

گزارش آخرین نشست قضایی استان

پاسخ به پرسش‌های ۳۱۰ تا ۳۱۳

تنظیم: حمید مهدی پور - قاضی حوزه معاونت آموزش تهران

موضوع داوری نبوده، اتخاذ تصمیم کند، رأی داوری به موجب شقوق ۲ و ۷ ماده ۴۸۹ آ. د. م جدید قابل ابطال خواهد بود. لیکن باید توجه داشت تبصره ماده ۴۵۸ ناظر بر تعیین قانون حاکم بر زمان تنظیم قراردادهای داوری است. به عبارت دیگر مطابق ماده ۴ قانون مدنی، اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون جدید التصویب اصولاً معطوف به ماقبل خود نمی‌شود، مگر این که در خود قانون تصریح به خلاف آن گردد. به نظر می‌رسد اگرچه متن ماده ۴ قانون مدنی اطلاق دارد ولی با لحاظ مقررات دیگر، باید آن را ناظر بر مقررات و قوانین ماهوی دانست. از طرف دیگر ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز مدلولاً مقررات و ضوابط آیین دادرسی مدنی را معطوف به سابق کرده است. زیرا رسیدگی به دعایی که قبل از اجرای قانون آیین دادرسی مدنی جدید (۲۱ فروردین ۷۹) اقامه شده را مشمول ترتیب مقرر در این قانون نموده است. در خصوص مقررات ماهوی نیز ماده ۱۳۲۷ آ. د. م جدید اشعار می‌دارد که چنانچه رأی صادره با قوانین حاکم در زمان صدور آن مخالف نباشد، نقض نمی‌گردد که این امر در ماده ۱۵۶۲ آ. د. م سابق نیز سابقه داشته است. در مقررات ماهوی جزایی نیز اصل ۱۶۹ قانون اساسی و ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۰ حکومت می‌کند که به موجب آن هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌گردد. البته قانون گذار در تبصره ماده ۴۵۸ آ. د. م جدید نیز خواسته اعلام کند که قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده‌اند، تابع مقررت زمان تنظیم قرارداد می‌باشند. یعنی این که هرگاه قرارداد داوری در زمان قبل از تصویب آیین دادرسی مدنی جدید (۲۱ فروردین ۷۹) تنظیم شده که موضوع اختلاف آن به موجب قانون سابق یا اسبق، قابلیت ارجاع به داوری را نداشته است، ولو این که قانون جدید التصویب، موضوع مزبور قابل ارجاع به داوری باشد، قرارداد داوری

سوال ۳۱۰- آیا قراردادهای داوری موضوع تبصره ذیل ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی فقط مختص اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی است یا شامل قراردادهای خصوصی نیز می‌شود؟
 نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز): به نظر می‌رسد تبصره ذیل ماده ۴۵۸ آیین دادرسی مدنی جدید شامل قراردادهای خصوصی هم می‌شود، زیرا:
 اولاً- همواره تبصره یک ماده قانونی، از حیث موضوع تابع اصل ماده مربوطه است. البته مفاد تبصره یا متضمن ورود یک استثناء بر اصل ماده است و یا این که در مقام تقریر جهاتی است که مربوط به اصل ماده می‌شود و چون اصل ماده ۴۵۸، ارکان مربوط به داوری را پیش بینی و بیان می‌دارد و آن را مختص به اصل ۱۳۹ قانون اساسی ندانسته، بنابراین شامل قراردادهای خصوصی نیز خواهد بود. بعلاوه هرگاه مقنن به اختصاص تبصره ماده ۴۵۸ بر موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی نظر می‌داشت، تبصره مزبور را در ذیل ماده ۴۵۷ آیین دادرسی مدنی قرار می‌داد که موضوعاً با اصل ۱۳۹ قانون اساسی سنخیت و تطبیق دارد.
 ثانیاً- ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی جدید در باب یکی از ارکان قرارداد داوری که موضوع اختلاف می‌باشد تأکید کرده که طرفین قرارداد باید موضوع اختلاف خود را تعیین نمایند و این امر همان ضرورتی است که در ماده ۴۶۸ آ. د. م جدید به دادگاه نیز تکلیف شده است. البته چون بعضی از موضوعات قابل ارجاع به داوری نیست و این دسته از دعاوی و امور حسب مواد ۴۷۸ و ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی جدید نیز احصاء شده‌اند (دعوی ورشکستگی، اصل نکاح، طلاق، فسخ نکاح و نسب)، لهذا چنانچه موضوعات مزبور در قرارداد داوری به داور ارجاع شود و یا داور در اموری که



باطل می‌شود و در دادگاه قابل ابطال است. بنابراین
 مقرر می‌گردد که در صورت وقوع موضوع یا امور قابل ارجاع
 به هیئت مفصل به ماسبق نخواهد شد. لیکن در
 صورتی که قید شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.
 در تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است، دعاوی
 در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.
 در تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است، دعاوی
 در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.

د. م. ۱۳۵۸. م. جدید فقط
 قانون اساسی و دعاوی
 در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.
 در تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است، دعاوی
 در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.
 در تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است، دعاوی
 در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی در صورتی که مقرر شده که با رعایت اصل ۱۳۹ قانون
 اساسی از آن (امر داوری) در ماده ۴۵۷
 مصوب هیئت مفصل به ماسبق کرده است.

است و این قید نمی‌تواند موجب تخصیص تبصره و
 حصر آن به قراردادهای دولتی شود. زیرا هیچ دلیل
 بر ترجیح قراردادهای دولتی بر قراردادهای خصوصی
 و تفکیک آن‌ها از حیث این که مشمول قانون زمان
 تصویب خود باشند یا نباشند وجود ندارد. مضاف بر
 این که طبق ماده ۴ قانون مدنی اثر قانون نسبت به
 آتی می‌باشد و به گذشته اثر ندارد و طبق ماده ۱۰
 همین قانون قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی
 که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح
 قانون نباشد نافذ است. بنابراین اصل به صحت
 قراردادهای خصوصی تنظیم شده قبل از تصویب
 قانون آ. د. م. است و دلیلی هم بر بطلان آن‌ها
 نداریم.

شجاعی (دادگستری شهریار): تبصره ماده ۴۵۸
 صرفاً ناظر به قراردادهای داوری مشمول اصل ۱۳۹
 نمی‌باشد، بلکه قراردادهای داوری اعم از
 قراردادهای خصوصی و عمومی و دولتی را مدنظر
 قرار می‌دهد، لیکن برای رفع این تردید که قرارداد
 داوری مشمول اصل ۱۳۹ چنانچه قبل از تصویب
 این اصل منعقد شده باشد الزاماً می‌بایست اصل
 مذکور رعایت شود، موضوع را مطرح کرده و چنین
 قرارداد داوری را مستثنی از اصل کلی منعکس در
 تبصره ماده ۴۵۸ نموده است.

آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):
 با توجه به مفاد تبصره ذیل ماده ۴۵۸ قانون
 آیین دادرسی مدنی که به طور مطلق کلیه
 قراردادهای داوری را بیان نموده

و نظر به این که با
 انعقاد قرارداد مربوط به
 داوری برای هر یک از
 طرفین حق مکتسب ایجاد
 می‌گردد، لذا به نظر می
 رسد که تغییر مقررات قانونی
 نمی‌تواند نافی حقوق مکتسب
 هر یک از متعاملان باشد.
 خصوصاً زمانی که یکی از طرفین
 تبعه کشور خارجی باشد این
 استدلال بیشتر مد نظر قرار می‌گیرد.

علاوه بر مراتب فوق به موجب ماده ۴ قانون مدنی
 اثر قانون صرفاً نسبت به آتی است و تأثیری بر ما قبل
 خود ندارد، مگر آن که در خود قانون مقرراتی خاص
 پیش بینی گردد. بنابراین به نظر می‌رسد که
 قراردادهای داوری تبصره ماده ۴۵۸ قانون مورد بحث
 شامل قراردادهای خصوصی نیز می‌گردد.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در
 جلسه (۸ مرداد ۸۳): اولاً: تبصره ذیل ماده ۴۵۸
 قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۲۱ فروردین ۷۹
 ناظر بر تعیین قانون حاکم بر زمان تنظیم قراردادهای
 داوری است که صراحتاً بیان نموده: «قراردادهای
 داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده‌اند...»
 تابع مقررات زمان تنظیم می‌باشد» نتیجه این که با
 انعقاد قرارداد مربوط به داوری برای هر یک از طرفین

قرارداد حق مکتسبه ایجاد می‌گردد که به نظر می‌رسد
 تغییر مقررات قانونی نمی‌تواند نافی حقوق مکتسبه
 هر یک از طرفین قرارداد شود و از طرفی برابر ماده ۴
 قانون مدنی، «اثر قانون نسبت به آتی است و قانون
 نسبت به ما قبل خود اثر ندارد، مگر این که در خود
 قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ
 شده باشد.»

ثانیاً: می‌توان گفت تبصره ذیل ماده ۴۵۸ قانون
 یاد شده مختص اصل یکصد و سی و نهم قانون
 اساسی نیست در نتیجه شامل قراردادهای خصوصی
 نیز می‌باشد. زیرا تبصره هر ماده قانونی از حیث
 موضوع تابع همان ماده قانونی است که ممکن است
 ورود یک استثنا بر اصل ماده باشد یا در مقام تفسیر
 جهاتی که مربوط به همان ماده است وضع شده
 باشد. با این وصف ملاحظه می‌شود ماده ۴۵۸
 ارکان مربوط به داوری را پیش بینی و بیان نموده و آن
 را مختص اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی
 ندانسته همچنین از قید «با رعایت اصل یکصد و سی
 و نهم قانون اساسی» مندرج در تبصره مذکور استنباط
 می‌شود که این قید فقط ناظر بر قراردادهای داوری
 دولتی است و بیان کننده این است. چنانچه
 قراردادهای داوری دولتی قبل از تصویب اصل یکصد
 و سی و نهم قانون اساسی هم منعقد شده باشند،
 ضمن این که تابع مقررات زمان تنظیم قرارداد خواهند
 بود، بلکه الزاماً می‌بایست مفاد اصل

یکصد و سی و نهم قانون اساسی در
 خصوص این قراردادها رعایت
 شود. در نتیجه قید مذکور
 نمی‌تواند موجب تخصیص
 تبصره و حصر آن فقط برای
 قراردادهای دولتی شود.

سؤال ۳۱۱- در خصوص
 موضوع ماده ۳۵۵
 قانون مدنی
 در صورتی که مشتری
 از حیث کمتر و بایع از حیث
 بیشتر بودن مساحت ملک مورد معامله
 نخواهند از حق فسخ خود استفاده نمایند و
 تراضی هم نکنند آیا دعوی مطالبه مابه التفاوت
 وجه حسب مورد قابل استماع است یا خیر؟
 یآوری (دادستانی کل کشور): به عقیده اینجانب در
 ماده ۳۵۵ مساحت به عنوان شرط صفت است فلذا
 اگر کمتر یا بیشتر بود موضوع تابع خیار تخلف وصف
 است و فقط حق فسخ وجود دارد و مطالبه کم یا زیاد
 معنا ندارد.

منتها باید توجه داشت که مصادیق ماده ۳۵۵
 بسیار کم است (البته اگر از مصادیق ۳۵۵ باشد جز
 فسخ راهی نیست) و در اغلب موارد این گونه
 اختلافات تابع مواد ۳۸۴ قانون مدنی و ماده ۱۴۹
 قانون ثبت است. فلذا در قالب مواد اخیر می‌شود
 به جای خیار فسخ، زیاده و کمی را مطالبه کرد. در
 مورد ماده ۳۸۵ قانون مدنی نیز می‌توان گفت؛ این

با انعقاد قرارداد مربوط به داوری برای هر یک از دو طرف قرارداد، حق مکتسبه ایجاد می‌شود که به نظر می‌رسد تغییر مقررات قانونی نمی‌تواند نافی حقوق مکتسبه هر یک از دو طرف قرارداد شود

ماده ناظر به وقتی است که خانه ساخته و موجود باشد و علاوه بر آن مساحت به عنوان شرط صفت قید شده باشد. ولی در مورد پیش خرید آپارتمان‌ها که امروزه معمول شده، مساله مساحت به عنوان شرط صفت مطرح نیست و مورد مشمول ماده ۳۸۵ نیز نمی باشد، فلذا می شود آن را فسخ کرد یا زیاده و کمی را مطالبه نمود.

آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران)
نظر به اکثریت قریب به اتفاق:

با توجه به مفاد ماده ۳۵۵ قانون مدنی که در مورد فرض مساله بیان داشته که حسب مورد با بیع یا مشتری حق فسخ معامله را دارند یا می توانند با یکدیگر تراضی نمایند، لذا به نظر می رسد که موارد فوق حصری بوده و جبران خسارت به غیر از طرق مذکور ممکن نباشد. زیرا در ماده ۳۵۵ قانون مدنی مفروض این است که شرط مقدار به عنوان وصف ملک مورد معامله قرار گرفته و ثمن برای کل مبیع و بدون در نظر گرفتن بهای هر جزء از مساحت معین شده است و خيار فسخ در این جا خيار تخلف از وصف است.

نظر به اقلیت: با عنایت به این که هدف قانون گذار از قائل شدن خيار فسخ و یا تراضی طرفین جبران خسارت زیان دیده است و فسخ معامله نیز از جهت قواعد عمومی قراردادهای یکی از راه های جبران خسارت می باشد و از طرفی دلیلی که حکایت از حصری بودن طریقه جبران خسارت داشته باشد وجود ندارد لذا هر یک از با بیع یا مشتری که حق فسخ با وی می باشد می تواند به نسبت تفریصه یا اضافه از ثمن معامله کسر و مطالبه کند.

دکتر سعید منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی): با توجه به این که ماده ۳۵۵ قانون مدنی ناظر به مبیعی است که تجزیه ناپذیر است، لذا دعوی مطالبه مابه التفاوت وجه قابلیت طرح ندارد. لیکن اگر مبیع یا ثمن تجزیه پذیر باشد موضوع تحت شمول ماده ۳۸۴ قانون مدنی است که در این صورت می توان دعوی مطالبه مابه التفاوت را مطرح کرد.

نهرینی: پاسخ به این سؤال منفی است زیرا: اولاً- همان طور که می دانیم ایجاد حق فسخ و یا مبنای اعطای خيار به دارنده خيار اصولاً به جهت جلوگیری از ورود زیان به دارنده خيار است. بنابراین در محدوده ماده ۳۵۵ قانون مدنی نمی توان به اشخاص مزبور حسب مورد اجازه داد که از حق فسخ خود صرف نظر شود و با تجزیه ثمن یا ثمن، زیان مضاعفی را به طرف مقابل تحمیل کند. زیرا هرگاه ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شود و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری را نمی توان ملزم کرد که با کسر کردن از ثمن، ملک را با وضعیت موجود قبول کند. زیرا مقدار موجود مورد نظر مشتری نبوده است و بالعکس هرگاه مساحت واقعی ملک بیشتر از مقدار مشروط درآید نمی توان با بیع را به فروش مساحت مازاد ملزم کرد و یا مقدار مساحت مازاد را به او برگرداند. زیرا نه فروش

مساحت مازاد مورد قصد با بیع بوده و نه این که مشتری در پرداخت مبلغ و ثمن مربوط به مساحت مازاد، تعهدی دارد. مضافاً این که برگرداندن عین مساحت مازاد به با بیع نیز به نفع او نخواهد بود. در واقع به خلاف اموال موضوع ماده ۳۸۴ قانون مدنی، موضوع ماده ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون یاد شده قابل تجزیه نبوده و یا در صورت تجزیه مستلزم ضرر خواهد بود.

ضمن آن که ماده ۳۵۵ در مبحث مربوط به تعیین مبیع پیش بینی شده ولی مادیتین ۳۸۴ و ۳۸۵ در یکی از آثار بیع یعنی در تسلیم مبیع آمده است.

ثانیاً- مطابق بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی معلوم نبودن و یا مجهول بودن مورد معامله در حین عقد، موجب بطلان عقد خواهد شد. لیکن ماده ۳۴۳ قانون مدنی به متباین اختیار داده تا در مواردی که از مساحت دقیق ملک در حین معامله اطلاع ندارند به منظور جلوگیری از بطلان عقد، مبیع را به شرط مقدار معین بفروشند در این صورت بیع واقع می گردد. به همین جهت است که ماده ۳۵۵ قانون مدنی فرضی را مطرح ساخته که به موجب آن ممکن است ملک به شرط داشتن مساحت معین فروخته شود. از طرف دیگر موضوع ماده ۳۵۵ ق. م. که تحت عنوان مبحث سوم (در مبیع) از فصل اول از باب سوم قانون مدنی پیش بینی شده، در شمار اموال و املاکی است که به صورت قواره ای معامله می شده و در واقع در انجام معامله نسبت به چنین املاکی اجزای ثمن در مقابل اجزای مبیع قرار نمی گرفت، بلکه مبلغی کلی در مقابل تمامی ملک قرار داده و معامله می شد. مانند این که شخصی یک قواره زمین کشاورزی خود و یا رقبه روستائی را با اشتراط مساحت معین در قبال مبلغ معینی می فروشد. اصولاً چنین املاکی قابلیت تجزیه و تفکیک نداشته و تجزیه آن‌ها همواره موجب نقص ملک و کاهش ارزش آن می گردد.

ثالثاً- اگرچه ماده ۳۵۵ قانون مدنی به طور کلی در خصوص ملکی است که با شرط مساحت معین آن، مورد بیع قرار میگیرد، ولی اصولاً معلوم کردن مبیع و رفع جهالت از آن مطابق ماده ۳۴۲ قانون مدنی به واسطه معلوم کردن مقدار و جنس و وصف مبیع و یا از طریق تعیین مقدار آن به وزن و کیل و یا عدد یا ذرع یا مساحت و یا مشاهده آن به تبع عرف بلد صورت می گیرد. همواره اشخاص با مشاهده مبیع و تعیین مقدار آن به یکی از طرق فوق، رفع جهالت می کنند. حال اگر در املاکی که به طور قواره ای و یکپارچه بفروش می رسد طرفین برای تعیین مساحت آن، شرط مساحت معین کنند، چنانچه بعداً معلوم شود که کمتر یا بیشتر از مقدار مزبور است تنها طریق ممکن، ایجاد حق فسخ برای مشتری و

تیسره هر ماده قانونی از حیث موضوع تابع همان ماده قانونی است که ممکن است ورود یک استثناء بر اصل ماده باشد یا در مقام تقریر جهاتی که مربوط به همان ماده است وضع شده باشد

با بیع حسب مورد است. رابعاً- در خصوص املاک ثبت شده نیز ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک حکومت دارد و قید شده که هرگاه ملکی با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته و بعداً معلوم شود که اضافه مساحت دارد و اضافه مساحت مزبور نیز در محدوده سند مالکیت بوده و به حق مجاوران تجاوزی نشده، در این صورت ذی نفع می تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در نخستین سند انتقال در صندوق ثبت تودیع و اصلاح سند را تقاضا کند. علت این که مقنن در ماده ۱۴۹ قانون ثبت قید می کند که اضافه مساحت باید در محدوده سند مالکیت باشد و معامله را باطل و یا قابل فسخ نمی داند آن است که در اموال غیرمنقول، شناسایی ملک با پلاک ثبتی صورت گرفته و به واسطه حدود اربعه و مشخصات مندرج در سند مالکیت، تعیین و معلوم می گردد و میزان مساحت در این موارد وضعیتی فرعی دارد. به قول استاد ارجمند

جناب آقای دکتر جعفری لنگرودی در املاک غیرمنقول، مساحت ملک همواره تابع محدوده و حدود اربعه ملک است و در واقع هرگاه محدوده و حدود اربعه ملک به عنوان علت مشخص باشد، مساحت ملک به عنوان معلول، مشخص خواهد شد در نتیجه با این استدلال می توان گفت که جهلی نسبت به مساحت ملک متصور نخواهد بود تا موجب ضرر شود. مضافاً این که تعیین و رفع ابهام از اموال غیرمنقول ثبت شده اصولاً با مشاهده خود ملک و همچنین ملاحظه مندرجات سند مالکیت آن صورت می گیرد. بنابراین با توجه به مراتب فوق به نظر می رسد تنها طریق رفع ضرر موضوع ماده ۳۵۵ قانون مدنی اختیار فسخ معامله است و دعوی مطالبه مابه التفاوت وجه، قابل استماع نیست.

خامساً- ماهیت شرط مقدار یا شرط داشتن مساحت معین ملک را همان طور که برخی از اساتید حقوق نیز اعلام داشته اند، باید شرط صفت نامید. زیرا شرط مزبور در قالب شرط فعل و شرط نتیجه نمی گنجد و با توجه به تعریف ماده ۲۳۴ قانون مدنی که شرط صفت را عبارت از شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله دانسته، می توان شرط مساحت معین ملک را تحت شمول شرط راجع به کمیت مورد معامله قرار داده و شرط صفت نامید که تخلف از آن موجب ایجاد خيار تخلف از شرط صفت خواهد شد. (مواد ۲۳۵-۴۴۴ قانون مدنی)

قربانوند (مجمع قضایی شهید بهشتی): در خصوص ماده ۳۵۵ ق. م. اولاً باید گفت که فقط شامل مواردی است که مبیع در هنگام انعقاد عقد بیع موجود باشد والا طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ و ۳۶۱

فراوانی حقوق اساسی باطل است و لذا در خصوص این امر که بر اساس پیش خرید مورد خریداری می‌شود، ماده ۳۵۵ قانون مدنی نخواهد بود. اما اگر از زمانی که هنوز احداث نشده به عنوان خریدار، این قرارداد در قالب عقد بیع باطل محسوب نمی‌شود و به وجود نمی‌آید. ولی اگر در قالب قرارداد فروش حق امتیاز باشد، باید به طور مطلق فروخته شده باشد و در صورت حق مطالبه نقیصه و زیاده را می‌تواند از طرف حق فسخ خواهند داشت. اما در صورت فروخته شود و اراده طرفین بر این است که در صورت نقیصه و زیاده قابل فسخ باشد، این حق فسخ (پیش فروش) می‌تواند به عنوان شرط در اجرای قرارداد بیع مندرج خواهد بود و اما در صورتی که راجع به بیعی که فروخته شده و با توجه به شرط داشتن فسخ در این بیع به عنوان شرط در این بیع که در این امر ملک را می‌خرم، فسخ می‌تواند که در اینجا در صورتی که کمتر باشد، خریدار فقط اعمال حق فسخ به استناد خود بخلاف از شرط (وصف) می‌تواند فسخ کند و نقیصه قابل مطالبه خواهد بود. در صورتی که در حق فسخ اعمال حق فسخ می‌تواند فسخ کند و نقیصه قابل مطالبه قرار گرفته و قابل فسخ نیست. البته نظری وجود دارد که اگر مشارک بیع حقیقه اساسی برای طرفین معامله باشد علاوه بر حق فسخ می‌توان بر مطالبه مابه التفاوت نیز عمل کرد.

شجاعتی: چنانچه در سؤال از مصادیق ماده ۳۵۵ باشد، بیع منتهای مالی با قید وصف مشخص معامله می‌شود و به نوعی تخلف از وصف می‌شود، چنانچه در مورد مشمول ماده ۱۴۹ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک باشد، یعنی ملک زیاده از مقدار معهود در آن مطالبه زیاده از بیع منتهای مالی که لازم است و باید با توجه به ماده ۳۵۵ از قانون مذکور حق فسخ معامله را ندارد. در صورتی که در ماده ۱۴۹ ماده ۳۵۵ از جهت بیع منتهای مالی است، یعنی بیع منتهای مالی در مورد بیع منتهای مالی نیز می‌تواند فسخ شود و در صورتی که در بیع منتهای مالی در مورد بیع منتهای مالی نیز می‌تواند فسخ شود و در صورتی که در بیع منتهای مالی در مورد بیع منتهای مالی نیز می‌تواند فسخ شود.

بلکه لازم الاجراست و چنانچه ملک کمتر از مقدار معهود باشد مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی لازم الرعایه است، مطالبه مابه التفاوت قابل تصور نمی‌باشد.

محمد شهریاری (دادسرای ویژه امور جنایی): منظور از مقدار دو صورت است:

- ۱- مقدار به عنوان معین کننده مقدار مورد معامله.
- ۲- مقدار به عنوان وصفی از اوصاف بیع.

مثلاً مزرعه ای که می‌بینیم و آن را پنج میلیون تومان می‌خریم و شرط می‌کنیم که هزار متر باشد در اینجا اگر کمتر از هزار متر یا بیشتر از هزار متر باشد فقط حق فسخ وجود دارد یا این که با یکدیگر تراضی کنند در اینجا مقدار به عنوان وصفی از اوصاف بیع است و مشمول ماده ۳۵۵ است

و دعوی مطالبه مابه التفاوت قابل استماع نیست. اما اگر از باغی هزار متر بخریم و خلاف در آید در اینجا مقدار زمین را مشخص کرده ایم. بنابراین اگر کمتر از هزار متر یا بیشتر از آن باشد هم حق فسخ وجود دارد و هم حق مطالبه زیاده که این موضوع

مشمول ماده ۳۸۴ قانون مدنی است نه ۳۵۵؛ زیرا مقدار معین کننده میزان مورد معامله است. نتیجه این که در خصوص سؤال مذکور دعوی مطالبه مابه التفاوت قابل استماع نیست.

توانگر (داده‌سری عمومی و انقلاب ورامین): در مورد ماده ۳۵۵ حق مطالبه مابه التفاوت مسموع نیست چه در فرض سؤال تقابل بین اجزای ثمن با اجزای بیع وجود ندارد و لذا با لحاظ مراتب فوق الذکر به دلالت عدم تقابل بین دو مورد در فرض عدم حق فسخ و عدم تراضی دو طرف دعوا، قابلیت استماع نخواهد داشت.

موسوی (مجمع قضایی بعثت): ماده ۳۵۵ قانون مدنی فرض را بر این گذاشته که شرط مقدار به عنوان وصف ملک گزینه انتخابی و مورد تراضی دو طرف معامله بوده و ثمن معامله هم برای کل بیع بدون توجه به بهای هر جزء از مساحت معین شده است. خیار فسخ دو طرف معامله هم در واقع خیار تخلف از وصف (شرط صفت = ماده ۲۳۵ ق.م.) می‌باشد. این شرط به نفع هر دو طرف معامله می‌باشد به طوری که در صورت داشتن مساحت بیشتر فروشنده حق فسخ دارد و برعکس خریدار حکم این ماده منصرف از احکام ماده ۳۸۴ قانون مدنی و ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک می‌باشد. در ماده ۳۸۴ (عکس ماده ۳۵۵) در مورد کل معامله به صورت واحد تجزیه ناپذیر است و در این صورت که مورد معامله به عنوان کل تجزیه ناپذیر فروخته می‌شود و مقدار یکی از اوصاف آن کل است

و ثمن در برابر همان کل قرار می‌گیرد، محل برای دعوی مطالبه مابه التفاوت در صورت کم یا زیاد بودن مقدار بیع برای خریدار و یا فروشنده نمی‌باشد والا قانون گذار بدان ماده ۳۸۴ در این خصوص وضع حکم می‌نمود. طرفین معامله فقط حق درخواست فسخ معامله دارند، مگر در صورت تراضی به دریافت مابه التفاوت قیمت.

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی): اکثریت همکاران محترم این مجتمع معتقدند؛ با توجه به صراحت مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی و با توجه به این که مساحت ملک شرط صفت است. طبق ماده ۲۳۵ همان قانون دو طرف حق فسخ دارند، مضاف بر این که در حال حاضر املاک و ابنیه به نحوی معامله می‌شوند که متراژ فقط شرطی از شروط بیع است و ثمن معامله در مقابل متراژ ملک یا بنا قرار نمی‌گیرد، بلکه ثمن معامله با توجه به مرغوبیت و نحوه ساخت بنا تعیین می‌شود. عده دیگری نیز اعتقاد دارند؛ «اثبات شیء، نفی ماعدانمی کند» و وجود حق فسخ از طرح دعوی مطالبه مابه التفاوت مانع نیست.

نظر به قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸ مرداد ۸۴): با توجه به مفاد ماده ۳۵۵ قانون مدنی که بنا را بر فروخته شدن ملکی به شرط داشتن مساحت معین به عنوان وصف آن ملک گزینه انتخابی و مورد قبول طرفین معامله قرار داده است، نظر به این که در انجام چنین معامله ای اجزای ثمن در مقابل اجزای بیع قرار نمی‌گیرد بلکه کل مبلغ مورد معامله در مقابل تمامی ملک فروخته شده قرار می‌گیرد، بدین لحاظ اگر مساحت ملک فروخته شده بیشتر یا کمتر باشد فقط حق فسخ از حیث خیار تخلف وصف یا تراضی در مورد زیاده یا نقیصه وجود دارد در نتیجه دعوی مطالبه مابه التفاوت در قالب ماده مذکور قابل استماع نمی‌باشد.

۳۱۲- آیا تعقیب جزایی ورشکسته به تقلب یا تقصیر مستلزم نوع آن توسط دادگاه حقوقی در حکم ورشکستگی است؟

ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی): نظر به این که طبق تکلیف ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب آرای دادگاهها باید مستدل و مستند به اصول و قانون یا شرح باشد، بنابراین لاجرم محاکم حقوقی مکلفند علت صدور حکم و استناد آن را ذکر کنند. بنابراین بر فرض این که مستند حکم خود را قید نکنند از مقدمات رأی صادره و نحوه استدلال مندرج در آن می‌توان به نوع ورشکسته تاجر پی برد.

نهرینی: اولاً در نگاه نخست دو فرض متصور است: فرض اول این که حسب ظاهر بگویم با توجه

مفاد ماده ۳۵۵ قانون مدنی بنا را بر فروخته شدن ملکی به شرط داشتن مساحت معین به عنوان وصف آن ملک گزینه انتخابی و مورد قبول دو طرف معامله قرار داده است

حقوقی در حکم ورشکستگی نیست بلکه اساساً اعلام نوع آن در صلاحیت دادگاه حقوقی قرار نداشته و حتی در صورت اعلام نیز، مرجع کیفری را مأخوذ و متبع نمی‌گرداند.

دکتر سعید منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی): نظر به این که قانون تجارت تکلیفی برای دادگاه حقوقی نسبت به اعلام تقصیر یا تقلب یا تعیین نوع آن مقرر نکرده و این که اساساً حکم ورشکستگی که از دادگاه حقوقی صادر می‌گردد دارای آثار مدنی (تجاری) مطابق مقررات ورشکستگی است دادگاه حقوقی در این زمینه با تکلیفی مواجه نیست. علاوه بر این ماده ۵۴۴ قانون تجارت مقرر نموده که رسیدگی به جرم ورشکستگی به تقصیر در دادگاه جنحه به عمل می‌آید. هر چند امروزه تقسیم جرایم به جنایت و جنحه و خلاف در حقوق ایران جایگاهی ندارد، لیکن از آن جا که دادگاه جنحه نوعی دادگاه جزایی بوده است، بنابراین رسیدگی به جرم ورشکستگی به تقصیر یا تقلب در دادگاه جزایی با روح قانون و مقصود قانون گذار سازگارتر است.

موسوی (مجمع قضایی بعثت): همان طور که در پاسخ به سوال ۳۰۵ مشروحاً اعلام شد اصولاً جرایم ورشکستگی به تقلب و تقصیر نه تنها مستلزم بیان نوع ورشکستگی در حکم دادگاه حقوقی نمی‌باشد بلکه حتی نیازی به صدور حکم ورشکستگی متهم در دادگاه حقوقی ندارد. در رای اصراری دیوان کشور که قبلاً مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت دلایل توجیهی این رویه به تفصیل بیان شد و مجدداً فواید این گزینه مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱- عدم ملازمه رسیدگی به جرایم ورشکستگی به تقصیر و تقلب در دادسرا و محاکم کیفری با صدور حکم ورشکستگی تاجر متهم در دادگاه حقوقی و بیان نوع آن، متضمن اصل استقلال دادگاه کیفری و دادسرا از محاکم حقوقی و اعطای مجال کافی به مراجع کیفری به تحقیق و تفحص لازم در خصوص جرائم معنونه می‌باشد.

۲- حقوق و منافع افراد متضرر از جرایم معنونه در معرض تعدی و تفریط جدی قرار نمی‌گیرد. چه اگر قرار باشد مرجع کیفری منتظر صدور حکم ورشکستگی تاجر متهم و بعلاوه بیان و نوع ورشکستگی وی از سوی محاکم حقوقی باشد در این فرایند طولانی به ویژه از سوی تجار ورشکسته حرفه‌ای حقوق مالباختگان مورد حیف و میل این تاجر قرار می‌گیرد و جبران این حقوق پس از گذشت مدت‌ها زمان طولانی متعذر خواهد بود. ضمن این که صرف صدور رای از دادگاه حقوقی در این خصوص کفایت نمی‌کند، بلکه این رای باید مراحل قطعیت را طی کند و مستحضر هستید در نظام دادرسی ما با توجه به خصوصیات منحصری که دارد نارای بدوی

استنباط کرد که صدور حکم ورشکستگی تاجر و همچنین حکم ورشکستگی به تقلب وی دو مرحله دارد: مرحله نخست صدور حکم ورشکستگی تاجر از دادگاه حقوقی است. زیرا قرارداد ارفاقی زمانی مطرح و به جریان گذاشته می‌شود که حکم ورشکستگی تاجر از دادگاه حقوقی صادر شده و مدیر تصفیه نیز تعیین شده باشد. (مواد ۴۹۷ و ۴۸۰ و ۴۶۲ قانون تجارت)

مرحله دوم نیز تعیین کیفری تاجر ورشکسته تحت عنوان و اتهام ورشکسته به تقلب است که ممکن است تاجر محکوم به مجازات ورشکستگی به تقلب گردد و ممکن است با وصف حکم ورشکستگی عادی، برائت حاصل نماید. ماده ۴۸۳ قانون تجارت نیز بر همین مبنا اعلام می‌دارد که اگر تاجر به عنوان ورشکسته به تقلب محکوم شده باشد، قرارداد ارفاقی منعقد نمی‌شود. ماده ۴۸۳ قانون تجارت به طلبکاران اختیار داده تا در زمان تعقیب کیفری تاجر ورشکسته تحت عنوان ورشکسته به تقلب، معلوم کنند که آیا با احتمال حصول برائت تاجر و انعقاد قرارداد ارفاقی، تصمیم خود را در امر مشارالیه به زمان حصول نتیجه رسیدگی به تقلب موکول خواهند کرد یا تصمیم خواهند گرفت. مفاد تصمیم مزبور نیز آن است که آیا قرارداد ارفاقی منعقد خواهند نمود یا خیر. در هر صورت قید کلمات (تعقیب و برائت) در ماده ۴۸۳ قانون تجارت و دعوت طلبکاران برای قرارداد ارفاقی، حکایت از آن دارد که قبلاً دادگاه

حقوقی نسبت به صدور حکم ورشکستگی تاجر، اقدام کرده و در مرحله بعد بحث تعقیب کیفری تاجر ورشکسته در مرجع کیفری مطرح شده است. ماده ۴۸۴ قانون تجارت نیز که در خصوص قرارداد ارفاقی با تاجر ورشکسته به تقصیر می‌باشد، به همین سیاق تنظیم شده

است، با این تفاوت که با انعقاد قرارداد ارفاقی با ورشکسته به تقصیر میسر و ممکن است. عبارت و جمله صدر ماده ۴۸۳ ناظر بر زمانی است که تاجر ورشکسته به عنوان مجرمانه ورشکسته به تقلب محکوم شده باشد که در این صورت قرارداد ارفاقی منعقد نخواهد شد. لیکن جملات بعدی ناظر بر مرحله تعقیب کیفری تاجر یعنی زمان بعد از صدور حکم ورشکستگی عادی و قبل از حکم ورشکستگی به تقلب است که حکایت از دو مرحله جداگانه رسیدگی حقوقی و کیفری و مآلاً صلاحیت انحصاری مرجع کیفری در اعلام نوع مجرمانه ورشکستگی (به تقلب یا به تقصیر) تاجر و یا برائت او دارد. بنابراین تعقیب جزایی ورشکسته به تقلب یا تقصیر نه تنها مستلزم اعلام نوع آن توسط دادگاه

به این که در مواد ۵۴۱، ۵۴۲ و ۵۴۹ قانون تجارت از کلمه «اعلام» استفاده کرده و مقرر می‌دارد که تاجر در موارد ذیل ورشکسته به تقصیر یا تقلب اعلان می‌شود (و نمی‌گوید ورشکسته به تقصیر محسوب می‌شود)، می‌توان قائل به آن بود که همواره تعقیب جزایی ورشکسته به تقلب یا به تقصیر موکول به اعلام نوع آن توسط دادگاه حقوقی در حکم ورشکستگی است. هرگاه این فرض درست باشد، با این اشکال مواجه خواهیم شد که اعلام نوع ورشکستگی (به تقلب یا به تقصیر) توسط دادگاه حقوقی برای مرجع کیفری (دادسرا و دادگاه عمومی جزایی) متبع باشد که در این فرض تنها موردی که برای مرجع کیفری باقی می‌ماند، صرفاً حکم به مجازات خواهد بود و رسیدگی قضایی به امر کیفری را از او سلب می‌کند. این فرض نمی‌تواند صحیح باشد و با اصول دادرسی و حقوقی مغایرت دارد.

فرض دوم آن است که بگوییم آنچه در صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی قرار دارد صرفاً احراز توقف و ورشکستگی عادی تاجر است که مطابق ماده ۴۱۲ قانون تجارت در باب توقف تاجر از تأدیبه و جرحی که برعهده اوست رسیدگی و اتخاذ تصمیم می‌کند. بنابراین، این که تاجر ورشکسته، ورشکسته به تقلب یا به تقصیر تلقی می‌شود با توجه به این که این دو عنوان وصف کیفری دارد و ارکان مجرمانه دو عنوان مزبور می‌باید در مرجع کیفری مورد رسیدگی قرار گیرد بنابراین اعلام یا اعلان ورشکستگی به تقلب یا به تقصیر را اصولاً در صلاحیت دادگاه حقوقی قرار نخواهد داد. دو ماده ۶۷۰ و ۶۷۱ قانون مجازات اسلامی نیز صرفاً میزان مجازات کسانی را تعیین کرده که به مجازات ورشکسته به تقصیر یا تقلب محکوم شده‌اند بدون این که این دو عنوان را تعریف کرده و یا ارکان مجرمانه آن را بیان دارد. به همین جهت باید برای تعریف ارکان و عناصر جرایم مزبور به مواد ۵۴۱ و ۵۴۲ و ۵۴۹ و ۵۵۱ به بعد قانون تجارت مراجعه نمود. در نهایت چنانچه دادگاه عمومی حقوقی در حکم صادره خویش، ضمن اعلان توقف و ورشکستگی تاجر، نوع آن را نیز از حیث عناوین ورشکسته به تقلب یا به تقصیر و یا حتی ورشکسته عادی، اعلام کند، این اعلامات، مرجع کیفری را مأخوذ و مکلف به تبعیت از آن نمی‌کند، بلکه مرجع کیفری می‌باید رأساً به عناوین مجرمانه و عناصر متشکله آن رسیدگی و در صورت اثبات و احراز امر، حکم مقتضی را صادر کند.

ثانیاً - تعیین نوع ورشکستگی (به تقلب یا به تقصیر) اصولاً دو هدف را تعقیب می‌کند:

۱- تعیین مجازات ورشکسته به تقلب و تقصیر در صورت توجه اتهام، ۲- ممنوعیت انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر ورشکسته به تقلب (ماده ۴۸۳ قانون تجارت) و اختیار طلبکاران در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر ورشکسته به تقصیر (ماده ۴۸۴ قانون تجارت).
ثالثاً از ماده ۴۸۳ قانون تجارت نیز می‌توان

قانون تجارت تکلیفی برای دادگاه حقوقی نسبت به اعلام تقصیر یا تقلب یا تعیین نوع آن مقرر نکرده و اساساً حکم حقوقی صادر می‌شود دارای آثار مدنی (تجاری) مطابق مقررات ورشکستگی است

از تمامی تعهدات نظر و بعضاً شعب تشخیص از سوی هیأت عالی کشور عبور کند و جامه قطعیت پوشد و در مسائل استعزازی خواهد شد و منطقی، منصفانه و بیطرفانه است که در این مدت زمان طولانی مرجع تشخیص در مسائل جرم ارتكابی و حقوق و منافع افراد باشد که با گذشت زمان وضع وخیم تری در دلائل و امارات آن به محاق امحا و محو منتهی می شود و استیجاب و اجتناب از این امر موجب واکنش سازمانی علیه مجرمین مجرم و صرف ناروای حقوق مردم خواهد بود.

در ورشکسته به تقلب و تقصیر و بیوفایی با تعهدات خود به صدور حکم و اجرای آن در دادگاه حقوقی، موضوع شروع جرم است که به تقلب و تقصیر هم منتهی می شود و رسیدگی خواهد بود. در غیر این صورت به این جرایم موضوعاً و جرمی نخواهد بود.

همکاران محترم رسیدگی کننده به این جرایم تأمین نظم عمومی آثار شکایات دارد و با تعقیب و تعقیبات در برابر تأمین برای وی و حتی در صورتی که استهکام کفایت در تأمین حقوق خصوصی را بر این جرایم برداشته می شود. ضمن آنکه از قانون را متروک نمی کند.

در خصوص جرمات جرم و توصیف جزایی رفتار مجرم از فروعات استعماری مراجع کفبری در رسیدگی به اتهام مجرمین می باشد و هرگز منطق قضایی نمی پذیرد که دادگاه مستقل حقوقی مجرمیت متهم و نوع جرم وی را در طلب رای حقوقی تبیین نماید و بسان یک کیفرخواه در دادگاه کفبری را فقط به سمت اعمال مجازات متهم هدایت نماید.

شجاعی: در پاسخ به استفسار داشت که چنانچه به ظاهر و منظور مجلس شورای اسلامی توجه شود چنین به نظر می رسد که قانون گذار وقتی که در خصوص تعیین مجازات ورشکسته به تقلب بیان داشته؛ و استنباطی که به عنوان ورشکسته به تقلب مجرمین می شود به مجازات حبس از یک تا پنج سال تعیین کرده و اعلام شد؛ قائل به این بود که بدو حکم صادر می شود و آن سوی مرجع صالح، که همان محکمه حقوقی است صادر شود و در آن محکمه نیز چنانچه در مورد ورشکسته به تقلب تعیین شده است از چنین مجازاتی که در قوانین مواد ۶۲ و ۶۳ مجازات تعیین شده است، لکن به استناد اینجانب نباید منظور از مجازات تعیین شده در قانون مجازات است.

در خصوص شکایتی که در خصوص ابطال حکم صادر شده است، که در این باره در دادگاه حقوقی رسیدگی می شود و در صورتی که در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است و در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است و در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است.

در صورتی که در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است و در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است و در دادگاه حقوقی حکم صادر شده است.

ندانسته، چنان که رویه مذکور در مقدمه رای اصراری شماره ۲۰۵ - ۲۶ اردیبهشت ۱۳۴۹ توسط دادستان وقت مرحوم علی آبادی بیان شده است. رویه قضایی ایران در سال های قبل از انقلاب نیز مبتنی بر همین موضوع بوده است. لذا با توجه به مراتب مذکور چنین به نظر می رسد که صدور حکم ورشکستگی در جهت تعقیب متهم به ورشکستگی به تقلب از طرف دادگاه حقوقی ضرورت ندارد و مرجع قضایی رسیدگی کننده به امور کفبری راساً می تواند نسبت به موضوع رسیدگی کند و چنانچه قائل به این نظر باشیم که الزاماً رسیدگی به موضوع اتهام مذکور منوط به صدور حکم ورشکستگی

از سوی محکمه حقوقی باشد، باید بیان داشت چنانچه محکمه حقوقی به نوع ورشکستگی اشاره ای نکرده باشد این امر مانع رسیدگی مرجع کفبری و احراز تقصیر یا تقلب در ورشکستگی نمی باشد. چرا که عنصر مادی جرایم ورشکستگی به تقلب و تقصیر در مواد ۵۴۱ و ۵۴۹ عنوان شده و احراز تحقق عنصر مادی از تکالیف مرجع رسیدگی کننده جرم می باشد.

آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران): اولاً؛ با توجه به مواد ۵۴۱، ۵۴۲، ۵۴۹، قانون تجارت که بیان داشته تاجر در موارد ذیل ... ورشکسته به تقصیر یا تقلب اعلان می شود می تواند نتیجه گرفت که دادگاه مکلف است در زمان صدور حکم ورشکستگی نوع آن را اعلام نماید. چرا که نوع ورشکستگی تاجر دارای آثار مهمی است؛ از جمله آن که به موجب ماده ۴۸۳ چنانچه تاجر ورشکسته به تقلب باشد قرارداد ارفاقی با وی منعقد نمی شود.

ثانیاً؛ احراز عناصر ثلاثه جرم (عناصر قانونی و مادی و معنوی) با دادسرا است نه دادگاه حقوقی. بنابراین چنانچه محکمه حقوقی با صدور حکم ورشکستگی نوع آن را اعلام ننماید دادسرا نمی تواند به این بهانه تعقیب تاجر ورشکستگی را متوقف نماید. زیرا توقف در رسیدگی به پرونده کفبری مستند قانونی می خواهد.

ثالثاً؛ رای اصراری شماره ۲۰۵ - ۲۶ اردیبهشت ۱۳۴۵ دیوان عالی کشور نیز در مورد مشابه متضمن همین مطلب می باشد که به شرح ذیل درج می گردد. «... آنچه در صلاحیت دادگاه حقوقی است رسیدگی به موضوع وقفه در پرداخت دیون بازرگان به علت سلب قدرت پرداخت دین در سر رسید می باشد که ملازمه قطعی با رسیدگی به ارکان جرم خاص ورشکستگی به تقلب ندارد تا دادگاه جزا نیازمند صدور قرار اناطه باشد.

نظریه های واصله تعدادی از قضات مجتمع شهید بهشتی؛ طاهری؛ شکی نیست با توجه به عمومات قانون

چنانچه محکمه حقوقی با صدور حکم ورشکستگی نوع آن را اعلام نکند دادسرا نمی تواند به این بهانه تعقیب تاجر ورشکستگی را متوقف کند زیرا توقف در رسیدگی به پرونده کفبری مستند قانونی می خواهد

تجارت بدون تردید دادگاه حقوقی صالح است که پدیده را فرایند ورشکستگی را اعلام کند. تشخیص نوع آن هم با دادگاه حقوقی است. لذا در ماده ۵۴۵ قانون تجارت که گفته شده تعقیب از طرف مدعی العموم باشد، پس باید اول نوع آن مشخص شود تا از طرف مدعی العموم تعقیب به عمل آید. مرجع جزایی فقط مکلف به تعقیب موضوع است نه تعیین آن لذا باید در دادگاه حقوقی مشخص شود. دکتر پور نوری: در این سؤال مساله رسیدگی به جرم مطرح شده می توان در دو فرض بررسی کرد: نخست این که حکم صادر شده بدون تعیین نوع ورشکستگی، سپس از دادسرا تقاضای رسیدگی به جرم گردیده حال باید دادسرا از دادگاه حقوقی نوع آن را اعلام کند یا خیر خودش وارد رسیدگی شود.

سید رضایی: به نظر من این نخستین مصداقی نیست که مراجع مختلف می توانند وارد موضوع شوند. مثل جعل دادگاه مدنی از وصف کفبری تبعیت می کند. در بحث جرم که بحثی کاملاً مستقل از مدنی است این امکان وجود دارد که ورشکسته به عنوان مثلاً کلاهبرداری در دادسرا تحت تعقیب باشد. اگر در خلال دادرسی در محکمه حقوقی مشخص شود ورشکسته تحت تعقیب دادسرا دادگاه حقوقی آن وصف و به عبارتی نوع آن را موکول به رسیدگی در مرجع کفبری می کند اما در عین حال اگر دادگاه حقوقی اطلاع پیدا نکرد به نظر من دادرسی ادامه پیدا کرده و اگر قرائن و شواهد وجود داشت باید در رای دادگاه حقوقی قید شود این یک تکلیف است. یک مورد که در حال حاضر متروک است مساله توقف است که اکنون اجرا نمی شود. به نظر من تکلیف دادگاه مدنی است که وصف آن را مشخص و ذی نفع را به شکایت کفبری هدایت کند، ولی منافاتی با این ندارد که در دادسرا هم رسیدگی شود.

طاهری: اگر در دادگاه حقوقی حکم ورشکستگی بدون تعیین نوع آن صادر گردد اصل این است که ورشکستگی عادی است. در صدر ماده ۵۴۱ قانون تجارت و ماده ۵۴۹ همان قانون دولفظ زیبا را قانون گذار به کار برده در ماده ۵۴۱ گفته شده در موارد ذیل ورشکستگی به تقصیر «اعلام» می شود و در ماده ۴۵۹ می گوید ورشکسته به تقلب «اعلام» می شود.

شکی نیست که کلمات اعلان و اعلام که یکی جنبه عمومی تر و دیگری جنبه خصوصی تر دارد و در کفبری هم می بایست تفسیر مضیق شود. لذا دادسرا فقط کیفرخواست صادر و ابلاغ می کند و در حد اعلام و اعلان نمی باشد. اگر قرار بود جداگانه رسیدگی شود دیگر چه لزومی به آوردن مواد در قانون تجارت است.

شکی نیست که کلمات اعلان و اعلام که یکی جنبه عمومی تر و دیگری جنبه خصوصی تر دارد و در کفبری هم می بایست تفسیر مضیق شود. لذا دادسرا فقط کیفرخواست صادر و ابلاغ می کند و در حد اعلام و اعلان نمی باشد. اگر قرار بود جداگانه رسیدگی شود دیگر چه لزومی به آوردن مواد در قانون تجارت است.

شکی نیست که کلمات اعلان و اعلام که یکی جنبه عمومی تر و دیگری جنبه خصوصی تر دارد و در کفبری هم می بایست تفسیر مضیق شود. لذا دادسرا فقط کیفرخواست صادر و ابلاغ می کند و در حد اعلام و اعلان نمی باشد. اگر قرار بود جداگانه رسیدگی شود دیگر چه لزومی به آوردن مواد در قانون تجارت است.

شکی نیست که کلمات اعلان و اعلام که یکی جنبه عمومی تر و دیگری جنبه خصوصی تر دارد و در کفبری هم می بایست تفسیر مضیق شود. لذا دادسرا فقط کیفرخواست صادر و ابلاغ می کند و در حد اعلام و اعلان نمی باشد. اگر قرار بود جداگانه رسیدگی شود دیگر چه لزومی به آوردن مواد در قانون تجارت است.

شفیع زاده: اگر نوع آن جنبه عمومی یا خصوصی دارد مساله قابل گذشت و غیر قابل گذشت بودن مطرح می شود که این باید مشخص شود.

دکتر پورنوری: فرض سؤال باید روشن شود. به دادسرا شکایت شده و دلیل آن هم حکم دادگاه حقوقی است، ولی در حکم نوع آن مشخص نشده حال دادسرا باید از دادگاه استعلام کند و یا این که رسیدگی نماید. با توجه به این که رسیدگی به این موضوع هزینه دارد.

طاهری: دادسرا حق تعیین نوع ورشکستگی را ندارد.

جمشیدی: اعلام ورشکستگی و نوع آن از وظایف دادگاه حقوقی است و اگر نوع آن را مشخص نکند پس ورشکستگی عادی است. طلبکاران و غیره با توجه به تعیین نوع آن به دادسرا مراجعه و شکایت می کنند و لذا نسخه ای از رأی باید برای مدعی العموم ارسال گردد. این کار را ما قبلاً انجام داده ایم اگر نوع آن مشخص نشود قابلیت تعقیب ندارد.

سیدرضایی: به نظر من آقای جمشیدی عرض بنده را تکمیل کردند. صلاحیت اظهار نظر برای دادگاه مدنی ایجاد شده که اظهار نظر قاطع نماید و اگر وصف خاصی وجود داشت اعلام شود نکته ای که سؤال شده این است که تکلیف دادسرا چیست؟ اگر ورشکستگی قانونی صادر شده آیا برای دادسرا لازم الاتباع است یا خیر؟ به نظر من نمی توانیم بگویم دادسرا باید تبعیت کند. مساله امر مختوم بها است فقط می توان اعاده دادرسی کرد. فقط یک صورت ممکن است آن هم به موازات رسیدگی در دادگاه حقوقی، در دادسرا هم از جنبه کیفری رسیدگی گردد. هر جا وصف مجرمانه است این وصف حکومت می کند.

سروی: تعیین نوع ورشکستگی در تعیین مجازات ها مؤثر است در نتیجه وظیفه دادگاه حقوقی است که در زمان رسیدگی حتماً نوع آن را مشخص کند چنانچه این کار صورت نگیرد از موارد اصلاحی رأی است و باید در دادسرا قرار اناطه صادر و از دادگاه حقوقی تعیین نوع آن را تقاضا کند.

فروزانمهر: بحث تقدم جرم نسبت به حقوقی را می پذیریم. از طرفی رسیدگی به تقصیر یا تقلب خود مؤخر بر ورشکستگی است. در مورد ورشکستگی رسیدگی در صلاحیت دادگاه حقوقی است و دادسرا در اینجا مکلف به تبعیت از حکم دادگاه حقوقی است، چرا که قانون رسیدگی به این مورد را در صلاحیت خاص حقوقی قرار داد. نخست باید ورشکستگی احراز سپس وصف آن تعیین شود. لذا تا قبل از صدور حکم ورشکستگی دادسرا نمی تواند وارد شود و باید قرار اناطه صادر تا ورشکستگی و نوع آن مشخص شود و بعد مرجع کیفری در این مورد خاص الزاماً به تبعیت از حکم حقوقی است. دادسرا فقط تکلیف تعقیب و مجازات را دارد، فقط عنصر قانونی با دادسرا است. عنصر مادی و معنوی در

دادگاه حقوقی بررسی می شود. ایراد زیر سؤال رفتن استقلال دادسرا و کیفری هم وارد نیست، چرا که دادگاه حقوقی هم در مواردی مثل جعل از کیفری تبعیت کرده و استقلال خود را از دست می دهد.

حق داشتن اعلام شکایت هم باید اعلام و به دادستان (مدعی العموم) هم ابلاغ گردد.

دکتر پورنوری: در دادگاه حقوقی حکم صادر می شود ولی تقصیر و تقلب در زمان تصفیه مشخص می شود. در زمانی که حسابرسی می شود با توقف تاجر و عدم توانایی وی در پرداخت بدهی به راحتی حکم ورشکستگی صادر می شود ولی نوع آن در زمان تصفیه مشخص می شود. به نظر می رسد با توجه به تخصصی بودن رسیدگی در دادگاه حقوقی، دادگاه حقوقی صالح است و دادسرا باید قرار اناطه صادر کند.

قربانوند: بحث ورشکستگی اساساً امر تجاری است لذا در ماده ۵۴۱ قانون تجارت و غیره مواردی که اعلام شده آثارش تنها این است که بتوان معاملات موهوم و غیره را ابطال کرد و تعیین مجازات هم از باب تأدیب می باشد. لذا در دادگاه حقوقی باید رسیدگی و نوع ورشکستگی معین شود و اگر معین نشد عادی است ولی اگر دلایلی باشد باید در خود دادگاه حقوقی رسیدگی گردد و امکان رسیدگی به طور مستقل در دادسرا نیست. اگر در دادسرا مطرح شود باید قرار اناطه صادر نمایند و اگر اصلاً در دادگاه حقوقی مطرح نشده باشد باید قرار منع تعقیب صادر تا ابتدا به دادگاه حقوقی مراجعه و حکم گرفته شود.

سید رضایی: نکاتی اگر استخراج شود بحث روشن تر می شود؛ در مورد ورشکستگی به معنی عام آن امری مدنی است و دادسرا نمی تواند وارد آن شود. اگر دادگاه خاصی داشتیم تمام این بحث ها منتفی بود. ولی حالا که دادگاه خاص نداریم اگر مفهوم ورشکستگی مطرح شود دادسرا نمی تواند وارد آن شود. در حالی که در

خلال رسیدگی در دادگاه مدنی در دادسرا هم مطرح شود باید دادگاه حقوقی نوع آن را اعلام نماید.

سروی: این گونه نیست که فقط مدیر تصفیه اعلام کند بلکه افراد دیگر هم طبق قانون می توانند نوع آن را اعلام کنند. لذا با تعیین کارشناس در دادگاه حقوقی نوع ورشکستگی مشخص می شود و کار مشکلی نیست حتی با اقرار شخص مدیون هم می شود. نظریه اکثریت قضات محترم این است که تعقیب جزایی ورشکسته به تقلب یا تقصیر مستلزم اعلام نوع آن توسط دادگاه حقوقی است. **فراهانی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):** بنده در پاسخ به سؤال به تفکیک قائل هستم. **اولاً:** مطابق ماده ۴۱۲ قانون تجارت ورشکستگی

تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست حاصل می شود. بنابراین چنانچه مطابق ماده ۴۱۵ آن قانون خود تاجر یا یکی از طلبکاران یا دادستان متوجه توقف در تأدیه دیون تاجر شدند و تقاضای حکم ورشکستگی کردند دادگاه با احراز وقفه در تأدیه دیون حکم ورشکستگی تاجر صادر کند. البته بین محاکم در این خصوص که عجز از تأدیه دیون و تعهدات باید واقعی باشد یا همین که تاجر قادر به پرداخت دیون خود نبود ورشکسته شناخته می شود اختلاف است. اما به هر حال دادگاه تکلیف دیگری در این مورد ندارد و ضرورت ندارد که علت این توقف را هم بررسی کند البته این بدان معنی هم نیست که به مدافعات تاجر مبنی بر این که مثلاً این بدهی که در پرداخت آن وقفه افتاده، مربوط به معاملات تجاری او نبوده یا مربوط به زمان قبل از تاجر شدن وی بوده و این قبیل مرافعات رسیدگی نکنند. پس یک وقت حکم ورشکستگی تاجر بدون بررسی علل آن تنها با احراز توقف در ادای دیون او صادر می شود.

ثانیاً: ممکن است دادستان یا یکی از طلبکاران با اعلام این که تاجر ورشکسته به تقصیر یا ورشکسته به تقلب است از دادگاه بخواهند که حکم ورشکستگی صادر کند. لذا اگر علت ورشکستگی هم در دادخواست ذکر شد در مورد ورشکستگی به تقصیر دادگاه در ماده ۵۴۱ قانون تجارت در صورت احراز موارد مذکور در بندهای ۱ و ۴ الزاماً باید حکم ورشکستگی به تقصیر تاجر را صادر نماید، اما در حدود ماده ۵۴۲ با توجه به قسمت

صدر این ماده که مقرر می دارد در موارد زیر هر تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر شود دادگاه را مخیر کرده که حکم ورشکستگی بدون قید تقصیر صادر یا تاجر را ورشکستگی به تقصیر اعلان کند. زیرا ممکن است سوء نیت تاجر موارد مذکور در آن ماده احراز نشود.

ثالثاً: با توجه به ماده ۵۴۹ قانون تجارت هم هرگاه از طرف دادستان یا طلبکارها تقاضای حکم ورشکستگی به تقلب شود، دادگاه با احراز موارد مندرج در ماده ۵۴۹ حکم ورشکستگی به تقلب صادر می کند. بنابراین در این موارد حکم ورشکستگی با بررسی علل و جهات چگونگی توقف تاجر در تأدیه دیون او صادر نشده است. اینک با جمع بندی مطالب بالا به این نتیجه می رسیم که در مواردی که دادگاه در حکم نوع ورشکستگی را مشخص کرده مشکلی نیست. سؤال اینجاست که اگر حکم ورشکستگی صادر شده بود ولی نوع آن مشخص نبود و یکی از طلبکارها و دادستان ورشکستگی را از نوع تقلب یا تقصیر

بحث ورشکستگی اساساً امر تجاری است لذا در ماده ۵۴۱ قانون تجارت و غیره مواردی که اعلام شده آثارش تنها این است که بتوان معاملات موهوم و غیره را ابطال کرد و تعیین مجازات هم از باب تأدیب می باشد

حکم ورشکستگی چیست .

حکم ورشکستگی را که شخصی بدون صدور حکم ورشکستگی کیفری کند که فلان تاجر یا ... ورشکسته به تقلب و یا تقصیر است ... زیرا صرف ارتکاب کلیه اعمالی ... ۵۴۲ و ۵۴۹ ذکر شده جرم ... به تبع ورشکستگی تاجر و ورشکستگی او نقش دارند، جرم ... از مشتقات ... بنابراین چون حکم ... علل تنها با احراز ... شده سپس دادستان یا ... جرم ورشکستگی به تقصیر ... هر رسیدگی مجدد ... اصلاً فارغ از رسیدگی ... او نیست .

تفاوتهاست بخش گلستان :

حکم ورشکستگی کیفری پس از رسیدگی ... نوع ورشکستگی ... ارفاقی ... موارد ذکر شده در ... آن متوط به دعوی ... از موارد ورشکستگی به ... قرار دارد . (به استناد ...)

در قانون مجازات اسلامی ... و تقلب عنوان جزایی ... همان عنوان جزایی ... خالی به رسیدگی می باشد و ... تجارت به نوعی اشاره ... موضوع جزایی رسیدگی ... باشد نه بالعکس ، آقای پاشایی ... به این که در ماده ۶۷ و ۶۷۱ ... مجازات صریحاً برای ورشکستگی به تقصیر ... مجازات در نظر گرفته ... می تواند به موضوع ... آقای زارع می روند ، با توجه ... صراحتاً ... و سبب تعقیب آن ...

زاده ... به شرط ... ۶۷ ... در محکمه ... به ... حقوق ... به ...

جلسه ... به جرایم ... مستلزم

صدور حکم ورشکستگی در دادگاه حقوقی است یا خیر؟ به شرح سؤال ۳۰۵ در جلسه ۷ خرداد ۸۳ کمیسیون ماهانه بحث و تبادل نظر به عمل آمده که مشروح آن و همچنین نظر اکثریت و اقلیت اعضای محترم کمیسیون در مجله قضاوت شماره ۲۷ صفحات ۵۱ الی ۵۴ درج گردیده است . برابر نظریه اکثریت رسیدگی به جرایم مذکور در مراجع جزایی مستلزم صدور حکم ورشکستگی در دادگاه حقوقی است و برابر نظر اقلیت رسیدگی به جرایم یاد شده در مراجع جزایی نیازی به صدور حکم ورشکستگی از محاکم حقوقی ندارد .

بر این اساس در پاسخ به سؤال ۳۱۲ پس از بحث و تبادل نظر در جلسه اخیر (۵ شهریور ۸۳) که مشروح آن درج گردیده اکثریت اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه مذکور ضمن تأیید نظریه اکثریت جلسه ۷ خرداد ۸۳ اظهار عقیده نمودند که دادگاه حقوقی ضمن اعلام ورشکستگی باید نوع آن را نیز مشخص نماید تا مرجع جزایی حق رسیدگی داشته باشد .

نظر اقلیت : اقلیت اعضای محترم کمیسیون جلسه اخیر نیز ضمن تأیید نظر اقلیت جلسه ۷ خرداد ۸۳ مبنی بر این که رسیدگی به جرایم یاد شده اساساً محتاج به اعلام ورشکستگی از ناحیه دادگاه حقوقی ندارد ، اظهار نظر کردند؛ چنانچه دادگاه حقوقی اقدام به صدور حکم ورشکستگی نماید و نوع آن را نیز مشخص کند مرجع جزایی به طریق اولی حق رسیدگی خواهد داشت .

۳۱۳- آیا زندان ها می توانند افرادی را که از طریق شوراهای حل اختلاف معرفی می شوند بیدارند؟ آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران) : نظریه اتفاقی همکاران قضایی این دادسرا : در خصوص سؤال فوق چند فرض قابل تصور است ؛ نخست آن که شورای حل اختلاف

حکم بر پرداخت جزای نقدی صادر نماید که در این صورت چون اجرای رأی با واحد اجرای احکام کیفری (دادسرا) می باشد لذا مستمع از پرداخت جزای نقدی با امضای دادیار اجرای احکام به زندان معرفی می گردد . دومین فرض زمانی است که متهم عاجز از معرفی ضامن باشد که با توجه به نوع جرایمی که در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار گرفته به نظر می رسد ؛ شورای حل اختلاف حتی امکان باید قراردادهای صادر کند که منجر به بازداشت متهم نشود . مانند قرار التزام به عدم خروج از حوزه قضایی اما چنانچه قرار التزام منجر به بازداشت متهم شد با عنایت به این که اذن در شیء اذن در لوازم آن است و نظر شورا نیز با تأیید مشاور رسمیت پیدا می کند ، لذا با توجه به مقررات آیین نامه مربوطه به نظر می رسد که

زندان ها مکلف به پذیرش زندانیانی هستند که شورای حل اختلاف در اجرای قانون معرفی می کند . علی محقق (قاضی مأمور در شورای حل اختلاف استان تهران) : هر چند در ابتدا تصور می گردد ؛ چون شوراها حل اختلاف وظیفه ذاتی اصلاح ذات البین دارند، حق صدور قرار تأمین کیفری ندارند اما با تدقیق در صلاحیت های شورا مشاهده می گردد بعضی از جرایم مانند ایراد صدمات غیر عمدی ناشی از تصادفات (دیه تا مبلغ ده میلیون ریال) که توسط شورا مورد رسیدگی قرار می گیرد، چنانچه اصحاب دعوی مصالحه نمایند و شورا نظریه پزشکی قانونی را که لازمه تشخیص میزان دیه می باشد کسب نماید ، ناگزیر است برای متهم قرار تأمین صادر کنند و در صورت عجز متهم معرفی کفیل یا تودیع وثیقه وی را به ندامتگاه معرفی کند . بنابراین به نظر می رسد ؛ چون رسیدگی شورا به حل و فصل اموری که ماهیت قضایی پیچیده ندارند مانند آنچه که در حال حاضر برابر بند «ب» ماده ۷ آیین نامه اجرایی موضوع ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی ، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در صلاحیت رسیدگی شورا قرار گرفته است به موجب قانون (ماده ۱۸۹ برنامه سوم . . .) می باشد و نظر به این که صدور قرار تأمین از لوازم رسیدگی بوده و اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز می باشد صدور قرار تأمین از سوی شوراهای حل اختلاف بلامانع است .

دکتر سعید منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی) : از آن جا که ماده ۷ آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه در موضوع حدود صلاحیت شوراها اذعان داشته ؛ «شورا در موارد ذیل صالح به رسیدگی می باشد» و استعمال واژه رسیدگی به صورت مطلق شامل کلیه اختیارات امر دادرسی است و از سویی دیگر ماده ۱۲ آیین نامه اخیر الذکر ضابطان را مکلف به همکاری با شوراهای حل اختلاف و اجرای تصمیم شورا نموده و مسئولان زندان نیز در مقام ضابط مشمول این حکم می باشند ، به نظر می رسد مأموران زندان در صورت عدم اجرای دستور شوراها بنا بر نص ماده ۱۲ آیین نامه مذکور حتی مستوجب تعقیب خواهند بود . نهرینی : بند «ب» ذیل ماده ۷ و مواد ۱۳ و ۱۹ آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۲۷ مرداد ۸۱ ریاست قوه قضاییه ، صریحاً حکایت از صلاحیت شورای حل اختلاف و مشاور شورا در رسیدگی و اتخاذ تصمیم در برخی از جرایم دارد و این امر در حالی است که مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی ، حکم به مجازات تنها و تنها در صلاحیت دادگاههای صالح است و شوراهای حل

دادگاه حقوقی ضمن اعلام ورشکستگی باید نوع آن را نیز مشخص کند تا مرجع جزایی حق رسیدگی داشته باشد یعنی رسیدگی به جرایم مذکور در مراجع جزایی مستلزم صدور حکم ورشکستگی در دادگاه حقوقی است

ماده ۱۳ آیین نامه شورای حل اختلاف کلیه تصمیمات از جمله قراردادهای صادره این شورا باید به تأیید و تنفیذ قاضی مشاور برسد در این صورت مانعی جهت عدم پذیرش فرد یا افراد معرفی شده به زندان وجود ندارد.

فوائدی (دادسرای عمومی و انقلاب تهران): همان طور که می دانیم شورای حل اختلاف باید در رفع اختلافات تلاش نماید در این صورت نباید انتظار داشته باشیم که همه تشریفات آیین دادرسی را در رسیدگی به امری که ماهیت قضایی ندارند و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است رعایت کنند. مثلاً به جای این که برای متهمی جلب صادر کنند او را دعوت کنند اما اگر خواستند جلب کنند یا به زندان معرفی کنند با اطلاع مراجع قضایی اقدام نمایند.

نظر به اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸ مرداد ۸۳): با توجه به اصل لزوم دادرسی جزایی باید به اتهامات هر کس رسیدگی های لازم در مراجع قضایی صالح به عمل آید حتی اگر منجر به محکومیت آن فرد به مبلغ ناچیزی به عنوان جزای نقدی شود. (اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد) نظر به این که هدف از تشکیل شورای حل اختلاف برابر ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه... و آگذاری رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل امری است که ماهیت قضایی نداشته و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار بوده، در نتیجه اولاً: شورای حل اختلاف را نمی توان دادگاه نامید ثانیاً از عبارات قانونی فوق هم صلاحیت این شورا در رسیدگی به امور کیفری استنباط و استخراج نمی شود. بنابراین باید گفت پاسخ سؤال منفی است.

نظر به اقلیت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه: حدود صلاحیت در رسیدگی به امور جزایی به موجب بند «ب» ماده ۷ آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه... مشخص گردیده است. به موجب این بند به شورای حل اختلاف اذن در رسیدگی به جرایم مندرج در آن داده شده است. نظریه این که اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز می باشد و صدور قرار تأمین کیفری از لوازم رسیدگی است که ممکن است منجر به بازداشت متهم گردد، بنابراین اذن در اعزام متهم به زندان نیز موجود است. در این صورت برابر ماده ۱۲ آیین نامه یاد شده مسئولان زندان که در مقام ضابط عمل می کنند مکلف به پذیرش فرد معرفی شده می باشند.

بدهی است رسیدگی به جرم مستلزم مجازات از جمله آن، زندانی شدن متهم می باشد را نیز در اختیار شورا قرار داده است. در غیر این صورت رسیدگی به امری که مستلزم مجازات حبس تا ۳ ماه می باشد یا به لحاظ عجز از معرفی کفیل یا تودیع وجه الوثاق تحت قرار می باشد، شورا حق اعزام متهم به زندان را دارد نیز مکلف به پذیرش آن است. خصوصاً این که در مورد عدم پرداخت جزای نقدی و عدم پرداخت محکوم به، کمیسیون شورای حل اختلاف نظر داده است که به موجب سؤالات ۴۱ و ۱۱۷ کمیسیون شورای حل اختلاف استان تهران شورا می تواند حکم بازداشت محکوم علیه را بدهد، بدهی است با اظهار نظر شورا موافق است.

پاشایی: قابل پذیرش نیست، چون اعضای شورا مقام قضایی نیستند تا رئیس زندان به عنوان ضابط قضایی زندانیان را قبول کند. می بایستی این اعزام از طریق دادگاه محل و یا از طرف قاضی مشاور باشد.

زارع: با نظر آقایان نصر و قیاسی موافق هستم. **ذاقلی (مجمع قضایی شهید محلاتی):** تعدادی از قضات محترم این مجمع اعتقاد دارند با توجه به این که تشکیل شورای حل اختلاف

مستند به آیین نامه می باشد و این آیین نامه خلاف قانون اساسی و قوانین عادی لازم الاجرا در جمهوری اسلامی است، بنابراین پاسخ سؤال مذکور سالبه به انتفاء موضوع است، اما اکثریت اعتقاد دارند با توجه به قاعده اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز می باشد و با توجه به این که اذن رسیدگی به اتهاماتی به اعضای شورا داده شده است که حیثاً مستلزم صدور قرار و حکم محکومیت برای متهم است. بنابراین ناگزیر بایستی اذن در اعزام متهم یا محکوم به زندان را نیز داشته باشند.

رفیعی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران): زندان ها بر اساس آیین نامه اداره می شوند. شورای حل اختلاف هم بر اساس آیین نامه رسیدگی می کند لذا چون اذن داده شده که شورا به پاره ای از جرایم رسیدگی کند در این صورت می توان گفت اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز می باشد. بنابراین زندان ها باید افرادی را که از طریق شوراها حل اختلاف معرفی می شوند، بپذیرند.

اسدی (مجمع قضایی ولی عصر ع): در آیین نامه شورای حل اختلاف حق جلب یا صدور قرار تأمین و معرفی به زندان توسط شورای حل اختلاف پیش بینی نشده است. لذا این شورا حق صدور قرار که منجر به بازداشت گردد، ندارد و زندان ها نیز نمی توانند افرادی را که از طریق شورای حل اختلاف معرفی می شوند، بپذیرند. **صدقی (محاکم تجدیدنظر استان تهران):** برابر

اختلاف را نمی توان دادگاه نامید. از طرف دیگر ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه مصوب سال ۷۹ که عمری پنج ساله خواهد داشت، مقرر می دارد که رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل امری که ماهیت قضایی ندارند و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است به شوراها حل اختلاف واگذار می شود. بنابراین عبارات فوق مدلولاً حکایت از آن دارد که شورا اولاً صلاحیت دارد تا به مثابه یک ریش سفید محل و به نحو کدخدانمنشی حل اختلاف نموده و ثانیاً در امور حقوقی و مدنی که دارای اهمیت قضایی کمتری هستند دخالت کرده و حل اختلاف نماید. بنابراین از این عبارات قانونی، صلاحیت رسیدگی به امور کیفری را نمی توان استنباط و استخراج کرد. ماده ۱۸۹ مقرر داشته که در صورت امتناع محکوم علیه از پرداخت جزای نقدی، پرونده جهت اقدامات اجرایی در امر کیفری به دادگاه یا دادگستری محل تحویل داده می شود و حق اجرای مجازات حبس بدل از جزای نقدی و یا حتی بازداشت موقت بدل از سایر قرارهای تأمین کیفری به علت امتناع متهم، در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار ندارد، بنابراین در این مرحله دادگاه یا دادگستری محل مکلف است در اجرای اصل ۱۷۰ قانون اساسی از اجرای دستور و تصمیمات شورای حل اختلاف به لحاظ مغایرت بخشی از آیین نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه با اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه مصوب سال ۷۹ امتناع و خودداری کند. بر همین اساس نیز زندان ها نمی توانند افراد تعرفه شده از شورای حل اختلاف را جهت بازداشت بپذیرند و ضمانت اجرای آن نیز در ماده ۵۷۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۵ پیش بینی شده که مطابق مدلول آن، مسئولان و مأموران بازداشتگاهها و زندانگاه ها تنها می توانند با اخذ برگ بازداشت صادره از طرف مراجع و مقامات صلاحیتدار، اشخاص را به نام زندانی بپذیرند. در نتیجه با توجه به این که ذیل ماده ۱۹ آیین نامه اجرایی، مقرر داشته که در صورت امتناع محکوم علیه از پرداخت جزای نقدی، پرونده جهت اقدامات اجرایی در امر کیفری به دادگاه یا دادگستری محل تحویل می گردد، دستور بازداشت متهم توسط دادگاه محل، حداقل این مشکل را از حیث تکلیف مسئولین زندان ها به پذیرش زندانی، حل خواهد کرد. اگر چه از جهت این که عملاً دادگاه را مجری تصمیم شورای حل اختلاف می گرداند، خالی از اشکال نخواهد بود.

نظریه های واصله تعدادی از قضات بخش گلستان: نجف زاده: با توجه به این که آیین نامه شورای حل اختلاف مجازات جرایمی را که مستلزم سه ماه حبس یا جزای نقدی موضوع بند ۲ از قانون وصول برخی از درآمدهای دولت باشد به طور مطلق در صلاحیت شورای حل اختلاف گذاشته است،

با توجه به اصل لزوم دادرسی جزایی باید به اتهامات هر کس رسیدگی های لازم در مراجع قضایی صالح به عمل آید حتی اگر منجر به محکومیت آن فرد به مبلغ ناچیزی به عنوان جزای نقدی شود