

## پاسخ به پرسش‌های ۳۲۳ تا ۳۲۷

**سؤال ۳۲۳-** آیا اظهار نظر دادرس در مقام رسیدگی به اعتراض قرار منع تعقیب از موجبات رد دادرس می‌باشد و این دادرس حق رسیدگی مجدد به موضوع را دارد یا خیر؟

سؤال مذکور؛ با وجود رأی وحدت رویه شماره ۵۱۷-۶۷/۱۱/۱۸ حذف شد.

**سؤال ۳۲۴-** اگر جرم زنا همراه با ربودن باشد آیا دادسرا باید موضوع را تفکیک کند یا رسیدگی نماید و سپس پرونده را با کیفرخواست به دادگاه کیفری استان ارسال نماید؟

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

این سؤال با سؤال شماره ۳۰۱ مرتبط است و پاسخ هر دو سؤال نیز به نوعی مشابه هم هستند. در هر حال پاسخ سؤال فوق به شرح زیر می‌باشد: اولاً - جرم ربودن اشخاص در ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی پیش بینی شده که مجازات آن حبس از ۵ تا ۱۵ سال تعیین شده و رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه عمومی جزایی است. لیکن تعقیب آن باید حسب بند الف ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۲۸ مهر ۱۳۸۱ بوسیله دادسرا صورت گیرد. اصولاً تعقیب تمامی متهمان به جرم باید بوسیله دادسرا صورت گیرد و تنها موارد استثنائی در تبصره ۳ ماده ۳ قانون یاد شده پیش بینی شده که در این موارد استثنائی پرونده‌های مزبور باید مستقیماً در دادگاههای مربوط مطرح شود لیکن تشخیص این موارد استثنائی و اینکه موضوع شکایت مطرح شده از مصادیق مندرج در تبصره ۳ ماده ۳ قانون یاد شده است یا خیر، در صلاحیت دادسرا قرار دارد و پس از طرح شکایت در دادسرا و تشخیص مرجع اخیر مشمول صدر تبصره ۳ ماده ۳، پرونده بطور مستقیم در دادگاههای مربوط مطرح خواهد شد.

ثانیاً: بخش اخیر تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاحی سال ۱۳۸۱ مشتمل بر یک حکم استثنائی است زیرا با عبارت (مگر آنکه) ادامه یافته است.

یکی از شرایط تحقق اصل و استثناء در اصول فقه، وحدت موضوع مستثنی و مستثنی منه است بنابراین هر گاه موضوع جمله مستثنی با موضوع مستثنی منه متفاوت بوده و موضوعات مختلفی را تشکیل دهند، اساساً استثناء مصداق پیدا نمی‌کند. اگر بهتر بگوئیم مفاد قسمت پایانی

تبصره ۳ ماده ۳، استثنائی بر استثناء و در واقع منصرف به اصل است. بنابراین مقنن اشعار داشته که در موارد خاص تعقیب متهم و تحقیق راجع به پرونده‌های مزبور باید مستقیماً در دادگاههای مربوط صورت گیرد مگر اینکه به تشخیص دادستان تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد. یعنی اگر تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد و دادستان این ضرورت را تشخیص دهد، تعقیب و تحقیق راجع به جرایم مشمول حد زنا و لواط همراه با سایر جهات و عناوین مجرمانه باید در دادسرا بعمل آید و دیگر پرونده‌های مزبور مستقیماً در دادگاههای مربوط مطرح نخواهد شد.

بنابراین با توجه به ملاک ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۷۸ و اختیار دادستان بشرح بخش پایانی تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاحی سال ۱۳۸۱ و ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی از حیث ارتکاب جرایم متعدد و مختلف، باید بر آن بود که هر گاه جرم زنا همراه با ربودن شخص باشد، دادستان می‌تواند به هر دو عنوان اتهامی رسیدگی نماید و با دو کیفرخواست جداگانه، حسب مورد موضوع را در دادگاه عمومی جزایی (برای رسیدگی به جرم ربودن شخص) و دادگاه کیفری استان (برای رسیدگی به جرم زنا) مطرح سازد.

موسوی (مجتمع قضائی بعثت):

جرم زنا و جرم آدم ربائی (موضوع مواد ۶۳ تا ۸۱ قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۲۱ آن) از رکان و عناصر مشخصی را دارند و دو جرم جداگانه می‌باشند و قصد مرتکب به اینکه دختر یا زنی را به منظور تجاوز بر باریاد اقدام مجرمانه وی را تغییر و تحول نمی‌دهد و بزه آدم ربائی را تحت الشعاع بزه زنا قرار نمی‌دهد بلکه به لحاظ تحقق همه عناصر بابت ارتکاب هر دو جرم تحت تعقیب قرار می‌گیرد. البته ظاهراً بزه دیده تحت عنف و اکراه (در فرض سؤال) مشمول زنا قرار می‌گیرد که در این صورت موضوع مشمول بند «د» ماده ۸۲ قانون مجازات اسلامی خواهد بود و مرتکب به جرم زنای به عنف تعقیب و محاکم خواهد شد اما در مورد تفکیک و رسیدگی توأم دو جرم با توجه به رعایت ماده ۴۷ قانون مرقوم و تعدد مادی جرایم و پیروی از نظام جمع مجازاتها و ماده ۱۸۳ ق. آ. د. ک. ←

در رسیدگی یکجا به جرایم متعدد متهم و تأمین حسن دادرسی کیفری، باید پرونده را در هر دو مورد برای رسیدگی به دادگاه کیفری استان ارسال نمود و تفکیک پرونده و رسیدگی به بزه آدم ربائی در دادرسی عمومی و رسیدگی جداگانه به بزه زنا در دادگاه کیفری استان ضمن اخلاف در روند رسیدگی و تأثیر منفی در روند تحقیقات و تعرض به اصل رسیدگی یکجا به اتهامات متعدد متهم به اصل سرعت و قاعده «لا تعطیل فی حدود الله» در رسیدگی به جرم زنا لطمه خواهد زد لذا ناگزیریم که باستناد ماده ۱۸۳ ق.آ.د.ک با رعایت تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب پرونده ها را توأم با دادگاه کیفری استان تقدیم نماییم.

علی محقق (معاون قضایی رئیس کل شوراهای حل اختلاف استان تهران):

با توجه به تبصره ۳ ماده ۳ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب پرونده ای که موضوع آن جرم مشمول حدزنا باشد مستقیماً در دادگاه مربوط مطرح می شود. مگر اینکه تشخیص دادستان

تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد در مواردی که ارتکاب جرم مذکور همراه با ربودن باشد، چنانچه دادستان رسیدگی توأم را ضروری تشخیص ندهد باید پرونده تفکیک و جهت رسیدگی به دادگاه کیفری ارسال گردد. عظیم سهرابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۸ تهران):

نظر اکثریت: طبق مفاد ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر کرده است هر کس متهم به ارتکاب جرایم متعددی باشد که رسیدگی به بعضی از آنها در صلاحیت دادگاه عمومی و بعضی در صلاحیت دادگاه انقلاب یا نظامی باشد متهم ابتدا در دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به مهمترین اتهام را دارد محاکمه می شود و پس از آن برای رسیدگی به اتهام دیگر به دادگاه مربوط اعزام خواهد شد. در این موارد که جرم زنا اشد و مهتر از آدم ربایی است ابتدا در دادگاه کیفری استان رسیدگی خواهد شد سپس پرونده برای ادامه تحقیقات و رسیدگی به جرم آدم ربایی به دادسرا ارسال خواهد شد.

نظر اقلیت: با توجه به اینکه انجام تحقیقات مقدماتی فوری است و تأخیر در آن باعث از بین رفتن دلایل و آثار جرم می شود. لذا بهتر آن است که پرونده رسیدگی به آدم ربایی و زنا اشد با دادگاه کیفری استان ارسال می شود.

سفلاهی (دادگستری هشتگرد):

نظر اول: اولاً تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب از دادسرا نفی صلاحیت نموده است قانونگذار در وضع این مقررات به دنبال سه مصلحت بوده اول اینکه جرایم کم اهمیت بطور مستقیم در دادگاه طرح شود مصلحت دوم در مورد افراد خاص (اطفال) موضوع بدون نیاز به تحقیق در دادسرا پرونده امر به دادگاه ارسال شود سوم در مورد جرائمی است که با عفت عمومی منافات داشته که این سیاست طبق ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ذیل آن بوده است.

ثانیاً: اقرار باید نزد حاکم باشد و اقرار در دادسرا اثر قانونی ندارد.

ثالثاً: اصل بر اجرای سریع حدود است که باید بدون وقفه پرونده امر در دادگاه طرح و با صدور حکم و قطعیت آن نسبت به اجرای رأی اقدام شود.

رابعاً مطابق ماده ۵۵ از قانون آیین دادرسی کیفری ترتیب رسیدگی به جرم حسب اهمیت آن تعیین شده است با استفاده از این مقررات می توان گفت که در ابتدا باید به موضوع زنا رسیدگی شود بنابراین پرونده امر در خصوص زنا تفکیک به دادگاه صالح ارسال و پس از آن یا ضمن تعقیب در دادگاه صالح دادسرا تحقیقات خود را انجام دهد.

نظر دوم: مطابق ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب امر تحقیق و تعقیب با دادسرا می باشد قانونگذار در تبصره ۳ این ماده مقرر داشته چنانچه تحقیق راجع به سایر جهات ضرورت نداشته باشد پرونده امر مستقیماً به دستور دادستان در دادگاه طرح می گردد یعنی چنانچه این جرایم به تنهایی واقع شده باشد بنا بر مصالحی بطور مستقیم وبدون نیاز به تحقیق در دادسرا و صدور کیفرخواست در دادگاه رسیدگی می شود همچنین وضع ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری بر منع ارجاع به قاضی تحقیق در دوره ای بوده که امر تعقیب و تحقیق به قاضی تحقیق ارجاع می گردید و خود در ابتدا اجازه تحقیق نداشته در حالیکه دادسرا وظیفه تعقیب و تحقیق را به عهده دارد ضرورت رسیدگی توأم به اتهامات متعدد متهم اینجا می نماید که این پرونده در یک مرجع رسیدگی شود تفکیک پرونده موجب اختلال در امر تحقیق به موضوع آدم ربایی در دادسرا می شود صدور قرارهای متعدد در مورد متهم مشکل دیگر این تفکیک است از طرفی هماهنگی که اصل بر اجرای سریع حدود است سیره ائمه بیانگر این است که سعی در عدم اثبات آن هم هست چرا اصرار بر

اقرار نزد حاکم و محکومیت متهم داشته باشیم. از طرفی امر تفکیک با ماده ۱۸۳ ق.آ.د.ک منافات داشته و طبق ماده ۶۲۱ قانون مجازات چنانچه ضرر حیثیتی داشته باشد باید حداکثر مجازات تعیین شود باید توأم تحقیق و کیفرخواست صادر شود.

رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات): قبل از پاسخ به این سؤال مقدماتی به شرح زیر مطرح می شود:

تبصره ۳ الحاقی مورخ ۲۸ مهر ۱۳۸۱ به ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۵ تیر ۱۳۷۳ حاکی است که پرونده هایی که موضوع آنها جرایم مشمول حد زنا و لواط است مستقیماً در دادگاه مربوط مطرح می شود که با توجه به کیفیت حد و اقسام آن نخست حد مشمول تبصره ۳ اصلاحی ۲۸ مهر ۱۳۸۱ را بررسی می نمایم تا مشخص شود صلاحیت رسیدگی دادسرا از یک طرف و صلاحیت رسیدگی دادگاه بطور مطلق اعم از دادگاه کیفری استان و دادگاه عمومی و انقلاب چگونه خواهد بود.

الف - پرونده های زنا در صورتی که مجازات آنها مشمول مقررات حد نباشد ابتدا در دادسرا مورد رسیدگی قرار گرفته و با صدور کیفرخواست به دادگاه ارسال خواهد شد. این پرونده ها بدین شرح خواهد بود.

۱- در هر مورد که مجازات زنا به وصف حد اعم از حد رجم و یا حد تازیانه تعیین شده باشد پرونده مستقیماً در دادگاه کیفری استان و یا دادگاه عمومی مطرح می شود و در غیر این صورت رسیدگی به پرونده در صلاحیت دادسرا می باشد مانند اینکه زنا فاقد شرایط ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب هشتم مرداد ۱۳۷۰ کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی و اصلاحات و الحاقات بعدی باشد و یا به نحو دیگری قانون مجازات غیر حد را در باره آن تجویز و تنصیص نموده باشد پرونده بدو در دادسرا مطرح می شود.

۲- در هر مورد که مجازات لواط فاقد شرایط ماده ۱۱۱ قانون مزبور باشد که در این مورد هم پرونده ابتدا در دادسرا مطرح می شود.

۳- دادسرا به منظور اطلاع از حدود و صلاحیت خود می تواند در این پرونده ها صرفاً به منظور وقوف و آگاهی از حدود صلاحیت خود می تواند وارد شود و چنانچه حدود صلاحیت دادسرا به هر طریق اثبات نشد سریعاً باید پرونده را حسب مورد به دادگاه کیفری استان و یا دادگاه عمومی و انقلاب ارسال نماید. البته در این مورد مراعات قسمت اخیر تبصره ۳ ماده ۳ اصلاحی ۲۸ مهر ۱۳۸۱ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب دایر بر تشخیص دادستان مبنی بر تحقیقات راجع به ضرورت رسیدگی به سایر جهات لازم است و به نظر می رسد که دادسرا در این مورد با دستور اداری پرونده را حسب مورد به دادگاه صالح

ارسال می‌نماید.

۴- چنانچه در پرونده نشانی از مجازات حدی در پرونده احراز نگرددید و مشهود نبود دادسرا وارد رسیدگی می‌شود و هر موقع که عدم صلاحیت خود را احراز نمود پرونده را حسب مورد با صدور قرار عدم صلاحیت به دادگاه کیفری استان و یا دادگاه عمومی ارسال می‌نماید.

ب: چنانچه پرونده‌ای مشمول مقررات حد باشد در این گونه پرونده‌ها دادسرا حق دخالت ندارد و این پرونده‌ها بدون تحقیق دادسرا و نیز بدون صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست مستقیماً حسب مورد در دادگاه عمومی و یا دادگاه کیفری استان مطرح می‌شود بدین شرح:

۱- چنانچه مجازات زنا و لواط مشمول مقررات حد مذکور در مواد ۸۲ و ۸۳ قانون مجازات فوق‌الذکر در مورد زنا و در مورد لواط مجازات مشمول مقررات مواد ۱۱۰ و ۱۱۱ قانون مزبور باشد در این صورت پرونده در دادگاه کیفری استان مطرح می‌شود.

۲- چنانچه مجازات زنا در حدود مقررات ماده ۸۸ قانون مجازات و یا زنا نایبالغ مذکور در تبصره ماده ۸۳ قانون مزبور باشد و یا در مورد لواط مجازات در حدود مقررات مفهوم مخالف ماده ۱۱۱ و ۱۱۳ قانون مجازات اسلامی باشد پرونده در دادگاههای عمومی و انقلاب مطرح می‌شود.

زیرا پس از آنکه پرونده‌های زنا و لواط حسب مقررات تبصره ۳ الحاقی مورخ ۲۸ مهر ۱۳۸۱ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب باید در دادگاه مطرح شود نوبت اجرای مقررات تبصره الحاقی ۲۸ مهر ۱۳۸۱ ماده ۴ اصلاحی مورخ ۲۸ مهر ۱۳۸۱ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب فرا می‌رسد که بدین بیان که پرونده‌های زنا و لواط که مجازات قانونی آنها رجم یا اعدام باشد در دادگاه کیفری استان و پرونده‌های زنا و لواط مشمول مقررات حد غیر از رجم و یا اعدام در دادگاه‌های عمومی و انقلاب مطرح می‌شود و اما چنانچه جرم زنا با ربودن باشد دادسرا در مورد بخش ربودن پرونده رسیدگی‌های لازم بعمل آورده و در صورت اثبات بزه با تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع و صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست پرونده مربوط به آدم ربائی را در دادگاه عمومی و انقلاب مطرح می‌نماید.

چنانچه زنا هم فاقد وصف زنا می‌شود در تبصره الحاقی ۷/۲۸/۱۳۸۱ ماده قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب باشد به عبارت دیگر مجازات آن غیر حد رجم و اعدام باشد در ذیل کیفرخواست موضوع زنا جهت اطلاع دادگاه قید خواهد شد.

اما اگر زنا واجد وصف واجد وصف زنا می‌شود در تبصره مذکور باشد کیفرخواست آدم ربائی از این جهت که مجازات آن به موجب ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی غیر حد رجم اعدام

است به دادگاه عمومی و انقلاب ارسال و پرونده زنا تفکیک و با صدور دستور اداری و یا در قالب هر دستور دیگری پرونده آن به دادگاه کیفری استان ارسال می‌شود. و در این مورد هم به طرح پرونده آدم ربائی و ارسال آن به دادگاه عمومی دادگاه کیفری استان را به صورت یادآوری با اطلاع می‌نماید و در هر حال خلاصه گویای هر پرونده در پرونده دیگر منعکس خواهد شد.

در مورد برخی از موارد قانون مجازات اسلامی مانند موارد ۱۱۱ و ۱۱۲ که دارای منطوق و مفهوم است در هر حال فهم قضائی و استدراک مطلب از قانون توصیه می‌شود. در کتب فقهیه موارد مذکور مفصلاً مشروح است لیکن آنچه که مذکور افتاد از جهت رعایت مقررات قانون حاکم فعلی است.

#### شجاعی (دادگستری شهریار):

با توجه به اینکه محدوده صلاحیت رسیدگی مراجع قضایی در امور کیفری اعم از دادسرا و دادگاه را قانونگذار تعیین می‌کند و صلاحیت در امور کیفری اعم از ذاتی و محلی امری می‌باشد و در موضوع سؤال دو مقرر قانونی موجود می‌باشد ۱- تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱. و تبصره ماده ۴ از همان قانون که تبصره ۳ ماده مذکور صراحتاً بیان می‌کند درخصوص بزه زنا موضوع باید مستقیماً در دادگاه مطرح شود یعنی دادسرا قانوناً صلاحیت رسیدگی راجع به موضوع

مذکور را ندارد و از سویی با توجه به تبصره ماده ۴ از قانون موصوف محدوده صلاحیت دادگاه کیفری استان نیز مشخص و موارد آن احصاء شده است و موارد منصوص در تبصره ماده اخیر الذکر حصری است دیگر اینکه دادگاه کیفری استان قانوناً

### رسیدگی جرائمی که با عفت عمومی منافات داشته باشد با قاضی دادگاه است و بدین لحاظ دادسرا برای رسیدگی به موضوع صلاحیت نخواهد داشت

صلاحیت رسیدگی به موضوع اتهام آدم ربائی را ندارد لذا برغم وجود مشکلات عدیده در تفکیک دو اتهام و رسیدگی مجزا به آنها در دادگاه کیفری استان و دادسرا قانوناً ناگزیر از چنین امری می‌باشیم و در فرض سؤال دادسرا باید به موضوع آدم ربائی رسیدگی نموده و راجع به زنا چنانچه به عفت یا محصنه باشد به تهیه بدل مفید پرونده را برای رسیدگی مستقیم به دادگاه کیفری استان ارسال نماید.

آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران): با توجه به اینکه ملازمه‌ای بین جرم زنا و ربودن وجود ندارد و ربودن را نمی‌توان مقدمه جرم زنا تلقی کرد چرا که هر یک از جرایم فوق بدون تحقق جرم دیگر هم قابل تصور می‌باشد و با توجه به مقررات تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای

عمومی و انقلاب که دادسرا در خصوص جرم زنا حق انجام دادن تحقیقات مقدماتی را ندارد لذا به نظر می‌رسد که در فرض سؤال دادسرا باید درخصوص جرم ربودن، تحقیقات مقدماتی را انجام و پس از صدور کیفرخواست پرونده را برای رسیدگی به هر دو جرم (زنا و ربودن) به دادگاه کیفری استان ارسال نماید و چون به اتهام متعدد متهم یکجا رسیدگی می‌گردد دادگاه کیفری استان صلاحیت رسیدگی و صدور حکم در مورد هر دو جرم را دارد.

نظریه اقلیت قضات دادسرای مذکور: نظر به اینکه اولاً دادسرا به موجب تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب حق انجام تحقیقات مقدماتی در مورد بزه زنا را ندارد و ثانیاً صلاحیت دادگاه کیفری استان نیز در ماده ۲۰ قانون مرقوم احصاء شده لذا در فرض سؤال دادسرا باید پرونده را تفکیک نموده و قسمتی از آن را در جهت رسیدگی به جرم زنا به دادگاه کیفری استان ارسال و در خصوص جرم ربودن نیز موضوع را رسیدگی کرده و پس از صدور قرار مجرمیت و با تنظیم کیفرخواست پرونده را به دادگاه عمومی کیفری ارسال نماید. و دادگاه کیفری استان هم صلاحیت رسیدگی به اتهام آدم ربائی را ندارد.

نظریه اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (یکم بهمن ۸۳): هر یک از بزه‌های عنوان شده در فرض سؤال (آدم ربائی و زنا «به عفت و اکراه») دارای ارکان و عناصر مشخصی می‌باشند هر چند که بزه زنا با ارتکاب بزه ربودن همراه بوده لیکن این بزه (ربودن) را نمی‌توان مقدمه بزه زنا تلقی نمود زیرا که وقوع هر یک از بزه‌های مذکور بدون وقوع دیگری هم قابل تصور است و نیز ملازمه‌ای بین این دو از حیث مجازات و مرجع

رسیدگی وجود ندارد لذا بنا به مراتب فوق و با ارائه دلایل و مستندات ذیل می‌توان گفت پرونده باید تفکیک شود:

اولاً- برابر تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون مذکور رسیدگی نسبت به بزه زنا (در ما نحن فیه زنا به عفت و اکراه) از صلاحیت خاص دادگاه کیفری استان است.

ثانیاً- برابر مفاد ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ذیل آن و نیز مستنبط از تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب جرائمی که با عفت عمومی منافات داشته باشد رسیدگی به آن با قاضی دادگاه است و بدین لحاظ دادسرا صلاحیت رسیدگی به موضوع را نخواهد داشت.

**ثانیاً-** اقرار نزد حاکم معتبر است و اقرار در دادسرا اثر قانونی ندارد و اباعاً برابر ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی به جرایم متعدد باید بر حسب مهمترین آنها باشد ضمن اینکه اصل بر اجرای سریع حدود هم می باشد لذا با تفکیک پرونده بزه زنا (به عنف و اکراه) در دادگاه کیفری استان رسیدگی خواهد شد و بزه آدم ربائی پس از رسیدگی در دادسرا و صدور کیفرخواست جهت رسیدگی به دادگاه عمومی جزائی ارسال می گردد. نظریه اقلیت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه: باید گفت تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب استثنای بر اصل مقرر در بند الف این ماده است زیرا به موجب قسمت اخیر تبصره مذکور که عنوان شده: «... مگر آنکه به تشخیص دادستان تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت نداشته باشد.»

گویای این مطلب است که اگر هر یک از جرایم موضوع تبصره به تنهایی واقع شود و به تشخیص دادستان جهتی برای انجام تحقیق نباشد پرونده مستقیماً در دادگاه مربوط مطرح می شود اما در فرض سؤال که بزه زنا (به عنف و اکراه) و آنهم با ارتکاب بزه ربودن واقع شده مسلماً مشمول سایر جهات تبصره مذکور می باشد که در این صورت به لحاظ فوری بودن در امر تحقیق و جمع آوری دلائل و اقدامات تأمینی برای جلوگیری از فرار متهم و رسیدگی توأم با اتهامات متعدد متهم ضروری است که به هر دو اتهام متهم در دادسرا رسیدگی شود و با دو کیفرخواست علیحده حسب مورد موضوع در دادگاه عمومی جزایی برای رسیدگی به اتهام آدم ربائی و دادگاه کیفری استان برای رسیدگی به

اتهام زنا (به عنف و اکراه) ارسال شود.

**سؤال ۳۲۵-** مقام قضائی صادر کننده دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله چنانچه به اشتباه خود پی ببرد می تواند در هر مرحله ای از آن عدول کند؟ در هر صورت رفع اثر از دستور اشتباه چگونه امکان پذیر است؟

موسوی (مجمع قضایی بحث):

نظر بیشتر همکاران محترم قضایی در مجتمع قضایی بحث این بود که در صورت احراز اشتباه در صدور دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله از سوی مقام قضایی صادر کننده این دستور خود قاضی صادر کننده می تواند از دستور خود عدول نموده و از آن رفع اثر نماید. البته در این مورد ما یک مورد استثنای در دستور دادگاه صادر کننده وثیقه یا اخذ وجه الكفاله می نماید و فرض سؤال

معطوف به اشتباه مقام اعلام کننده می باشد و مشمول قاعده فراغ دادرسی و اعلام اشتباه در حکم صادر شده با موضوع مورد بحث هیچ وجه تشابه و مبنای مشترکی ندارد زیرا منظور از قاعده فراغ دادرسی فراغت از دادرسی و یک رسیدگی توافقی است حال آنکه در صدور دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله دادرسی و رسیدگی توافقی صورت نگرفته است و نیز اعلام اشتباه در حکم صادره با توجه به آثار حکم قابل قیاس با صدور یک دستور علیه وثیقه گذار و کفیل نمی باشد و از سوی دیگر تمامی دستورات که در قلمرو عملیات اجرایی از سوی اجرای احکام به موقع اجرا گذاشته می شود جنبه فوریت داشته و باید بدون تأخیر اجرا شود. مضافاً همانطور که قاضی کیفری می تواند در مورد قرار تأمین صادره تجدیدنظر کند و میزان آنرا تخفیف یا تشدید نماید و یا نوعاً به نوع خفیف و مساعدتر تبدیل نماید در آثار و نتایج این قرار که صدور دستور علیه وثیقه گذار یا کفیل است نیز می تواند در صورت احراز اشتباه تجدیدنظر نماید و اصرار اجرای احکام به استمرار عملیات اجرایی علیه کفیل و وثیقه گذار باستناد دستور قاضی صادرکننده تصمیم ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله در حالی که خود این مقام به اشتباه در این تصمیم پی برده و جهات و مشروعیت دستور ساقط شده باشد. مبنای شرعی و قانونی نخواهد داشت.

**ادستار می تواند قبل از ابلاغ و شروع عملیات اجرایی در صورت مشاهده اشتباه از دستور ضبط وجه الكفاله یا وجه الوثاقته عدول نماید لیکن پس از ابلاغ دستور به کفیل یا وثیقه گذار این دستور قابل عدول نیست**

اظهار نظر قضات دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران: هر چند دستوری که دادستان در جهت ضبط وجه الكفاله یا وجه الوثاقته صادر می نماید رأی دادگاه را دارد و نظر به اینکه آثار حقوقی بر این دستور بار می شود لذا به هیچ وجه

قابل عدول از ناحیه مقام صادر کننده نمی باشد و صرفاً از طریق دادگاه تجدیدنظر قابل نقض خواهد بود. نظریات ۱۱ نفر از حاضران: دادستان می تواند قبل از ابلاغ و شروع عملیات اجرایی در صورت مشاهده اشتباه از دستور ضبط وجه الكفاله یا وجه الوثاقته عدول نماید لیکن پس از ابلاغ دستور به کفیل یا وثیقه گذار این دستور قابل عدول نیست.

نظریات ۳ نفر از حاضران: با توجه به اینکه مقنن در ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی از لفظ دستور استفاده نموده و درحال حاضر نیز که دادستان دستور ضبط وجه الكفاله یا وجه الوثاقته را صادر می نماید اساساً دستور دادستان که به عنوان قاضی دادسرا می باشد رأی به معنای واقعی کلمه به حساب نمی آید و با توجه به اینکه دستور قضایی

چنانچه موجب آن بر طرف گردد یا اشتباه باشد قابل عدول محسوب می گردد لذا تا قبل از آنکه به دستور اعتراض شود و دادگاه تجدیدنظر رأی صادر نماید دادستان می تواند از آن عدول کند در غیر این صورت چنانچه پرونده با اعتراض کفیل یا وثیقه گذار به دادگاه تجدیدنظر ارسال شده باشد دادستان نمی تواند از دستور خود عدول کند و نسبت به نقض رأی دادگاه تجدیدنظر صرفاً می توان از طریق قانونی از جمله ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب اقدام نمود.

علی محقق (شوراهای حل اختلاف استان تهران): چون در مورد ضبط وثیقه دستور صادر شده نه حکم بنابراین چنانچه در دستور، اشتباهی رخ داده باشد مقام صادر کننده دستور باید از دستور خود عدول نماید.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز): اولاً- اگر چه در ذیل ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری جدید قید شده که: «... در صورت عدم تسلیم و ابلاغ واقعی اخطاریه به دستور رئیس حوزه قضایی وجه الكفاله اخذ وثیقه ضبط خواهد شد.» و در متن مزبور از کلمه (دستور) استفاده شده، لیکن باید توجه داشت که کلمه دستور در معنای واقعی آن بکار نرفته و ماهیتی همانند حکم دارد چه تصمیم و دستوری نظیر دستور اخذ وجه الكفاله و ضبط وثیقه، متضمن تملیک مبلغ مورد قرار تأمین از محل موضوع وثیقه در حق دولت است و این اثر حکایت از آن دارد که دستور رئیس حوزه قضائی، تصمیمی ماهوی شناخته می شود که جز از مجرای خاص قانونی نمی توان از آن رفع اثر نمود و اشتباه مقام قضائی صادر کننده دستور ضبط وثیقه از موجبات و جهات عدول و نقض دستور مزبور توسط خود رئیس حوزه قضائی نیست.

ثانیاً- در مواردی که رئیس حوزه قضائی به اشتباه دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله را صادر می کند، طریق اعتراض و تجدیدنظر از این دستور برای متهم، کفیل و وثیقه گذار مفتوح و باز است. ماده ۱۴۳ آیین دادرسی کیفری جدید نیز مقرر می دارد که متهم، کفیل و وثیقه گذار می توانند در موارد زیر ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ دستور رئیس حوزه قضایی در مورد پرداخت وجه الالتزام یا وجه الكفاله یا ضبط وثیقه به دادگاه تجدیدنظر شکایت نمایند. بنابراین ولو اینکه خود مقام قضایی صادر کننده دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله به اشتباه خود پی ببرد امکان تغییر و عدول از تصمیم خود را ندارد و تنها طریق ممکن، شکایت متهم، کفیل و وثیقه گذار از دستور مزبور ظرف مهلت معین در دادگاه تجدیدنظر است. مقررات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۲۹۰ نیز که فعلاً در دادسراها و دادگاههای نظامی یک و دو اجرا می گردد، در این خصوص همین حکم را با تغییر عبارت جزئی دارا می باشد.

از جمله ماده ۱۳۶ مکرر الحاقی مصوب دهم خرداد ۱۳۱۱ و اصلاحی مصوب ۲۳ و سی ام بهمن ۱۳۳۵ و همچنین تبصره ماده ۲۳۴ قانون آ. د. ک اصلاحی و الحاقی مصوب یکم مرداد ۱۳۳۷ متضمن همین حکم است. با این تفاوت که در ماده ۱۳۶ مکرر آیین دادرسی کیفری، دادستان اختیار ضبط وثیقه را در مرحله رسیدگی در دادسرا دارد ولی مطابق تبصره ماده ۲۳۴ آ. د. ک رئیس دادگاه در مرحله دادرسی در دادگاه مطابق ماده ۱۳۶ مکرر آ. د. ک به جای دادستان عمل و اقدام می کند. به علاوه رأی وحدت رویه شماره ۶۵۷ مورخ چهاردهم اسفند ۱۳۸۰ هیئت عمومی دیوانعالی کشور نیز این استدلال را تقویت می کند چون در بخشی از این رأی نیز قید شده که «... و چنانچه هر یک از افراد مذکور نسبت به اجرای این امر (دستور به ضبط وثیقه و...) معترض باشند می توانند به جهات مندرج در ماده ۱۱۶ قانون مزبور (آ. د. ک جدید) به دادگاه تجدید نظر شکایت نمایند...»

ثالثاً - اداره حقوقی قوه قضائیه در این خصوص، نظریه شماره ۷/۶۳۰۸ مورخ سوم هفتم ۱۳۸۰ را به این شرح اعلام داشته است: «دستور رئیس حوزه قضائی به ضبط وثیقه کافی است و نیاز به دخالت دادگاه و صدور اجرائیه ندارد. در ضمن معنی و مفهوم ضبط وثیقه این نیست که سند مالکیت وثیقه گذار ابطال شود، یعنی ملک مورد وثیقه از مالکیت وثیقه گذار خارج و در ملکیت دولت مستقر شود، بلکه منظور از ضبط وثیقه این است که رئیس حوزه قضائی وثیقه را به فروش رسانیده و از وجه حاصل از فروش وثیقه، معادل وثیقه را از آن برداشت و به صندوق دولت واریز و در صورت وجود الباقی، مابقی را به وثیقه گذار مسترد نماید.»

بهتر است اینگونه بگوئیم که همواره قراردادهای تأمین کیفری به جزء بازداشت و التزام به حضور یا قول شرف، با قید مبلغی به عنوان وجه التزام و وجه الكفاله و یا مبلغی نسبت به مورد وثیقه صادر می شود و چنانچه متهم تخلف نموده و پس از احضار، بدون عذر موجه حاضر نشود یا کفیل و وثیقه گذار نتوانند او را حاضر کنند، مبلغ مزبور با دستور رئیس حوزه قضائی وفق شرایط مندرج در ماده ۱۴۰ آ. د. ک جدید، به نفع دولت اخذ یا ضبط خواهد شد. بنابراین در مورد وثیقه نیز همانطور که از نام آن پیداست مبلغ موضوع قرار تأمین کیفری از محل مال مورد وثیقه و در واقع از محل فروش آن استیفاء می گردد. در هر حال مبالغ مزبور طبق مواد ۹ و ۳۱ و ۳۲ و ۴۲ قانون تأسیس سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی و اساسنامه آن مصوب بیست و چهارم دی ۱۳۷۰ و پس از تأدیه ضرر و زیان مدعی خصوصی، به سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی تسلیم خواهد شد. بدیهی است چنانچه

از محل فروش مال مورد وثیقه، اصل مبلغ مورد قرار تأمین کیفری استیفاء و نهایتاً وجه باقی بماند، وجه مزبور با صاحب مال مسترد خواهد شد (ماده ۱۴۶ آ. د. ک جدید).

رایعاً - مطابق دو ماده ۱۳۶ و ۱۴۵ آ. د. ک جدید مبلغ وثیقه یا وجه الكفاله یا وجه التزام باید حداقل معادل خسارتهای مورد درخواست مدعی خصوصی باشد و در مواردی که متهم حضور نیافته و محکوم می گردد، محکوم به یا ضرر و زیان مدعی خصوص از محل تأمین گرفته شده یعنی مبلغ وثیقه یا وجه الكفاله پرداخت شده و الباقی به نفع دولت ضبط می گردد. به عبارت دیگر متن این دو مقرر به لحاظ دو ماده ۱۱ و ۱۲ و ذیل تبصره ماده ۱۳۲ و مواد ۱۳۳ و ۱۳۴ و ۱۳۶ آ. د. ک جدید نشان می دهد که دادسرا و دادگاه اختیار دارند که حتی مبلغ بیش از

میزان خسارتهای مورد درخواست مدعی خصوصی را موضوع قرار تأمین کیفری قرار دهند. در این صورت تملک مبلغ مورد وثیقه و وجه الكفاله و وجه التزام پس از پرداخت محکوم به یا ضرر و زیان مدعی خصوصی از محل تأمین گرفته شده صورت خواهد گرفت. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در پاسخ به این سؤال که: «چنانچه وثیقه یا وجه الضمان به منظور آزاد شدن متهم اخذ شود آیا امکان پرداخت ضرر و زیان مدعی خصوص از محل وثیقه یا وجه الضمان وجود دارد یا خیر؟» در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶۵۹ مورخ سیزدهم اسفند ۱۳۸۰ اینگونه اعلام نظر کرده است.

«در مورد سؤال باید قائل به تفکیک شد یعنی چنانچه وثیقه یا وجه الضمان توسط شخص متهم یا توسط شخص ثالث و به نام متهم تودیع شده باشد، طبق مواد ۱۴۵ و ۱۴۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری هم جرمه و هم ضرر و زیان مدعی خصوصی از آن قابل برداشت است. اما چنانچه شخص ثالث وجه الضمان یا وثیقه سپرده باشد، از آنجا که وثیقه یا وجه الضمان در واقع برای تأمین آزادی متهم و حضور او در مواقع احضار سپرده می شود و حکم مقرر در ماده ۱۳۹ قانون مرقوم نیز مؤید این استنباط است از سوی دیگر، ضرر و زیان مدعی خصوصی باید از اموال شخص بزهکار پرداخت شود نه از مال غیر، لذا در صورت اخیر نمی توان جرمه را از وجه الضمان یا وثیقه ای که شخص ثالث سپرده باشد، استیفاء کرد.»

در نهایت مقام قضائی صادر کننده دستور ضبط وثیقه یا اخذ وجه الكفاله نمی تواند به جهت اشتباه خود از دستور خویش عدول نماید و رفع اثر از این

اشتباه با طرح شکایت متهم، کفیل یا وثیقه گذار منحصرأ در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر استان است.

نظریه اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه: این دستور اعتبار رأی را ندارد و مشمول قاعده فراغ دادرسی نیست. زیرا فراغت از دادرسی با یک رسیدگی توافقی تحقق می یابد بدین لحاظ می توان گفت قانونگذار استثنائاً دستور مذکور را قابل شکایت اعلام کرده است بنابراین همانطور که قاضی کیفری می تواند در مورد قرار تأمین صادر شده تجدیدنظر کند و

میزان آن را تخفیف یا تشدید نماید و یا دادستان می توان کیفرخواست را استرداد نماید در این مورد نیز چنانچه مقام قضائی صادر کننده دستور به اشتباه خود پی ببرد می تواند عدول کند منتهی تا موقعی که این دستور مورد اعتراض و شکایت

### چنانچه مقام قضائی صادر کننده دستور به اشتباه خود پی ببرد می تواند تا موقعی که این دستور مورد اعتراض و شکایت قرار نگرفته باشد از آن عدول زیرا در صورت شکایت موضوع باید در دادگاه تجدیدنظر رسیدگی شود

قرار نگرفته باشد زیرا در صورت شکایت موضوع باید در دادگاه تجدیدنظر مورد رسیدگی قرار گیرد و دیگر قابل عدول نیست ضمن اینکه نقض رأی دادگاه تجدیدنظر هم صرفاً از طریق قانونی از جمله ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب امکان پذیر است.

اظهار نظر اقلیت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه: «دستور» موضوع سؤال اعتبار رأی را دارد زیرا هر چند که در متن ماده ۱۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری از کلمه «دستور» استفاده شده لیکن بنظر می رسد این کلمه در معنای واقعی آن بکار نرفته و ماهیتی همانند حکم را دارد چرا که دستور مذکور متضمن تملیک مبلغ مورد قرار تأمین در حق دولت است که تصمیمی ماهوی شناخته می شود و از طرفی ماده ۱۴۳ قانون یاد شده نیز حق اعتراض و شکایت از دستور یاد شده را برای متهم و کفیل و وثیقه گذار پیش بینی کرده است لذا بنا به جهات فوق چنانچه مقام قضائی صادر کننده دستور به اشتباه خود پی ببرد امکان تغییر و عدول از تصمیم خود را ندارد.

سؤال ۳۲۶ - با توجه به ماده ۳۸۷ قانون مدنی که کلمه (تسلیم) را بیان کرده است و از طرفی در مباحث حقوقی و فقهی قاعده تلف مبیع قبل از قبض «نه تسلیم» مطرح شده است اگر مبیع به قبض مشتری در آید ولی تسلیم نشود آیا قاعده تلف مبیع قبل از قبض جاری است یا خیر؟

رضا شاه حسینی (دادگستری ورامین): در پاسخ به سؤال فوق این نکته را باید مورد توجه قرار داد، که از جمله مبانی قاعده تلف مبیع قبل از قبض و متعاقب آن مسئولیت بایع در فرض تلف مبیع قبل از قبض، بحث انتقال ضمان

معاوضی است «بدین معنی که با تحویل و تسلیم مبیع از سوی فروشنده به مشتری یا تحت اختیار قرار گرفتن مبیع از سوی مشتری مسئولیت مبیع به مشتری منتقل می شود و تا قبل از این مرحله، مسئولیت تلف مبیع عهده مبیع خواهد بود. آنچه مسلم است در قانون مدنی مفاد قاعده مذکور در ماده ۳۸۷، متبلور شده است و با این وصف در واقع ماده ۳۸۷ قانون مدنی در لسان حقوقی، گویای مفاد قاعده موصوف است. بنابراین، هر چند در معنای لغوی و نیز معنای صرف حقوقی، مقوله تسلیم با قبض جداست لیکن با

وجود تسلیم مبیع از سوی مبیع به مشتری، مسئولیت مبیع منتفی خواهد شد، چه مبیع در قبض مشتری در آید یا خیر، به شرطی که مطابق مفاد مواد (۳۶۷) و (۳۶۸) تسلیم به گونه ای باشد که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد. بدین ترتیب

مفهوم عبارت تسلیم و قبض در واقع گویای یک واقعیت است و در عالم اعتبار در اختیار قرار دادن مبیع از سوی مبیع به مشتری را تسلیم و در اختیار گرفتن آنرا قبض گویند و با تسلیم به معنایی که وفق مفاد مواد (۳۶۷) و (۳۶۸) آمده است بحث لزوم قبض مشتری منتفی است و از سویی با قبض و در اختیار گرفتن مبیع توسط مشتری، موضوع تسلیم مبیع از سوی مبیع منتفی خواهد بود. بنابراین در پاسخ به سؤال می گوئیم اگر مبیع به قبض مشتری درآید، اساساً تسلیم آن از سوی مبیع معنایی ندارد و نمی توان گفت تسلیم نشده است، چه اینکه آنچه عهده مبیع بوده است، در اختیار قرار گرفتن مبیع از سوی مشتری بوده است و نه اینکه بطور حتم و با لذات تسلیم به معنی تصرف دادن از سوی مبیع انجام شود، و این معنی از مفاد مواد (۳۶۷)، (۳۶۸) و (۳۷۳) قانون مدنی استنباط می شود. بنابراین با فرض قبض مشتری نسبت به مبیع، مطابق قاعده مذکور ضمان معاوضی، به مشتری منتقل خواهد شد و مسئولیتی متوجه مبیع نمی باشد و در نتیجه در پاسخ به سؤال می گوئیم. قاعده فوق جاری است و مطابق قاعده مذکور با فرض قبض مشتری تعهد به تسلیم مبیع منتفی خواهد بود و مسئولیتی متوجه مبیع نمی باشد و لذا نمی توان گفت چون مبیع تسلیم نشده است بلکه به قبض مشتری در آمده، مطابق ماده (۳۸۷) مسئولیت مبیع هم چنان باقی است.

**ذاتی (مجتمع قضایی شهید محلاتی):**

اولاً- لزوم است تذکر داده شود که در متن سؤال که قبض است، این است که در انتهای سؤال مذکور به جای عبارت

«قبل از قبض» باید عبارت «قبل از تسلیم» قید شود زیرا در سؤال قبض بیع مفروض است بنابراین عبارت قبل از قبض بی مناسب می باشد.

ثانیاً- حسب تعریف مندرج در ماده ۳۶۷ قانون مدنی و از نظر لغوی تسلیم یا اقباض در مقابل تسلیم یا قبض است یعنی اینکه ارائه و تحویل مبیع از سوی مبیع را تسلیم یا اقباض و اخذ آن توسط مشتری را تسلیم یا قبض گویند بنابراین چنانچه مبیع به تصرف و قبض مشتری در آمده باشد دو فرض قابل تصور است یا اینکه مبیع آن را تسلیم وی کرده یا اینکه طبق ماده ۳۷۴ قانون مدنی بدون اذن مبیع آن را قبض کرده است که

### منظور قانونگذار از کلمه تسلیم در ماده ۳۸۷ قانون مدنی همان قبض می باشد چرا که اگر مفهوم دیگری از کلمه تسلیم مدنظر قانونگذار بود نمی بایست همان حکم مقرر در قاعده تلف مبیع قبل از قبض را بیان می کرد

هر دو صورت آن دارای اعتبار قانونی است بنابراین تصور اینکه مبیع به قبض مشتری در آمده باشد ولی تسلیم نشده باشد (آنگونه که فرض سؤال است) غیر ممکن است زیرا چگونه ممکن است قبض که از لحاظ ترتب زمانی متعاقب تسلیم است به وقوع پیوسته اما تسلیم که مرحله قبل از آن است واقع نشده باشد بنابراین به نظر می رسد فرض سؤال غیر ممکن است اما در متن سؤال جدید اصلاحاتی انجام شده است که بحث تسلیم بدون قبض مطرح است لذا در این فرض باید گفت تسلیم و قبض دو روی یک سکه هستند لذا تسلیم بدون تحقق قبض قابل تصور نیست.

رفیعی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران): با توجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۳۶۷ دو تعریف مجزی از تسلیم و قبض نموده است و مطابق بند ۳ ماده ۳۲۶ این قانون آنچه که تکلیف مبیع در عقد بیع می باشد تسلیم مبیع به مشتری یا شخص مأذون از طرف او می باشد و اصولاً نفس قبض مبیع از سوی مشتری قابل انتساب به مبیع نمی باشد و چنانچه مبیع به تکلیف خود در تسلیم مبیع عمل نماید ولو اینکه قبض از سوی مشتری صورت پذیرفته باشد با این وجود موجبی جهت منفسخ شدن عقد بیع در صورت تلف مبیع بعد از تسلیم و قبل از قبض نمی باشد زیرا مادام که نص صریح برخلاف لزوم استمرار و بقای عقد وجود نداشته باشد اصل مذکور جاری خواهد بود و با توجه به تصریح ماده ۳۸۷ قانون مدنی به کلمه «تسلیم» محلی برای توسعه دامنه مسئولیت مبیع به زمان تحقق قبض از سوی مشتری نمی باشد.

**شجاعی (دادگستری شهریار):**

نظر اکثریت قضات دادگستری شهریار: چون حکم قاعده تلف مبیع قبل از قبض عیناً در ماده ۳۸۷ قانون مدنی بیان شده است و ماده مذکور متضمن قاعده دیگری غیر از قاعده مذکور نمی باشد باید در مقام تفسیر ماده مذکور بیان

داشت که مراد قانونگذار از کلمه تسلیم در ماده همان قبض می باشد چرا که اگر مفهوم دیگری از کلمه تسلیم مدنظر قانونگذار بود نمی بایست همان حکم مقرر در قاعده تلف مبیع قبل از قبض را بیان می کرد به بیان دیگر تسلیم و قبض دو روی یک سکه می باشد.

**دکتر منصوری (دانشگاه آزاد اسلامی):**

اولاً- مستند بحث قاعده «کل مبیع قبل از قبضه فیه من مال بائعه» است.

ثانیاً- ماهیت قبض در غیر منقول و منقول استیلائی مشتری بر مبیع است.

ثالثاً- بحث ریشه فقهی در مباحث انتقال ضمان معاوضی از مبیع به مشتری دارد.

رابعاً- شیخ در مکاسب در بحث حکم رفع ضمان یا انتقال ضمان معاوضی که (به تقبیض یتنقل الضمان من البایع الی مشتری) می گویند اگر مستند آن قاعده تلف مبیع قبل از قبض باشد با قبض مشتری رفع الضمان می شود و اگر مستند آن حدیث عقبه باشد که حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته باشد با تسلیم از مبیع رفع ضمان می شود.

در فرض موردی که تسلیم شده ولی قبض نشده دو توجیه هست یا حدیث نبوی را با معنای قرین بودن اقباض با قبض تلقی کنیم یعنی قبض راملازم اقباض بدانیم یا حدیث عقبه را از ظاهرش منصرف کرده و آن را ناظر به قبض بدانیم علی ای حال بنابر مورد به نظر می رسد تسلیم کفایت از رفع ضمان و انتقال آن به مشتری می کند و ظاهر ماده ۳۸۷ هم مؤید آن است و با عنایت به استثنائی بودن قاعده تلف مبیع و لزوم تفسیر مضیق آن در غیر مورد متیقن جاری نمی شود. و لذا ذیل ماده ۴۵۳ ق. م هم در خصوص استمرار ضمان مبیع بعد از قبض در مدت خیار مختص مشتری را باید تفسیر مضیق نمود.

**موسوی (مجتمع قضایی بعثت):**

در خصوص این سؤال دو نظر از سوی همکاران قضایی در مجتمع قضایی بعثت مطرح گردید. اقلیت همکاران اعتقاد داشته اند که تلف مبیع قبل از تسلیم ولو آنکه مبیع به نحوی از انحاء به قبض مشتری در آید، بر عهده مبیع است در توجیه این دیدگاه اظهار نظر شد که اولاً در مواد مختلف قانون مدنی در بحث تکمیل تعهدات مبیع در واقعیت بخشی به عقد بیع و تسلیم مبیع کلمه «تسلیم» ذکر شده و بی جهت نبوده که قانونگذار قانون مدنی که یکی از کم نقص ترین قوانین کشورمان را انشاء نمود از کلمه «قبض» استفاده نکرده است بطوری که در مواد ۳۶۹؛ اشاره به کیفیت مبیع و حاکمیت قواعد عرفی مورد «تسلیم» مبیع، ۳۷۲؛ قدرت مبیع به تسلیم بعضی یا تمام مبیع و اثر حقوقی آن، ۳۸۱ و ۳۸۲؛ مخارج «تسلیم» مبیع و «تسلیم» ثمن، ۳۸۳؛ مشمول اجزاء و توابع مبیع در زمان «تسلیم»، ۳۸۴ و ۳۸۵؛ کاهش یا زیادتی مبیع از مقدار معین شده

از قبض جاری نخواهد شد و تلف مال از مال خریدار خواهد بود زیرا:

اولاً- ماده ۳۶۷ قانون مدنی تسلیم و قبض را صریحاً تعریف نموده و ماده ۳۶۸ قانون یاد شده نیز تحقق تسلیم را بیان داشته است. بدین ترتیب تسلیم را باید نقطه مقابل تلقی و هر یک از عواملان تسلیم و قبض را متفاوت دانست. مضافاً آنکه ماهیت این دو نیز به اعتبار دهنده و گیرنده مورد معامله متمایز از هم می گردند؛ تسلیم مورد معامله در مقابل تسلیم بکار می رود و اقباض مورد معامله نیز در برابر قبض آن قرار می گیرد. بنابراین هر گاه بخواهیم تفاوت آنها را نادیده بگیریم باید اقباض و تسلیم را مترادف یکدیگر و قبض و تسلیم را نیز هم معنی شمرد. از یک سو در مقابل تسلیم و تسلیم مورد معامله، ماده ۳۴۸ قانون مدنی اشعار می دارد که بیع چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد و از سوی دیگر مادیتین ۶۷ و ۱۹۳ قانون مدنی نیز در تقابل قبض و اقباض، همین حکم را جاری نموده است.

ثانیاً- در عقد بیع و نسبت به بیع بعنوان مورد معامله، هر گاه بگوئیم که مشتری آن را قبض نموده بدین معنا است که مشتری عملاً به طور مادی در قبض تصرف کرده است. یعنی عمل قبض در این فرض همانند عمل تسلیم، منتسب به خریدار بوده و از ناحیه او انجام می پذیرد ولی در همین فرض عمل تسلیم بیع، اقدامی است که از سوی بیع صورت گرفته و منتسب به او است.

ثالثاً- نکته مهمتر آنکه هر گاه قبض بیع از سوی مشتری را همچنانکه قسمت اخیر ماده ۳۶۷ قانون مدنی تعریف نموده، استیلاء مشتری بر بیع و فی الواقع تصرف مادی بر بیع بدانیم، این معنی را برای عمل تسلیم نمی توان قائل شد. زیرا اگر چه صدر ماده ۳۶۷

### تسلیم عبارتست از واگذاری بیع به مشتری به نحوی که قادر به استفاده از آن باشد و قبض یعنی استیلاء مشتری بر بیع، تسلیم تکلیف فروشنده به تحویل بیع است و اراده او صورت می گیرد ولی قبض با اراده مشتری محقق می شود و اگر قبول نکرد طبق ماده ۳۸۷ بیع می تواند به حاکم مراجعه کند. از نظر عرف، قبض فرد اجزای تسلیم است زیرا اگر قبض از تسلیم، مشتری رأساً مبادرت به

قبض کند تسلیم هم محقق شده و تکلیف بیع مرتفع می گردد. اثر حقوقی هر دو یکی است زیرا تسلیم و قبض وجه مشترکی نیز دارند و آن اینکه در هر دو مورد بیع از تصرف بیع خارج شده و او به تکلیف قانونی خود عمل کرده است و دیگر مسئولیتی ندارد فلذا تلف بیع قبل از تسلیم و یا قبض در هر دو حال به عهده بیع است و به عبارت دیگر وقتی در تسلیم مسئولیت بیع تمام است قبض یا عدم قبض مشتری تأثیری نداشته و مسئولیت به مشتری منتقل شده است.

نظریه نخست: تسلیم و قبض تعریف یک وضعیت حقوقی و یک فعل است و از دو منظر به آن توجه می شود از منظر بیع به آن فعل و وضعیت حقوقی می گویند تسلیم و به همان وضعیت از منظر مشتری قبض می گویند با این توضیح که بدون قبض تسلیم تحقق پیدا نمی کند و در واقع تسلیم و قبض دو روی یک سکه است بنابراین در صورت عدم قبض اگر چه به ظاهر تسلیم شده باشد باز قاعده تلف بیع قبل از قبض جاری است چون در حقیقت تسلیم واقع نشده است.

نظریه دوم: همانطور که فرض سؤال می باشد تسلیم غیر از قبض است چرا که تسلیم فعل فروشنده است ولی قبض امری است که از ناحیه مشتری تحقق پیدا می کند قانونگذار در ماده ۳۸۷ قانون مدنی تسلیم را مسقط ضمان می داند و اساساً ضمان وقتی وجود دارد که تکلیفی متوجه شخص باشد در فرض سؤال فروشنده با تسلیم از خود رفع مسئولیت و تکلیف کرده است لذا اگر چه مشتری از قبض بیع استنکاف کند ضمان تلف بیع پس از تسلیم متوجه بیع نیست و اگر قبض را هم در رفع مسئولیت و ضمان از بیع شرط بدانیم اجتهاد در مقابل نص است.

یاوری (دادستان کل کشور): با توجه به ماده ۳۶۷ به بعد قانون مدنی و نظریه غالب حقوقدانان اجمالاً می توان نتیجه گرفت که تسلیم عبارتست از واگذاری بیع به مشتری به نحوی که قادر به استفاده از آن باشد و قبض یعنی مسئولی شدن مشتری بر بیع، تسلیم تکلیف

فروشنده به تحویل بیع است و با اراده او صورت می گیرد ولی قبض با اراده مشتری محقق می شود و اگر قبول نکرد طبق ماده ۳۸۷ بیع می تواند به حاکم مراجعه کند. از نظر عرف، قبض فرد اجزای تسلیم است زیرا اگر قبض از تسلیم، مشتری رأساً مبادرت به

قبض کند تسلیم هم محقق شده و تکلیف بیع مرتفع می گردد. اثر حقوقی هر دو یکی است زیرا تسلیم و قبض وجه مشترکی نیز دارند و آن اینکه در هر دو مورد بیع از تصرف بیع خارج شده و او به تکلیف قانونی خود عمل کرده است و دیگر مسئولیتی ندارد فلذا تلف بیع قبل از تسلیم و یا قبض در هر دو حال به عهده بیع است و به عبارت دیگر وقتی در تسلیم مسئولیت بیع تمام است قبض یا عدم قبض مشتری تأثیری نداشته و مسئولیت به مشتری منتقل شده است.

نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز): پاسخ: به نظر می رسد چنانچه بیع تسلیم مشتری شود ولو اینکه قبض نشود، قاعده تلف بیع قبل

در حین معامله هنگام «تسلیم» و نتیجه آن، ۴۵۳ اختیار مجلس و حیوان و شرط بعد از «تسلیم» بیع، ۳۴۸ و ۳۵۴ با باطل بودن عقد بیع چیزی که با بیع قدرت بر «تسلیم» آن ندارد و در صورت وقوع بیع مالی از روی نمونه ضرورت «تسلیم» تمام بیع مطابق نمونه و دیگر مواد اشاره به کلمه «تسلیم» نموده است ثانیاً با تسلیم بیع از سوی بیع به مشتری و تسلیم ثمن از سوی مشتری به بیع ضمان معاوضی به طرف مقابل منتقل می شود و همانطور که قانونگذار قانون مدنی تصریح نموده است آثار و نتایج ضروری از زمان تسلیم عینیت می یابد و شرایط لازمه عقد هم در زمان تسلیم مد نظر قرار گرفته بطوری که اگر مشتری در زمان تسلیم بیع اهلیت نداشته باشد عقد باطل خواهد بود بنابراین ممکن است در زمان اقدام مشتری به قبض بیع وی واجد اهلیت قانونی باشد اما در زمان مقرر برای تسلیم بیع مطابق عقد بیع و شرایط توافق شده با بیع فاقد اهمیت باشد در این صورت اگر قائل باشیم قاعده تلف بیع قبل از قبض به قبل از تسلیم هم قابل تسری است مسئله چه حکمی خواهد داشت؟ و انگهی در مورد اموالی که علاوه بر قبض بیع از سوی مشتری ارائه اطلاعات فنی و آموزش های لازم جهت استفاده از بیع به مشتری مطابق عقد بیع ضرورت دارد و مورد تعهد بیع قرار گرفته و در واقع با آشنایی و آموزش مشتری به این اطلاعات استیلائی واقعی مشتری بر بیع تحقق می یابد اگر قبل از این آموزش ها بیع تلف شود با اینکه بیع به قبض مشتری درآمده، تلف بر عهده بیع است نه مشتری، بنابراین نتیجه گرفته می شود تا زمانی که تعهد به تسلیم بیع نشود ولو قبض بیع به هر شکلی صورت گیرد، تلف بیع بر عهده بیع خواهد بود.

اما بیشتر همکاران با توجه به معنی لغوی و حقوقی قبض که در واقع استیلائی مشتری بر بیع می باشد (ماده ۳۶۷ ق.م) و اینکه قبض مادی وسیله عرفی و شایع مسئولی شدن خریدار بر بیع می باشد، معتقدند تلف بیع قبل از تسلیم چنانچه بیع به قبض مشتری در آید بر عهده مشتری خواهد بود با قبض تسلیم هم صورت یافته است و عدم ذکر کلمه قبض در مواد مورد اشاره موجب توجیه اعتقاد اقلیت همکاران نمی باشد. در واقع تسلیم تعهد بیع است و قبض فعل مشتری به استیلاء بر بیع و لذا با قبض بیع دیگر موجهی برای تسلیم بیع باقی نمی ماند تا بحثی راجع به تلف بیع قبل از تسلیم و بعد از قبض مطرح شود. به عبارت دیگر وقتی مشتری مبادرت به قبض بیع و استیلاء بر آن می نماید بطور کامل آنرا در اختیار خود دارد و دیگر دادن بیع به مشتری از سوی بیع محتملی ندارد بدین جهت است که فقها و حقوقدانان در آموزه ها و آرای خود از کلمه قبض که جامع تر از کلمه تسلیم است استفاده نموده اند.

بابائی (دادگستری رباط کریم):

جهت تحویل آن، مشتری در مبیع تصرف نموده و بر آن استیلاء پیدا نماید، علاوه بر تسلیم، فعل قبض نیز انجام پذیرفته است و چنانچه با مبیع را تحت اختیار مشتری بگذارد و مشتری هنوز آن را عملاً تصرف نکرده باشد، عمل تسلیم تحقق پیدا کرده است زیرا آنچه که بر عهده با مبیع قرار دارد، تسلیم به معنای در اختیار گذاشتن مبیع است و با مبیع نمی تواند غیرمعمول میل مشتری، او را وادار و مجبور به قبض مبیع نماید چه آنچه که منطقی است و می توان انتظار آن را از با مبیع داشت، تسلیم به مفهوم قرار دادن مبیع تحت اختیار مشتری است و

با انجام این عمل، تسلیم تحقق می یابد. به همین لحاظ نیز ماده ۳۸۷ قانون مدنی به خوبی به این نکته توجه داشته و به جای کلمه قبض، از کلمه تسلیم استفاده نموده است. یعنی هر گاه عمل تسلیم (تحت اختیار قرار دادن مبیع) توسط با مبیع انجام پذیرد و

قبل از قبض مادی توسط مشتری، مبیع بواسطه قوه قهریه، تلف گردد، ضمان مبیع بر عهده مشتری خواهد بود از مال مشتری تلف شده است چون با مبیع به تعهد خود که همانا تسلیم باشد، وفاء کرده و از این جهت قاعده تلف مبیع قبل از تسلیم به زیان با مبیع اجراء نخواهد شد.

نظریه اکثر قریب به اتفاق قضات دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران: همانطوری که در ماده ۳۶۹ قانون مدنی بیان گردیده، تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری و قبض استیلائی مشتری بر مبیع می باشد هر چند که تسلیم و قبض هر کدام معنای خاص خود را دارا می باشد لیکن با توجه به فرض سؤال که مشتری مبیع را قبض نموده لذا قاعده تلف مبیع قبل از قبض موضوعاً از بحث خارج می شود و چنانچه مورد معامله پس از قبض توسط مشتری تلف شود این تلف از مال مشتری خواهد بود و قاعده مبیع قبل از قبض جاری نمی باشد مضافاً اینکه این قاعده استثنائی است و در مورد استثناء باید مورد نص عمل نمود.

نظریه اقلیت: با توجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۳۸۷ از عبارت تسلیم استفاده نموده و معنای تسلیم و قبض با یکدیگر متفاوت می باشد و در فرض سؤال تسلیم از ناحیه با مبیع صورت نگرفته است هر چند که مشتری مبیع را قبض نموده لیکن با استناد ماده مرقوم و قاعده فقهی «تلف مبیع قبل قبضه من مال با مبیع» چنانچه مبیع تلف گردد از مال با مبیع خواهد بود.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه: «تلف مبیع قبل قبضه فهو من مال با مبیع» و با

توجه به فرض سؤال که عنوان نموده «... اگر مبیع به قبض مشتری در آید ولی تسلیم نشود آیا قاعده تلف مبیع قبل از قبض جاری است یا خیر؟ باید گفت اگر مبیع به قبض مشتری در آمده (فرض سؤال) دیگر اساساً تسلیم آن از سوی با مبیع معنی ندارد و نمی توان گفت مبیع تسلیم نشده است چه آنکه معنی لغوی و حقوقی قبض استیلائی مشتری بر مبیع است (ماده ۳۶۷ ق. م.) تسلیم تعهد با مبیع است و قبض فعل مشتری به استیلاء بر مبیع لذا با قبض مبیع دیگر موجهی برای تسلیم آن باقی نمی ماند تا بحث تلف مبیع قبل از تسلیم و بعد از قبض مطرح شود به عبارت دیگر وقتی مشتری مبادرت به قبض مبیع و استیلاء بر آن می نماید یعنی بطور کامل آن را در اختیار خود دارد دیگر دادن مبیع به مشتری از سوی با مبیع محتملی ندارد. به همین جهت فقها و حقوقدانان کلمه قبض را جامع تر از کلمه تسلیم و فرد اجلائی

### فقها و حقوقدانان کلمه قبض را جامع تر از کلمه تسلیم و فرد اجلائی تسلیم می دانند ضمن اینکه وجه مشترک قبض و تسلیم این است که در هر دو مورد مبیع از تصرف با مبیع خارج شده و او به تکلیف قانونی خود عمل کرده است

تسلیم می دانند ضمن اینکه وجه مشترک قبض و تسلیم این است که در هر دو مورد مبیع از تصرف با مبیع خارج شده و او به تکلیف قانونی خود عمل کرده است و دیگر مسئولیتی ندارد.

سؤال ۳۲۷- چنانچه در دعوی مالی تعیین بهای خواسته در هنگام تقدیم دادخواست ممکن نباشد (موضوع بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین) و بطور علی الحساب تعیین شود و قبل از تعیین آن توسط دادگاه پرونده منجر به صدور رأی شود آیا رأی صادر شده قابل تجدیدنظر است یا خیر؟

سفلایی (دادگستری هشنگرد):

در خصوص مورد سؤال نظرات مختلفی مطرح شده که به لحاظ اجمال و ابهام قانون ابتدا اختلاف و سپس فاصله بین نظرات همکاران مطرح می شود.

۱- نظر نخست این است که با توجه به طبیعت دعوا که مالی می باشد باید از معیار و ملاک دعوی مالی برای قابل تجدیدنظر بودن یا قابل تجدیدنظر نبودن دعوا استفاده نمود نظر به اینکه دعوی مالی در صورتی قابل تجدیدنظر است که ارزش خواسته بیش از سه میلیون ریال باشد در فرض مطرح شده با توجه به اینکه این دعوی از خصوصیت مذکور برخوردار نیست لذا قابل تجدیدنظر نمی باشد و طبق ماده ۷ ق. ت. د. ع. و انقلاب اصل بر قطعیت آراست.

۲- برخی از همکاران به این موضوع معتقد بودند که قابل تجدیدنظر نداشتن این رأی موجب تضییع حقوق احتمالی خواهان می گردد زیرا عدم تقویم خواسته حقی است که قانونگذار برای خواهان قایل گردیده و چنانچه می دانست در چنین وضعی

در صورت رد دعوا موضوع قابل تجدیدنظر نمی باشد بطور علی الحساب آرا تقویم می نمود از طرفی با توجه به حکم مقرر در بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت که خواهان را فارغ از تقویم خواسته نموده می توان این دعوی را مثل دعوی غیر مالی دانست و از این جهت قابل تجدیدنظر می باشد.

۳- نظر دیگری که در خصوص این پرسش مطرح شد و تعداد بیشتری از همکاران بر این اعتقاد بودند این است که اساساً طرح چنین سؤالی موضوعیت ندارد چرا که در قسمت اخیر بند ۱۴ ماده سه قانون وصول مقرر شده است دادگاه مکلف است قبل از صدور حکم ارزش خواسته را تعیین نماید و تفاوتی بین اینکه حکم بر محکومیت خواننده صادر می شود یا دعوی مطرح شده محکوم به رد شناخته می شود با این توصیف دیگر موجهی برای طرح این مسئله پیش نمی آید از طرفی پذیرش نظر دوم ما را با این مشکل مواجه می کند که معیار پرداخت هزینه تجدیدنظر خواهی چه خواهد بود همچنین بر خلاف اصل قطعی بودن احکام و آراست که در ماده ۷ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و ماده ۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی بر آن تأکید شده است می باشد از سوی دیگر تلقی این دعوا به یک دعوی غیر مالی صحیح نیست چرا که در ماده ۳ نیز از آن به عنوان دعوی مالی نامبرده است همچنین برای اخذ هزینه تجدیدنظر خواهی باید معیار سه در صد ارزش محکوم به را رعایت نمود لذا دادگاه مکلف است قبلاً ارزش محکوم به را مشخص نماید. اگر چه بند ۱۳ ماده ۳ ناظر به حکم است لیکن در مورد قرارها نیز قابل تسری است.

در پایان بحث و تبادل نظر بین همکاران محترم نظر اخیر به عنوان نظر صائب پذیرفته شد.

رضا شاه حسینی (دادگستری ورامین):

آنچه وفق بند ۱۴ ماده (۳) قانون وصول تجویز گردیده است صرف ابطال تمبر به میزان دو هزار ریال می باشد و لا غیر آن هم در مواردی که میزان خواسته دقیقاً معلوم نیست، لیکن چنانچه خواهان مبلغ خواسته را علی الحساب تعیین نماید در واقع، خواسته خود را تا میزانی تقویم نموده است، با این تفاوت که چون معمولاً در اینگونه موارد، خواسته میزان ریالی می باشد. بحث تقویم خواسته منتفی است، و در واقع خواسته وجه رایج خواهد بود، هر چند تعبیر تقویم مال، بر فرض سرفقلی یا حق کسب یا پیشه یا خسارت، به میزانی از وجه رایج نیز، تعبیری نادرستی نمی باشد، در هر حال، اگر فرضی که خواهان علی الحساب میزانی را تعیین می نماید و به جهتی از جمله ایراد شکلی و یا به جهت عدم اثبات ماهیت استحقاق حقی برای خواهان، موضوع تعیین میزان دقیق خواسته خواهان منتفی خواهد شد و در این مرحله به تبع آن تکلیف دادگاه نیز مبنی بر تعیین میزان دقیق



خواسته منتفی خواهد شد ، با عنایت به بند (۳) ماده (۵۱) قانون آیین دادرسی مدنی و مواد (۶۱) و (۲) قانون مذکور ، و اینکه مقوله تقویم خواسته با ابطال تمبر به میزان دو هزار ریال علی الحساب متفاوت خواهد بود و نظر به اینکه حسب مفاد مواد موصوف ملاک قابلیت تجدیدنظر رأی ، میزان تقویم خواسته از سوی خواهان می باشد ، به نظر می رسد چنانچه مبلغ تقویمی بهای خواسته که به نحو علی الحساب از سوی خواهان تعیین شده است بیش از سه میلیون ریال باشد ، رأی قابل تجدیدنظر و در غیر این صورت قطعی است .

**موسوی (مجمع قضائی بحث):**

عبارت آخر بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول . . . تأکید می نماید که دادگاه باید قبل از صدور حکم خواسته دعوا را تقویم و بر اساس آن از خواهان هزینه دادرسی اخذ نماید . این تأکید این شائبه را بوجود می آورد که چنانچه دعوا باستاند بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول با پرداخت دو هزار ریال هزینه دادرسی مطرح شود دادگاه قبل از تقویم خواسته مبادرت به صدور رأی نماید رأی صادر شده با توجه به دستور قانونگذار در عبارت آخر بند ۱۴ به اشتباه صادر شده است لیکن این شائبه فقط در صورتی که دادگاه حکم به نفع خواهان صادر نماید صحیح خواهد بود و در این صورت نیز فرصت مطالبه هزینه دادرسی در زمان اجرای حکم از سوی دایره اجرا وجود دارد و اساس حکم هم با توجه به میزان محکوم به از جهت قطعی بودن یا قابلیت تجدیدنظر خواهی روشن است اما چنانچه رأی را اعم از قرار و حکم بدانیم و دادگاه مبادرت به صدور قرار نماید فرضاً به جهت عدم پرداخت هزینه کارشناسی (ماده ۲۵۹ ق. آ. د. م.) یا ذینفع نبودن خواهان یا فقدان سمت او و یا فقدان اهلیت او و (بندهای مقرر در ماده ۸۴ ق. آ. د. م.) یا عدم ارائه اصول اسناد (ماده ۹۶) حسب مورد قرار رد دعوا یا ابطال دادخواست صادر نماید ویا اینکه با توجه به دلایل ابرازی از سوی خواننده حکم به بی حقی خواهان صادر نماید و نیازی به ورود به مرحله تقویم خواسته و میزان واقعی حق خواهان احساس نکند از دستور مقرر در بند ۱۴ تخطی ننموده است و در همه موارد مرقوم رأی صادرشده قابل تجدیدنظر است اتخاذ این رویه متضمن حقوق مکتسبه صحابه دعوا و حفظ حقوق احتمالی آنها و منطبق با واقعیت روابط حقوقی افراد است که در غالب مواردی که دعوا به شکل مورد بحث مطرح می شود در مراحل رسیدگی و کارشناسی میزان بندست آمده فراتر از نصاب تجدیدنظرخواهی (مبلغ ناچیز سه میلیون و یک ریال) می باشد .

**دکتر منصوری ( دانشگاه آزاد اسلامی):**

به موجب ذیل بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین در چنین مواردی دادگاه مکلف است قیمت خواسته را تا قبل از صدور حکم مشخص نماید و چنانچه

بدون تعیین قیمت خواسته اقدام به صدور رأی نماید از آنجا که این اقدام خلاف قانون دادگاه ممکن است به حق یکی از طرفین دعوا در امکان تجدیدنظرخواهی لطمه وارد سازد لذا باید چنین رأیی را قابل تجدیدنظر دانست زیرا تعیین بهای خواسته از نظر هزینه دادرسی و حق تجدیدنظر خواهی مطابق ماده ۶۱ ق. آ. د. م. ضرورت دارد .

**رفیعی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):**

با توجه به بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین دادگاه نباید قبل از تعیین مبلغ خواسته مبادرت به صدور حکم نماید و تعیین مبلغ خواسته در هر زمانی که امکان آن فراهم گردد باید از سوی خواهان صورت پذیرد و چنانچه خواهان از تعیین آن امتناع نماید با رعایت مفاد ۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی پس از صدور و ابلاغ اخطاریه رفع نقص از سوی دفتر دادگاه و انقضای مهلت ده روزه ، قرار رد دادخواست از سوی دفتر دادگاهها صادر می گردد و در فرض سؤال که به اشتباه از سوی دادگاه رأی صادر شده این رأی به لحاظ رجوع به اصل قطعی آراء قطعیت محسوب می گردد و تنها از طریق فوق العاده قابل رسیدگی مجدد می باشد بدیهی است که چنانچه دادگاه به نفع خواهان حکم صادر نموده باشد در این صورت با توجه به میزان محکوم به تعیین شده رأی صادره قابل تجدیدنظر خواهی یا قطعی می باشد .

**ذاقعی (مجمع قضائی شهید محلاتی):**

اکثریت همکاران محترم این مجتمع اعتقاد دارند که این حکم قابل تجدید نظر است و برای توجیه نظر خود استدلالهای مختلفی را بیان می کنند از جمله اینکه حفظ حقوق دو طرف ایجاب می کند که قابل تجدیدنظر باشد اما عده ای دیگر اعتقاد دارند با توجه به اینکه اصل بر قطعی بودن احکام است و موارد استثناء را قانون محصور کرده است در موارد شک

باید به اصل عمل کرد بنابراین این رأی قابل تجدیدنظر نیست . اما به نظر می رسد با توجه به حکم مندرج در بند ۱۴ مورد نظر که می گوید: « . . . دادگاه مکلف است قیمت خواسته را قبل از صدور حکم مشخص نماید» صرف نظر از اینکه دادگاه قبل از مشخص شدن خواسته مجاز به صدور رأی نیست در صورت صدور رأی به استناد ماده ۳۵۰ آیین دادرسی مدنی مرجع تجدیدنظر باید پرونده را جهت رفع نقص مذکور به مرجع بدوی اعاده تا بعد از اخطار رفع نقص از سوی مرجع بدوی و تعیین تکلیف این موضوع تصمیم شایسته

اتخاذ گردد . اما مشکل زمانی بروز می کند که خواهان هم قادر به تقویم خواسته نیست کما اینکه فرض بند ۱۴ نیز همین است لذا در صورت مواجهه با این مورد به نظر می رسد تنها راه همان است که قبلاً گفته شد . زیرا به هر صورت چنانچه بخواهد می تواند حتی به طور غیر واقعی مبلغی را به عنوان خواسته خود تعیین نماید تا از رد شدن دادخواست اولیه خود طبق حکم مقرر در ماده ۳۵۰ آ. د. م. با قطعی شدن دادنامه صادر شده جلوگیری کند .

**فراهانی (محاكم تجدیدنظر استان تهران):**

سؤال ، مربوط به مواردی است که خواهان ، دعوی مالی اقامه می کند که تعیین بهای خواسته در هنگام تقدیم دادخواست ممکن نیست و موضوع مشمول بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین است و اصلاً هیچ مبلغی به عنوان بهای خواسته تعیین نمی شود والا اگر علی الحساب مبلغی به عنوان بهای خواسته تعیین نماید که آن مبلغ بیش از سه میلیون ریال باشد مسلماً رأی صادر شده قابل تجدیدنظر است در هر حال وقتی خواهان بهای خواسته خود را تعیین نمی کند موضوع از مصادیق بند ۱۴ ماده ۳ قانون پیش گفته می باشد که مطابق آن دادگاه باید حتماً قبل از صدور رأی میزان خواسته را معلوم کند اطلاق ماده به تعیین میزان خواسته ناظر به دو مورد است موردی که دادگاه قصد دارد دعوا را پذیرفته و در ماهیت رأی صادر نماید و موردی که با یکی از ایرادات مواجه یا خواهان را ذینفع نمی شناسد و می خواهد قرار صادر نماید در هر دو حال باید قبل از صدور رأی میزان خواسته را مشخص نماید تا قابل تجدیدنظر

خواهی یا فرجام خواهی رأی مشخص گردد آقای دکتر شمس در صفحه ۴۱ کتاب آیین دادرسی خود عقیده دارند «البته چنانچه خواهان در دعوا محکوم به بی حقی گردید و یا قرار قاطع علیه وی صادر شد نظر به اینکه تعیین قیمت خواسته علی الاصول مورد پیدا نمی کند باید

**چنانچه مورد معامله پس از قبض به وسیله مشتری تلف شود این تلف از مال مشتری خواهد بود و قاعده مبیع قبل از قبض جاری نمی باشد مضافاً اینکه این قاعده استثنائی است و در مورد استثناء باید به نص عمل نمود**

پذیرفت که قیمت خواسته با لحاظ هزینه دادرسی پرداخت شده باید محاسبه شود بنابراین بر اساس ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی جدید در حال حاضر چنین رأیی قابل تجدیدنظر والبته فرجام نخواهد بود در حالیکه با توجه به بند ۶ ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۷۳ امکان تجدیدنظر وجود داشت) پس بهتر است خواهان برای اینکه با مشکلی مواجه نشود هزینه دادرسی را به میزانی پرداخت نماید که رأی قاطع صادر شده قابل تجدیدنظر باشد و در صورتی که مایل باشد راه فرجام خواهی نیز ◀

تحت شرایط قانونی مفتوح باشد با لحاظ ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی بیش از سیصد و پنجاه هزار ریال هزینه دادرسی پرداخت کند البته تعیین نکردن قیمت خواسته در این مورد در صورتی نقص دادخواست محسوب نمی شود که تعیین بهای خواسته واقعاً ممکن نباشد چنانچه این نظر را پذیریم باید گفت آنچه خواهان بطور علی الحساب به عنوان بهای خواسته تعیین کرده (بر مبنای آن تمبر هزینه دادرسی باطل نموده) ملاک قابل تجدیدنظر و قابل فرجام بودن رأی صادر شده است اگر چه این برداشت دقیقاً با مفاد قانون منطبق نیست لکن بالا جبار بصورت رویه در محاکم پذیرفته شده و به آن عمل می شود.

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

اولاً- بهای خواسته مطابق بند ۳ ماده ۵۱ و ماده ۶۱ و بند ۴ ماده ۶۲ آیین دادرسی مدنی جدید صرفاً به دعاوی راجع به اموال (غیر وجه نقد) اختصاص دارد و تنها در مواردی که موضوع دعاوی راجع به اموال (غیر وجه نقدی) اختصاص دارد و تنها در مواردی که موضوع دعوی وجه نقد نبوده و مالی اعم از منقول یا غیر منقول را در بر می گیرد، به منظور پرداخت هزینه دادرسی و امکان تجدیدنظر خواهی، تقویم خواسته و اعلام بهای آن بر عهده خواهان نهاده شده است. بنابراین در خصوص وجه نقدی که مورد خواسته قرار می گیرد، تقویم و بهای خواسته اساساً منتفی است زیرا عموم اموال به وجه نقد تقویم و ارزیابی می شوند و دیگر نمی توان خود وجه نقد را به وجه دیگری ارزیابی و تقویم نمود بنابراین در مواردی که موضوع دعوی و خواسته، وجه نقد است، مطالبه عین وجه مورد طلب، مقصود اصلی خواهان است خواه منشأ عقدی داشته باشد یا غیر عقدی. به همین لحاظ نیز میزان هزینه دادرسی و امکان تجدیدنظر خواهی نیز بر همان اساس تعیین خواهد شد.

ثانیاً- نمی توان در دعاوی مالی (غیر وجه نقد) تصور نمود که امکان تعیین بهای خواسته و ارزیابی آن توسط خواهان متعذر باشد زیرا مطابق بند ۴ ماده ۶۲ د. م. جدید، در دعاوی راجع به اموال، بهای خواسته مبلغی است که خواهان در دادخواست معین کرده و خواننده تا اولین جلسه دادرسی به آن ایراد و اعتراضی نکرده است. بنابراین خواهان به هر زمیزانی که بخواهد ولو اینکه این ارزیابی با واقع نباشد، اختیار دارد تا خواسته خویش را تقویم نماید نهایتاً حتی اگر نسبت به بهای خواسته اعلام خواهان، از سوی خواننده اعتراض شود و این اعتراض مؤثر در مراحل بعدی رسیدگی نیز باشد، دادگاه با جلب نظر کارشناس، بهای خواسته را معین خواهد کرد. بنابراین چنانچه خواهان در مراحل بعدی رسیدگی نتواند مثلاً خواسته

را مقوم به بیش از بیست میلیون ریال نماید، که هم قابل تجدیدنظر خواهی و هم قابل فرجام خواهی است، دیگر باب اعتراض خواننده به بهای خواسته نیز مسدود خواهد شد. در نتیجه امکان ارزیابی خواسته همواره برای خواهان وجود دارد و خواسته به هر نحو و میزانی که تقویم شود، هیچ گاه مبلغ تقویمی مورد حکم قرار نمی گیرد بلکه اصل خواسته مورد رسیدگی و صدور حکم قرار خواهد گرفت. لیکن باید توجه داشت که موضوع بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب اسفند ۱۳۷۳ اصولاً مطالبه وجه نقد است و به دلایل فوق نمی توان آن را ناظر بر اموال غیر وجه نقد دانست. زیرا هر گاه موضوع خواسته مطالبه وجه نقد معین و مشخصی باشد، عین آن (یعنی تمامی مقدار و کمیت وجه مورد مطالبه)، خواسته را تشکیل می دهد و چنانچه موضوع خواسته اموال غیر نقدی باشد، با تقویم خواسته توسط خواهان مطابق بند ۴ ماده ۶۲ د. م. جدید، بهای خواسته تعیین خواهد شد و در این صورت هیچ گونه ابهامی و یا تخطی در مشخص نمودن قیمت خواسته وجود ندارد. نهایتاً تنها در

خصوص دعاوی همانند مطالبه خسارات ناشی از ضمان قهری یا مسئولیت مدنی و همچنین مطالبه اجرت المثل اعیان و عرصه است که ماهیتاً مشمول وجوه نقد می شود لکن چون تعیین دقیق آن موقوف به انجام کارشناسی است لهذا در

موقع تقدیم دادخواست، میزان آن دقیقاً معلوم نیست تا مشخصاً مورد خواسته قرار گیرد. به همین لحاظ تعیین میزان خواسته پس از انجام کارشناسی و قطعیت نظرات کارشناسان صورت می گیرد و بر همین اساس دادگاه خواهد توانست قیمت خواسته را پس از وصول نظریه کارشناسی و قبل از صدور حکم، تعیین نماید تا بر آن مبنای هزینه دادرسی محاسبه و وصول گردد.

ثالثاً- چنانچه دادگاه پس از انجام کارشناسی و تعیین خسارت، مبادرت به صدور حکم نماید، بی تردید ملاک امکان تجدیدنظر خواهی یا قطعیت رأی همان مبلغی است که به عنوان محکوم به مورد حکم قرار می گیرد. اما مشکل در جایی بروز می کند که دادگاه بدون تعیین قیمت خواسته، حسب نظر کارشناسی حکم بر بی حقی خواهان صادر نموده و یا اینکه پرونده فی المثل به جهت عدم پرداخت هزینه کارشناسی، وفق ماده ۲۵۹ آ. د. م. جدید، منجر به صدور قرار ابطال دادخواست گردد. در این خصوص به نظر می رسد باید با استعلام از دادگاه صادر کننده رأی، قیمت خواسته را مورد استفسار قرار داد یا

اینکه از اصل قطعیت آراء تبعیت نموده بنظر اینجانب پاسخ اخیر ترجیح دارد. زیرا مطابق ماده ۷ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و مادتهای ۵ و ۳۳۰ آیین دادرسی مدنی جدید، اصل بر تجدیدنظر خواهی باشد. زیرا قابلیت تجدیدنظر خواهی از آراء صادره، یک امر استثنایی و خلاف اصل است و هر گاه در قطعیت یا امکان تجدیدنظر خواهی از آراء صادره تردید نمایم، مقتضای اصل، قطعیت رأی و عدم قابلیت تجدیدنظر خواهی است. در نهایت برای پیشگیری از حدوث چنین اشکالاتی، ضرورت دارد تا خواهان در موقع تقدیم دادخواست، قیمت خواسته مالی خویش را از حیث امکان تجدیدنظر خواهی و ابطال تمبر، مقدماتی، به نحوی تعیین نماید تا در صورت رد دعوی، حق تجدیدنظر خواهی از رأی صادره را از دست ندهد.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (ششم اسفند ۸۳):

فرض سؤال حکایت از دعوای مالی دارد که تعیین بهای خواسته در هنگام تقدیم دادخواست برای خواهان ممکن نبوده و

به طور علی الحساب تعیین شده است در چنین وضعی به موجب ذیل بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین دادگاه مکلف است بهای خواسته را تعیین نماید. اما با توجه متن سؤال ظاهراً

### چون فرصت مطالبه هزینه دادرسی تا مرحله اجرای حکم امکان پذیر است حکم صادر شده با توجه به میزان محکوم به قابل تجدیدنظر است تا حق خواننده از حیث تجدیدنظر خواهی محفوظ باشد

دادگاه توجهی به این موضوع نداشته و پرونده منجر به صدور رأی شده است. اولاً با توجه به اینکه بهای خواسته به طور علی الحساب تعیین شده نمی توان گفت که موضوع سؤال مشمول بند ۱۴ ماده ۳ قانون یاد شده است که صرف ابطال تمبر به میزان دو هزار ریال را تجویز نموده است ثانیاً چون دادگاه به تکلیف خود از باب تعیین ارزش واقعی بهای خواسته اقدام نکرده اگر رأی صادر شده (در فرضی که بهای خواسته به صورت علی الحساب و کمتر از نصاب تجدیدنظر خواهی تعیین گردیده) قابل تجدیدنظر ندانیم ممکن است حق یکی از طرفین دعوا ضایع شود و آن موقعی است که حکم به نفع خواهان صادر شود و حق تجدیدنظر خواهی خواننده سلب گردد در این فرض باید قائل بر این بود که چون فرصت مطالبه هزینه دادرسی تا مرحله اجرای حکم امکان پذیر است حکم صادر شده (با توجه به میزان محکوم به) قابل تجدیدنظر است تا حق خواننده از حیث تجدیدنظر خواهی محفوظ باشد. اما چنانچه رأی دادگاه به صورت قرار باشد یا حکم بر بی حقی خواهان صادر شود نیازی به ورود به مرحله تقویم خواسته و میزان واقعی آن نیست. #