

## گزارش آخرین نشست قضایی استان

# پاسخ به پرسش‌های ۲۹۴ تا ۲۹۷

تکمیل جلسه هیات پوز در مجلس شورای معاونت آموزش تهران

تجدیدنظر توسط قانونگذار بنگریم عموماً دو ویژگی مزبور را دارا می‌باشند. ۳- اصل بر قطعی بودن قرارها می‌باشد مگر آنکه توسط قانونگذار قابل تجدیدنظر اعلام شود و چون قرار مزبور در فهرست قرارهای قابل تجدیدنظر در ماده ۳۳۲ قانون آیین مدنی قرار نگرفته لذا قطعی فرض می‌شود. ۴- نظرات مشورتی شماره ۷/۱۳۸۰ مورخ ۱۳۷۶/۲/۳۰ و ۷/۲۴۰۸ مورخ ۱۳۷۷/۵/۶ اداره حقوقی دلالت بر قطعی بودن این قرار می‌نماید لیکن اگر قرار مزبور توأم با اعتراض ثالث مطرح شود دعوی اعتراض ثالث حسب مورد قابل تجدیدنظر خواهد بود.

**ذائقی (مجتمع قضایی شهید محلاتی):**

اگر چه طبق نص ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی رسیدگی به موضوع مورد نظر فاقد تشریفات معمول آیین دادرسی مدنی است اما مقید نبودن رسیدگی بدوی به مقررات آیین دادرسی مدنی به منزله عدم رعایت حقوق قانونی طرفین و از جمله حق اعتراض محکوم علیه نیست زیرا اگر چه طبق ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی آرای دادگاههای عمومی و انقلاب در امور حقوقی قطعی است اما این عموم قانون تخصیص اکثر خورده است مخصوصاً اینکه کنیه آرای صادره در دعاوی غیرمالی طبق بندب ماده ۳۳۱ قانون مرقوم قابل تجدیدنظر هستند بنابراین جهت رعایت حقوق محکوم علیه و اینکه بعضاً در این نوع اعتراضات موضوعات بسیار پیچیده‌ای مطرح می‌شود که بعضاً از اصل دعوایی که مبنای صدور اجرائیه هم بوده مشکلتز است و موضوع مورد رسیدگی نیز تمامی خصیصه‌های یک دعوی ترافعی و تمام عیار را دارا می‌باشد و دلیلی هم بر نادیده گرفتن حقوق قانونی طرفین دعوا و از جمله حق اعتراض آنها به رأی صادره نداریم به نظر می‌رسد آرای صادره قابل اعتراض می‌باشند.

**صدقی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):**

باتوجه به اینکه در متن ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی به مراحل رسیدگی (بدوی و تجدیدنظر) اشاره شده و اینکه اصل

**سؤال ۲۹۴- آرای که از دادگاههای عمومی در خصوص شکایات موضوع مواد ۱۴۷ و ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی صادر می‌گردد قابل تجدیدنظر خواهی می‌باشد یا قطعی است؟ سفلائی (دادگستری هشتگرد):**

نظر اقلیت: قابل اعتراض نیست، زیرا؛ اولاً- تصمیم دادگاه رأی نیست تا قابل تجدیدنظر باشد. ثانیاً- در ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته که به این شکایت بدون رعایت تشریفات قانونی آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود لذا نیازی به تقویم خواسته نیست پس مبنایی برای قابل تجدیدنظر یا غیرقابل تجدیدنظر بودن رأی به دست نمی‌آید و باتوجه به ماده ۷ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب برای قابل اعتراض بودن تصمیم دادگاه نیاز به نص قانونی است.

**نظر اکثریت- طبق نظریه شماره ۷/۱۳۸۰ مورخ ۱۳۷۶/۲۰/۳۰ تصمیم دادگاه در مورد ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اداری و در خصوص ماده ۱۴۷ قضایی و مشمول آثار راجع به آن شناخته شده یکی از این آثار قابل تجدیدنظر بودن آن در صورت واجد شرایط قانونی بودن است و رویه قضایی نیز بر قابل پذیرش بودن اعتراض نسبت به چنین تصمیماتی است از جمله دادنامه شماره ۲۳/۶۸۴ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۱۲ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور که در مقام رسیدگی به اعتراض موضوع ماده ۱۴۷ بوده مؤید این معنا است رسیدگی به این اعتراض ماهیتی بوده و دادگاه در نهایت حکم بر قبول یا رد اعتراض صادر می‌نماید و در واقع حکم به مالکیت یا عدم مالکیت معترض صادر می‌شود بنابراین براساس ارزش مال موضوع اعتراض ممکن است قابل اعتراض باشد.**

**موسوی (مجتمع قضایی بعثت):**

به دلایل ذیل قرار توقیف یا تأخیر عملیات اجرایی قطعی است: ۱- قرار مزبور یک قرار شکلی است و حکم قضایی نیست. ۲- قرار مزبور دارای دو ویژگی اساسی قرارهای قابل تجدیدنظر یعنی قاطع دعوی بودن و نهایی بودن نیست اگر به فهرست قرارهای قابل

یاوری (دادستانی کل کشور):

منظور از «توقیف رفع می شود» مندرج در ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی موقعی است که ادعای شخص ثالث نسبت به مال توقیف شده مستند به حکم قطعی یا سند رسمی است و دادگاه با توجه به مستندات مذکور و بدون رسیدگی قضایی دستور رفع توقیف صادر می نماید که البته این دستور دادگاه رأی محسوب نیست و قابل تجدیدنظرخواهی نمی باشد اما در صورتی که شخص ثالث غیر از مستندات فوق مدعی حقی باشد و شکایت نماید بدیهی است که طبق ماده ۱۴۷ قانون یاد شده دادگاه اقدام به رسیدگی ماهیتی خواهد نمود و همان طور که در ماده مذکور بیان گردیده در صورتی که دلایل شکایت را قوی یافت قرار توقیف عملیات اجرایی را تا تعیین تکلیف نهایی شکایت صادر می نماید بنابراین رأی که در این مرحله دادگاه صادر می نماید چون واجد رسیدگی قضایی و ماهیتی و تابع عموماً آیین دادرسی مدنی است قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود.

نظریه اکثریت قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۱۱/۲):

تصمیم دادگاه در مورد ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اداری است زیرا که این تصمیم زمانی اتخاذ می شود که ادعای شخص ثالث نسبت به مال توقیف شده مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد لذا چون در صدور این تصمیم رسیدگی قضایی و ماهیتی صورت نمی گیرد می توان گفت یک تصمیم اداری است اما در خصوص شکایت شخص ثالث به استناد دلایل دیگر همان طور که در ماده ۱۴۷ قانون مذکور بیان گردیده دادگاه بدو

در صورتی که دلایل ابرازی را قوی تشخیص دهد قرار توقیف عملیات اجرایی صادر می نماید و سپس با رسیدگی قضایی به دلایلی طرفین دعوا رأی مقتضی صادر خواهد نمود. بدیهی است که این رأی ماهیتی و تابع عموماً قانون آیین دادرسی مدنی بوده و قابل تجدیدنظرخواهی می باشد ضمن اینکه نظریه شماره ۷/۲۴۰۸ مورخ ۷/۳۰/۱۳۷۶ اداره حقوقی نیز مؤید همین نظر است.

**سؤال ۲۹۵- آیا دستور فروش ملک مشاع غیر قابل افراز، قابل تجدید نظر خواهی می باشد یا خیر؟**  
آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):

باتوجه به اینکه به موجب قانون افراز املاک مشاعی در صورت غیرقابل افراز بودن ملک مشاع دادگاه صرفاً دستور فروش مال مشاع را صادر می نماید و فروش ملک و تقسیم ثمن آن توسط واحد اجرای احکام مدنی صورت می گیرد و دستور منصرف از رأی می باشد و از طرفی خواسته خواهان در این خصوص

صورت قوت دلایل شکایت شده است و خود عبارت (تعیین تکلیف نهایی) متضمن آن است که تصمیم و رأی دادگاه در خصوص شکایت شخص ثالث باید نهایی شود که به نظر می رسد مقنن در این قسمت نظر بر نهایی شدن رأی یعنی طی مراحل تجدیدنظر و عندالزوم فرجام خواهی داشته است البته این احتمال نیز وجود دارد که نظر مقنن از عبارت (تعیین تکلیف نهایی) فقط اتخاذ تصمیم در همان دادگاه عمومی باشد ولی در هر صورت آنچه که استثناء شده صرفاً عدم لزوم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و تأدیه هزینه دادرسی است و سایر جهات و آثار احکام ناظر بر رأی صادره از حیث قابلیت تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی به قوت خود باقی است.

ثالثاً باید توجه داشت که برخلاف آنچه در ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی آمده و صرفاً ناظر بر عین محکوم به است موضوع ماده ۱۴۶ قانون یاد شده اموالی است که در اجرای صدور قرار تأمین خواسته و یا دستور موقت یا صدور اجرائیه ناشی از حکم قطعی دادگاه توقیف شده است لهذا ظاهر از جهتی عمومیت دارد مع ذلک به نظر می رسد موضوع مادرتین ۱۴۶ و ۱۴۷ در تعاقب خواسته نقدی است که خواهان به منظور وصول مطالبات خویش اموال و وجوه خوانده را به مرحله توقیف در آورده

تا پس از صدور حکم قطعی از محل اموال تأمین و توقیف شده محکوم به را وصول نماید. مؤید این استدلال عبارت (توقیف رفع می شود) می باشد چون اگر مال توقیف شده عین محکوم به باشد طریق دیگری باید پی گرفته شود و فقط دادگاهی که مال توسط او توقیف شده نمی تواند به شکایت رسیدگی کند بلکه حسب مورد ممکن است از باب اعتراض شخص ثالث (ماده ۴۱۷) به بعد آیین دادرسی مدنی جدید) و یا ورود ثالث (ماده ۱۳۰) به بعد آیین دادرسی مدنی جدید) اقدام گردد.

رابعاً اداره حقوقی دادگستری نیز طی نظریه شماره ۷/۲۴۰۸ مورخ ۱۳۷۷/۵/۶ خود اعلام داشته که رأی صادره دادگاه که در اجرای ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام صادر می شود تابع مقررات ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب بوده و بر حسب مورد قابل تجدیدنظر خواهد بود (صفحه ۷۲ و ۷۳ مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی از سال ۱۳۶۲ تا سال ۱۳۸۰).

علی این حال در پاسخ به سؤال به نظر می رسد که رأی صادره با توجه به موضوع شکایت و صدر ماده ۱۴۶ و ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مالی تلقی و بالحفاظ میزان وجه نقد یا خواسته تقویم شده حسب مورد قطعی و یا قابل تجدیدنظر خواهد بود.

بر رسیدگی دو درجه ای می باشد به نظر می رسد اعتراض ثالث اجرایی اشخاص که در اجرای ماده ۱۴۷ قانون مرقوم اعتراض می کند قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان می باشد البته صرف اعتراض موجب توقف عملیات اجراء نمی شود مگر دلایل چنان قوی باشد که دادگاه قرار تأخیر عملیات اجرایی را صادر نماید.

**آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):**  
نظریه اکثریت - باتوجه به اینکه اصل بر قطعیت آرای صادره از سوی دادگاه می باشد و در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز قابل تجدیدنظر بودن رأی وجود ندارد و رأی دادگاه در این خصوص قطعی است مضافاً اینکه اعتراض شخص ثالث در مرحله اجرای حکم دعوای مالی یا حتی غیرمالی نیز محسوب نمی گردد تا مشمول مقررات کلی باشد.

**نظریه اقلیت -** باتوجه به اینکه رأی که دادگاه در جهت رسیدگی به اعتراض شخص ثالث صادر می کند در راستای رأی قبلی صادر شده می باشد و در حقیقت به منزله متفرعات دعوای اصلی محسوب می گردد بنابراین رأی تابع خواسته خواهان و رأی صادره از سوی دادگاه رسیدگی کننده به اصل دعوا می باشد بدین نحو که چنانچه رأی اصلی قابل تجدیدنظرخواهی بوده باشد رأی که دادگاه در اجرای مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام صادر می نماید نیز به تبع آن قابل اعتراض می باشد والا قطعی است. نهریتی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اولاً موضوع شکایت ناظر بر اجرای حکم است و به نظر می رسد که مادرتین ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی ارتباطی به مفاد حکم صادره ندارد بنابراین از این جهت مادرتین ۲۵ و ۲۶ قانون یاد شده حاکمیت یافته و دادگاهی که حکم تحت نظر او اجراء می گردد (ماده ۵ قانون اجرای احکام مدنی) صلاحیت می یابد که در غیر موارد ابراز حکم قطعی و یا سند رسمی مقدم التاریخ از ناحیه معترض ثالث به موضوع شکایات رسیدگی نموده و تصمیم بگیرد.

ثانیاً - اگرچه شکایات شخص ثالث بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می شود ولی بی تردید دادگاه مکلف است در این خصوص و پس از رسیدگی اقدام به صدور رأی نماید خواه در قالب قرار و یا در قالب حکم باشد. به همین جهت و با توجه به اینکه موضوع شکایت ناظر بر امور مالی است می باید به لحاظ قواعد عمومی حاکم بر تجدیدنظرخواهی و رعایت نصاب مربوط به آن حکم را قابل تجدیدنظرخواهی و یا قطعی شمرد (مواد ۳۳۰ و ۳۲۱ و ۳۳۲ آیین دادرسی مدنی جدید) در نتیجه رأی دادگاه تابعی از موضوع شکایت معترض ثالث خواهد شد که بدین ترتیب رأی صادره را بالحفاظ موضوع شکایت و حسب تقویم موضوع آن و یا وجه نقد مورد شکایت، قطعی یا غیرقطعی می گرداند. مضافاً اینکه در ذیل پاراگراف اول ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی بحث از صدور قرار توقیف عملیات اجرایی تا تعیین تکلیف نهایی شکایت در

اصل بر قطعیت آرای صادره از سوی دادگاه می باشد و در مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز قابل تجدیدنظر بودن رأی وجود ندارد و رأی دادگاه در این خصوص قطعی است

سال ۱۳۵۷ می گوید: «... به طور کلی مقررات اجرایی این قانون طبق آیین نامه‌ای خواهد بود که به تصویب وزارت دادگستری می‌رسد».

بنابراین به نظر می‌رسد قانونگذار نحوه اجرای قانون را فارغ از تشریفات آیین دادرسی مدنی دانسته است و به همین دلیل تصمیم دادگاه را از نوع دستور فروش قرار داده است لذا با توجه به اینکه طبق ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی فقط رأی محاکم قابل تجدیدنظر هستند تصمیم دادگاه و دستور فروش نه حکم است نه قرار تا مصداق رأی دادگاه باشد مضاف بر اینکه از لحن قانون مذکور چنین برمی‌آید که تقسیم مال مشاع ذاتاً یک عمل غیر قضایی است که بایستی جهت تقسیم

بدوآ به مرجع غیرقضایی مراجعه نمود

بنابراین تا حدی که ممکن است بایستی از صبغه قضایی دادن به آن خوداری

کرد کم‌اینکه نظریه مشورتی شماره ۷/۴۵۵ مورخ

۱۳۶۲/۱/۲۸ نیز می‌گوید

دستور فروش حکم نیست تا قابل پژوهش یا فرجام باشد.

صدقی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):

چون مطابق ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً احکام دادگاهها قابل

اعتراض می‌باشد دستور فروش که جزء احکام دادگاهها نمی‌باشد قابل اعتراض و تجدید نظرخواهی نبوده و قطعی است.

رحیمی (مجمع قضایی شهید مفتاح):

عده‌ای از همکاران محترم عقیده که قابل تجدیدنظرخواهی نیست و معتقداند اگر دستور صادره اشتباه باشد دادگاه می‌تواند عدول کند اما به اعتقاد اینجانب عدول دادگاه جایگاه پسندیده‌ای ندارد زیرا که ممکن است به طور مکرر صورت گیرد بنابراین بهتر است این دستور را به عنوان رأی غیرمالی محسوب نمایم تا همیشه قابل تجدیدنظر باشد.

متولی (مجمع قضایی شهید صدر):

اکثریت همکاران محترم معتقداند که آیین دادرسی باید رعایت شود بهتر است طرفین دعوت شوند تا چنانچه مطلبی دارند دادگاه استماع نماید که تصمیم دادگاه در این خصوص دستور فروش خواهد بود و قابل تجدیدنظرخواهی نمی‌باشد.

یاوری (دادستانی کل کشور):

نظر به اینکه دستور فروش ملک مشاع همانند تقسیم مال اجرامی شود لذا همانطور که رأی دادگاه در مورد تقسیم مال قابل تجدیدنظرخواهی است دستور فروش ملک مشاع هم به عنوان دعوای غیرمالی قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود.

مرادی (مجمع قضایی خانواده شماره یک):

اگر دستور مورد سؤال را رأی تلقی کنیم مشمول عموماًت قانون آیین دادرسی مدنی خواهد بود برای اینکه بی‌بریم دستور دادگاه رأی تلقی می‌شود یا خیر؟ تمایز

بین این دو را بیان می‌کنیم بدین نحو که رأی دادگاه حتی به‌ذی‌حق یا ادای تکلیف است که احتیاج به رسیدگی قضایی دارد اما دستور مورد نظر فاقد رسیدگی قضایی و ماهیتی است و کاری به طرفین ندارد چه راضی باشند یا نباشند لذا این دستور قابل تجدیدنظرخواهی نخواهد بود.

نظریه اکثریت قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۱۱/۲):

دستور فروش ملک مشاع غیر قابل افراز در قالب رأی نمی‌گنجد زیرا خواسته خواهان در این خصوص دعوا تلفی نمی‌شود در نتیجه رسیدگی قضایی و دادرسی صورت نمی‌گیرد و محکومی وجود ندارد دادگاه صرفاً دستور فروش صادر می‌نماید و فروش ملک و تقسیم ثمن آن هم متوسط واحد اجرای احکام مدنی انجام می‌گیرد مضاف به اینکه از ماده پنجم قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷

که می‌گوید: «... به‌طور کلی مقررات اجرایی این قانون طبق آیین نامه‌ای

خواهد بود که به تصویب وزارت دادگستری می‌رسد»

استنباط می‌شود قانونگذار نحوه اجرای قانون را فارغ از تشریفات آیین دادرسی مدنی دانسته و به همین دلیل تصمیم دادگاه را در این مورد از نوع دستور فروش قرار داده است و چون مطابق ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً احکام دادگاهها قابل اعتراض می‌باشد این دستور که جزء احکام نیست قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی نمی‌باشد و قطعی است نظریه شماره ۷/۴۵۵ مورخ ۱۳۶۲/۱/۲۸ اداره حقوقی نیز مؤید همین نظر است.

۲۹۶- آیا اقامه ارائه دلیل جدید در محکمه تجدیدنظر قابل پذیرش است؟

ذائقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

اکثریت همکاران محترم قضایی اعتقاد دارند نظریه اینکه در هر صورت دادگاه بایستی طبق ماده ۱۹۹ آیین دادرسی مدنی جهت کشف حقیقت اقدام و رأی خود را تا حد امکان مطابق با واقع صادر نماید چنانچه در مرحله تجدیدنظر دلیلی ارائه گردد که حکایت از خلاف واقع بودن دادنامه بدوی دارد به آن توجه و آن را مورد رسیدگی و ارزیابی قرار داده و در رأی خود دخالت دهد اما نظر شخصی اینجانب این است که با توجه به بند ۵ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی خواهان بایستی تمامی ادله و دلایل اثبات دعوی خود را ذکر و آنها را به همراه دادخواست ارائه دهد همچنین به قریه ماده ۲۱۷ همان قانون دلایل و اسناد فقط بایستی تا قبل از جلسه اول دادرسی ارائه شده باشد مضاف بر اینکه ماده ۳۳۸ قانون مذکور جهات تجدیدنظرخواهی را احصا نموده و ارائه دلیل جدید از

**تصمیم دادگاه در مورد ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی اداری است زیرا که این تصمیم زمانی اتخاذ می‌شود که ادعای شخص ثالث نسبت به مال توقیف شده مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد**

دعا محسوب می‌شود و باید اساساً در تجدیدنظرخواهی را در نظر داشت.

نظریه (کانون وکلای دادگستری مرکز):

دستور فروش در این باره رأی نمی‌تواند قطعی و با قابل تجدیدنظر به شمار آید.

نسخه عنوان رأی (حکم) از حکم قرار می‌گیرد به نظریه می‌رسد که دستور فروش مال مشاع

قطعی تلقی و قابل تجدیدنظر نیست (ماده ۲۹۹، ۳۳۱، ۳۳۰، ۳۳۲، ۳۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی).

مضاف به اینکه دستور فروش ملک مشاع در این قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ و قانونی است.

بنابراین استدلالات این است: سفلانی (دادگستری مشهد):

نظر البته در مورد رأی قابل تجدیدنظر دستور داشته باشد از جمله این که اجرای احکام مدنی این قطعی را ذکر می‌نماید

است در صدور دستور حتی از کسی غیر از خواهان

لذا باید آنرا قابل اعتراض دانست.

نظر اکثریت: اولاً دستور فروش محکومیت است که قابل اعتراض و مشمول ماده ۳۳۱ کمیسیون آیین دادرسی مدنی باشد.

ثانیاً نظریه اداره حقوقی به شماره ۷/۴۵۵ مورخ ۱۳۶۲/۱/۲۸ این دستور را حکم ندانسته است.

ثالثاً در ماده ۲ قانون افراز و فروش املاک مشاع اشاره بر قابل اعتراض بودن رأی دادگاه در مقام رسیدگی

به اعتراض نسبت به تصمیم واحد ثبتی دارد ولی در مورد دستور فروش ساکت است در این خصوص محکومیت قانونگذار در مقام بیان برده است و نظریه بر

غیر قابل اعتراض بودن این دستور داشته است. رسیدگی دادگاه در مورد درخواست فروش شکلی است و بدون

اینکه در ماهیت موضوع وارد شود یا احراز قطعیت تصمیم و ذی نفع بودن متقاضی دستور فروش صادر می‌نماید و تفویض اختیار دستور فروش به محاکم

از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» بوده در غیر این صورت همانطور که در صورت قابل افراز بودن توسط واحد ثبتی افراز صورت می‌گرفت در مورد غیر قابل

تقسیم بودن نیز اقدام به فروش می‌نمود چنانچه در مورد عین مال نیز ادعای حقیقی باشد وفق ماده ۱۴۶ و ۱۴۷

قانون اجرای احکام مدنی رفتار می‌شود.

موسوی (مجمع قضایی بعثت):

دستور فروش ملک مشاع به صراحت عبارت آن یک حکم قضایی تلقی نمی‌شود بلکه یک تصمیم شکلی است و دادگاه در دعوای تقسیم و فروش ملک مشاع رسیدگی قضایی نمی‌کند و دادرسی صورت نمی‌گیرد.

بلکه در قالب یک رسیدگی شکلی با ماهیت تصمیمی اتخاذ می‌کند که ماهیتاً شکلی است نتیجه چون یک امر ترافعی مدنظر نیست و دادرسی و حکم قضایی معمول صادر نمی‌شود و دستور فروش قطعی و غیر قابل تجدیدنظر تلقی می‌شود.

ذائقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):

ماده پنجم قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب



موارد مذکور نمی باشد بنابراین ارائه دلیل جدید در این مرحله قابل پذیرش نیست اما در امور کیفری چون موضوعات مطروحه ناظر به نظم عمومی است و محاکم نمی توانند حکم به مجازات شخصی برخلاف واقع صادر و افراد را برخلاف مدلول اسنادی که حکایت از نادرست بودن رأی کیفری است محکوم نمایند و هیچکدام از قیود مندرج در آیین دادرسی مدنی در این رابطه وجود ندارد به نظر می رسد پذیرش دلیل جدید مخصوصاً زمانی که حاکی از بیگناهی تجدید نظرخواه می باشد فاقد منع قانونی است.

**صدقی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):**

فرق دادگاه و دیوان عالی کشور این است که دادگاه تجدیدنظر دادگاه نقض و رسیدگی است ولی دیوان عالی کشور مرجع نقض و ابرام است بنابراین همان طوری که دادگاه تجدیدنظر حق رسیدگی پس از نقض را دارد حق بررسی دلایل جدید را نیز دارد به اضافه مطابق ماده ۵۰۹ سابق آیین دادرسی ابراز دلایل جدید ادعای جدید نیست یعنی در مرحله تجدیدنظر فقط ادعای جدید قابل پذیرش نیست ولی دلایل جدید قابل پذیرش است و ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مؤید این نظر است.

**موسوی (مجمع قضایی بعثت):**

نظریه اکثریت قضات این مجتمع: بنا به دلایل ذیل مرجع تجدیدنظر می تواند به دلایل جدید رسیدگی کند، ۱- ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی به مرجع قضایی اختیار هرگونه تحقیق و بررسی جهت کشف حقیقت را اعطا کرده است لذا رسیدگی به دلیل جدید حداقل از باب توسعه تحقیقات به منظور وصول به حقیقت قضیه مجاز خواهد بود، ۲- خلاف اصل عدالت و انصاف است که به دلیل جدید که می تواند حقیقت امری را روشن نماید و ابهامی را مرتفع سازد بی توجه باشیم و حکمی صادر کنیم که در صورت توجه به دلیل جدید ممکن بود مدنظر مرجع قضایی قرار نگیرد.

۳- نمی توان از ماده ۴۲۶ قانون آیین

دادرسی مدنی و بند ۷ آن استنباط نمود که دلیل جدید فقط در مرحله اعاده دادرسی قابل طرح است زیرا در فرض سؤال هنوز رأی قطعی نشده و معقول و منطقی نیست که مرجع تجدیدنظر به ارائه کننده دلیل جدید اعلام کند که ما دلیل جدید را نمی پذیریم و شما آن را در مرحله اعاده دادرسی مطرح کنید!! ۴- نمی توان به استناد جهات تجدیدنظر احصاء شده در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی و عدم ذکر دلیل جدید به عنوان یکی از این جهات نتیجه گرفت که دلیل جدید در مرجع تجدیدنظر مسموع نیست زیرا اساساً لفظ جهات بیشتر به طرق و مسجاری ورود به تجدیدنظر تفسیر می شود و دلیل که تعریف خاص خود را دارد جهت تلقی نمی شود و در قلمرو ادبیات حقوقی معانی خاص خود را دارد.

۵- لغو ماده ۵۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق توسط قانونگذار موجد این برداشت که به اعتقاد قانونگذار دلیل جدید دیگر نمی تواند در مرجع تجدیدنظر مسموع واقع شود نخواهد داشت بلکه اگر قانونگذار قصد عدم استماع دلیل جدید را داشت به صراحت در ماده ای از مواد باب تجدیدنظر به این امر اشاره می کرد. ۶- مرجع تجدیدنظر رسیدگی ماهوی می نماید و لازمه این رسیدگی از باب قاعده اذن در شئی اذن در لوازم آن است ورود به هرگونه تحقیقات لازم جهت کشف حقیقت است و هکذا پذیرش و بررسی هرگونه ادله ای که در تصمیم نهایی مؤثر خواهد بود.

**سفلائی (دادگستری هشتگرد):**

اقلیت- اولاً جهات تجدیدنظرخواهی در ماده ۳۴۸ ذکر شده است ارائه دلیل جدید جزء این جهات نیست ثانیاً دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی بدوی است و با تطبیق حکم بر دلایل رأی را تأیید یا نقض می کند و فقط می توان براساس دلیل درخواست اعاده دادرسی کند.

**نظر اکثریت قضات دادگستری هشتگرد**

اولاً- ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی جهات تجدیدنظر است در موارد پنجگانه ادعای تجدیدنظرخواه را بیان نموده باید بین ادعا و دلیل تفاوت قائل شد دلیل وسیله ای برای اثبات ادعا است ثانیاً طبق ماده ۱۹۹ قانون مذکور دادگاه موظف است علاوه بر دلیل طرفین هرگونه تحقیقی که لازم باشد انجام دهد وقتی این تکلیف وجود دارد دیگر نمی توان او را ممنوع از پذیرش یا مختار در عدم پذیرش دلیل دانست.

ثالثاً- مرجع تجدیدنظر در مقام رسیدگی به اعتراض شکلی و ماهیتی رسیدگی می نماید ماهیت مطابقت رأی با حق و واقع را احراز می نماید لذا برای قناعت وجدان ناگزیر از پذیرش دلیل است.

رابعاً- عدالت و انصاف قضائی پذیرش دلایل جدید را ایجاب می نماید. خامساً- طبق بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی اعاده دادرسی در صورتی قابل پذیرش است که سند در مرحله دادرسی مکتوم بوده و

دادرسی از شروع به رسیدگی تا صدور حکم قطعی ادامه دارد و شامل مرجع تجدیدنظر هم می شود با این وصف چون سند در مرحله تجدیدنظر موجود بوده حق اعاده دادرسی هم از بین می رود مضافاً اینکه این نظر که می تواند اعاده دادرسی بنماید در واقع مرحله تجدیدنظر را از محکوم علیه گرفته ایم.

**آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):**

نظریه اکثریت- به موجب ماده ۵۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی خواهان مکلف است رونوشت یا تصویر اسناد مورد ادعائی خود را پیوست دادخواست نماید بنابراین با توجه به مفاد ماده مرقوم خواهان نمی تواند برخی از دلایل خود را در جریان رسیدگی یا به هنگام

تجدیدنظرخواهی ارائه کند لکن چنانچه دلیل جدیدی در مرحله تجدیدنظر ارائه و اقامه شود به موجب ماده ۱۹۹ قانون مرقوم در کلیه امور حقوقی دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد اسناد طرفین می تواند هرگونه اقدامی را که برای کشف حقیقت لازم باشد مورد استفاده قرار دهد لذا دادگاه تجدیدنظر به استناد این ماده مجاز خواهد بود که به دلایل جدید در مرحله تجدیدنظرخواهی توجه نماید.

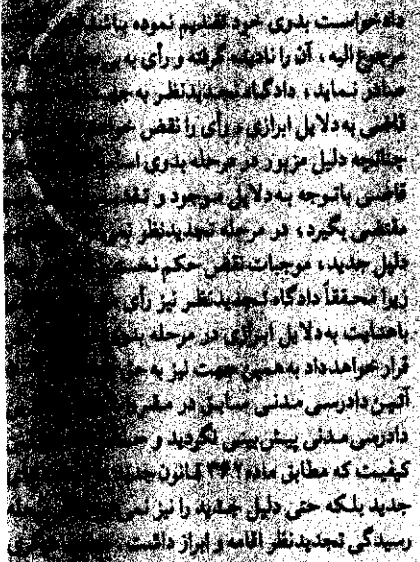
**نظر اقلیت- با توجه به اینکه به موجب ماده ۵۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی خواهان تکلیف دارد که دلایل مورد استناد خود را به پیوست دادخواست ارائه کند اساساً پذیرش اصل جدید در جریان رسیدگی بدوی یا تجدیدنظر محل اشکال است و دادگاه تجدیدنظر نمی تواند به دلایل جدید توجه نماید.**

**نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**

در مقررات سابق آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ منجمله مفهوم ماده ۵۰۹ آن، ابراز دلایل جدید در مرحله تجدیدنظر در موارد خاصی پذیرفته می شد. بدین ترتیب که هرگاه خواهان و یا خوانده حسب مورد در طرح دعوی و یا دفاع خود، از طرح تقدیم بخشی از ادله اثباتی خودداری می نمودند، این امکان برای آنان وجود داشت که در مرحله تجدیدنظر دلایل جدید (غیر از ادله تقدیمی در مرحله بدوی) را ارائه نمایند. اما مقررات جدید قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱ به درستی و به حق این مقرره را در تدوین قانون جدید حذف نمود. زیرا به موجب بند ۶ ماده ۵۱ و مواد ۵۷ به بعد قانون جدید آیین دادرسی مدنی، خواهان مکلف است در دادخواست و به پیوست آن، کلیه ادله و وسایلی را که برای اثبات ادعای خود دارد از قبیل اسناد و نوشتهجات و اطلاع مطلعین و غیره، ذکر و تقدیم نماید به این جهت که هم خواننده دعوی بالحاظ دعوی مطروحه و دلایل آن، به دفاع و پاسخگویی بپردازد و هم دادگاه عمومی مرجع الیه تصمیم خود را با توجه به مدافعات طرفین و ادله اثباتی آنها اتخاذ کند. به همین ترتیب نیز دادگاه تجدیدنظر در صورتی رأی تجدیدنظر خواسته را نقض می کند که اشتباهی از سوی دادگاه بدوی رخ داده و یکی از جهات نقض مندرج در ماده ۳۴۸ همان قانون را احراز نماید. حال چنانچه خواهان و یا وکیل وی در طرح دعوی خود، قصور نموده و یا آنرا به هر دلیلی در مرحله بدوی ابراز ندارد، دیگر حق نخواهد داشت، دلیل جدیدی را در مرحله تجدیدنظر ارائه کند. چرا که در این صورت اشتباه از سوی دادگاه صورت نگرفته بلکه قصور و تعلل از سوی خود خواهان به عمل آمده است.

مفاد بند ۳ ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز که در مقام احصاء جهت نقض رأی می باشد، مؤید و مثبت این ادعا است زیرا مقرر فوق صریحاً ادعای عدم توجه قاضی به دلایل ابرازی در مرحله بدوی را، از جهات درخواست تجدیدنظر شمرده و نه قصور یا امتناع خواهان (تجدیدنظرخواه) از ارائه دلایل مثبت. به عبارت دیگر مطابق بند ۳ ماده ۳۴۸ آیین دادرسی مدنی جدید هرگاه خواهان دلیل یا دلایلی مؤثر را به پیوست

**دستور فروش ملک مشاع غیر قابل افراز در قالب رأی نمی گنجد زیرا خواسته خواهان در این خصوص دعوا تلقی نمی شود در نتیجه رسیدگی قضایی و دادرسی صورت نمی گیرد و محکومی وجود ندارد**



دادگاه بدوی خود تقاضای نحوه پرداخت خسارت کرده است. مراجع آراء، آن را نادیده گرفته و رأی به رد دعوی صادر کرده است. سافتر ننماید، دادگاه تجدیدنظر به درخواست تجدیدنظر قاضی به دلایل ابرازی رأی را نقض کرده و بدوی را بر جای خود باقی گذاشته است. چنانچه دلیل مزبور در مرحله بدوی استناد قاضی باتوجه به دلایل موجود و تقاضای مدعیان بجز در مرحله تجدیدنظر بکار نرفته است. دلایل جدید، مرجع استناد تقاضای حکم بدوی است. زیرا بمقتضای دادگاه تجدیدنظر نیز رأی با احتیاط به دلایل ابرازی در مرحله بدوی قرار خواهد داد به همین جهت نیز به استناد آیین دادرسی مدنی سابقین در مقام بدوی دادرس مدعی پیشین بوسه نگردد و چنانچه در مقام بدوی دادرس مدعیان تقاضای حکم بدوی کرده است که مطابق ماده ۳۶۲ قانون جدید بدوی بلکه حتی دلیل جدید را نیز در رسیدگی تجدیدنظر اقامه و ابراز داشته است که استناد لال فوق را اکتویت کرده و ابراه و سایر دلایل در مرحله تجدیدنظر منتهی می سازد، آن استناد در مقام بدوی منقرات قانون جدید آیین دادرسی، طرح اعتراض و اظهاراتی از قبیل انکار و تردید یا ادعای سلبیت سند ابرازی، تنها در مرحله بدوی و آن هم فقط در جلسه اول دادرسی و نهایتاً در مرحله واخواهی امکان پذیر و میسر است. و مقشن به هیچ وجه به طرفین بدوی اجازه نداده که تکذیب اسناد و یا هرگونه ابرازی به اصالت مفاد و محتویات سند را در مرحله تجدیدنظر مطرح نمایند. (مواد ۹۶ و ۲۱۶ و ۲۱۷ و ۲۱۸ و ۲۱۹) به بعد قانون آیین دادرسی مدنی جدید) هر نتیجه اگر بخوایم به محکوم علیه اجازه دهیم که برخلاف قانون بتواند سند جدیدی را در مرحله تجدیدنظر ارائه کند، بدون اینکه طرف مقابل (محکوم له) حق تکذیب سند را داشته باشد، راه اطاله دادرسی و سوء استفاده و ابراز اسناد مخدوش و بی اعتبار را برای تجدیدنظرخواه باز گذاشته ایم.

التهایه استثناء بر این قاعده اصولی پسند ۷ ماده ۲۲۶ آیین دادرسی مدنی جدید است. یعنی اگر پس از صدور حکم بدوی، اسناد و مدارکی به دست آید که دلیل حناینت محکوم علیه باشد و ثابت شود که مدارک یادشده در جریان دادرسی مکتوم بوده و در اختیار متقاضی نبوده است، دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی تجدیدنظر از رأی دادگاه بدوی منی تواند به دلیل فوق توجه نماید. زیرا وقتی بتوان دلیل مکتوم را که در اختیار متقاضی نبوده از جهات اعاده دادرسی شمرده به طریق اولی در مرحله رسیدگی تجدیدنظر نیز می توان آن را ابراز داشت.

نظرات واصله چند تن از قضات مجتمع قضایی شهید بهشتی:

قریانوند: در اینجا دو بحث وجود دارد بعضی مواقع لازم است در جلسه اول مطرح شود مانند ادعای انکار و تردید و غیره پس در جلسات بعد امکان توجه وجود ندارد و گاهی طبق ماده ۹۰ ق. آ. د. دادگاه مکلف نسبتاً جلد از ماهیت دعوا نسبت به آبرای بدهد به عبارتی می تواند در موقع صدور رأی اظهار نظر کند

اگر ارائه دلیل جدید به معنای این که در جلسه و دادگاه بدوی امکان ارائه آن وجود داشته ولی ارائه نکرده در اینجا شخص به ضرر خود اقدام نموده و قابل پذیرش نیست ولی گاهی دلیل جدید بوده بعداً حادث شده مثلاً استناد به شهادت شهود شده ولی به شهود دسترسی نداشته و حال در تجدیدنظر دسترسی پیدا کرده در اینجا قابل پذیرش است گاهی هم در حد اعاده دادرسی می باشد بنابراین اگر مقدمات ارائه دلیل وجود نداشته در تجدیدنظر قابل پذیرش است ولی اگر قابل ارائه بوده ولی ارائه نکرده قابل پذیرش نیست از طرفی اگر ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. را در نظر بگیریم که می گوید دادگاه مکلف است هر نوع تحقیقی در جهت کشف حقیقت لازم باشد انجام دهد. محکمه تجدیدنظر باید به هر نوع دلیلی توجه کند پس اگر قواعد و اصول حقوقی را در نظر داشته باشیم نمی شود ولی نهایتاً باتوجه به ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. امکان پذیرش وجود دارد.

دکتر پورنوری: باید حقوقی و کیفری را جدا کنیم در حقوقی در مرحله خودش باید ارائه شود ولی در کیفری که در همه حال با حقوقی فرق دارد باید رسیدگی گردد. چون آیین دادرسی آنها متفاوت است بنظر می رسد در کیفری قابل پذیرش است ولی در حقوقی قابل پذیرش نمی باشد.

قریانوند: من همین نکته را می خواستم عرض کنم آیین دادرسی مدنی تابع اصول و قواعد خاص است ولی کیفری نیست لکن باتوجه به ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. همه اصول حقوقی را در قالب کیفری کرده در حقوق دادگاه از همان اول بیطرف است و بار اثبات با طرفین است براساس اصول حقوقی ولی در کیفری دادسرا داریم و پس از آن در دادگاه حالت بی طرف می شود. در حقوقی مواردی مانند تحقیق محلی و غیره می باشد و هر چند در عمل ماده ۱۹۹ ماده های است که زیاد به آن توجه نمی شود و همان اصول حقوقی را در نظر دارند ولی می گویم اگر قاضی تحقیقی را انجام داد دیگر تخلف نیست قبلاً گفته می شد که تحصیل دلیل است ولی حالا طبق ماده ۱۹۹ ق. آ. د. م. دیگر ایرادی ندارد.

دکتر پورنوری: سؤال می گوید ارائه دلیل یعنی از سوی طرفین است نه از سوی دادگاه.

خیری: با استناد مفهوم مخالف ماده ۳۶۲ ق. آ. د. م. که ادعای جدید در تجدیدنظر را مسموع نمی داند قابل پذیرش است زیرا مفهوم مخالف این است که ارائه دلیل ایرادی ندارد گفته شده ادعای جدید نگفته دلیل جدید بنابراین قابل پذیرش است.

سوری: با توجه به ماده ۱۹۹ و ۳۶۲ ق. آ. د. م. قابل پذیرش است چون دلیل جنبه طریقت دارد و قابل استماع است هدف ما از کشف حقیقت است پس ایرادی ندارد. غیر از استثنائات قابل پذیرش است.

نحقی: وقتی به جایگاه تجدیدنظر توجه کنیم می بینیم تجدیدنظر نمی تواند رأی قاضی که طبق قانون و شرع صادر شده به زعم خود تغییر دهد و فی الواقع نباید به نظر قضایی عنایت کنند. اگر رأی بدوی صحیح باشد نمی تواند تغییر دهد مگر اشتباهی کرده باشد اگر دلائلی در بدوی مطرح شد ولی دادگاه بدوی به آن دلائل توجه نکرد مثلاً در خلع ید به اماره تصرف اعتنا نکرد یا به پرونده ای استناد شده آن را مطالبه نکرد معتقد این ادعای جدید نیست بلکه تأکیدی است بر قبلی پس تجدیدنظر می تواند وارد شود و به دلائلی ملحوظ نظر قرار گرفته توجه کند ولی اگر ادله مطرح شود مورد توجه واقع شود مجدداً مطرح گردد دیگر تجدیدنظر نمی تواند همان دلیل را تکرار کند و رسیدگی نماید. بنابراین اگر ادله در بدوی مطرح شده باشد دیگر در تجدیدنظر قابل توجه نیست ولی اگر ادله ای مطرح شده ولی به آنها رسیدگی نشده و توجه نشده قابل توجه و پذیرش است.

بنفشه: قبل از پاسخ به سؤال مطروحه تذکر این نکته خالی از فایده نیست که بین ادعای جدید در مرحله تجدیدنظر و ابراز دلیل جدید تفاوت وجود دارد و اصل بر این است که ادعای جدید در مرحله تجدیدنظر مسموع نیست مگر در مواردی که قانون اجازه داده است مثل موارد مندرج در بندهای ماده ۳۶۲ ق. آ. د. م. ولی با توجه به بندهای ماده ۳۴۱ ق. آ. د. م. و مواد ۳۴۸ و ۱۹۹ و ۳۶۲ ق. آ. د. م. و مفهوم دیگر موارد قانونی در صورتی که دلایل جدید در دادگاه اقامه و ارائه شود که مربوط به یکی از جهات تجدیدنظر مندرج در ماده ۳۴۸ قانون مذکور باشد یا در جهت اثبات ادعای مطروحه در مرحله بدوی موثر باشد قابل پذیرش و مجاز است (این پاسخ در مورد احکام مربوط به دعوی حقوق است).

نظر اکثریت قضات محترم این است که در امور کیفری بطورکل قابل پذیرش ولی در امور حقوقی اگر برای ارائه دلیل مرحله خاصی در نظر گرفته شده باشد دیگر قابل پذیرش نیست در غیر این صورت قابل پذیرش می باشد.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۱۱/۲):

در صورتی که دلایل جدید در دادگاه تجدیدنظر اقامه و ارائه شود و مربوط به یکی از جهات تجدیدنظر مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی باشد یا در جهت اثبات ادعای مطروحه در مرحله بدوی موثر باشد قابل پذیرش است زیرا که ماده ۱۹۹ قانون مذکور به دادگاه رسیدگی کننده اختیار هرگونه تحقیق و بررسی جهت کشف حقیقت را اعطاء کرده است با لغو ماده ۵۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق هم نباید این برداشت شود که به اعتقاد قانونگذار جدید مرجع تجدیدنظر دیگر نمی تواند دلیل جدید را بپذیرد زیرا اگر

**به موجب بند ۵ ماده ۵۱ و مواد ۵۷ به بعد قانون جدید آیین دادرسی مدنی خواهان مکلف است در دادخواست و به پیوست آن کلیه ادله و وسایلی را که برای اثبات ادعای خود دارد از قبیل اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره ذکر و تقدیم نماید**

قانونگذار چنین قصدی داشت به صراحت در ماده ای در باب تجدیدنظر به این امر اشاره می کرد لذا چون دادگاه تجدیدنظر حق رسیدگی پس از نقض را دارد لازمه به این رسیدگی هم از باب قاعده اذن در شئی اذن در لوازم آن خواهد بود در این صورت ورود به هرگونه تحقیقات جهت کشف حقیقت مجاز می باشد .

**سؤال ۲۹۷- آیا رأی قابل واخواهی موضوع ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی در امور کیفری شامل موردی که متهم یا وکیل او در جلسه دادرسی بدوی حاضر بوده اند و لایحه دفاعیه یا اعتراضیه داده باشند هم می شود؟**  
 موسوی (مجمع قضایی بعثت):

متن ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری صریح است نیازی به تفسیر ندارد عبارت مراحل دادرسی دلالت بر مرحله دادرسی بدوی و مرحله دادرسی تجدیدنظر دارد لذا اگر متهم یا وکیل او در مرحله بدوی لایحه دفاعیه یا اعتراضیه ای به مرجع بدوی ابراز نماید رأی مرجع تجدیدنظر ولو آنکه متهم یا وکیل او در این مرحله حضور نیافته لایحه دفاعیه یا اعتراضیه ای اقامه نکرده باشد حضوری تلقی می شود بحث انصاف و عدالت و اقتضای تأمین آن با تلقی غیابی بودن رأی تجدیدنظر در اینجا محمل نظری و وجاهت قانونی ندارد زیرا عدالت و انصاف درگرو اجرای دقیق متن قانون است تفکیک حکم برائت و محکومیت که از سوی برخی از همکاران مطرح می شود و نتیجه گرفته می شود که اگر متهم در مرحله بدوی تیرنه شده و در مرحله بدوی لایحه و اعتراضیه ای را اقامه کرده اما در مرحله تجدیدنظر لایحه و اعتراضیه ای اقامه نکرده و محکومیت یافته به منظور حفظ حقوق وی رأی تجدیدنظر را غیابی توصیف کنیم نیز پایه و اساسی ندارد زیرا در ماده ۲۶۰ بطور مطلق در مورد غیابی یا حضوری بودن رأی تجدیدنظر انشای حکم شده و بر اقسام دوگانه آرای محکومیت و برائت وضع حکم نشده است .

آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):  
 نظریه اتفاقی - در ماده ۲۶۰ قانون مرقوم آمده که چنانچه وکیل متهم یا شخص متهم در هیچ یک از مراحل دادرسی حاضر نبوده باشند رأی غیابی خواهد بود حال آنکه مراحل مختلف دادرسی در ماده یک قانون فوق آمده و رسیدگی در مرحله بدوی یکی از مراحل دادرسی می باشد بنابراین چنانچه متهم یا وکیل وی در این مرحله حاضر باشند رأی دادگاه تجدیدنظر اساساً حضوری محسوب می شود نه غیابی و ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی در امور کیفری نیز شامل موردی می شود که دادگاه بدوی حکم بربرائت متهم غایب صادر می کند و با تجدیدنظرخواهی شاکی پرونده به دادگاه تجدیدنظر ارسال می شود و دادگاه مذکور بدون اینکه متهم یا وکیل وی حاضر باشند حکم بر محکومیت متهم صادر می نماید که در این صورت رأی دادگاه تجدیدنظر غیابی خواهد بود .

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):  
 نظر اکثریت همکاران محترم این مجتمع بر این مبنا است که تنها مصداق ماده ۲۶۰ قانون

آیین دادرسی کیفری در موردی است که متهم در مرحله بدوی در هیچکدام از جلسات دادگاه حضور نداشته (نه خودوی و نه وکیلش) و لایحه دفاعیه هم نداده باشد و ضمناً حکم به برائت وی صادر شود اما پس از تجدیدنظرخواهی شاکی در مرحله تجدیدنظر نیز حضور نداشته و دفاعی به عمل نیاورده باشد و طبق حکم دادگاه تجدیدنظر محکوم شده باشد و مصداق دیگری نمی توان برای این ماده پیدا نمود بنابراین جواب سؤال مذکور منفی است یعنی اینکه محکوم علیه در مرحله بدوی حضور داشته یا لایحه دفاعیه داده باشد حکم مرحله تجدیدنظر حضوری محسوب است .

صدقی (محاکم تجدیدنظر استان تهران): چنانچه پس از مراحل تحقیقات مقدماتی (و در صورت احیاء دادسرا صدور کیفرخواست) متهم در جلسه رسیدگی دادگاه بدوی حاضر نشود و دفاعیات لازم را به عمل آورد لکن دادگاه با پذیرش دفاعیات وی حکم برائت وی را صادر نماید در این صورت چنانچه در مرحله تجدیدنظر دلایل برای مجرمیت کافی باشد در این صورت رأی صادره حضوری و قطعی است . لیکن چنانچه در مرحله بدوی پس از صدور کیفرخواست متهم در هیچ یک از جلسات دادرسی حاضر نشود یا لایحه ای نفرستد حکمی که صادر شود غیابی است .

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز): اولاً ضابطه قابلیت واخواهی از رأی دادگاه تجدیدنظر و غیابی شناختن رأی مزبور، عدم حضور متهم یا وکیل او و عدم تقدیم لایحه دفاعیه یا اعتراضیه متهم یا وکیل او در هیچ یک از مراحل دادرسی است . (ماده ۲۶۰ آیین دادرسی کیفری) فی الواقع متهم یا وکیل او نباید در هیچ یک از دو مرحله دادرسی که شامل مرحله بدوی و مرحله تجدیدنظر می شود، حضور یافته و یا لایحه دفاعیه یا لایحه اعتراضیه تقدیم کرده باشند . عبارت «در هیچ یک از مراحل دادرسی» را نباید ناظر بر فقط مرحله تجدیدنظر دانست بلکه منظور جمع دو مرحله بدوی و مرحله تجدیدنظر می باشد اطلاق مراحل دادرسی بر دو مرحله بدوی و تجدیدنظر را می توان صریحاً از ماده ۲۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۸۱ نیز استخراج کرد . زیرا ماده ۲۵۲ نیز بحث از تشخیص دادگاه تجدیدنظر در خصوص نقص تحقیقات انجام شده در مرحله بدوی می کند .

ثالثاً آنچه که در ماده ۲۶۰ آیین دادرسی کیفری جدید در باب رأی قابل واخواهی در مرحله تجدیدنظر آمده، در ماده ۳۶۴ آیین دادرسی مدنی جدید نیز پیش بینی شده و عدم حضور خواننده یا وکیل او در هیچ یک از مراحل دادرسی و یا عدم تقدیم لایحه دفاعیه یا اعتراضیه در مراحل مزبور را، موجب قابلیت اعتراض رأی دادگاه تجدیدنظر در همان مرجع می داند . مفهوم مراحل

دادرسی در ماده ۳۶۴ آیین دادرسی مدنی جدید نیز ناظر بر هر دو مرحله بدوی و مرحله تجدیدنظر است . و مؤید این مطلب نیز مواد ۱۳۰ و ۱۳۴ و ۱۳۵ و تبصره ۳ ماده ۳۰۶ آیین دادرسی مدنی جدید می باشد . چه آنکه در این مقررات نیز صراحتاً از عبارات مرحله بدوی یا مرحله نخستین و مرحله تجدیدنظر استفاده شده است . به ویژه در ذیل ماده ۱۳۴ آیین دادرسی مدنی جدید آمده که: «... ترتیبات دادرسی در مورد ورود شخص ثالث در هر مرحله چه نخستین یا تجدیدنظر برابر مقررات عمومی راجع به آن مرحله است .» و تبصره ۳ ماده ۳۰۶ نیز می افزاید: «تقدیم دادخواست خارج از مهلت یادشده بدون عذر موجه، قابل رسیدگی در مرحله تجدیدنظر برابر مقررات مربوط به آن مرحله می باشد.»

ثالثاً - در ماده ۲۶۰ آیین دادرسی کیفری جدید نیز از کلمه «اعتراضیه» استفاده شده و بی تردید مقصود از اعتراضیه نیز همان واخواهی از حکم غیابی صادره از دادگاه بر علیه متهم است . لهذا قانونگذار نیز حکم صادره از دادگاه

تجدیدنظر بر علیه متهم را در صوتی قابل واخواهی می داند که متهم به هیچ یک از مراحل بدوی و تجدیدنظر، حضور نیافته و لایحه دفاعیه نیز نداده باشد . زیرا اگر متهم نسبت به حکم غیابی دادگاه عمومی (بدوی) اعتراض نموده و واخواهی کرده باشد، دیگر حکم دادگاه تجدیدنظر در هیچ فرضی به صورت غیابی و قابل واخواهی نخواهد شد . لهذا پاسخ سؤال منفی است و اگر متهم یا وکیل او در مرحله دادرسی بدوی حاضر بوده و یا لایحه دفاعیه داده باشد، حتی در صورت غیبت در مرحله تجدیدنظر و یا فرض صدور حکم دادگاه تجدیدنظر بر علیه متهم مزبور نیز حکم صادره حضوری تلقی خواهد شد .

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۱۱/۲):  
 عبارت مراحل دادرسی مندرج در ماده ۲۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری دلالت بر مرحله دادرسی بدوی و مرحله دادرسی تجدیدنظر دارد لذا اگر متهم یا وکیل او در مرحله بدوی حاضر شوند یا لایحه دفاعیه یا اعتراضیه ارائه نمایند رأی تجدیدنظر ولو آنکه متهم یا وکیل او در این مرحله حضور نیافته و لایحه دفاعیه یا اعتراضیه اقامه نکرده باشند حضوری تلقی می گردد، تنها مصداق ماده مذکور در موردی است که متهم یا وکیل او در هیچیک از جلسات دادگاه بدوی حاضر نشوند و لایحه دفاعیه یا اعتراضیه هم نداده باشند در عین حال حکم برائت متهم صادر گردد و شاکی از این حکم تجدید نظرخواهی نماید و در این مرحله هم متهم یا وکیل وی دفاعی به عمل نیاورند و حکم بر محکومیت متهم صادر گردد این حکم دادگاه تجدیدنظر غیابی محسوب و مشمول ماده ۲۶۰ قانون یادشده خواهد بود .

**در صورتی که دلایل جدید ارائه شود و مربوط به یکی از جهات تجدیدنظر مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطروحه در جهت اثبات ادعای باشد قابل پذیرش است**