



آیا امکان صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین تونست شعب تعزیرات حکومتی با عنایت به ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون تعزیرات حکومتی مصوب سال ۱۳۷۹ هیات محترم وزیران وجود دارد؟

سؤال ۳۶۵: آیا امکان صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین توسط شعب تعزیرات حکومتی با عنایت به ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون تعزیرات حکومتی مصوب سال ۱۳۷۹ هیات محترم وزیران وجود دارد؟

آقای یآوری (دادسرای دیوانعالی کشور):

قبل از پاسخگویی به سؤال مذکور، قرائت مواد ذیل ضروری به نظر می‌رسد:

ماده ۶ - آیین نامه مرقوم «در موارد موضوع بند (ب) و ماده (۲) قانون، در صورتی که متهم حاضر به پرداخت جریمه تعیین شده باشد جریمه دریافت و در صورتی که در بازداشت باشد بلافاصله آزاد می‌شود و در مواردی که متهم حاضر به پرداخت جریمه تعیین شده باشد ولی امکان پرداخت فوری آن را نداشته باشد سازمان شاکلی می‌تواند از مرجع رسیدگی کننده درخواست اخذ تأمین مناسب بنماید.»

ماده ۷ - آیین نامه «در صورت استنکاف متهم یا متهمان از پرداخت جریمه، سازمان شاکلی مکلف است ظرف حداکثر (۵) روز اداری از تاریخ کشف کالا و ارزش قاچاق، پرونده متشکله را تکمیل و حسب مورد به مراجع قضائی یا محاکم تعزیرات حکومتی اعزام نماید.»

ماده ۸ - آیین نامه «در مناطقی که محاکم قضائی (شامل دادگاه انقلاب و عمومی) برای رسیدگی به پرونده‌های قاچاق وجود ندارد تا ایجاد تشکیلات قضائی، سازمان تعزیرات حکومتی مکلف است بنا به درخواست سازمان‌های شاکلی و ابلاغ ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق نسبت به تشکیل محاکم تعزیرات حکومتی اقدام و طبق قوانین و مقررات رسیدگی نماید.»

ماده ۱۱ - آیین نامه «در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می‌باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاری خواهد بود که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده‌های مزبور دارند.»

ماده ۱۶ - آیین نامه «صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین در مواردی که برای امکان وصول جریمه ضرورت دارد یا پیشنهاد سازمان شاکلی بر عهده محکمه صالحه می‌باشد.»

در امور کیفری اصل بر این است که مرجع صالح رسیدگی به امر کیفری، خود صالح به اخذ تأمین از متهم پرونده است و منطقی نیست که قائل به تفکیک بین مرجع صدور رای با مرجع اخذ تأمین باشیم. از طرفی، در مواد ۷ و ۸ آیین نامه از شعبه تعزیرات حکومتی نیز به عنوان محکمه یاد شده است و ماده ۱۱ به صراحت گفته در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی است شعب تعزیرات دارای همان اختیاری است که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده‌ها دارند. بنابراین، تردیدی نیست که وقتی پرونده در تعزیرات حکومتی مطرح رسیدگی است و مرجع یاد شده صلاحیت رسیدگی به پرونده را دارد اخذ تأمین از متهم نیز از اختیارات تعزیرات حکومتی است و با این توضیح، به نظر اینجانب ماده ۱۶ آیین نامه تعارضی با ماده ۱۱ ندارد زیرا:

اولاً - در موارد ۷ و ۸ آیین نامه از تعزیرات حکومتی هم به عنوان محکمه یاد شده و چنانچه تعزیرات صالح به رسیدگی باشد می‌توان از تعزیرات تقاضای اخذ تأمین کرد.

ثانیاً - بر فرض که معتقد باشیم منظور ماده ۱۶ از محکمه صالحه، دادگاه صالح است نه تعزیرات حکومتی، می‌توان گفت ماده ۱۶ ناظر به زمانی است که پرونده در اختیار سازمان شاکلی است و هنوز به تعزیرات حکومتی یا دادگاه صالح ارجاع نشده است مثلاً متهم حاضر است جریمه راپردازد منتها تقاضای مهلت دارد (موارد ۶ و ۷) در اینجا سازمان

گزارش نشست قضایی استان پاسخ به پرسش‌های ۳۶۵ تا ۳۶۸

شاکی می تواند از محکمه صالح (دادگاه) تقاضا کند از متهم نامینی اخذ شود تا امکان وصول جرمه وجود داشته باشد. نتیجه اینکه اگر پرونده در تعزیرات حکومتی مطرح رسیدگی است، مرجع صالح برای صدور قرار تامین همان تعزیرات است و ماده ۱۶ ناظر به زمانی است که پرونده در اختیار سازمان شاکی است و هنوز به تعزیرات یا دادگاه صالح ارجاع نشده است.

آقای فیروزی (مدیرکل حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی):

۱- در قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دادگاه های انقلاب، عمومی و سازمان تعزیرات حکومتی، به ترتیب به عنوان مرجع رسیدگی پیش بینی شده اند مطابق تبصره ۲ ماده ۴ قانون مذکور در دو صورت سازمان تعزیرات حکومتی صلاحیت رسیدگی دارد:

الف) تطویل رسیدگی زاید بر یک ماه

ب) نبودن دادگاه های عمومی و یا انقلاب در منطقه

۲- تبصره ۱ ماده مذکور مقرر می دارد ((... رسیدگی به پرونده های موضوع این قانون تابع تشریفات آیین دادرسی و تجدیدنظر نبوده و از جهت ایجاد وحدت رویه در نحوه رسیدگی محاکم قضائی دستورالعمل مربوطه به وسیله قوه قضائیه... تصویب و ابلاغ خواهد شد))، دستورالعمل مذکور در ۱۴ ماده و ۲ تبصره در تاریخ ۷۴/۳/۹ به تصویب مقام محترم ریاست قوه قضائیه رسیده و در محاکم عمومی و انقلاب لازم الاجرا می باشد و کلیه پرونده های قاچاق کالا و ارز در محاکم مذکور بر اساس آن مورد رسیدگی قرار می گیرد.

به موجب ماده ۷ دستورالعمل فوق الذکر ((قرار تامین پرونده های قاچاق کالا و ارز منحصراً وثیقه متناسب با مجازات قانونی جرم یا بازداشت موقت در صورت بیم ثباتی و اخفاء ادله جرم خواهد بود...))

۳- مستنداً به ماده ۷ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی... آیین نامه اجرایی قانون اخیر الذکر در تاریخ ۷۴/۲/۳۱ به تصویب هیات وزیران رسید که بنا به صراحت قانون مستنداً آن عمدتاً ناظر به اموال و وجوه موضوع قاچاق و تعیین تکلیف آنها بود و در ماده ۱۱ آن تصریح گردیده که «ترتیب رسیدگی شعب تعزیرات حکومتی طبق آیین نامه اجرایی قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی خواهد بود» و در ماده ۱۰ آن (همانند ماده ۱۱ آیین نامه جاری) مقرر گردید: «در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاراتی خواهند بود که قضات در رسیدگی به پرونده ها دارند.»

با عنایت به اینکه در آیین نامه مورد بحث نیز همانند آیین نامه مصوب ۱۳۷۹ هیات محترم وزیران و اصلاحات بعدی آن به شرح ماده ۱۶ در خصوص قرارهای تأمین مقرراتی وضع نشده بود در اینکه مستنداً اختیار شعب تعزیرات حکومتی برای صدور قرارهای تأمین مقررات ماده ۱۱ آیین نامه جاری و ماده ۱۰ آیین نامه سابق و ماده ۷ دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز مصوب ریاست محترم قوه قضائیه بوده و می باشد تردیدی نیست.

۴- هیات وزیران با استفاده از اختیارات موضوع تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۳ مجمع محترم تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۷۹/۳/۲۹ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز که در حال حاکم بر اصلاحات بعدی آن لازم الاجرا می باشد را تکمیل و تصویب نمود.

در مصوبه اخیر علاوه بر مقررات آیین نامه قبلی مبنی بر تعیین تکلیف اموال حاصل از قاچاق مقرراتی در مورد نحوه رسیدگی نیز وضع گردید که ناظر به نحوه رسیدگی شعب تعزیرات حکومتی بوده و نحوه ارتباط

و تعامل سازمان های شاکی با مراجع رسیدگی کننده و همچنین تعامل محاکم رسیدگی اعم از مراجع قضائی و محاکم تعزیراتی با یکدیگر در رسیدگی به پرونده های مربوط را نیز مشخص می نماید.

در ماده ۱۱ آیین نامه اخیر نیز حکم ماده ۱۰ آیین نامه سابق مصوب ۱۳۷۴ مبنی بر اینکه «در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاراتی خواهند بود که به قضات در رسیدگی به پرونده ها دارند» تکرار و تصریح شده است و عدم مغایرت مقررات این ماده به شرح رای وحدت رویه شماره ۴۳۹ مورخ ۸۲/۱۱/۲۳ هیات عمومی دیوان عدالت اداری، با این استدلال که «... نظر به اعتبار قاعده (الاذن فی الشیء اذن فی لوائمه) اعطای اختیارات قانونی لازم و متناسب به شعب تعزیرات حکومتی در مقام رسیدگی به جرایم مقرر در قانون به شرح مندرج در ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی مورد اعتراض مغایر قانون نمی باشد» مورد تأیید قرار گرفت به علاوه به موجب رای وحدت رویه مذکور عدم مغایرت قانونی ۹ ماده دیگر مورد شکایت از آیین نامه مصوب ۱۳۷۹ منجمده ماده ۱۶ آن نیز به صراحت اعلام شده است.

بنابراین صرف نظر از مقررات ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی مصوب ۱۳۷۹ شعب تعزیرات حکومتی مستنداً به ماده ۱۱، در موارد رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز، اختیار صدور قرار تامین کیفری موضوع دستورالعمل مصوب ریاست محترم قوه قضائیه را داشته و دارند و از سال ۱۳۷۴ (تصویب قانون) نیز به همین منوال عمل کرده اند.

۵- ماده ۱۶ آیین نامه مصوب ۱۳۷۹ مقرر می دارد «صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین در مواردی که برای امکان وصول جرمه ضرورت دارد با پیشنهاد سازمان شاکی بر عهده محکمه صالحه می باشد.»

صرف نظر از اینکه مقررات این ماده ناظر به قبل از تشکیل پرونده در محکمه صالحه می باشد یا بعد از آن، در اینکه مقررات آن ناظر به رسیدگی سازمان تعزیرات حکومتی است تردیدی وجود ندارد زیرا در مواردی از آیین نامه مورد بحث که قبل از ماده مذکور تدوین گردیده اند از مراجع قضائی و سازمان تعزیرات حکومتی به تفکیک تحت عنوان مراجع قضائی و محاکم تعزیرات حکومتی نام برده است. (ماده ۷)؛ ماده ۸ «... تشکیل محاکم تعزیرات حکومتی، ...»، صدر ماده ۱۰ مقرر می دارد «در صورتی که مراجع قضائی ظرف مهلت ...»، ماده ۱۲ «مراجع صالح یا محاکم تعزیرات حکومتی...» و تبصره آن عبارت «مراجع یا محاکم یاد شده» تصریح و مراجع قضائی و محاکم تعزیرات حکومتی از یکدیگر تفکیک گردیده اند و لذا اختیار مصرح در ماده ۱۶ در مورد صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین توسط محکمه صالحه قطعاً ناظر بر محاکم تعزیرات حکومتی نیز می باشد.

۶- با توجه به مراتب فوق مستنداً به تبصره ۲ ماده واحده قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، تبصره ۲ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون اخیر الذکر و بنا به دلایل فوق الذکر زمانی که شعب تعزیرات حکومتی صلاحیت قانونی رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز را دارند، برای صدور قرارهای تأمین مناسب مصرح در ماده ۷ دستورالعمل ریاست محترم قوه قضائیه و یا ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون دارای همان اختیاراتی هستند که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز دارا می باشند.

آقای پسندیده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):

توجهاً به اینکه به موجب اصل ۳۲ قانون اساسی ایران هیچکس را

در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاراتی خواهند بود

که به قضات

در رسیدگی به

پرونده ها دارند

ارز پیش‌بینی شده است:

۱- محاکم انقلاب ۲- محاکم عمومی ۳- سازمان تعزیرات حکومتی

قاعده بر این است که محاکم، اعم از انقلاب و محاکم عمومی، ابتدائاً صلاحیت رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز را خواهند داشت. ممکن است به لحاظ ازدحام و تراکم کار، این محاکم به فوریت و سرعت عمل که از ضروریات این جرایم می‌باشد اقدام نمایند. قانون‌گذار برای نبل به این هدف، راهکار دیگری را پیش‌بینی کرده است. به موجب ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۲/۲/۷۴ مراجع قضائی مکلفند پس از دریافت شکایت حداکثر ظرف مدت یک ماه نسبت به صدور حکم اقدام نموده و مراتب را به گمرک و سایر اداره‌های ذی‌ربط اعلام نمایند. در صورت عدم اقدام مراجع قضائی و یا اطاله در روند رسیدگی به درخواست سازمان شاکی پرونده در سازمان تعزیرات حکومتی مطرح خواهد شد. (تبصره ۲ ماده ۴ قانون فوق) و به موجب ذیل تبصره ۲ ماده ۴ قانون فوق، تازمانی که محاکم انقلاب و یا عمومی در برخی مناطق تشکیل نشده است، تا ایجاد تشکیلات قضائی، سازمان تعزیرات حکومتی بر اساس جرایم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوطه مجاز به رسیدگی می‌باشد. با عنایت به استدلال فوق نتیجه این می‌شود که اصل، بر صلاحیت محاکم اعم از انقلاب و عمومی می‌باشد که نسبت به جرائم قاچاق کالا و ارز رسیدگی کند، چنانچه این محاکم در فرجه یک ماهه رسیدگی نمایند و یا اینکه در برخی مناطق این تشکیلات قضائی تاسیس نشود، سازمان تعزیرات حکومتی به جرائم مربوط به قاچاق کالا و ارز رسیدگی خواهد کرد.

باید اذعان نمود که بر طبق مقررات حقوق عمومی و در درجه اول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل ۱۷۰) هیچ آیین‌نامه‌ای نمی‌تواند اولاً: خارج از قانون موضوع تصویب باشند یعنی برای هر موضوع خاصی که آیین‌نامه اجرایی پیش‌بینی می‌شود آیین‌نامه در حدود و ثغور موضوع آن قانون و آن ماده قانونی که مقررات اجرایی آنها تصویب یک آیین‌نامه اجرایی را می‌طلبد باشد. ثانیاً: هیچ آیین‌نامه‌ای نباید مخالف قانون باشد. به موجب اصل یکصد و پنجاه و هفتم فضاقت باید از اجرای آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های خلاف قوانین موضوعه پرهیز نمایند. آنچه که از مطابقت ماده ۷ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز و آیین‌نامه اجرایی آن مخصوصاً مواد ۱۱ و ۱۶ برمی‌آید این است که آیین‌نامه خارج از موضوع قانون می‌باشد چرا که در ماده ۷ قانون فوق‌الذکر ضرورت تصویب آیین‌نامه برای تبیین نحوه فروش اموال و وجوه موضوع قاچاق و کلیه اموالی که از طریق تخلفات مزبور به دست آمده می‌باشد. در صورتی که در مواد آیین‌نامه اجرایی این قانون راجع به صلاحیت و اختیارات سازمان در خصوص صدور قرار تأمین کیفری از جمله قرار بازداشت (که شدیدترین تهدید نسبت به آزادی افراد می‌باشد و حتی صدور آن توسط مقامات قضائی تابع تشریفات خاص می‌باشد) ارائه طریق شده است. بنابراین با استدلال فوق به نظر می‌رسد که آیین‌نامه اجرایی فوق‌الذکر خلاف قانون بوده و قابل اجرا نمی‌باشد.

مطلب دیگر اینکه همان‌طور که قبلاً مطرح شد، مطابق اصول ۱۵۶-۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات کیفری، فقط دستگاه قضائی، محاکم دادگستری، دادسراهای عمومی و انقلاب صلاحیت رسیدگی به جرایم ارتكابی از جانب اشخاص را دارا می‌باشند. هیچ مرجعی به غیر از محاکم دادگستری، حق تعقیب و سلب آزادی و مجازات اشخاص را ندارد. سازمان تعزیرات حکومتی هم که از تشکیلات قوه مجریه محسوب می‌شود و به موجب ماده ۲ آیین‌نامه

نمی‌توان دستگیر کرد مگر به موجب قانون و توجه به اینکه بحث مربوط به قرارهای متهمین کیفری از جمله قرار بازداشت موقت یکی از نهاد‌های آیین دادرسی کیفری می‌باشد که در مورد مجرمین و بزهاکاری است که مرتکب جرائم مندرج در قوانین مربوطه از جمله قانون مجازات اسلامی می‌شوند کاربرد دارد و به موجب ماده یک قانون آیین دادرسی کیفری، (آیین دادرسی کیفری مجموعه مقرراتی است که برای کشف و تحقیق جرائم و تعقیب مجرمان و نحوه رسیدگی و صدور رای و تجدیدنظر و اجرای احکام و تعیین وظایف و اختیارات مقام قضائی وضع شده است.) بنابراین شروع بحث از این قرار است که قرارهای تأمین کیفری در صدر آنها، قرار بازداشت موقت که تهدید بسیار شدید به آزادی افراد می‌باشد، به موجب قانون اساسی و قوانین دیگر از جمله قانون آیین دادرسی کیفری در مورد مجرمان به کار می‌رود. با عنایت به این مطلب سوال این است که آیا قرار بازداشت موقت و سایر قرارهای تأمین ممکن است توسط نهاد‌های دیگر غیر از محاکم دادگستری از جمله سازمان تعزیرات حکومتی صادر شود یا خیر؟

اصل بر این است که در راستای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، مرجعی که در قانون برای تعقیب مجرمان و مجازات نامبر دگان در نظر گرفته شده است قوه قضائیه و محاکم دادگستری می‌باشند. قوه قضائیه به عنوان تنها مرجع صالح برای تعقیب مجرم و سلب آزادی نامبرده و مجازات وی به موجب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. لکن قانون‌گذار در برخی موارد به لحاظ رعایت مصلحت‌های خاص برخی جرائم کم‌اهمیت را علاوه بر صلاحیت محاکم دادگستری در صلاحیت برخی نهاد‌های قوه مجریه هم قرار داده است. سازمان تعزیرات حکومتی از جمله نهاد‌هایی است که به موجب تصویب‌نامه در خصوص تعیین سازمان و تشکیلات تعزیرات حکومتی مصوب ۲۳ مهرماه ۱۳۷۳ هیات وزیران به منظور بازرسی و نظارت مستمر بر اجرای مقررات قیمت‌گذاری و ضوابط توزیع و تخلفات تعزیرات حکومتی تشکیل شد. به موجب ماده یک قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۲۳/۱۲/۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، با توجه به ضرورت نظارت و کنترل دولت بر فعالیت‌های اقتصادی و لزوم اجرای مقررات قیمت‌گذاری و ضوابط توزیع، متخلفین از اجرای مقررات بر اساس مواد این قانون تعزیر می‌شوند. بنابراین فلسفه تشکیل سازمان تعزیرات حکومتی به شرح فوق تعیین شد.

به موجب ماده ۲ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی مصوب ۱/۷/۷۳ هیات وزیران، رئیس سازمان، معاون وزیر دادگستری می‌باشد و توسط وزیر دادگستری منصوب خواهد شد. به تعداد مورد نیاز معاون خواهد داشت و به موجب ماده ۱۰ همین آیین‌نامه، روسا و اعضا شعب بدوی و تجدیدنظر می‌توانند از بین قضات، کارمندان شاغل یا بازنشسته، روحانیون، نیروهای مسلح بوده و یا از بین فارغ‌التحصیلان رشته‌های حقوق، الهیات، علوم سیاسی، علوم اداری و بازرگانی و علوم اجتماعی که دارای حسن شهرت و عامل به احکام اسلام باشند، انتخاب شوند. با استناد به مواد اخیرالذکر، نتیجه حاصل می‌شود که مقام‌های شعبه سازمان تعزیرات حکومتی، افراد دارای ابلاغ قضائی نیستند و اختیارات مقام قضائی و صلاحیت وی را نخواهد داشت، بعد از مقدمه فوق در پاسخ به سئوال به نظر می‌رسد که یک اشکال در طرح سئوال وجود دارد. اینکه، اختصاص سئوال مطرح‌شده به ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی واجد اشکال می‌باشد، چرا که این ماده مربوط به مرحله وصول جرمه می‌باشد که مرحله رسیدگی و تحقیقات مقدماتی و صدور رای منتفی شده است. شایسته بود که سئوال عام و کلی‌تر در حد قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی در مورد قاچاق کالا و ارز بود. به طور کلی در قوانین فعلی، سه مرجع برای رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و

قوه قضائیه به عنوان تنها مرجع صالح برای تعقیب مجرم و سلب آزادی نامبرده و مجازات وی به موجب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. لکن قانون‌گذار در برخی موارد به لحاظ رعایت مصلحت‌های خاص برخی جرائم کم‌اهمیت را علاوه بر صلاحیت محاکم دادگستری در صلاحیت برخی نهاد‌های قوه مجریه هم قرار داده است

سازمان تعزیرات حکومتی مصوب ۷۳/۷/۱ هیات وزیران، رئیس سازمان معاون وزیر دادگستری می باشد از این قاعده مستثنی نیست. منتهی بنا بر ضرورت و مصلحت خاص، در کنار محاکم دادگستری سازمان تعزیرات حکومتی، با یک شرایط خاص، از صلاحیت رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز، برخوردار شده اند.

به موجب ماده ۲ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز، اداره های ذی ربط باید ظرف ۵ روز از تاریخ کشف کالا و ارز قاچاق به شرح ذیل اقدام نمایند: الف: در صورتی که بهای کالا و ارز قاچاق معادل ده میلیون ریال یا کمتر باشد، فقط نسبت به ضبط کالا و ارز به نفع دولت اقدام می شود. پرونده در خود سازمان مختومه می شود.

ب: چنانچه بهای کالا و ارز کشف شده زائد بر یک میلیون ریال باشد، اگر متهم در مرحله اداری نسبت به پرداخت جریمه معادل دو برابر ارزش اقدام نماید از تعقیب وی صرف نظر می شود. چنانچه متهم نسبت به پرداخت جریمه اقدام ننماید، پرونده وی جهت تعقیب کیفری و وصول جریمه حداکثر ظرف ۵ روز از تاریخ کشف به مرجع قضائی ارسال می شود.

با توجه به مراتب فوق، در قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی، مطابق مقررات عمومی، اولویت صلاحیت رسیدگی به جرائم قاچاق کالا و ارز، محاکم دادگستری می باشند اما چنانچه محاکم دادگستری ظرف یک ماه نسبت به رسیدگی به موضوع و اتخاذ تصمیم اقدام نمایند و یا اینکه در مناطقی که محاکم قضائی، تشکیل نشده اند، شعب سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشند.

بنابراین به نظر می رسد که با تمام تفاسیر فوق، شعب سازمان تعزیرات حکومتی اختیار صدور قرار بازداشت موقت و سایر قرارهای تأمین کیفری را ندارد. ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون فوق، صدور قرار بازداشت در مرحله اجرای حکم و وصول جریمه را توسط محکمه صالحه به درخواست سازمان پیش بینی کرده است.

آقای ذاقلی (مجمع قضائی شهید محلاتی):

بدونالزام است قوانین ماهوی و شکلی ناظر به تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز را به تفکیک مورد بررسی قرار دهیم. الف) قوانین ماهوی: به صراحت ماده ۱ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام، قوانین ماهوی قابل اعمال در این زمینه عبارتند از: (۱) مقررات قانون مذکور (۲) قانون اختلال گران در نظام اقتصادی مصوب ۱۳۶۸ و (۳) قانون مجازات قاچاق مصوب ۱۳۱۲ و اصلاحات بعدی آن. ب) قوانین شکلی: ماده یک قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز می گوید: «از تاریخ تصویب این قانون در مورد کلیه امور مربوط به مبارزه با قاچاق کالا و ارز طبق این قانون... عمل خواهد شد.» ذکر عبارت «کلیه امور» در صدر این ماده بیانگر این مطلب است که قوانین شکلی مورد نیاز برای اعمال قوانین ماهوی را نیز باید در همان قوانین جستجو کرد. از طرفی تبصره ۱ ماده ۴ قانون می گوید رسیدگی به پرونده های موضوع این قانون تابع تشریفات آیین دادرسی و تجدیدنظر نیست و از جهت ایجاد وحدت رویه در نحوه رسیدگی محاکم قضائی دستور العمل مربوط به وسیله قوه قضائیه تهیه و ابلاغ خواهد شد که به همین نحو نیز عمل و دستور العمل لازم تصویب و ابلاغ شده است. تبصره ۲ ماده ۴ همین قانون نیز سازمان تعزیرات حکومتی را مجاز به رسیدگی به جرائم موضوع این قانون بر اساس قوانین و مقررات مربوط به مفاد این قانون نموده است. بنابراین وضعیت محاکم قضائی و شعب تعزیرات حکومتی از حیث قوانین شکلی در خود قانون مشخص شده و آیین نامه اجرایی قانون مذکور که مشخص نیست با اجازه کدام

یک از مواد قانون توسط هیات وزیران تهیه شده و متأسفانه در مواردی از جمله ماده ۱۸ مبادرت به تعیین مجازات برای بعضی از افعال مرتکبین نموده که خارج از اختیار هیات وزیران نیز به نظر می رسد، نمی تواند در مقام وضع آیین دادرسی برای رسیدگی به جرائم مندرج در قانون برآید. بنابراین آیین نامه مورد نظر و از جمله ماده ۱۶ آن قابلیت استناد ندارد و شعب تعزیرات حکومتی نیز بایستی بر اساس مفاد قانون مذکور سایر قوانین مندرج در بند الف ماده یک قانون و دستور العمل اجرایی مصوب قوه قضائیه مبادرت به رسیدگی و صدور حکم نمایند. مضاف بر اینکه ماده ۱۶ آیین نامه نیز صدور قرار بازداشت موقت را با پیشنهاد سازمان شاکلی بر عهده محکمه صالحه دانسته و متبادر به ذهن از لفظ (محکمه صالحه) محاکم قضائی دادگستری هستند نه شعب تعزیرات حکومتی. شاید ایراد شود ماده ۱۱ آیین نامه، شعب تعزیرات حکومتی را هم دارای همان اختیاراتی دانسته که محاکم قضائی در مقام رسیدگی به پرونده ها دارند. در پاسخ می توان گفت با توجه به اینکه ماده ۱۶ مذکور متعاقب ماده ۱۱ و در تعقیب ماده ۱۰ آیین نامه به تصویب رسیده که ماده اخیر در مقام بیان اختیارات شعب تعزیرات حکومتی می باشد اما از ذکر عبارت عام «مرجع رسیدگی» که هم شامل محاکم قضائی و هم شعب تعزیرات حکومتی می شود خودداری نموده و صدور قرار بازداشت موقت را جزو اختیارات محاکم صالحه قرار داده است؛ بیانگر تعدد واضح آیین نامه به اختصاص صدور این نوع قرار به محاکم قضائی است. نتیجه اینکه به استناد ماده ۱۶ آیین نامه نمی توان برای شعب تعزیرات حکومتی اختیار صدور قرار بازداشت موقت قائل شد. اگر چه ماده ۷ دستور العمل صادره از سوی ریاست محترم قوه قضائیه در مقام صدور قرار تأمین این اختیار را به محاکم صالحه و در مواردی که شعب تعزیرات حکومتی به جانشینی از آن محاکم اقدام می کنند، اعطاء کرده است.

آقای صدقی (مستشار تجدیدنظر):

با توجه به اینکه صدور قرارهای تأمین مطابق ماده ۱۳۲ قانون دادرسی کیفری صرفاً توسط قضات ذی صلاح امکانپذیر است و با توجه به اینکه کارمندان شعب سازمان تعزیرات حکومتی اصولاً قاضی نیستند و بر فرض که قاضی هم باشند صاحب صلاحیت در صدور قرار نمی باشند و آیین نامه هم نمی تواند برخلاف قانون نفوذ حقوقی داشته باشد. لهذا شعب سازمان تعزیرات حکومتی از صدور قرار تأمین به ویژه قرار بازداشت موقت، ممنوع هستند.

آقای محمدی (دادگستری فیروزکوه):

با توجه به ماده ۸ آیین نامه اجرایی قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۹ سازمان تعزیرات حکومتی در مناطقی که دادگاه عمومی و انقلاب نباشد جهت رسیدگی به امور قاچاق کالا و ارز مبادرت به تشکیل محاکم تعزیرات حکومتی می نماید و با توجه به ماده ۱۱ آیین نامه مذکور شعب تعزیرات حکومتی مذکور تمام اختیاراتی که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده های موضوع قانون مذکور دارند را دارا می باشند و با توجه به اینکه در مواد آیین نامه نیز از شعب تعزیرات به عنوان «محکمه» نام برده شده است لذا شعب تعزیرات حق بازداشت دارند اما به نظر این ماده خلاف قانون اساسی و شرع بوده و اما چون اعضای تعزیرات حکومتی قاضی نمی باشند و باید از آیین نامه متابعت کنند لذا حق بازداشت برای شعبه تعزیرات حکومتی طبق مواد آیین نامه مذکور وجود دارد.

آقای شهریاری (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۲۷ تهران):

۱- در ماده ۱۶ آیین نامه قید «محکمه صالحه» آمده است که محکمه مختص محاکم قضائی نیست و شامل محاکم تعزیرات حکومتی نیز

نتیجه اینکه به استناد ماده ۱۶ آیین نامه نمی توان برای شعب تعزیرات حکومتی اختیار صدور قرار بازداشت موقت قائل شد. اگر چه ماده ۷ دستور العمل صادره از سوی ریاست محترم قوه قضائیه در مقام صدور قرار تأمین این اختیار را به محاکم صالحه و در مواردی که شعب تعزیرات حکومتی به جانشینی از آن محاکم اقدام می کنند، اعطاء کرده است

وزیران با اصلاحیه بعدی آن آمده است که «صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمین در مواردی که برای امکان وصول جرمه ضرورت دارد با پیشنهاد سازمان شاکي، بر عهده محاکم صالحه می باشد.»

در ماده ۱۱ همین آیین نامه آمده است: «در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاری خواهند بود که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده های مزبور دارند.» در ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۲ اردیبهشت ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام آمده است: «مراجع قضائی مکلفند پس از دریافت شکایت حداکثر ظرف مدت یک ماه نسبت به صدور حکم اقدام و مراتب را به گمرک یا سایر اداره های ذی ربط اعلام نمایند.»

تبصره ۱: «رسیدگی به پرونده های موضوع این قانون تابع تشریفات آیین دادرسی و تجدیدنظر نبوده و از جهت ایجاد وحدت رویه در نحوه رسیدگی محاکم قضائی دستور العمل مربوط به وسیله قوه قضائیه ظرف مدت دو هفته پس از تصویب این قانون تهیه و به مراجع ذی ربط ابلاغ خواهد شد.»

و در پاراگراف دوم تبصره ۲ ماده اخیرالذکر آمده است: «در مناطقی که محاکم قضائی شامل دادگاه های انقلاب و یا دادگاه های عمومی برای رسیدگی به پرونده های قاچاق وجود ندارد تا ایجاد تشکیلات قضائی، سازمان تعزیرات حکومتی بر اساس جرایم و مجازات های مقرر در قوانین مربوط و مفاد این قانون مجاز به رسیدگی به پرونده های فوق الذکر می باشند.»

در مورد رسیدگی به جرایم مرتکبین قاچاق اصلاحیه در تاریخ ۱۳۷۳/۱/۹ در مورد تبصره یک ماده یک قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۲۹ اسفندماه ۱۳۱۲ با اصلاحیه بعدی (باب اول) قاچاق اموال موضوع عایدات دولت در فصل اول آن که مربوط به مقررات عمومی است آمده است: «در مورد اموال ممنوع الورد و ممنوع الصدور و کالای انحصاری در صورتی که دلایل و قرائن موجود دلالت بر توجه اتهام کند به وسیله مرجع قضائی ذی ربط از متهم تأمین وثیقه گرفته می شود که میزان آن از مبلغ جزای نقدی و بهای مال از بین رفته کمتر نخواهد بود و هرگاه بزه قاچاق با شرکت چند نفر واقع شده باشد از هر یک از متهمان وثیقه متناسبی گرفته می شود که مجموع آنها کمتر از مبلغ جزای نقدی و بهای مال از بین رفته نخواهد بود.»

بالاخره در ماده یک دستور العمل نحوه رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و موضوع تبصره یک ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۹ خردادماه ۱۳۷۴ قوه قضائیه با اصلاحیه های بعدی آمده است: از تاریخ تصویب این دستور العمل رسیدگی به پرونده های قاچاق کالا و ارز خارج از تشریفات آیین دادرسی و منحصرآطبق مفاد این دستور العمل خواهد بود.

و در ماده ۴ همین دستور العمل آمده است: «مراجع قضائی موظفند ظرف مهلت ۳۰ روز از تاریخ وصول پرونده رسیدگی ننوده و رای قانونی صادر نمایند. چنانچه در مهلت فوق رسیدگی منجر به صدور رای نگردد بنا به درخواست سازمان شاکي، پرونده به اداره تعزیرات حکومتی ارسال خواهد شد.»

در ماده ۷ همین دستور العمل آمده است: «قرار تأمین پرونده های قاچاق کالا و ارز منحصرآ وثیقه متناسب با مجازات قانونی جرم یا بازداشت موقت در صورت بیم تبانی و اختفاء ادله جرم خواهد بود.»

و در ماده ۸ همین دستور العمل آمده است «عدم حضور متهم» مانع از رسیدگی و صدور حکم نبوده و چنانچه شعبه رسیدگی کننده، ادله جرم را کافی بداند یا متهم پس از تفهیم اتهام ظرف مهلت مقرر (۳۰ روز مذکور) در شعبه حضور نیافته و لایحه ای ارسال ندارد اقدام به صدور

می شود کما اینکه در ماده ۱۲ قید محکمه به شعب تعزیرات حکومتی دارد.

۲- اذن در شیء اذن در لوازم آن است از آنجایی که محاکم تعزیرات حکومتی مجاز به صدور حکم حبس می باشند پس از لوازم آن صدور قرار تأمین کیفری می باشد.

۳- ماده ۱۱ همین آیین نامه اعلام کرده است که در کلیه مواردی که شعب تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی می باشد شعب تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاراتی خواهند بود که مراجع قضائی در رسیدگی به پرونده های مزبور دارند.

۴- رای وحدت رویه دیوان عدالت اداری در خصوص ماده ۱۱ آیین نامه نیز موید این موضوع می باشد.

آقای سلیمی (دانشگاه آزاد اسلامی):

پاسخ منفی است؛ زیرا به موجب قانون اساسی (اصل ۳۶) و نیز موازین و استانداردهای بین المللی اعمال هرگونه مجازاتی باید به موجب قانون و توسط دادگاه صالح صورت گیرد. قرار بازداشت هر چند مجازات نیست لیکن دارای همان ویژگی و خصوصیت مجازات (سلب آزادی، حبس) است بلکه قدمی فراتر از آن تلقی می شود چون بدون رسیدگی و احراز مجرمیت از شخص سلب آزادی می شود. مطابق موازین و استانداردهای بین المللی نیز دادگاه صالح، به هیچ عنوان نمی تواند جزئی از قوه مجریه تلقی شود. بنابراین صدور قرار بازداشت و قرارهای منتهی به بازداشت با اصل قانونی بودن مجازات ها و دادرسی در تعارض آشکار است چون در این مورد نه با دادگاه صالح مواجهیم و نه با قانون مصوب قوه مقننه. در حقوق کیفری نیز نمی توان با اصول کلی مجازات یا آنچه در حکم آن است استنباط کرد. برخلاف حقوق مدنی که «اذن در شیء اذن در لوازم آن است» در امور کیفری نیاز به تصریح است.

آقای سیدعباس حسینی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۳

تهران):

اولاً- ماده ۱۶ آیین نامه مورد بحث مربوط به قانون تعزیرات حکومتی نبوده بلکه آیین نامه اجرایی قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز می باشد.

ثانیاً- در ماده ۱۶ آیین نامه آمده که صدور قرار بازداشت یا سایر قرارهای تأمین بر عهده محکمه صالح است که محکمه یا دادگاه به محاکم دادگستری اطلاق می شود نه شعب تعزیرات حکومتی.

ثالثاً- آیین نامه اجرایی فوق راجع به قاچاق کالا و ارز می باشد و از نظر این آیین نامه صلاحیت رسیدگی حسب مورد با دادگاه یا سازمان تعزیرات حکومتی می باشد و صرفاً در شرایط خاص با تقاضای سازمان شاکي پرونده به سازمان تعزیرات حکومتی ارجاع می شود.

رابعاً- به موجب مقررات قانون تعزیرات حکومتی اساساً نیازی به حضور متهم در شعبه نبوده و متهم می تواند صرفاً لایحه تقدیم نماید و سازمان مبادرت به صدور رای کند که در این مورد اصولاً قرار تأمین صادر نمی گردد علی ایحال هر چند رویه جاری در برخی شعب سازمان تعزیرات حکومتی آن است که قرار تأمین هم صادر می نمایند لکن باید گفت که مستند قانونی برای آن وجود ندارد و حتی آیین نامه هم نمی تواند این اختیار را به سازمان تعزیرات حکومتی واگذار کند.

آقای محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):

در ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۸ و ۲۹ خردادماه ۱۳۷۹ هیات

هر چند رویه جاری در برخی شعب سازمان تعزیرات حکومتی آن است که قرار تأمین هم صادر می نمایند لکن باید گفت که مستند قانونی برای آن وجود ندارد و حتی آیین نامه هم نمی تواند این اختیار را به سازمان تعزیرات حکومتی واگذار کند

رای خواهد نمود. «در تبصره همین ماده آمده است: «چنانچه متهم متواری گردد دادگاه در مهلت مقرر غیابا رسیدگی نموده و رای مقتضی صادر خواهد کرد و در ماده ۹ همین دستورالعمل آمده است: «مقررات تخفیف و تعلیق مجازات در جریمه نقدی موضوع پرونده‌های قاچاق قابل اجرا نمی‌باشد.»

از مجموع موارد مذکور نتایج ذیل حاصل خواهد شد:

اولا: قانونگذار هنوز سازمان تعزیرات حکومتی را به عنوان یک مرجع قضائی و در ردیف آن نمی‌داند هرچند وظایف و اختیارات بر عهده آن سازمان و اگذار نموده است و این موضع گیری قانونگذار با دقت در قوانین و دستورالعمل مذکور روشن است از قبیل اینکه سازمان تعزیرات حکومتی فقط اختیار صدور تأمین بازداشت موقت و وثیقه را دارد و از سایر قرارهای تأمین به استناد ماده ۷ دستورالعمل مذکور منع شده است و از طرف دیگر در ماده یک همین دستورالعمل رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز را خارج از تشریفات آیین دادرسی و منحصرا برابر مفاد دستورالعمل مذکور دانسته و این امر نیز دلیلی دیگر بر این مدعاست.

ثانیا: برابر مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی که قاضی را به عنوان تنها کسی که حق رسیدگی به دعوای اعم از کیفری و حقوقی دارد معرفی نموده است لذا قانونگذار مجلس شورای اسلامی این وظیفه را نمی‌تواند به مرجع یا شخص دیگر واگذار کند حتی به سازمان تعزیرات حکومتی و این نحوه قانونگذاری به شرح مذکور دلیلی دیگر است که بیانگر این امر است که قانونگذار رئیس یا متصدی شعبه تعزیرات حکومتی را به عنوان یک قاضی محسوب نکرده و از ارائه وظایف و اختیارات یک قاضی به رئیس شعبه تعزیرات حکومتی پرهیز نموده است و اگذاری یک سری از اختیارات قاضی به رئیس تعزیرات حکومتی نموده است و این اختیارات را هم بسیار محدود نموده است و حتی در رسیدگی غیابی که در ماده ۸ دستورالعمل مذکور آمده است. قائل به رسیدگی غیابی به نحوه قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ به نحوه مطرح در مواد ۱۱۵ و ۱۸۰ و ۲۱۸ و سایر مواد آن قانون نیست و به طور کلی واگذاری اختیارات و وظایف قانونی و شرعی قاضی به رئیس یا متصدی سازمان تعزیرات حکومتی برخلاف قانون اساسی که مادر قوانین می‌باشد است و در واقع سازمان تعزیرات حکومتی باید به طور کلی کنار گذاشته شود یا در زیر مجموعه قوه قضائیه قرار بگیرد و متصدیان آن با سمت قضائی آن هم به عنوان قاضی به وظایف و اختیارات خویش به عنوان یک قاضی اقدام نمایند و اینجاست که دیگر این سوالات مطرح نخواهد شد و به جرائم موضوع ستوال برابر قانون آیین دادرسی کیفری و سایر تشریفات رسیدگی خواهد شد و دیگر این سوالات و ابهامات برای آیندگان بعد از ما هم دیگر مطرح نخواهد شد و این معضل برای همیشه حل خواهد شد. هر چند اجرای این نیت عملا مشکلاتی را پیش روی خود داشته باشد.

نظریه شماره ۷/۱۱۰۵ مورخه ۱۳۷۹/۳/۲ اداره حقوقی:

سئوال: آیا سازمان تعزیرات حکومتی، دستگاه اداری تلقی می‌شود که سازمان بازرسی کل کشور بر اساس اصل ۱۷۴ قانون اساسی بتواند به منظور حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین از این سازمان بازرسی نموده در صورت لزوم پرونده‌های جهت مطالعه، مطالبه نماید؟ و در صورت امتناع از تحویل پرونده به این سازمان تکلیف چیست؟

جواب: بر حسب اصل ۱۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که بیان شده بر اساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری سازمانی به نام سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌شود و حدود و اختیارات و وظایف سازمان را قانون معین می‌کند و از طرفی سازمان تعزیرات حکومتی از قوه قضائیه مجزا و جزو قوه مجریه است. فلذا

از اجزاء قوه مجریه بوده و دستگاه اداری محسوب می‌گردد و حسب اصل ۱۷۴ قانون اساسی سازمان بازرسی کل کشور که به منظور حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری تشکیل گردیده می‌تواند علاوه بر امور مالی و اداری از نحوه صدور حکم و غیره در سازمان تعزیرات حکومتی بازرسی و پرونده را جهت مطالعه مطالبه نماید و امتناع و استنکاف از تحویل یا ارسال پرونده قضائی به سازمان بازرسی متخلف از مقررات سازمان بازرسی کل کشور می‌باشد.

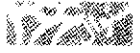
ثالثا: اما در جواب به این سوال باید گفت آنچه صریحا در این مورد بیان شده است، آخرین مقرراتی است که در این خصوص وجود دارد و آن ماده ۷ دستورالعمل مذکور خواهد بود که مصوب ۹ خردادماه ۱۳۷۴ قوه قضائیه با اصلاحیه بعدی است که بدین شرح آمده است: «قرار تأمین پرونده‌های قاچاق کالا و ارز منحصرا وثیقه متناسب با مجازات قانونی جرم یا بازداشت موقت در صورت بیم تبانی و اخفا ادله جرم خواهد بود.»

بنابراین فقط صدور قرارهای احصاء شده مذکور جایز و ممکن خواهد بود.

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

اگرچه مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی، حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد ولی بنا به مصالح و وجود ضرورت در وضعیت فعلی، مجمع تشخیص مصلحت نظام به موجب تبصره ۲ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲، به سازمان تعزیرات حکومتی موضوع ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۳/۷/۲۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، صلاحیت داده تا در صورت عدم رسیدگی یا تطویل دادرسی و عدم تعیین تکلیف قطعی پرونده توسط مراجع قضائی در مدت حداکثر یک ماه از تاریخ دریافت شکایت، همان پرونده را از محاکم قضائی یا سازمان شاکی مطالبه و طبق جرائم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و این قانون اقدام نماید. به علاوه در بخش پایانی تبصره ۲ ماده ۴ قانون یاد شده اشعار شده که در مناطقی که محاکم قضائی (دادگاه‌های انقلاب و یا دادگاه‌های عمومی) برای رسیدگی به پرونده‌های قاچاق وجود ندارد تا ایجاد تشکیلات قضائی، سازمان تعزیرات حکومتی بر اساس جرائم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و مفاد این قانون مجاز به رسیدگی به پرونده‌های فوق‌الذکر می‌باشند. بنابراین با توجه به نصوص و منطوق صریح مقرر در قانون فوق، سازمان تعزیرات حکومتی در موارد مزبور صلاحیت رسیدگی و صدور حکم وفق قوانین جزایی را خواهند داشت. به علاوه در تبصره ۱ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲ به قوه قضائیه اختیار داده شد تا دستورالعمل مربوط جهت ایجاد وحدت رویه در نحوه رسیدگی محاکم قضائی را تهیه و به مراجع ذی‌ربط ابلاغ نماید که این دستورالعمل نیز در تاریخ ۱۳۷۴/۳/۹ تهیه و به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه رسید و در ماده ۷ این دستورالعمل صریحا اعلام گردید که «قرار تأمین پرونده‌های قاچاق کالا و ارز منحصرا وثیقه متناسب با مجازات قانونی جرم یا بازداشت موقت در صورت بیم تبانی و اخفا ادله جرم خواهد بود.» افزون بر آن ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۸ و ۲۹/۳/۱۳۷۹ هیات وزیران، ناظر بر مرحله اجرا یعنی پس از صدور حکم است. زیرا صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تأمینی را جهت امکان وصول جریمه، ضروری دانسته و آن را با پیشنهاد سازمان شاکی بر عهده محکمه صالحه قرار داده بود که مطابق رای شماره ۴۳۹ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۵ هیات

قرار تأمین پرونده‌های قاچاق کالا و ارز منحصرا وثیقه متناسب با مجازات قانونی جرم یا بازداشت موقت در صورت بیم تبانی و اخفا ادله جرم خواهد بود



آیا اخذ خسارت احتمالی موضوع ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص صدور دستور موقت ملاقات یا حضانت طفل ضروری است؟

عمومی دیوان عدالت اداری، ماده ۱۶ آیین‌نامه مزبور در جهت اقدامات تامینی متضمن تدارک امکانات اجرایی قانون است و مغایرتی با آن ندارد.

التهایه یا توجه به مراتب فوق و به ویژه تطبیق برخی از مقررات مندرج در آیین‌نامه هیات وزیران مصوب سال ۱۳۷۹ با دستورالعمل رئیس قوه قضائیه مصوب ۷۴/۳/۹ که بر اساس تبصره ۲ ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲ به سازمان تعزیرات حکومتی تفویض صلاحیت گردیده لهذا به نظر می‌رسد امکان قرار بازداشت و سایر قرارهای تامینی توسط شعب سازمان تعزیرات حکومتی در جریان رسیدگی به پرونده‌های محوله مزبور وجود دارد.

نظریه اعضای محترم کمیسیون در جلسه (۸۵/۶/۹) و (۸۵/۸/۱۱):

سازمان تعزیرات حکومتی برابر قوانین و مقررات ذیل صالح به رسیدگی است؟

۱- ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۶۷/۱۲/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۹/مهر/۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام ۲- تبصره ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۷۴/۲/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام ۳- ماده ۴ دستورالعمل نحوه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و موضوع تبصره یک ماده ۴ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۹ خرداد ۷۴ قوه قضائیه با اصلاحیه بعدی.

با عنایت به مراتب فوق و در پاسخ به استوالمذکور پنجاه درصد اعضای محترم کمیسیون نظر مثبت و پنجاه درصد دیگر نظر منفی ابراز نمودند که خلاصه‌ای از اظهار نظر موافقین و مخالفین به شرح ذیل درج می‌گردد.

موافقین: با استناد به مواد قانونی فوق و استناد به مواد ۷ و ۸ و ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۸ و ۲۹ خرداد ۱۳۷۹ هیات وزیران با اصلاحیه‌های بعدی معتقدند چون در مواد ۷ و ۸ آیین‌نامه اجرایی از شعب تعزیرات حکومتی تحت عنوان محاکم نامبرده شده همچنین به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه مذکور همه اختیارات مراجع قضائی به شعب تعزیرات حکومتی داده شده لذا قید محکمه صالحه در ماده ۱۶ آیین‌نامه شعب تعزیرات حکومتی را نیز در بر می‌گیرد. فلذا صدور قرار بازداشت و سایر قرارهای تامینی ناظر به شعب تعزیرات حکومتی هم خواهد بود چرا که وقتی شعب این سازمان اختیار رسیدگی و صدور حکم را دارند باید قائل بر این شد که اختیار صدور قرار تامینی از جمله قرار بازداشت موقت به لحاظ بیم تبانی و اخفاء ادله جرم را هم خواهند داشت ضمن اینکه ماده ۱۱ آیین‌نامه فوق‌الذکر به موجب رای شماره ۴۳۹-۲۳/۱۱/۸۲ هیات عمومی دیوان عدالت اداری مغایر قانون تشخیص داده نشده است.

مخالفین: صدور قرارهای تامینی مطابق ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری صرفاً توسط قضات ذیصلاح امکانپذیر است و شعب تعزیرات حکومتی که مرجع اداری می‌باشند صلاحیت صدور هیچگونه قرار تامینی به ویژه قرار بازداشت موقت را با استناد به مقررات آیین‌نامه اجرایی فوق‌الذکر ندارند چرا که اختیارات و وظایف قانونی و شرعی قاضی در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از جمله اصل سی و ششم قانون مذکور تصریح شده و قابل واگذاری به مراجع اداری نیست در نتیجه باید گفت آیین‌نامه مورد استناد موافقین مبنی بر اینکه شعب تعزیرات حکومتی حق صدور قرار بازداشت موقت و سایر قرارهای تامینی را دارند برخلاف اصول قانون اساسی است لذا منظور از محکمه

صالحه مندرج در ماده ۱۶ آیین‌نامه متخصص محاکم قضائی است و لاغیر ضمن اینکه قاعده (اذن در شیء اذن در لوازم آن است) در امور حقوقی به کار می‌رود و در امور کیفری کاربرد ندارد.

سئوال ۳۶۶: آیا اخذ خسارت احتمالی موضوع ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در خصوص صدور دستور موقت ملاقات یا حضانت طفل ضروری است؟

آقای یآوری (دادسرای دیوانعالی کشور):

به نظر اینجانب ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی که دادگاه را مکلف به اخذ تامین جهت جبران خسارت احتمالی نموده ناظر به امور مالی است در حالی که طفل کالا نیست و تابع مقررات ماده ۳۱۹ نمی‌باشد. به علاوه، اختلافات خانوادگی تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست و در ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده سابق، تکلیفی برای اخذ تامین بیان نشده است.

بنابراین به نظر می‌رسد صدور دستور موقت جهت ملاقات یا حضانت طفل به تشخیص دادگاه است (ماده ۳۱۵ ق.آ.د.م) و چنانچه دادگاه تشخیص داد که صدور دستور موقت ضروری است اخذ تامین نیز به تشخیص و در اختیار دادگاه می‌باشد. (دادگاه مکلف نیست بلکه حسب مورد و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه اگر ضروری دانست تامین اخذ خواهد کرد والا اجباری به اخذ تامین ندارد.)

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

به استوالمذکور نمی‌توان به طور مطلق، پاسخ مثبت یا منفی داد. بلکه در هر یک از فرض و با توجه به استنباط از قوانین، پاسخ متفاوت خواهد بود.

۱- نخست باید دید که آیا آنچه که تحت عبارت (رسیدگی فوری و دستور موقت دادگاه) در ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ آمده، دستور موقت و دادرسی فوری به مفهوم مقرر در آیین دادرسی مدنی است یا خیر؟ بدیهی است هرگاه رسیدگی فوری و دستور موقت دادگاه به شرح ماده ۲۰ را از مصادیق دستور موقت ندانیم، اخذ خسارت احتمالی نیز موضوعیت خود را از دست می‌دهد. البته برخی از استادان حقوق بر این باورند که دستور موقت موضوع ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده ماهیتاً همان نهاد دستور موقت موضوع مواد ۷۷۰ به بعد آ.د.م سابق و ماده ۳۱۰ به بعد آ.د.م جدید نیست. بلکه قرار است اختصاصی و ویژه که به دادگاه خانواده اختیار می‌دهد تا نسبت به مسئله حضانت و نفقه زن، رسیدگی فوری نماید. به علاوه شایسته این استدلال که اگر منظور مقنن از قرار فوری موضوع ماده ۲۰ قانون یاد شده، نهاد دستور موقت به معنی خاص موضوع ماده ۳۱۰ به بعد آ.د.م جدید می‌بود، نیازی به تصریح مجدد آن در یک ماده نداشت، نظر حقوقدانان فوق را تقویت کند ولی با تمام این تفاسیر، به باور نگارنده به چند دلیل باید دستور موقت مندرج در ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده را فی الواقع همان نهاد دستور موقت مذکور در مواد ۳۱۰ به بعد آ.د.م جدید دانست زیرا:

اولاً- اصولاً هرگاه و در هر جا که مقنن از عنوان و عبارات خاصی استفاده می‌کند که این عبارات دارای تعریف قانونی و سابقه قانونی به عنوان یک تاسیس یا نهاد قانونی و قضائی هستند، منطبق تفسیر ایجاب می‌کند که اصطلاح و عنوان مزبور را در همان معنی و تعریفی که بر مبنای آن پیش از آن مقنن خود به تعریف آن و تشریح احکام و آثار قانونی آن دست زده است. مگر اینکه قانونگذار تصریحاً یا تلویحاً و یا اینکه به قرینه، عبارتی را به کار برد که در حقیقت معنی و مفهومی به غیر از

صدر مستند مزبور که دادگاه را مکلف به اخذ خسارات احتمالی جهت صدور دستور موقت نموده، حتی در دعاوی غیر مالی، دادگاه را مکلف می‌داند حسب مورد نسبت به اخذ خسارات احتمالی ولو در دعاوی غیر مالی به تشخیص خود اقدام کند. به نظر اینجانب:

اولاً - از آنجا که مطابق مطالب پیش گفته در بند ۱، قرار و دستور موقت صادره از سوی دادگاه خانواده در باب حضانت و نگاهداری طفل (ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده) از مصادیق دستور موقت موضوع مواد ۳۱۰ به بعد آ. د. م جدید می‌باشد، لهذا تردیدی در شمولیت ماده ۱۳۱۹ آ. د. م جدید بر ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده نیست. بنابراین در دعاوی غیر مالی هم می‌توان دستور موقت صادر نمود. مصداق بارز چنین امری را می‌توان در پذیرش خسارات و ضرر معنوی توسط مقنن در اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۱ و ۲ و ۸ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹/۲/۷ جستجو نمود. بنابراین وقتی می‌توان خسارات معنوی را مستقیماً مورد حکم قرار داد به طریق اولی باید بتوان آن را موضوع دستور موقت قرار داده و مبلغی را نیز به عنوان خسارات احتمالی جهت صدور دستور موقت، تعیین نمود. از این مقررات که بگذریم اتفاقاً در خصوص اخذ تامين و خسارات احتمالی در دعاوی غیر مالی و محکوم به غیر مالی، نصوص صریح قانونی نیز وجود دارد؛ از جمله می‌توان به بند «ب» ماده ۱۳۸۶ آ. د. م جدید در باب تصمیم دادگاه بر تأخیر اجرای حکم قطعی با محکوم به غیر مالی پس از تودیع تامين مناسب از سوی محکوم علیه و همچنین ماده ۳۸۹ همان قانون درباره صدور دستور توقف اجرای حکم قطعی پس از اخذ تامين مناسب اعم از اینکه محکوم به مالی یا غیر مالی باشد، استناد و اشاره نمود. افزون بر آن اطلاق مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۳۰۶ آ. د. م را نیز باید به مستندات پیش گفته اضافه نمود. چه اجرای حکم غیابی را خواه مالی یا غیر مالی باشد، منوط به معرفی ضامن معتبر یا اخذ تامين متناسب از محکوم له کرده است. بنابراین تمامی مستندات و مقررات فوق متضمن این معنی و حقیقت است که در دعاوی و موضوعات غیر مالی، دادگاه می‌تواند جهت صدور دستور موقت با احراز اجتماع شرایط قانونی و فقد موانع قانونی، نسبت به اخذ تامين و خسارات احتمالی اقدام کند.

ثانیاً - نکته مهم دیگری که در این خصوص قابل توجه به نظر می‌رسد تکلیف مقرر در ماده ۱۳۱۹ آ. د. م جدید از حیث اخذ تامين متناسب از خواهان است که به نظر باید تأمل بیشتری در این خصوص به خرج داد؛ ماده ۱۷۸۱ آ. د. م سابق مصوب سال ۱۳۱۸ در این مورد به دادگاه اختیار داده بود و مقرر می‌داشت که: «دادگاه می‌تواند برای جبران خسارات احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از مدعی تامين بخواهد، در این صورت دستور موقت منوط به دادن تامين است.»

با نسخ قانون فوق و تصویب قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، متن مزبور با تغییر صدر این ماده قانونی (یعنی تغییر عبارت «می‌تواند» به «مکلف است» و تغییر واژه «تامين» به «تامين مناسب») ظاهراً از حیث مفهوم و حکم مقنن متفاوت و متغیر گردید تا آنجا که برخی از حقوقدانان و استادان آیین دادرسی مدنی (استاد محترم آقای دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، ص ۳۸۹ و ۴۱۴ - آقای محمدرضا ادریسیان، دستور موقت، ص ۷۶) را بر این باور قرار داد که اگر چه مطابق مقررات سابق آیین دادرسی مدنی، قانونگذار دست قاضی را در اخذ خسارات احتمالی باز گذاشته و به اختیار او نهاده که در مواردی جهت صدور دستور موقت، خسارات احتمالی را تعیین و از خواهان اخذ کند و در مواردی نیز بدون تعیین خسارات احتمالی، مبادرت به صدور دستور موقت نماید ولی قانونگذار در تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی از این تفویض اختیار به قاضی عدول نموده و با تصریح به تکلیف به اخذ تامين مناسب،

معنی و تعریف سابق ابزاری را اختیار کرده باشد؛ مصادیق این نحوه قانونگذاری و استعمال الفاظ و اصطلاحات قانونی در مقررات جدید به منظور افاده مفاهیم و معانی پیش گفته در نصوص قانونی ایران کم نیستند؛ فی‌المثل عناوین تصرف عدوانی، مزاحمت و ممانعت از حق، از آن جمله‌اند که در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، به عنوان عمل مجرمانه مقید به قید مجازات شده‌اند و حال آنکه مقنن تعریف این اعمال را در مواد ۳۲۳ به بعد آ. د. م سابق (ماده ۱۵۸ به بعد آ. د. م جدید) پیش‌بینی کرده بود. یا مثلاً در ماده ۱۴۲ آ. د. م جدید، مقنن خواننده را مجاز ساخته تا از تاسیس حقوقی تهاتر در موضع دفاع استفاده نماید بدون اینکه به تعریف تهاتر و شرایط و احکام و آثار آن در قانون آیین دادرسی مدنی بپردازد. بی‌تردید مقنن با سبق تعریف و بیان آثار و احکام تهاتر در مواد ۲۹۴ به بعد قانون مدنی، نظر بر همان تعاریف سابق داشته و همان معنی را در ماده ۱۴۲ آ. د. م جدید اتخاذ نموده است.

مورد دیگر مرتبط با بحث حاضر یعنی مفهوم دستور موقت موضوع ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده است که بی‌شک قانونگذار نظر بر همان مقررات ماده ۷۷۰ به بعد آ. د. م سابق (ماده ۳۱۰ به بعد آ. د. م جدید) داشته است لیکن مقنن این بار خود در مقام تعیین موضوع دستور موقت برآمده و دادگاه را مکلف ساخته تا حسب تقاضای هر یک از اطراف دعوی، مسئله حضانت و هزینه نگهداری اطفال یا نفقه زن را موضوع دستور موقت مورد تقاضا قرار داده و دستور موقتی را در این خصوص صادر نماید.

ثانیاً - در ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده از قرائن و عباراتی استفاده شده که اتفاقاً این استدلال را که منظور مقنن از استعمال عبارت (دستور موقت دادگاه)، همان نهاد قانونی موضوع مواد ۷۷۰ به بعد آ. د. م سابق (و ماده ۳۱۰ به بعد آ. د. م جدید) بوده، بیشتر تقویت و ثابت می‌کند. چه در این متن قانونی نیز قانونگذار قائل به دو طریق و دو نوع دادرسی بوده است: ۱ - دادرسی مربوط به ماهیت دعوی (قبل از ورود به ماهیت دعوی) - ۲ - قرار دستور موقت در باب حضانت و هزینه نگهداری اطفال یا نفقه زن که فی‌الواقع یک ترتیب تامينی و موقتی است. علاوه بر این تکلیف به رسیدگی فوری و صدور قرار در این باره و نهایتاً تصریح به عبارت (دستور موقت دادگاه) که باید فوراً به مورد اجرا گذاشته شود، هر گونه شک و تردیدی را در اتخاذ نهاد خاص دستور موقت توسط مقنن از بین می‌برد. البته اینکه عبارت (رسیدگی فوری) را در همان مفهوم دادرسی به کار بردیم و نه در مفهوم رسیدگی‌های فوق‌العاده در ماهیت دعوی، بیشتر بدین خاطر بود که نه تنها در مستند ماده ۲۰ قانون یاد شده، نتیجه این رسیدگی فوری به صدور قرار منتهی می‌شود بلکه رسیدگی مزبور (فوری) به تصریح همان نص قانونی قبل از ورود به ماهیت دعوی، انجام می‌پذیرد. بنابراین نباید در انطباق عنوان دستور موقت دادگاه به شرح ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده بر تاسیس نهاد دستور موقت موضوع مواد ۳۱۰ به بعد آ. د. م جدید تردید و تشکیکی به خود راه داد. به همین لحاظ به غیر از آنچه که مقنن صریحاً در این باب استناد کرده (تکلیف به اجرای فوری دستور موقت)، باید تمامی شرایط و آثار و احکام دستور موقت موضوع مواد ۳۱۰ به بعد آ. د. م جدید را بر آن بار نموده و تسری و جریان داد.

۲ - در خصوص اینکه آیا اخذ خسارات احتمالی موضوع ماده ۳۱۹ آ. د. م جدید در مورد دستور موقت حضانت و ملاقات طفل ضروری است یا خیر، نظرات مختلفی وجود دارد که بعضاً حقوقدانان اخذ خسارات احتمالی موضوع ماده ۳۱۹ آ. د. م جدید را صرفاً در دعاوی مالی جایز دانسته و دعاوی غیر مالی را اساساً مشمول ماده ۳۱۹ نمی‌دانند و برخی دیگر از حقوقدانان نیز ماده ۳۱۹ آ. د. م جدید را ناظر بر تمامی دعاوی اعم از مالی و غیر مالی دانسته و مضافاً به لحاظ تکلیف مقرر در

**وقتی می‌توان
خسارات معنوی را
مستقیماً مورد حکم
قرار داد به طریق
اولی باید بتوان آن را
موضوع دستور موقت
قرار داده و مبلغی را
نیز به عنوان خسارات
احتمالی جهت صدور
دستور موقت
تعیین نمود**

ولی دادگاه می‌تواند در صورتی که از صدور دستور موقت و اجرای آن، ورود خسارتی را متصور و محتمل نبیند بدون تعیین خسارت احتمالی و اخذ تأمین مناسب، اقدام به صدور دستور موقت کند و در این موارد اخذ خسارت احتمالی ضروری نیست.

آقای ذاقلی (مجتمع قضائی شهید محلاتی):

بر اساس ماده ۳۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی دستور موقت ممکن است دائر بر توقیف مال یا انجام عمل و یا منع از امری باشد. بنابراین اعطای اجازه ملاقات طفل و یا سپردن حضانت او به افراد نمی‌تواند مصداق هیچکدام از امور فوق باشد زیرا اصولاً دستور موقت زمانی صادر می‌شود که انجام امر یا عدم انجام امری به طور آمرانه از طرف مقابل خواسته شود به نحوی که بدون دخالت قوه قهریه حصول آن ممکن نباشد. شرط دیگر نیز این است که انجام آن امر یا عدم انجام آن، خواسته اصلی خواهان نباشد بلکه بایستی در راستای خواسته اصلی و جهت تسهیل اجرای رای ماهیتی و بعدی دادگاه باشد به همین دلیل به نظر می‌رسد در خصوص موضوع ستوال امکان صدور دستور موقت وجود ندارد زیرا صرف نظر از اینکه در بسیاری از موارد دستور موقت مورد نظر مستلزم الزام طرف دستور موقت به انجام عمل یا عدم آن نیست بلکه در بردارنده حق یا امتیازی برای متقاضی دستور موقت است و اعطای اجازه ملاقات یا سپردن حضانت طفل به اشخاص در حقیقت خواسته ماهیتی و اصلی خواهان است که نمی‌تواند در دایره مقررات دستور موقت قرار گیرد.

آقای سلیمی (دانشگاه آزاد اسلامی):

به این سؤال نمی‌توان پاسخ قطعی و مطلق داد. فلسفه وجودی اخذ خسارت احتمالی این است که دادگاه هنوز به حقانیت یا بی‌حقی موضوع رسیدگی نکرده است. اگر دادگاه تشخیص دهد که ایراد خسارتی متصور است می‌تواند - نه اینکه مکلف است - خسارت احتمالی اخذ کند چون اولاً ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده تکلیفی برای عدم اخذ خسارت احتمالی ایجاد نمی‌کند. ثانیاً اگر چه در امور غیرمالی گاهی اوقات جبران خسارت به طور کامل با پرداخت وجه امکانپذیر نیست لیکن برای اتیام خسارات وارده و جبران خساراتی که احتمالاً طرف مقابل برای نقض مقررات بر کسی که به نفع او دستور صادر شده است وارد می‌کند می‌توان خسارت احتمالی گرفت. اخذ خسارت احتمالی جنبه پیشگیری از تخلف نیز دارد. از سوی دیگر نمی‌توان در تمام موارد قاضی را «مکلف» به اخذ تأمین کرد. چون هر چند صدر ماده ۳۱۹ با «دادگاه مکلف است» شروع می‌شود. لیکن این تکلیف منوط به این است که ورود خسارت متحمل باشد. بنابراین دادگاه می‌تواند استدلال کند که ورود خسارتی متصور نیست و حسب مورد تأمین اخذ نکند. لذا اخذ یا عدم اخذ خسارت احتمالی باید در اختیار دادگاه باشد. لازم به تأکید است که در این زمینه نیز ورود خسارت متصور است برای مثال متقاضی ملاقات پس از در اختیار گرفتن فرزند از استرداد وی امتناع کند که حداقل طرف مقابل می‌بایست پروسه احقاق حق را با تحمل هزینه‌های مربوط طی کند. (در یک مورد خانمی پس از گرفتن ملاقات ۲۴ ساعته با فرزند مشترک به خارج از کشور متواری گردید.)

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

هر چند که ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی سابق اخذ تأمین برای خسارت احتمالی را قبل از صدور دستور موقت الزامی می‌داند و دادگاه را مکلف

او را مکلف ساخته تا در تمامی مواردی که اقدام به صدور دستور موقت می‌نماید، از خواهان تأمین مناسبی را اخذ کند. لیکن به عقیده اینجانب نظر مقنن در تکلیف دادگاه، صرفاً به اخذ تأمین مناسب بر نمی‌گردد بلکه در صورتی لازم‌الریایه است که از دستور موقت، خسارتی به بار آید. به عبارت دیگر حسب عبارات مندرج در ماده ۳۱۹ آ. د. م. جدید، دادگاه در صورتی مکلف است از خواهان، تأمین مناسبی اخذ کند که از دستور موقت و اجرای آن، خسارتی حاصل شود یا ورود خسارتی قابل تصور باشد. چه از عبارت قانونی این گونه فهمیده می‌شود که اگر به نظر دادگاه از اجرای دستور موقت، خسارتی حاصل و متصور نگردد، دادگاه نه تنها هیچ تکلیفی ندارد بلکه نباید از خواهان تأمین مناسب اخذ کند. بخش پایانی ماده ۳۱۹ آ. د. م. جدید نیز این نظر را تقویت می‌کند. چرا که اعلام داشته: (... در این صورت صدور دستور موقت منوط به سپردن تأمین می‌باشد.) به عبارت دیگر در صورتی که به نظر دادگاه از صدور دستور موقت و اجرای آن، ورود خسارتی حاصل گردد یا متحمل و قابل تصور باشد، صدور دستور موقت منوط به سپردن تأمین است والا هرگاه به نظر دادگاه ورود چنین خسارتی متصور و متحمل نباشد، صدور دستور موقت منوط و متوقف بر سپردن تأمین نخواهد بود. عبارت (در این صورت) در بخش پایانی ماده ۳۱۹ آ. د. م. جدید فی الواقع به جمله قبل از آن برمی‌گردد؛ (در این صورت) یعنی در صورتی که از دستور موقت خسارتی حاصل شود یا متحمل و متصور باشد. بنابراین در مواردی که به نظر دادگاه از دستور موقت، خسارتی به بار نخواهد آمد یا قابل تصور نیست، دادگاه تکلیفی به تعیین خسارت احتمالی و اخذ تأمین مناسب ندارد و فی الواقع نمی‌تواند و نباید چنین تأمینی را از متقاضی و خواهان دستور موقت مطالبه و اخذ کند. ولی اگر چنین خسارتی متصور باشد، دادگاه در تعیین خسارت احتمالی و اخذ تأمین مناسب، تکلیف دارد؛ فی المثل اصولاً در مورد ملاقات فرزند توسط مادر طفل که موضوع دستور موقت قرار می‌گیرد و علیه زوج به مرحله اجرا درمی‌آید، خسارتی قابل تصور نیست و برعکس در بسیاری موارد تا تعیین تکلیف نهایی دعوی طلاق، صدور دستور موقت دائر بر ملاقات طفل با مادر، موجب می‌گردد که کودک را از صدمات روحی که احتمالاً در این فاصله و یا پس از خاتمه دعوی اصلی متحمل خواهد شد، حفظ نموده و مادر را نیز از این دغدغه خارج سازیم. مگر اینکه احتمال دهد که مادر در طول مدت ملاقات فرزند، او را مخفی ساخته یا از استرداد طفل به پدر خودداری خواهد نمود که در این صورت باید برای صدور دستور موقت ملاقات طفل، خسارت احتمالی تعیین و از زوجه (مادر) دریافت کند.

علاوه بر مطالب فوق ماده ۳۲۳ آ. د. م. جدید نیز مقوم این استدلال است. چه مطابق این مستند قانونی که بر تمامی قرارهای دستور موقت حاکمیت دارد، خواه جهت صدور دستور موقت، خسارت احتمالی اخذ شده باشد و خواه چنین تأمینی گرفته نشده باشد، بار ادعای خواهان در ماهیت دعوی اصلی، متقاضی دستور موقت به جبران خسارتی که طرف دعوی در اجرای دستور موقت متحمل شده، محکوم خواهد شد. بنابراین خواه تأمین مناسب اخذ گردد یا نگردد، در نهایت وصول این خسارت موقوف به مطالبه آن از طریق اقامه دعوی است. البته تأمین مناسب مآخوذ تنها این اثر را دارد که خسارت ناشی از اجرای دستور موقت که نهایتاً و احتمالاً مورد حکم دادگاه قرار می‌گیرد، در اجرای ماده ۳۲۴ آ. د. م. جدید از محل تأمین تودیعی و مآخوذ استیفاء خواهد شد.

التهایه با توجه به موضوع ستوال مطروحه، اعتقاد نگارنده بر آن است که دستور موقت و قرار فوری موضوع ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده از مصادیق دستور موقت ماده ۳۱۰ به بعد آ. د. م. جدید محسوب می‌گردد

فی المثل اصولاً در مورد ملاقات فرزند توسط مادر طفل که موضوع دستور موقت قرار می‌گیرد و علیه زوج به مرحله اجرا درمی‌آید، خسارتی قابل تصور نیست و برعکس در بسیاری موارد تا تعیین تکلیف نهایی دعوی طلاق، صدور دستور موقت دائر بر ملاقات طفل با مادر، موجب می‌گردد که کودک را از صدمات روحی که احتمالاً در این فاصله و یا پس از خاتمه دعوی اصلی متحمل خواهد شد، حفظ نموده و مادر را نیز از این دغدغه خارج سازیم

است. چنانچه در فرض سؤال آمده اینگونه برداشت می‌شود که طراح سؤال فرض بر ضرورت و فوریت صدور دستور موقت دارد. بنابراین چنانچه صدور دستور موقت در فرض سؤال با موانعی روبه‌رو نشود، صدور دستور موقت الزامی خواهد بود. بد نیست به موانع صدور دستور موقت در فرض سؤال نیز بپردازیم تا بتوانیم نسبت به موضوع با اشراف کافی تصمیم‌گیری صحیح و معقول و قانونی و شرعی اتخاذ نماییم.

موانع صدور دستور موقت در فرض سؤال عبارتند از:

۱- موانع قانونی: چنانچه قانوناً حضانت بر عهده زوج یا زوجه یا شخص ثالثی باشد در حین صدور دستور موقت باید توجه داشت که این حق قانوناً متعلق به چه کسی یا کسانی است و حق و حقوق متعلقه به صاحب حق یا صدور دستور موقت مخدوش یا سلب نشود به عبارت دیگر قاضی حق صدور دستور موقت را قانوناً داشته باشد و از موارد رد درخواست دستور موقت نباشد. مثلاً حضانت فرزندان تا هفت سالگی با زوجه است.

۲- زوجین یا هر یک از آنان به علل قانونی و شرعی از ناحیه مراجع قضائی تا صدور رای قطعی یا غیر قطعی از حضانت یا ملاقات طفل محروم نشده باشد از جمله به علل جنون یا اعتیاد به مواد مخدر و احراز عدم شایستگی آنان یا یکی از آنان در حضانت طفل به علت یا علل دیگر.

۳- سایر علل: مثلاً سابقه‌دار بودن زوجین یا یکی از آنها به طور کلی متقاضی دستور موقت به قتل عمد و یا آدم‌ربایی، سرقت در سرقت مسلحانه، اخذ مال به عنف و غیره که احتمال ربودن طفل جهت باج‌خواهی و سایر مقاصد سوء را به وجود می‌آورد یا متقاضی دستور موقت جهت حضانت و ملاقات طفل وجود داشته باشد یا در حبس بودن یا مفقود الاثر شدن زوجین یا هر یک از آنان و غیره که حضانت یا ملاقات طفل را برای متقاضی ممکن و میسر ننماید.

۴- تجمع علل: ممکن است زوجین یا یکی از آنان را به طور کلی متقاضی صدور دستور موقت به علل و جهات گوناگون صلاحیت حضانت یا ملاقات طفل را نداشته باشد.

بنابراین تشخیص ضرورت و فوریت صدور دستور موقت با دادگاه است که باید به درخواست متقاضی با در نظر گرفتن کلیه اوضاع و احوال و موانع قانونی و تجویز قانونی یا شرعی اقدام به صدور یا رد دستور موقت نماید. اما در صورت صدور دستور موقت آیا نیاز به اخذ خسارت احتمالی هست یا خیر؟

اولاً- باید توجه داشت حضانت و ملاقات از امور غیر مالی هستند لذا ما را در «تعیین میزان خسارات احتمالی» با مشکل مواجه می‌نمایند. ثانیاً- در مواردی که زوجین یا یکی از آنان یا شخص ثالث چنین درخواستی را که در فرض سؤال است از دادگاه بنمایند و مورد هم از موارد صدور دستور موقت باشد و متقاضی دارای شخصیت اجتماعی یا مذهبی و دینی و فرهنگی یا سیاسی بوده و فرد مورد اطمینانی از نظر عامه مردم و جامعه باشد چون در جامعه اسلامی اصل بر طهارت معنوی و برائت است و با توجه به سایر اوضاع و احوال دادگاه تشخیص دهد که صدور این دستور نیازی به اخذ خسارت احتمالی ندارد لذا اخذ خسارات احتمالی «ضرورتی» نخواهد داشت. مثلاً: چنانچه زوجه معلم یا عضو شورای اسلامی و یا نماینده مجلس شورای اسلامی و یا از سایر شخصیت‌های اجتماعی و سیاسی و فرهنگی شناخته شده باشد و هیچ‌گونه سوء سابقه‌ای نداشته باشد بلکه شهرت به حسن اخلاق و رفتار داشته باشد و به طرق گوناگون مورد وثوق جامعه و عامه مردم باشد در صورت مطالبه حضانت یا ملاقات نیازی به اخذ خسارت احتمالی نخواهد بود یا در موردی که مثلاً بچه در دوران شیرخواری باشد و

به اخذ تأمین برای صدور دستور می‌نماید لکن در ماده ۲۰ قانون حمایت از خانواده مقررات دیگری وضع شده و صدور دستور موقت برای حضانت یا ملاقات طفل منوط به اخذ تأمین نشده است با توجه به اینکه محاکم خانواده قانوناً ملزم به رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشند و در خصوص موضوع سؤال در قانون حمایت از خانواده که قانون خاص است مقررات ویژه‌ای در نظر گرفته شده لذا به نظر می‌رسد که نمی‌توان دستور موقت را در این دو مورد با هم مقایسه کرد و موضوع منصرف از ماده ۳۱۹ قانون فوق می‌باشد و دادگاه تکلیف ندارد برای صدور دستور موقت از خواهان تأمین اخذ نماید.

آقای پسندیده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):

با عنایت به مدلول ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد که اخذ خسارت احتمالی در دعوا، از جانب خواننده برای دادگاه تکلیف نمی‌باشد. چنانچه دادگاه دعوی خواهان را مطابق با قانون و وارد تشخیص دهد ممکن است تولید خسارت از این دعوا را منتفی تلقی کند. بنابراین از اخذ خسارت احتمالی در پی درخواست خواننده، از خواهان پرهیز نماید. قسمت اول پاسخ اینکه دادگاه در دستور موقت صادره تکلیف مطلق به اخذ خسارت احتمالی ندارد. پاسخ دیگر اینکه در بحث دعوی غیر مالی، علی‌الخصوص در فرض سؤال (حضانت طفل و ملاقات با طفل) فرض خسارت احتمالی با هاله‌ای از ابهام مواجه می‌باشد. در فرض دعوی حضانت طفل و ملاقات با طفل چطور ممکن است که با معیار مالی و ریالی میزان درخواست را محاسبه کرد. ملاقات طفل و حضانت از او، حق و تکلیف والدین می‌باشد. بنابراین در این دعوا نمی‌توان دعوی خواهان که احد از والدین می‌باشد را منوط به تودیع خسارت احتمالی دانست. چرا که موضوع درخواست ارتباط مستقیم با نظم عمومی دارد. تربیت طفل و ملاقات با طفل آنچنان با نظم عمومی و جنبه عاطفی گره خورده است که محروم کردن والدین از آن حقوق (ملاقات و حضانت) مقرون به صحت نمی‌باشد. خلاصه مطلب اینکه دعوی حضانت و ملاقات طفل رانمی‌توان به خاطر عجز از تودیع خسارت احتمالی مردود اعلام کرد ولی دادگاه می‌تواند به تقاضای خواننده با توجه به اوضاع و احوال حاکم از خواهان تأمین مناسب برای جبران خسارت احتمالی اخذ نماید.

آقای شاه‌حسینی (دادگستری ورامین):

مطابق ماده (۲۰) قانون حمایت خانواده، دادگاه متعاقب تقاضای هر یک از طرفین، قبل از ورود به ماهیت دعوی موضوع حضانت یا ملاقات طفل را مورد رسیدگی فوری قرار می‌دهد و فراری در این خصوص صادر می‌نماید که فوراً قابل اجراست. دستور موقت و قرار دادگاه به معنی دستور موقت خاص که در مواد (۳۱۰) ق. آ. د. م آمده است نمی‌باشد. بلکه تصمیم و قرار دادگاه است که به نحو فوری صادر و اعلام می‌شود و قبل از تصویب قانون آ. د. م ۱۳۷۹، و در زمان حکومت ق. آ. د. م ۱۳۱۸، که صدور دستور موقت با شرایطی خاص و صرفاً با تجویز مقام بالاتر، ممکن بوده است بدون رعایت مقررات فوق قابل اعمال بوده است و اقتضای اتخاذ تصمیم فوری در خصوص اموری مثل ملاقات یا حضانت طفل توجه آن بوده است، با این وصف چون قرار موصوف، دستور موقت به معنی خاص ق. آ. د. م نیست. بنابراین بر خلاف مفاد ماده (۳۱۹) ق. آ. د. م، اخذ خسارت احتمالی در مورد آن ضروری نیست.

آقای محمدی (دادگاه عمومی بخش گلستان):

اولاً- تشخیص ضرورت و فوریت صدور دستور موقت، با دادگاه

بنابراین تشخیص ضرورت و فوریت صدور دستور موقت با دادگاه است که باید به درخواست متقاضی با در نظر گرفتن کلیه اوضاع و احوال و موانع قانونی و تجویز قانونی یا شرعی اقدام به صدور یا رد دستور موقت نماید

که ملاقات طفل و حضانت از او حق و تکلیف والدین است و رسیدگی به این مسائل تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست و از طرفی اخذ خسارات احتمالی ناظر به امور مالی است. بنا به مراتب فوق می‌توان گفت ماده ۲۰ قانون یاد شده تابع مقررات ماده ۳۱۹ ق.آ.د.م نمی‌باشد لیکن بر حسب مورد اگر برای دادگاه ورود خسارتی متصور باشد می‌تواند با تشخیص خود جهت صدور دستور موقت موضوع سؤال تأمین مقتضی اخذ نماید.

نظر دوم (اقلیت): دستور موقت موضوع ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده به مفهوم مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی و مشمول مقررات ماده ۳۱۹ قانون مذکور است زیرا نمی‌توان دستور موقت صادر کرد بدون اینکه خسارات احتمالی اخذ شده باشد ضمن اینکه اخذ خسارت احتمالی ناظر بر تمامی دعاوی اعم از مالی و غیر مالی است که در مورد دعاوی غیر مالی دادگاه باید به تشخیص خود و به نحو مقتضی خسارت احتمالی لازم را اخذ نماید.

سؤال ۳۶۷ ماده ۱۷ قانون گذرنامه اشعار می‌دارد: «دولت می‌تواند از صدور گذرنامه و خروج بدهکاران قطعی مالیاتی و اجرای دادگستری و ثبت اسناد و متخلفین از انجام تعهدات ارزی طبق ضوابط و مقرراتی که در آیین‌نامه تعیین می‌شود جلوگیری نماید.»

سؤال: آیا در صورت عدم تصویب آیین‌نامه مذکور مفاد ماده فوق‌الذکر قابل اجرا است؟

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

پاسخ: به نظر پاسخ مثبت است زیرا:

اولاً - مفاد مصوبه فوق، در حقیقت مدلول یک نص قانونی است که از سوی مجلس شورای ملی وقت به تصویب رسیده و دارای اعتبار قانونی است. جلوگیری از خروج بدهکاران قطعی مالیاتی و اجرای دادگستری و ثبت اسناد و غیره و یا جلوگیری از صدور گذرنامه، نهی و ممنوعیت قانونی است که مورد نص مقنن در ماده ۱۷ قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ قرار گرفته است. بنابراین اجرای این نص قانونی به هیچ وجه موقوف به تصویب آیین‌نامه نیست زیرا اصل جلوگیری از خروج بدهکاران و ممنوعیت و اجرای آن منصوص قانونی است و متوقف بر تصویب آیین‌نامه نیست بلکه صرفاً تشریفات اجرایی این مصوبه در آیین‌نامه باید تعیین شود و مادام که آیین‌نامه مزبور به تصویب نرسد، باید طبق مقررات و ضوابط عمومی، ماده ۱۷ قانون گذرنامه اجرا گردد.

ثانیاً - برخی از دوایر دولتی در مورد جلوگیری از خروج بدهکاران دارای مقررات خاص خود هستند. از جمله ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۳ و بخشنامه شماره ۳۹۷۳/۱۹۷۵/۵-۳۰ مورخ ۱۳۶۹/۱/۲۷ وزارت امور اقتصادی و دارایی در مورد جلوگیری از خروج بدهکاران بانکیها مصوب ۱۳۵۹/۲/۲۰ نیز در مورد ممنوعیت خروج بدهکاران بانکیها مصوب ۱۳۵۹/۲/۲۰ نیز در مورد ممنوعیت خروج بدهکاران بانکیها حکمیت دارد. البته مطابق قانون اخیر بانک مرکزی ایران از طریق دادرسی عمومی تهران خواستار ممنوعیت خروج آنان (بدهکاران) از کشور می‌گردد.

ثالثاً - در مورد ماده ۱۷ قانون گذرنامه، رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۷۶/۸۰/ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۱ (دادنامه شماره ۱۳۶۳) صادر شده که بدین شرح است:

«حکم مقرر در ماده ۱۷ قانون گذرنامه که به منظور حفظ و تأمین حقوق بستانکاران وضع شده است، ظهور در شمول آن به مواردی دارد که بدهکار با هدف امتناع از پرداخت بدهی خود در صدد خروج از کشور باشد و یا به لحاظ خروج او تأمین طلب بستانکار متعسر یا غیرممکن

حضانت هم قانوناً با زوجه است جهت تغذیه صحیح فرزند و غیره لازم است فرزند نزد زوجه باشد چنانچه زوجه درخواست حضانت فرزندش را بنماید و موانع حضانت هم موجود نباشد به نظر اخذ خسارات احتمالی ضرورتی ندارد و در صورتی که احتمال تالی فاسد برود در اینجا منطقی و معقول و قانونی و شرعی است که از باب احتیاط هم که شده باشد جهت صدور دستور موقت اقدام به اخذ خسارات احتمالی نمود اما اینکه میزان خسارات احتمالی به چه میزان باشد و ملاک و معیار اخذ آن چیست به نظر به چند نکته باید توجه نمود:

اول: اینکه طفل یا فرزند مورد حضانت یا ملاقات دختر است یا پسر، زیرا اموت و مذکر در قانون، دیات خاصی دارند و چه بسا پس از صدور دستور موقت و تحویل فرزند به متقاضی جهت حضانت یا ملاقات طفل، طفل یا فرزند از ناحیه متقاضی به قتل برسد یا مورد آدم‌ربایی قرار گیرد که البته اگر چنین شود خسارات معنوی وارده به طرف مقابل متقاضی اصلاً قابل محاسبه نخواهد بود لکن اخذ خسارات احتمالی در حد دیه مقدره را می‌توان به عنوان یک ملاک و معیار در تعیین میزان خسارات احتمالی مد نظر قرار داد. هر چند که این ملاک ناقص است و کامل و مانع و جامع نیست البته چنانچه یکی از زوجین متقاضی صدور دستور موقت باشند سهم آنان از دیه مقدره باید مدنظر واقع شود.

دوم: باید دقت شود که اخذ چه چیزی از متقاضی صدور دستور موقت در بحث، ملاقات و حضانت معقول و متعارف از طفل را تضمین می‌کند و این چیز اعم است از امور مادی و معنوی.

سوم: نباید فراموش کرد که چنانچه متقاضی دستور موقت طفل را موقتاً جهت حضانت یا ملاقات تحویل بگیرد چنانچه طفل را به اشخاصی که قانوناً و شرعاً حق حضانت و نگهداری را دارند مسترد ننماید برابر مفاد ماده ۶۳۲ از قانون مجازات اسلامی مرتکب جرم شده و نسبت به او اعمال مجازات خواهد شد که این نیز خود تضمینی است برای الزام متقاضی دستور موقت نسبت به استرداد طفل که بدان «ضمانت قانونی» گویند.

مجموعاً باید عرض شود که حسب مورد صدور دستور موقت نیاز به اخذ خسارات احتمالی دارد و یا نیازی به اخذ خسارات احتمالی ندارد هر چند قانون‌گذار از کلمه مکلف است یا تکلیف دارد استفاده نموده و دادگاه را موظف به اخذ خسارات احتمالی نموده است که البته این صحیح نیست از قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ به قاضی اختیار داده در صورت «احراز وقوع جرم یا توجه اتهام به شخص یا اشخاصی» با توجه به جمیع اوضاع و احوال اقدام به انتخاب سبک‌ترین قرار تأمین یعنی صدور قرار عدم خروج از حوزه قضایی با قول شرف را بنماید. بنابراین خسارات احتمالی در جایی جهت صدور دستور موقت لازم بلکه ضروری است که به نوعی احساس خطر جانی یا حیثیتی برای طفل وجود داشته باشد که تشخیص این امر به عهده قاضی است.

نظریه اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۶/۹):

ماده ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی از حیث صدور دستور موقت دادگاه را مکلف به اخذ خسارات احتمالی نموده و صدور آن را منوط به سپردن تأمین از ناحیه خواهان کرده است.

اکنون بحث این است که در خصوص دستور موقت موضوع سؤال (ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده) رعایت ماده ۳۱۹ ق.آ.د.م از حیث اخذ خسارات احتمالی الزامی است یا خیر؟ دو نظر ابراز گردید:

نظر اول (اکثریت): قانون حمایت خانواده قانون خاص است و جنبه حمایتی دارد و ماده ۲۰ این قانون که همچنان به قوت خود باقی است تکلیفی جهت اخذ خسارات احتمالی برای دادگاه بیان نکرده است زیرا

گردد و مدلول آن منصرف از خروج الزامی و اجتناب‌ناپذیر اشخاص به واسطه انجام وظایف و ماموریت‌های محوله از طریق سازمان دولتی متبوع است. بنابراین دادنامه شماره ۱۱۶۶ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۵ شعبه دوم تجدیدنظر در حدی که متضمن این معنی می‌باشد موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. . . .»

آقای ذاقلی (مجمع شهید محلاتی):

از لحاظ حقوقی در مواردی که قانون شیوه اجراء را به تصویب آیین‌نامه موکول می‌کند به استناد اطلاق ماده ۲ قانون مدنی که می‌گوید «قوایین یا نوزده روز پس از انتشار لازم‌الاجراء هستند» عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی مانع لازم‌الاجراء شدن قانون نیست و مجری بایستی با فهم عرفی و تفسیر قانون بر اساس اصول و مبانی حقوقی نسبت به اجرای آن قیام کند اما در فرض سئوال موضوع متفاوت از آنچه ذکر شده به نظر می‌رسد زیرا بر اساس ماده ۱۷ قانون گذرنامه قانونگذار به نوعی اجرای این ماده را موکول به تصویب ضوابط و مقررات به وسیله آیین‌نامه کرده است. به نحوی که مقرر می‌دارد «دولت می‌تواند از صدور گذرنامه و خروج بدهکاران . . . طبق ضوابط و مقرراتی که در آیین‌نامه تعیین می‌شود جلوگیری نماید.» بنابراین تا زمانی که ضوابط و مقررات مذکور تهیه و به وسیله آیین‌نامه به اطلاع مجریان نرسد ماده مذکور ابر بوده و قابل اجراء نیست و در حقیقت این ماده مصداق ذیل ماده ۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد «قوایین یا نوزده روز پس از تاریخ انتشار لازم‌الاجراء هستند مگر اینکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجراء مقرر شده باشد.»

آقای یآوری (دادیار دادسرای دیوانعالی کشور):

با توجه به سیاق ماده مذکور، در صورت عدم تصویب آیین‌نامه، مفاد ماده ۱۷ قابلیت اجراء ندارد. به علاوه، مطابق ماده واحده لایحه قانونی ممنوعیت خروج بدهکاران بانک‌ها مصوب سال ۱۳۵۹ بانک مرکزی می‌تواند از طریق دادسرای عمومی تهران خواستار ممنوعیت خروج اشخاص موضوع ماده واحده شود.

بنابراین به نظر می‌رسد تا زمان تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۷ قانون گذرنامه، دولت مستقیماً حق ممنوع‌الخروج نمودن اشخاص را ندارد بلکه در هر مورد باید از طریق دادسرای عمومی تهران اقدام نماید.

نظریه قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۶/۹):

وقتی خود قانون اجراء ماده یا قانونی را منوط به تصویب آیین‌نامه کرده باشد آن ماده یا قانون را نمی‌توان اجرا کرد و در صورت اجراء خلاف قانون عمل شده است زیرا ضابطه و موارد اجراء چنین ماده یا قانونی وجود ندارد یعنی ادامه آن هنوز تصویب نشده است لذا در مورد فرض سئوال باید گفت چنانچه آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۷ قانون گذرنامه تصویب نشده و ضابطه و موارد اجرایی آن مشخص نگردیده و به اطلاع مجریان نرسیده ماده مذکور هنوز ناقص بوده و قابل اجراء نیست.

سوال ۳۶۸ آیا کمیسیون زمین شهری مجاز به تصمیم‌گیری و اعلام موات نمودن اراضی واگذار شده به افراد که مسبوق به مالکیت دولتی است می‌باشد؟

آقای یآوری (دادیار دادسرای دیوانعالی کشور):

با توجه به ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶، کمیسیون ماده ۱۲ نسبت به کلیه اراضی که تا تاریخ ۸۵/۱۱/۲۲ واگذار شده (چه از

جانب دولت و چه اشخاص دیگر) حق اظهار نظر دارد ولی نسبت به اراضی که از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ به بعد توسط دولت به اشخاص واگذار شده بایستی قائل به تفکیک شد به این معنا که اگر دولت در مقام اعمال تصدی زمینی را به غیر واگذار کرده، کمیسیون ماده ۱۲ حق اظهار نظر نسبت به این زمین را دارد ولی در صورتی که دولت در مقام اعمال حاکمیت (مثلاً از طریق وزارت مسکن) زمینی را به دیگری واگذار کرده است کمیسیون حق اظهار نظر مجدد ندارد زیرا این گونه اراضی نوعاً موات بوده و به اعتبار موات بودن به مالکیت دولت درآمده و اگر بنا باشد پس از واگذاری نیز مشمول قانون زمین شهری باشد، نتیجه این خواهد شد که مجدداً به مالکیت دولت درآید و این امر در واقع نوعی استفاده بلاجهت است که از منظر حقوق پسندیده نیست. ضمناً به نظر می‌رسد تبصره ۲ ماده ۱۲ قانون زمین شهری ناظر به وقتی است که زمینی را دولت به عنوان زمین موات واگذار کرده ولی مالک قبلی مدعی است زمین مذکور موات نبوده است.

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

هر چند که به موجب ماده ۶ قانون زمین شهری کلیه زمین‌های موات شهری که در اختیار بنیادها و نهادهای دولتی و غیردولتی می‌باشد در اختیار دولت خواهد بود و از این عبارت نتیجه گرفته می‌شود که اراضی دولتی نیز قابل طرح در کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری می‌باشد. لکن در ذیل ماده مذکور تصریح گردیده که ادارات ثبت اسناد و املاک نباید سند مالکیت اراضی مواتی را که از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد به نام وزارت مسکن انتقال دهند.

بنابراین از این عبارت می‌توان نتیجه گرفت که اراضی مسبوق به سابقه دولتی که از تاریخ فوق واگذار شده باشد هر چند که موات باشند قابل طرح در کمیسیون ماده ۱۲ قانون شهری نمی‌باشد لکن هیچ منعی در خصوص کمیسیون ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور وجود ندارد.

نظریه اکثریت قضات مجمع قضائی ولیعصر (عج):

چون به کمیسیون ماده ۱۲ این اختیار داده شده است بنابراین با توجه به تاریخ مندرج در ماده ۶ قانون زمین شهری حق اعلام موات بودن زمین‌های فوق را دارد و چنانچه شخصی (مالک) مدعی احیای اراضی فوق باشد می‌تواند به نظر کمیسیون مزبور به دادگاه صالح اعتراض نماید و دادگاه پس از بررسی مبادرت به صدور حکم مقتضی می‌نماید.

آقای معدنی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱ تهران):

به موجب ماده ۱۲ قانون زمین شهری تشخیص عمران و احیاء و تاسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. این تشخیص قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد. به موجب ماده ۶ همان قانون کلیه زمین‌های موات شهری اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیردولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. . . . مگر آنکه از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد.

با عنایت به مواد فوق چنانچه زمینی مسبوق به مالکیت دولتی بوده ولی در حال حاضر به تصرف و مالکیت اشخاص درآمده است چنانچه واگذاری این زمین‌ها قبل از ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ از سوی دولت صورت گرفته باشد به موجب ماده ۶ قانون زمین شهری مالکیت این اشخاص فاقد اثر بوده و باید اسناد این زمین‌ها به نام دولت تنظیم شود اما اگر

واگذاری بعد از تاریخ مزبور باشد اسناد مزبور و مالکیت افراد معتبر است و کمیسیون ماده ۱۲ نمی‌تواند نسبت به آنها رسیدگی و اظهار نظر نماید.

آقای پسندیده (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۵ تهران):

توجه به اینکه اراضی موات در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. دولت به عنوان متصدی این امر در تنظیم و تنسیق اراضی اقدام می‌نماید. نحوه اقدام دولت در واگذاری اراضی موات، خارج از مقررات قانونی فرض محال می‌باشد. فرض سؤال هم این است که اراضی موات طبق مقررات دولت به اشخاص خصوصی اعم از حقیقی و حقوقی واگذار شده است، آیا مراجع قانون می‌توانند نسبت به این گونه اراضی واگذار شده به افراد اظهار نظر نمایند یا خیر؟ به نظر می‌رسد که پاسخ منفی است. به موجب ماده ۶ قانون زمین شهری کلیه اراضی موات شهر اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیر دولتی باشد، در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. اداره ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی اسناد آنها را به نام دولت صادر نمایند، مگر آنکه از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت جمهوری اسلامی ایران واگذار شده باشد. به نظر می‌رسد که پاسخ سؤال در این ماده آمده است. از مفهوم مخالف ذیل ماده استنباط می‌شود که اقدامات دولت در جهت واگذاری اراضی به اشخاص اگر بعد از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ انجام شده باشد، قانونی بوده و دارندگان این گونه اراضی، مالک قانونی محسوب می‌شوند به شرط آنکه در فرجه قانونی مذکور در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری نسبت به احیاء اقدام نمایند. در غیر این صورت مالکیت آنها سلب می‌شود. چنانچه مالکین این گونه اراضی نسبت به احیا و عمران ظرف فرجه قانونی اقدام نمایند مالک محسوب شده و هیچ مرجعی از جمله کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری نمی‌تواند نسبت به موات بودن اراضی اظهار نظر نماید.

آقای ذاقلی (مجتمع قضائی شهیدمحلانی):

به موجب قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵ کلیه اسناد و مدارک مربوط به اراضی واقع در خارج از حوزه استحقاقی شهری به استثناء اراضی که توسط دولت جمهوری اسلامی واگذار شده باطل است و مرجع تشخیص موات بودن نیز به استناد تبصره یک همان هیات هفت نفره می‌باشد از طرف دیگر ماده ۶ قانون زمین شهری مقرر می‌دارد کلیه اراضی موات شهری اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد.

تبصره ۲ ماده ۱۲ همین قانون نحوه تشخیص موات بودن اراضی واگذار شده توسط دولت جمهوری اسلامی را نیز با این عبارت که در موقع معاینه محل نوع زمین‌هایی که از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ واگذار شده بدون در نظر گرفتن اعیانی‌های آنها تعیین خواهد شد. به طور تلویحی امکان اظهار نظر نسبت به نوع زمین‌های واگذار شده توسط دولت را نیز پذیرفته است. بنابراین به نظر می‌رسد چه در خصوص اراضی خارج از محدوده شهرها و چه داخل شهرها کمیسیون‌های ماده ۱۲ زمین شهری و هیات‌های هفت نفره می‌توانند در خصوص نوع اراضی مذکور اظهار نظر نمایند اگرچه مسبق به مالکیت دولتی باشند.

آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):

پاسخ به سؤال در فروض مختلف، متفاوت خواهد بود. تشریح مطلب و این فروض را به شرح ذیل بیان می‌داریم:

اولاً - زمین‌های موات از جمله اموالی تلقی می‌شود که مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی، ملک اشخاص نمی‌باشد و به موجب ماده ۲۷ قانون مدنی صرفاً مطابق مقررات مندرجه در آن قانون و قوانین مخصوص (مانند قانون اراضی شهری سال ۱۳۶۰ و قانون زمین شهری مصوب سال ۱۳۶۶) می‌توان آن را به تملک درآورد. از جمله مقرراتی که رعایت آن، مقدمات تملک زمین موات را فراهم می‌کند، واگذاری آن از سوی دولت است که بعد از انقلاب، ضوابط و شرایط واگذاری آن طبق مصوبات قانونی مختلف از قبیل قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری سال ۱۳۵۸ و قانون زمین شهری سال ۱۳۶۶ بیان و اعلام گردید. به علاوه تشخیص و اعلام زمین‌های موات توسط مرجع ذیصلاح (کمیسیون ماده ۱۲ قانون اراضی شهری و قانون زمین شهری در محدوده شهری و کمیسیون هفت نفره در مورد اراضی خارج از محدوده شهری وفق قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵/۴/۳۰) موجب زوال مالکیت زمین شده و قطع نظر از اینکه مالک آن چه کسی باشد، رابطه اعتباری میان ملک و مالک معنون در سند مالکیت را قطع نموده و از بین می‌برد. به ویژه آنکه صدور رای کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری دایره اعلام موات بودن زمین و انقضای مدت اعتراض نسبت به آن، اثر قهرانی داشته و تمامی متصرفات حقوقی و آثار گذشته را کان‌لم یکن کرده و از بین خواهد برد. زیرا با تشخیص موات بودن زمین، کشف می‌گردد که زمین مزبور در زمان سابق اساساً قابلیت تملک و نقل و انتقال توسط اشخاص را نداشته تا به واسطه آن بتوان سند مالکیت اخذ نمود. در تایید قانون لغو مالکیت اراضی و علت تقنین آن، قانونی موسوم به لایحه قانونی انتقال مطالبات اشخاص از بابت اراضی موات شهری در ۱۳۵۸/۷/۱۸ به تصویب رسیده که مطابق مدلول آن، هرگاه مالک زمینی که مشمول قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری قرار دارد، قبل از تشخیص مرجع ذیصلاح و قبل از اعلام موات بودن زمین، آن را به فروش رساند و از بابت ثمن معامله، طلبکار شده و یا وثیقه‌ای بابت طلب خویش اخذ نموده باشد، با تشخیص موات بودن زمین، باقیمانده مطالبات اشخاص (فروشنده یا مالک صوری زمین موات) منتفی و همچنین وثیقه ماخوذه نیز به حکم دادگاه آزاد می‌گردد. این عبارت و نص قانونی که بعداً در تبصره ماده ۵ قانون اراضی شهری سال ۱۳۶۰ و تبصره ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ و همچنین تبصره ۲ ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵/۹/۳۰ تکرار گردید، فی‌الواقع زمین‌های موات را فاقد وصف ملکیت خصوصی شناخته و آن را در تملک هیچ شخصی به جز دولت جمهوری اسلامی نمی‌داند. زیرا اگر مالکیت سابق اشخاص و فروش ملک از ناحیه آنان معتبر می‌بود، هیچ‌گاه طلب ناشی از فروش نباید منتفی شده و وثیقه مزبور نیز نمی‌بایستی آزاد شود چه آنکه اصولاً وثیقه و رهن از جمله عقود عینی هستند که ایجاد حق عینی برای وثیقه گیرنده و مرتهن می‌کنند و با انتقال ملک به ثالث (مانند دولت)، وثیقه و رهن به قوت خود باقی می‌ماند (ماده ۴۵۵ قانون مدنی). در حالی که در خصوص ملک موات این وضعیت صادق نیست.

ثانیاً - صرف انتقال ملک موات از سوی یکی از سازمان‌های دولتی یا شرکت‌های دولتی به اشخاص نمی‌تواند مانع دخالت و تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری گردد. زیرا ممکن است در تصرفات حقوقی و نقل و انتقالی که نسبت به ملک موات صورت می‌گیرد، دولت در قالب یکی از شرکت‌ها و وزارتخانه‌ها یا سازمان‌های دولتی به عنوان یکی از ایادی متعاقبه (به عنوان فروشنده یا خریدار) وجود داشته باشد. بنابراین صرف وجود یکی از سازمان‌های دولتی در عداد ناقلین و یا منتقل‌الیهام ملک مزبور، دخالت کمیسیون ماده ۱۲ را در تشخیص نوع و وصف زمین مزبور از حیث موات بودن یا دایر و بایر بودن منتفی نمی‌سازد و به هیچ وجه نمی‌توان گفت که فروش انتقال از سوی دولت یا یکی از سازمان‌های

اقدامات دولت در جهت واگذاری اراضی به اشخاص اگر بعد از تاریخ ۵۷/۱۱/۲۲ انجام شده باشد، قانونی بوده و دارندگان این گونه اراضی، مالک قانونی محسوب می‌شوند به شرط آنکه در فرجه قانونی مذکور در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری نسبت به احیاء اقدام نمایند. در غیر این صورت مالکیت آنها سلب می‌شود

دولتی، و انگذاری موضوع قانون زمین شهری محسوب می‌گردد. چه احتمال دارد زمین را که دولت به دیگران فروخته، خود از اشخاص دیگری خریداری کرده باشد بدون اینکه از ماهیت موات بودن آن مطلع باشد.

ثالثاً - از ماده ۶ قانون زمین شهری می‌توان به دو نکته مهم دست یافت؛ اول اینکه تشخیص و اعلام موات بودن ملک توسط کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری اثر قهرقایی داشته و با زوال مالکیت ایادی گذشته و فعلی، معطوف به سابق می‌گردد و دیگر آنکه ملک مزبور در صورتی از تشخیص و رسیدگی کمیسیون ماده ۱۲ مصون می‌ماند که از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ به بعد توسط دولت واگذار شده باشد. واگذاری مزبور نیز نه از باب تصدی‌گری دولتی و فروش خصوصی دولت است بلکه دولت در مقام اعمال حاکمیت و در اجرای قوانین آمره حاکمیتی اقدام به واگذاری املاک مزبور می‌کند. در این خصوص دو رای وحدت رویه قابل توجه است:

۱- رای وحدت رویه شماره ۷ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور: «از ماده ۶ قانون اراضی شهری که در تاریخ ۱۳۶۰/۱۲/۲۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده چنین مستفاد است که حقوق و اختیارات و اقتداراتی که به موجب این قانون برای دولت شناخته شده من حیث حق حاکمیت دولت است و بدیهی است که اعمال حق حاکمیت دولت به وسیله سازمان زمین شهری که به موجب اساسنامه مورخه ۱۳۶۱/۳/۳۰ مصوب هیات وزیران تشکیل شده است و به صورت شرکت دولتی اداره می‌شود، موجب تغییر عنوان و وصف حق دولت که از اصل حاکمیت ناشی گردیده و نشأت می‌گیرد، نخواهد بود. با این تقدیر هر نوع دعوی که در اجرای قانون اراضی شهری و وسیله مراجع اجرایی این قانون یا اشخاص حقیقی و حقوقی مطرح شود، دارای وصف دعوی دولت و مشمول بند یک از ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی (سال ۱۳۱۸) بوده و مرجع رسیدگی به گونه دعوی، دادگاه عمومی یا دادگاه شهرستان می‌باشد.»

۲- رای وحدت رویه شماره ۶ مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۷ هیات عمومی دیوان عالی کشور: «... بنابراین قسمت اخیر ماده ۶۹۰ آیین دادرسی مدنی انحصاراً ناظر به موردی است که دستگاه‌های دولتی به اعتبار شخصیت حقوقی دولت طرح دعوا کنند و شرکت‌های وابسته به دولت که دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و بودجه‌های جدا از بودجه عمومی دارند، بر طبق قاعده کلی موظف به پرداخت هزینه دادرسی هستند علیهذا شرکت برق منطقه‌ای ملزم به پرداخت هزینه دادرسی می‌باشد.»

آراء و وحدت رویه فوق نیز حکایت از اعمال حق حاکمیت دولت در اجرای قانون اراضی شهری و قانون زمین شهری دارد و برای دولت به مفهوم کلی، شخصیت حقوقی مستقل و جدا از سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی قائل است.

رابعاً - ماده ۶ قانون زمین شهری صریحاً به موضوع استئوال مطروحه پاسخ گفته است و آن اینکه اولاً - اعلام داشته که کلیه زمین‌های موات شهری اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیردولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. ثانیاً در پاراگراف دوم ماده ۶ قانون زمین شهری آمده که ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی اسناد آنها را به نام دولت صادر نمایند مگر آنکه از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد. بنابراین تنها واگذاری اعتبار دارد که از سوی دولت انجام شده باشد و به علاوه این واگذاری از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ به بعد انجام شده باشد. بنابراین واگذاری‌های قبل از ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ حتی اگر از سوی دولت صورت گرفته باشد با توجه به نص ماده ۶ قانون فوق و اصل ۴۵ قانون اساسی، زمین مزبور را از رسیدگی و اعلام تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین

شهری خارج نمی‌کند. به علاوه نکته دیگر آنکه اگر بعد از ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ زمین موات مزبور از سوی دولت به اشخاص فروخته شده و منتقل شود (نه اینکه در مقام اجرای قانون زمین شهری به اشخاص واگذار شود)، این امر نیز زمین مزبور را از رسیدگی و اعلام تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مستثنی نمی‌کند. زیرا دولت یا سازمان دولتی که زمین مزبور را فروخته و منتقل نموده، در مقام واگذاری آن در اجرای قوانین اراضی شهری یا زمین شهری نبوده است. لهذا اگر بعداً با تشخیص کمیسیون ماده ۱۲، در مورد این زمین، اعلام موات گردد، مالک زمین مزبور می‌تواند به دولت (سازمان دولتی انتقال دهنده) مراجعه و ثمن معامله را به علت فقدان وصف ملکیت خصوصی و بطلان معامله، مسترد نماید. مضافاً اینکه اگر زمین مزبور در تملک دولت (یا یکی از سازمان‌های دولتی) بوده و قبل از اینکه توسط کمیسیون ماده ۱۲ رسیدگی و نوع و ماهیت آن از حیث موات یا بایر یا دایر بودن تشخیص و اعلام گردد، در اجرای ماده ۶ قانون زمین شهری در اختیار دولت قرار گرفته و در اجرای همان قانون (قانون زمین شهری یا قانون اراضی شهری) به غیر واگذار و منتقل شود، کمیسیون ماده ۱۲ نمی‌تواند آن را رسیدگی نموده و در صورت تشخیص به موات بودن زمین، آن را از مالکیت منتقل‌الیه (واگذار شونده) خارج کند. زیرا هم در اجرای قانون زمین شهری و توسط دولت واگذار شده و هم اینکه این واگذاری بعد از ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ صورت گرفته است.

بنابراین پاسخ به سؤال در غیر فرض اخیر، مثبت است و کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مجاز به تصمیم‌گیری و اعلام موات نمودن اراضی مورد انتقال به افراد که مسبوق به مالکیت دولتی هستند، می‌باشد.

نظریه قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۵/۸/۱۱):

به موجب اصل چهل و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، افعال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده و... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید... و برابر اصل چهل و هفتم قانون مذکور؛ «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است ضوابط آن را قانون معین می‌کند.» با عنایت به مراتب فوق و با توجه به فرض استئوال هر چند که ماده ۱ و تبصره ذیل آن از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۵ و اصلاحیه آن به شرح ماده واحده که قبل از قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۰ و ۱۳۶۶ به تصویب رسیده وضعیت مالکیت کسانی را که طبق موازین رژیم سابق در داخل محدوده قانونی شهرها مالک اراضی موات بودند مشخص نموده است.

ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۲۲ شهریور ۱۳۶۶ هم اعلام نموده؛ «کلیه زمین‌های موات شهری اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی یا غیردولتی باشد در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی اسناد آنها را به نام دولت صادر نمایند مگر آنکه از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد.»

بنابراین فقط زمین‌های خارج از محدوده شهری که بعد از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت و در مقام اعمال حاکمیت واگذار شده کمیسیون موضوع استئوال حق اظهار نظر مجدد ندارد. لیکن نسبت به زمین‌های واگذار شده قبل از ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ می‌تواند اقدام نماید. همچنین زمین‌هایی که به افراد مشمول ماده ۷ قانون زمین شهری جهت عمران و احیاء واگذار می‌شود و چنانچه این افراد ظرف مهلت تعیین شده در آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور بدون عذر موجه نسبت به عمران و احیاء آن اقدام نکنند زمین به دولت بازمی‌گردد.

اگر زمین مزبور در تملک دولت (یا یکی از سازمان‌های دولتی) بوده و قبل از اینکه توسط کمیسیون ماده ۱۲ رسیدگی و نوع و ماهیت آن از حیث موات یا بایر یا دایر بودن تشخیص و اعلام گردد، در اجرای ماده ۶ قانون زمین شهری در اختیار دولت قرار گرفته و در اجرای همان قانون (قانون زمین شهری یا قانون اراضی شهری) به غیر واگذار و منتقل شود، کمیسیون ماده ۱۲ نمی‌تواند آن را رسیدگی نموده و در صورت تشخیص به موات بودن زمین، آن را از مالکیت منتقل‌الیه (واگذار شونده) خارج کند