایت در دادگاه صرف نظر می کند در حالی که ضبط مشروبات الکلی به نفع دولت هیچ ثمره و فایده ای ندارد و در فرضی که کمتر از یک میلیون تومان باشد مرتکب از مجازات وارد نمودن مشروبات الکلی فرار می کند.

هر یک در جای خود قابل اعمال خواهد بود و ناسخ و منسوخ نیز نخواهیم داشت. عده‌ای از همکاران با استدلال به نحوه پیگیری که البته منجر به همین نتیجه می‌گردد معتقدند در فرض وارد کردن مشروبات الکلی چون فعل وارد کردن دارای عناوین متعدد جرم است (ماده ۷۰۳ و قانون مجازات مرتکبین قاچاق) لذا مطابق ماده ۴۶ ق.م.ا مجازات اشد بر آن بار می‌شود چون قانون مجازات مرتکبین قاچاق در مجموع مجازات شدیدتری را در نظر گرفته است لذا قابل اعمال است.

نظریه دادستان:

مضافا عقیده‌ای وجود دارد که مشروبات خارجی در هر صورت علاوه بر ضبط یا جریمه در صورتی که ارزش آنها بیشتر از دو میلیون ریال گزارش شود باید از طریق گمرک جهت اعمال حمل و نگهداری مشروب الکلی به دادرسی عمومی گزارش و اقدام قضائی شود.

سؤال ۴- ۳۸۵:

سؤال: آیا محکوم علیه که به رای دادگاه اعتراض ننموده باشد در دادگاه انقلاب نیز می‌تواند از تخفیف مجازات ماده ۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری استفاده نماید یا خیر؟

نظریه اکثریت:

ماده ۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری در کنار ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری راهکارهایی را برای اعمال تخفیف در مجازات با احراز شرایط خاص بیان نموده است.

در پاسخ به سؤال مطروحه نظریه اکثریت قضات بر این است که با توجه به اطلاق مفاد ماده ۶ قانون مال‌الذکر اعمال تخفیف در دادگاه انقلاب معنی ندارد، لکن نه به طور کلی، توضیح اینکه احکام دادگاه‌های انقلاب دو دسته‌اند یک دسته احکام قطعی مثل جرائم موضوع قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و دسته دیگر احکام قابل تجدیدنظر مثل جرایم امنیتی؛ تخفیف موضوع ماده ۶ صرفا در خصوص احکام قابل تجدیدنظر اعمال می‌گردد. زیرا اولاً یکی از شرایط اعمال ماده ۶ آن است که دادستان از حکم پژوهش‌خواهی نکرده و محکوم علیه حق تجدیدنظرخواهی را اسقاط نموده باشد.

ثانیاً: با توجه به قاعده فراع دادرس بعد از رسیدگی و صدور رای هرگونه دخل و تصرف و دخالت و تغییر مفاد رای به خصوص میزان مقرر در حکم جایز نمی‌باشد مگر در موارد خاص و مصرح لذا اصل بر عدم مداخله است مگر مواردی که در قانون اجازه داده باشد که در این صورت صرفا در چارچوب قانون احکام تغییرپذیر خواهند بود.

نظریه اقلیت:

با عنایت به اینکه احکام دادگاه‌های انقلاب قطعی هستند و قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارند مگر در موارد اعدام و حبس ابد که آن موارد نیز در قالب ماده ۶ قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات دادگستری نمی‌باشد. بنابراین چون احکام دادگاه‌های انقلاب قطعی هستند لذا اصولاً مقررات قانون اصلاح پاره‌ای از مقررات دادگستری یعنی ماده ۶ شامل احکام دادگاه‌های انقلاب نمی‌باشند.

سؤال ۵- ۳۸۵:

سؤال: آیا بازداشت محکوم علیه جریمه نقدی وفق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی باید به دستور دادگاه صورت گیرد یا اجرای احکام راسا در صورت عدم پرداخت جریمه اقدام نمایند؟

نظریه اکثریت:

مستندا به ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ هرکس به جزای نقدی محکوم گردد و آن را نپردازد یا مالی غیر از مستثنیات دین از او یافت نشود به دستور قاضی صادرکننده حکم بازداشت می‌گردد نص صریح این ماده حاکی از ضرورت اخذ دستور دادگاه جهت بازداشت محکوم علیه در جریمه نقدی است.

لذا اجرای احکام راسا حق اقدام ندارد البته شایسته بود سنوالمطروحه در خصوص سایر محکومیت‌های موضوع ماده ۲ قانون مذکور مطرح می‌شد زیرا در این ماده نص صریحی وجود ندارد و این ابهام وجود دارد که شاید اجرای احکام مدنی در احکام حقوقی یا اجرای احکام کیفری در خصوص آرای کیفری که در بخشی از آن حکم به جبران خسارت یا دیه صادر گردیده است بتواند راسا اقدام کند که در این خصوص نیز قضات متفقا نظر به جلب نظر دادگاه دادند. به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۴۶۲۲ مورخه ۷۸/۷/۲۵ بازداشت محکوم نیاز به دستور دادگاه دارد و اجرای احکام بدون دستور دادگاه نمی‌تواند در اجرای ماده ۶۹۶ ق.م.ا کسی را بازداشت نماید.

نظریه اقلیت:

با توجه به اینکه اجرای حکم از وظایف دادرسی می‌باشد لازمه اجرای حکم هم دستگیری محکوم علیه است و اذن در شی اذن در لوازم آن نیز هست. بنابراین اجازه بازداشت محکوم علیه را قانون به اجرای احکام داده است مگر در موارد خاص از جمله اینکه حکم ابهام داشته باشد و نیاز به تبیین آن باشد که در این صورت در خصوص نحوه اجرای حکم نظر دادگاه اخذ می‌شود و در سایر موارد اجرای احکام راسا عمل می‌نماید.

سؤال ۶- ۳۸۵:

سؤال: در صورتی که پرونده جهت حل اختلاف بین بازپرس و دادستان و دادیار اظهارنظر به دادگاه ارسال شود آیا دادگاه



می‌تواند هیچ یک از نظرات را نپذیرفته و نظر سومی مغایر با نظرات آنان اعلام نماید؟ در این صورت تکلیف دادرسی در خصوص دستور دادگاه چیست؟

نظریه اکثریت:

با توجه به اینکه وفق مقررات قانون اصلاح تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب از جمله بند «ل» ماده ۳، رفع اختلاف حسب مورد در دادگاه عمومی و انقلاب محل به عمل می‌آید در این بند قانونگذار با صراحت بیان کرده است: «موافق تصمیم دادگاه رفتار می‌شود.»

مستفاد از این مقررات آن است که نظر دادگاه به عنوان مرجع بالاتر در هر صورت لازم‌الاتباع است خواه موید نظر بازپرس،

خواه دادستان بوده یا اینکه خود بیانگر نظر ثالثی باشد. به عبارت دیگر حل اختلاف در قانون به صورت مطلق بیان شده است و قیدی ندارد و اطلاق دلالت بر عموم می‌کند لذا دادگاه می‌تواند نظر سومی ارائه کند.

نظر اقلیت:

در اینکه دادگاه بعد از ارسال پرونده نظر سومی غیر از آنچه که مورد اختلاف بازپرس با دادستان بوده است ارائه نماید ابتدا سه نظر به مشورتی از اداره حقوقی قوه قضائیه بررسی می‌شود. اوژ: نظریه شماره ۷/۸۰۵۶ مورخ ۸۵/۱۰/۳۰ دائر بر اینکه «حل اختلاف مقوله‌ای غیر از رسیدگی است و دادگاه صرفاً در خصوص قابل تعقیب بودن یا نبودن متهم رسیدگی می‌نماید و حق اظهارنظر در ماهیت پرونده را ندارد.»

دوم: نظریه شماره ۷/۴۱۲۹ مورخ ۸۲/۵/۱۶ «دادگاه نسبت به دادسرا مرجع تالی محسوب می‌شود و در فرضی که دادسرا تصمیم دادگاه را قانونی نداند نمی‌تواند اقدام نماید و مسئولیت آن با خود دادگاه است.»

سوم: نظریه شماره ۷/۳۷۷ مورخ ۸۳/۲/۷ «اختلاف بین دادسرا و دادگاه در تشخیص نوع جرم یا دستورات دادگاه منتفی می‌باشد.» با توجه به نظریات فوق دادگاه نمی‌تواند در ماهیت پرونده وارد شود و در این خصوص قانون تصریحی ندارد. حال اگر دادگاه نظر سومی غیر از اختلاف ارائه نمود تکلیف چیست؟

یا باید بدون قید و شرط از نظر دادگاه تبعیت نمود یا اینکه دادسرا تکلیف به تبعیت از نظر دادگاه ندارد؟ از اوضاع و احوال چنین مستفاد می‌شود که دادگاه حق منقلب نمودن سمت و سوی تحقیقات دادسرا و هدایت آن با آنچه که خود مدنظر دارد را ندارد زیرا دادگاه یک نهاد بی‌طرف است و رسیدگی‌ها نیز باید بی‌طرفانه باشد و این مسیر او را از بی‌طرفی خارج می‌کند و همین طور مجوز قانونی هم برای آن وجود ندارد و این اقدام استقلال نهاد دادسرا و دادگاه را تحت الشعاع قرار می‌دهد اما اگر مغایر با موازین قانونی دادگاه چنین نمود یک عده از همکاران معتقدند که دادسرا باید مطابق با تصمیم دادگاه و نظر دادگاه تحقیقات را کامل نماید و مسئولیت آن با دادگاه است و عده‌ای دیگر هم اعتقاد داشته‌اند که باید این اقدام مغایر با موازین قانونی به دادگاه تذکر داد. شود اگر دادگاه همچنان بر نظر خود اصرار داشت مراتب به ریاست حوزه قضایی منعکس شود و تقاضای ارائه طریق و حل مشکل نماید.

نشست قضائی واصله از مجتمع قضائی خانواده یک:

سوال ۷- ۳۸۵:

سؤال: در مورد دختر بالغی که با انتخاب خود با مادرش زندگی می‌کند و درخواست نفقه از پدرش را دارد. آیا پدر می‌تواند پرداخت نفقه را منوط به اطاعت دختر و نیز سکونت وی نزد خود نماید؟

نظر اکثریت قریب به اتفاق همکاران بر این بود که دختر بالغ مخیر است که در هر جا که بخواهد (نزد مادر، نزد پدر و یا مستقلاً) سکونت داشته باشد و چنانچه پدر تمکن مالی داشته باشد و دختر نیز استحقاق دریافت نفقه را داشته باشد، پدر مکلف به پرداخت نفقه بوده و نمی‌تواند نفقه را منوط به اطاعت دختر و سکونت وی نزد خود نماید.

سوال ۸- ۳۸۵:

سؤال: در سند نکاحیه‌ای پرداخت قسمتی از مهریه نقد فرضاً ۱/۲ به مبلغ یک میلیون ریال در ضمانت پدرشوهر قرار گرفته

است، پدرشوهر قبل از تصویب قانون مهریه به نرخ روز (۷۶/۴/۲۹) فوت نموده سپس زوجه مهریه مورد ضمانت را از ورثه مطالبه و از ماترک به همان مبلغ ریالی مندرج در سند نکاحیه دریافت می‌نماید، در فرض فوق آیا زوجه می‌تواند ماهه التفاوت مهریه به نرخ روز را با توجه به حیات شوهر از وی مطالبه نماید؟

نظر اکثریت قریب به اتفاق:

با توجه به اثر عقد ضمانت که نقل ذمه به ذمه است با وقوع عقد ضمانت ذمه شوهر نسبت به ۱/۲ مهریه بری و ذمه پدرشوهر (ضامن) به آن مشمول می‌شود. لکن چون فوت ضامن و مطالبه مهریه قبل از تصویب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی صورت گرفته است ماهه‌التفاوت مهریه به نرخ روز از زوج قابل مطالبه نیست و زوجه تنها استحقاق دریافت مهریه مورد ضمانت از ماترک متوفی را دارد.

سوال ۹- ۳۸۵:

سؤال: خواهان (زوج) مدعی نفی ولد است (طفل ۱/۵ ساله) و به استناد اقرار خواندگان (زوجه وزانی) و آزمایش DNA. تقاضای صدور حکم به نفع خود را دارد. اقرار زوجه در دفترخانه اسناد رسمی ثبت شده است و در جلسه دادگاه هم اقرار کرده است ضمن اینکه در حال حاضر نیز پس از طلاق از زوجه با زانی ازدواج نموده است؛ آیا دادگاه می‌تواند بدون اجرای لعان حکم به نفی ولد صادر کند؟ اگر لعان جاری نشود از چه بابی و به چه علت می‌توان در این خصوص حکم داد و چه حکمی باید صادر شود؟ در این زمینه با بحث و بررسی موضوع در جلسه هفتگی قضات دادگاه خانواده یک تهران، حاضرین در نظر و عقیده مخالف ابراز داشتند، محصل آن به شرح ذیل می‌باشد:

به نظر دسته اول با توجه به اینکه زوجه مقرر است بحث اجرای لعان منتفی است، نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی طفل در فراش زوج (خواهان) به دنیا آمده است و نیز شرایط طرح دعوی نفی ولد از جمله رعایت مهلت قانونی دو ماه از تاریخ تولد طفل و یا آگاهی از تاریخ حقیقی تولد طفل (موضوع مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ قانون مدنی) نیز منتفی گردیده و با اقرار به ابوت از سوی زوج (موضوع ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی) امکان شرعی نفی ولد از طریق لعان وجود ندارد به علاوه قاعده فراش حکم به الحاق ولد متولد شده در فراش خواهان را می‌نماید زیرا طریق نفی ولد شرعاً علی‌رغم وجود شرایط الحاق ولد (اقل حمل و اکثر حمل) فقط به لعان منحصر گردیده که آن هم به دلیل اقرار زوجه به ارتباط نامشروع با مرد دیگر غیر از زوج، محمل شرعی و قانونی ندارد، ضمن اینکه اقرار زوجه فقط علیه خودش نسبت به اینکه زنا کرده مسموع است نه اقرار علیه طفل متولد شده در فراش که بخواهد با اقرارش لطمه به نسبت شرعی و قانونی طفل وارد نماید.

نظر دسته دوم از قضات بر این بود که بر حسب شرایط و اوضاع و احوال پرونده از جمله آزمایش DNA که نسبت فرزند مورد بحث را به خواهان نفی می‌کند و نیز به دلیل اقرار زوجه به عمل نامشروع زنا و نیز قبول نسبت فرزند از طرف شخص ثالث (مرد زانی) در این مورد اصلاً دعوی ترافعی مطرح نیست که بخواهد از موارد لعان یا تمسک به قاعده فراش باشد، نه به قاعده لعان می‌توان برای نفی ولد تمسک جست و نه به قاعده فراش می‌توان فرزند را ملحق به خواهان کرد، زیرا خواهان قبلاً اقرار به ولدیت نکرده، آزمایش DNA نیز موید حرف اوست ضمناً مادر طفل نیز به عمل زنا اقرار نموده است در نتیجه مجموعاً ادعای خواهان ثابت و رای به نفی ولد صادر می‌گردد.

دختر بالغ مخیر است که در هر جا که بخواهد (نزد مادر، پدر و یا مستقلاً) سکونت داشته باشد و چنانچه پدر تمکن مالی داشته باشد و دختر نیز استحقاق دریافت نفقه را داشته باشد، پدر مکلف به پرداخت نفقه بوده و نمی‌تواند نفقه را منوط به اطاعت دختر و سکونت وی نزد خود نماید.