Journal of Comparative Civil Procedure
Vol. 2, Special Issue 2026

Specialised & Scientific Bi-Quarterly
https://www.compcp.ir/

Multiplicity and Differences in the "Nature" of the Grounds for Quashing a Trial Court Judgment in Cassation Proceedings

(Review and Critique of Judgment No. 9609970909100355, Dated October 8, 2017, Issued by Branch 3 of the Iranian Supreme Court)

Nasrin Tabatabai Hesari: Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. **email:** nasrintaba@ut.ac.ir

The multiplicity and differences in the nature of the grounds for quashing a trial court judgment constitute one of the most complex issues in cassation procedure. In addition to the importance of correctly determining the "nature" of a ground for quashing and matching it with the grounds set forth in Article 371, this issue also raises the question of which court has jurisdiction where the Supreme Court quashes a judgment on two different grounds: one being an "incompleteness of investigation," in which case, pursuant to paragraph (a) of Article 401, the case is remanded to the court that rendered the judgment; and the other being an "error in applying the law or a violation of procedural rules," in which case the case must be referred to a court of coordinate jurisdiction. A critical analysis of Judgment No. 9609970909100355 of Branch Three of the Supreme Court demonstrates that, despite the judgment's strength in identifying instances of incomplete investigation, it suffers from a serious defect in determining the "nature of the grounds for quashing" and in invoking the relevant paragraphs of Article 371 of the Code of Civil Procedure. Furthermore, observance of the principles of fair trial, objective impartiality, the principle of jurisdiction of a court of coordinate jurisdiction, the exceptional nature of the jurisdiction of the court that rendered the quashed judgment in cassation proceedings, and the need to maintain public confidence in impartial adjudication require that, where multiple grounds for quashing exist in cassation proceedings, jurisdiction should lie with a lower court of coordinate jurisdiction.

Keywords: Compliance with statutory requirements, Gratuitous expropriation, Public service per-capita levy, The court issuing the judgment, Article 101 of the Municipalities Law

دو فصلنامه علمی ـ تخصصی
نوع مقاله: پژوهشی

مجله آیین دادرسی مدنی تطبیقی
https://www.compcp.ir/

تعدد و تفاوت در «ماهیت» جهات نقض رای بدوی در آیین دادرسی فرجامی

(بررسی و نقد رای شماره ۹۶۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۵۵ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۶ شعبه سوم دیوان عالی کشور)

نوشتهٔ
نسرین طباطبائی حصاری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۰۷/۱۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۷/۱۱

چکیده

تعـدد و تفـاوت در ماهیت جهات نقض رای بـدوی یکی از پیچیده ترین مسـائل آیین دارس در مرحله فرجام اسـت که علاوه برآن که در تشـخیص صحیح «ماهیت» جهـت نقض و تطبیق آن با جهات مذکور در ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسـی مدنی دارای اهمیت است، این مسئله را نیز مطرح می‌کند که در فرضی که دیوان عالی کشور رایی را به دو جهت متفاوت نقض می‌کند – یکی «نقص تحقیقـات» کـه مطابق بند الف ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسـی مدنی پرونده بـه دادگاه صادرکننده رای بازمی گردد و دیگری «اشـتباه در تطبیق با قانون یا نقض قواعد دادرسـی» که پرونده به مرجع همعرض باید ارجاع شـود –کدام مرجع صلاحیت رسـیدگی خواهد داشـت ؟ نقد و تحلیل رای شـماره ۹۶۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۵۵ شـعبه سوم دیوان عالی کشور نشـان می‌دهد علی رغم نقطه قوت رای در تشخیص و تفکیک سه ایراد (جهت) مبنای نقض، رای صادره در تعیین «ماهیت» متفاوت جهات نقض و اسـتناد به بندهای ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسـی مدنی قابل نقد است. علاوه برآن، رعایت اصول دادرسـی عادلانه، اصل بی طرفی عینی، اصل صلاحیت دادگاه همعرض و اسـتثنائی بودن صلاحیت دادگاه صادر کننده رای نقض شده در رسیدگی‌های فرجامی و تامین اعتماد عمومی شـهروندان به قضاوت بی طرفانه، صلاحیت دادگاه تالی همعرض را در فرض تعدد جهات نقض در فرجام ایجاب می‌نماید.

کلیدواژه: انطباق با مقررات قانونی، تملک بلاعوض، حق شـوارع، سـرانه خدمات عمومی، شعبه همعرض، دادگاه صادرکننده رای، ماده ۱۰۱ قانون شهرداری ها

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. nasrintaba@ut.ac.ir

مقدمه

فرجـام خواهـی یک طریق شـکایتی با ماهیت منحصر به فرد اسـت که از یک سـو جنبه اصلاحی ندارد و بر همین مبنا دیوان عالی کشـور مرجع درجه سـوم محسـوب نشـده و نمی‌توانـد مجموعه امور را مـورد قضاوت قرار دهد و رای مقتضی در اصلاح رای فرجام خواسـته صادر کند، از سوی دیگر، شکایت عدولی نیز نمی‌باشد و به همین دلیل برخلاف واخواهـی، اعاده دادرسـی و اعتراض ثالث در مرجع صادر کننده رای مورد شـکایت نیز مطرح نمی‌شـود.[1] بلکه حسـب مفاد ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی فرجامی «عبارت اسـت از تشخص انطباق یا عدم انطباق رای مورد در خواست فرجامی با موازین شـرعی و مقررات قانونی». بر همین اسـاس دیوان در مقام فرجام، یا رای را ابرام می‌کند و یا براسـاس یکی از جهات مذکور در بندهای ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسـی مدنی و در راسـتای وظیفه مندرج در ماده ۳۶۶، آن را نقض نموده و به مرجع تالی، جهت صدور رای ارسـال می‌نماید. رأی فرجامی مورد بررسـی، در تاریخ ۱۶/۰۷/۱۳۹۶ از سوی شعبه سوم دیوان عالی کشور صادر شده است. این رأی، دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۵۰۵۰۱۲۳۰ مورخ ۲۳/۱۲/۱۳۹۵ شـعبه پنجم دادگاه عمومی حقوقی شـهرری را نقض کرده و پرونده را برای رسیدگی مجدد به دادگاه صادرکننده رأی منقوض اعاده نموده است. موضوع پرونده، مطالبه بهای عادله روز سـه دانگ مشاع از ۳۸۳۲ مترمربع از پلاک ثبتی ۵۵۸/۱۱۹ بخش ۱۲ تهران است که در تصرف شهرداری منطقه ۲۰ تهران قرار گرفته است.

دیوان عالی کشور رأی دادگاه بدوی را با طرح «استدلال»های که آن را در سه بند مجزا در متن رای تفکیک نموده، نقض کرده و در نهایت به «اسـتناد» بند ۵ ماده ۳۷۱ که یکی از جهات نقض حکم مورد فرجام را «نقص تحقیقات انجام شـده» دانسـته است، پرونده را برای رسیدگی مجدد به شعبه صادر کننده رای منقوض ارجاع داده است. با این حال توجه به دو نکته در مفاد رای دیوان حائز اهمیت اسـت اول آن که به نظر می‌رسـد رأی دیوان در عین برخورداری از یک هسـته صحیح در نقض، در اسـتدلال حقوقی و در تفکیک «نقص تحقیق» از «اشتباه در تطبیق قانون» ودر نتیجه تطبیق «استدلال (۳مورد ایراد مذکور در متن رای)»با «مسـتنند قانونی جهت نقض (بند ۵ م ۳۷۱)» دارای ایراداسـت. امری که حسب مفـاد ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسـی مدنی در تعیین دادگاه صالـح تالی (دادگاه صادرکننده رای یا شـعبه هم عرض) به عنوان مرجع صالح رسـیدگی پس از نقض تاثیر مستقیم دارد و این پرسـش را نیز مطرح می‌کند که در صـورت نقض رای به دلایل متعدد از جمله «نقص

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۱، جلد ۲، ص ۴۱۵.

تحقیقات» از یک سو و «اشتباه در تطبیق با قانون» از سوی دیگر، با توجه به این که حسب مفاد ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی مرجع تالی صالح در این دو مورد متفاوت است چه مرجعی صلاحیت رسیدگی خواهد داشت ؟ دوم: ان که توجه به استدلال‌های شعبه دیوان از نظر ماهوی و نقشی که در تفسیر و بازآموزی قواعد حقوقی دارد توجه به مفاد این رای و نقاط قوت آن ان بر اساس قواعد ماهوی حقوقی را الزامی می‌نماید.

۱. گزارش و رای شعبه سوم دیوان عالی کشور

پرونده حاضر مربوط به دعوای خانم الف. ج، به طرفیت شهرداری منطقه... تهران است که موضوع آن مطالبه بهای روز سه دانگ مشاع از شش دانگ یک پلاک ثبتی به مساحت ۳۸۳۲ مترمربع، به‌اضافه خسارات دادرسی و سایر خسارات وارده بوده است. خواهان با استناد به سند مالکیت خود مدعی بود که مالک سه دانگ مشاع از پلاک ثبتی مذکور است و شهرداری منطقه... تهران بخشی از ملک را در تصرف خود قرار داده و آن را در اجرای طرح‌های عمومی و فضای سبز مورد استفاده قرار داده است؛ ازاین‌رو، با توجه به مراجعات مکرر و عدم پرداخت بهای ملک از سوی شهرداری، تقاضای تعیین و پرداخت قیمت روز سهم خود را مطرح کرد.

در جریان رسیدگی، شهرداری منطقه... تهران طی لایحه‌ای ضمن اعلام مشاعی بودن ملک، به فقدان سابقه افراز ملک مورد نظر اشاره کرده و تاکید داشت عملیات افراز موضوع ماده ۱۰۱ قانون شهرداری نیز در خصوص آن انجام نشده است. به ادعای شهرداری، قسمت مورد بحث از اراضی در طرح قرار داشته و به لحاظ مشاعی بودن ملک، امکان تعیین دقیق محل سهم خواهان وجود ندارد و خواهان صرفاً نسبت به سهم مشاعی خود از کل ملک دارای حق است و نمی‌تواند بهای کل مساحت مورد تصرف را مطالبه کند.

دادگاه بدوی جهت بررسی و ارزیابی ملک، قرار ارجاع امر به کارشناسی را صادر نموده که مطابق نظریه کارشناسی، مساحتی معادل ۳۸۳۲ مترمربع در اختیار و تصرف شهرداری قرار داشت. همچنین سهم خواهان از این مساحت، با لحاظ مالکیت سه دانگ از شش دانگ، معادل ۱۹۱۶ مترمربع تعیین و حسب نظر کارشناس رسمی ارزش میزان سهم سه دانگ خواهان به متراژ فوق در صورت بلامعارض بودن و نداشتن منع شرعی و قانونی نیز تعیین شده است. پس از اعتراض شهرداری منطقه... تهران، هیات سه نفره و سپس پنج نفره کارشناسی به موضوع رسیدگی و نظریه مزبور را با تغییر جزئی در ارزش سهم خواهان تایید نمودند.

پس از انجام تحقیقات و وصول نظریات کارشناسی، دادگاه بدوی اقدام به صدور رای به این شرح نموده است: «... باملاحظه . . مفاد و مندرجات فتوکپی مصدق سند

مالکیت خواهان در پلاک مزبور و احراز مالکیت خواهان... و اظهارات و لوایح طرفین و نظریه کارشناس امور ثبتی... مبنی بر تصرفات خوانده در زمین خواهان و نظریات هیات کارشناسان سه نفره. که میزان و مبلغ ملک مورد تصرف. تعیین نموده و نظریات هیات کارشناسان ۵ نفره. این شعبه که با اکثریت هیات کارشناسان مبلغ و میزان تصرف را جمعا به مبلغ... ریال تعیین نموده... نظر به اینکه مالکیت خواهان در پلاک متنازع فیه بر اساس فتوکپی مصدق سند مالکیت و نظریه کارشناس ثبتی محرز و مسلم بوده و نظریات هیات کارشناسان فوق الذکر تملک ملک خواهان در اجرای طرح عمومی و فضای سبز توسط شهرداری محرز بوده و مورد تایید قرار داده و خوانده با تملک ملک خواهان وجه مورد تصرف خواهان را پرداخت ننموده و دفاعیه خوانده در خصوص شهرداری مردود بوده و... دادگاه با توجه مدیونیت خوانده و احرا تملک و تصرف خوانده در زمین خواهان در اجرای طرح تمک اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری مصوب ۱۳۷۰ و ماده واحده ق نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری مصوب ۱۳۷۰... ضمن پذیرش عوای خواهان حکم به پرداخت مبلغ ۳۹۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته، به‌علاوه مبلغ ۱۵۰۰۰۰۰۰ ریال بابت حق‌الوکاله و هزینه کارشناسی و سایر هزینه‌های دادرسی، در حق خواهان صادر نموده است»

با این‌حال شهرداری منطقه... تهران نسبت به رأی صادره تجدیدنظرخواهی نکرد و درصدد فرجام‌خواهی از آن برآمد. از نظر ماهوی به زعم شهرداری منطقه... تهران اولا، به استناد به ماده ۸ قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، در صورت وجود رهن یا بازداشت نسبت به املاک واقع در طرح، برای صیانت از حقوق دولت، شهرداری و نهادهای عمومی، بهای ملک باید پس از کسر مطالبات مرتهن یا میزان دین و حقوق اشخاص ذی‌حق، در صندوق ثبت یا دادگستری تودیع شود. بنابراین، رفع بازداشت یا فک رهن و تنظیم سند رسمی انتقال، مستلزم تعیین و پرداخت یا تودیع حقوق اشخاص ذی‌حق است. با توجه به وحدت ملاک مقررات مذکور، پرداخت قیمت اراضی و ابنیه داخل طرح، در موارد مشابه که به نحوی از انحا بابت وثیقه دین مدیون در رهن یا بازداشت می‌باشد، به مالک یا صاحب حق، حداقل قبل از کسر مطالبات دائن یا مضمون‌له و رفع موانع انتقال صحیح نمی‌باشد؛ زیرا در غیر این صورت، شهرداری ناگزیر خواهد بود هنگام تنظیم سند انتقال اجرایی، دین مدیون را پرداخت یا تودیع نماید تا با فک رهن یا رفع اثر از بازداشت ملک، موانع تنظیم سند رسمی به نام شهرداری مرتفع شود. ثانیا، حسب اطلاع واصله، به دلیل عدم پرداخت مطالبات خوانده فرجامی، بدهی وی به بانک که با رهن ملک مذکور تضمین شده است،

افزایش یافته و ملک همچنان در رهن بانک قرار دارد. با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، مرتهن نسبت به مال مرهونه دارای حق عینی و نسبت به وصول طلب خود حق تقدم دارد. همچنین، با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در صورت وجود رهن، تصمیم‌گیری درباره پرداخت قیمت روز عین مرهونه باید با رعایت حقوق مرتهن صورت گیرد. در مانحن‌فیه نیز با توجه به قواعد قانونی و عرفی و ماده ۲۲۰ قانون مدنی، پرداخت بهای ملک و سپس تنظیم سند رسمی به نام شهرداری، بدون تعیین تکلیف حقوق مرتهن، مقدور نیست. ثالثا، از آنجا که در ملک مذکور مجتمع مسکونی احداث شده است؛ به‌گونه‌ای که واحدهای متعدد در تصرف خریداران ثالث قرار داشته است، ازاین‌رو، پس از رفع حالت اشاعه، فک رهن، اخذ پایان‌کار، تنظیم صورت‌مجلس تفکیکی و انجام سایر تشریفات قانونی، ناگزیر از انتقال اسناد تک‌برگی واحدها به خریداران خواهند بو، لذا پلاک ثبتی مذکور دارای ایادی معارض است و هیأت کارشناسی با شرط نداشتن معارض، ارزش قسمت واقع در طرح را ارزیابی کرده‌اند تا اقدامات قانونی لازم در خصوص انتقال و تعیین تکلیف حقوق اشخاص ذی‌نفع انجام شود. رابعا، مطابق ماده‌واحده و تبصره‌های یک و دو قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، ارزیابی ملک توسط هیأتی مرکب از سه کارشناس رسمی دادگستری مورد وثوق، شامل یک نفر به انتخاب شهرداری، یک نفر به انتخاب مالک یا صاحب حق و نفر سوم با توافق طرفین تعیین می‌شود و در صورت عدم توافق، دادگاه کارشناس سوم را انتخاب خواهد کرد. نظر هیأت با اکثریت آرا لازم‌الاجرا و قطعی است. همچنین، در صورت عدم توافق در انتخاب کارشناس، دادگاه صالح نسبت به انتخاب کارشناس سوم اقدام خواهد کرد. حال آنکه در پرونده حاضر رئیس دادگاه بدوی رأساً نسبت به معرفی کارشناسان اقدام کرده است.

پرونده جهت رسیدگی به دیوان عالی کشور ارسال که به شعبه پنجم ارجاع گردید. هیأت شعبه تشکیل و پس از قرائت گزارش آقای عبدالرضا کریمی صحنه سرایی عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده در خصوص دادنامه فرجامخواسته مشاوره نموده چنین رأی صادر نمود:

۱. رای شعبه سوم دیوان

«با توجه به خواسته و محتویات پرونده رسیدگی دادگاه ناقص و بر آن اشکالاتی وارد است ۱- چون موضوع مطالبه بها اراضی و تملیک آن به شهرداری است حسب تبصره یک ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه املاک و اراضی مورد نیاز شهرداریها مصوب ۲۸/۸/۱۳۷۰

بـدواً ارزیابی املاک طبق تشـریفات مقرره در تبصره مزبور و تبصره‌های بعدی آن باشـد فرجام خوانده در دادخواست مدعی است نسبت به آن عمل کرده لیکن پرونده حکایتی از آن ندارد و آن مورد اعتراض شـهرداری اسـت لیکن دادگاه رأساً در جلسه مورخ ۲۲/۲/۹۵ آن را به هیأت کارشناسـی ارجاع نموده اسـت. ۲- چون خواسـته مطالبه بها اراضی است لازمه آن احراز مالکیت مشاعی و وضعیت ثبتی و استعلام تفصیلی جریان ثبتی آن می‌باشد در ایـن مورد اقدامی صورت نگرفته اسـت به ویژه اینکه تصویر اسـناد مالکیت حکایت از رهن بودن اراضی دارد شـهرداری مدعی اسـت که اراضی در رهن بانک رفاه کارگران میباشد وکیل فرجام خوانده هم در لایحه ی دفاعیه منکر آن نشده است لذا باید معلوم گردد اراضی در رهن هسـت و شرایط آن چیست مطالبه سـند رهنی و استعلام ثبتی آنرا روشن میکنند در نظریه احد از کارشناسان آمده که برای آن اجرائیه هم صادر شده است اگر رهن بودن اراضی مورد نزاع صحت داشـته باشـد نظر به اینکه مقصود فرجام خوانده از طرح دعوی مطالبه قیمت روز آن و تملیک اراضی به شـهرداری است و آن با رهن بودن اراضی مقدور نیسـت مگر با رضایت مرتهن زیرا عین مرهونه وثیقه دین راهن اسـت و مرتهن بر آن حق عینی دارد و به همین جهت طبق مقررات قانون مدنی در وصول طلب خود بر بقیه بستانکاران دارای حق تقدم در وصول طلب خود از محل عین مرهونه است و حسب ماده ۷۹۳ قانون مزبور هر گونه تصرف راهن در عین مرهونه بدون رضایت مرتهن نافذ نیسـت فـروش و واگـذاری عین مرهونه توسـط راهن فرد اجلای تصرف در عیـن مرهونه تلقی می‌شود که وفق ماده مزبور و رأی وحدت رویه شماره ی ۶۲۰-۲۰/۱/۱۳۷۶ هیات عمومی دیوان عالی کشـور با حقوق مرتهن منافات دارد و در نظریات کارشناسان هم تعیین قیمت بدون لحاظ مراتب و حقوق دیگران صورت گرفته اسـت. ۳- فرجام خواه مدعی است که در اراضی مزبور احداث سـاختمان شده و لازمه آن صدور پایان کار و لحاظ مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی شهرداری است که تا قسمتهایی که در مورد مزبور و تبصره‌های ذیل آن برای شهرداری تعیین و بلاعوض جزء خدمات شهرداری است مشخص گردد که بدون آن سهم قطعـی مالـک قبل از افراز و صدور پایان کار و فروش آن به شـهرداری و اخذ ثمن واقعی اراضی محل اشکال است در این مورد دادگاه قدر متیقن باید به ابهامات رسیدگی و با لحاظ موانـع قانونی آن اتخاذ تصمیم نماید. لذا قبل از رسـیدگی بـه مراتب مزبوره صدور حکم خلاف محتویات پرونده و قوانین موضوعه است مستنداً به مراتب فوق الذکر و بند پنج ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه صادره نقض و رسیدگی بعدی با لحاظ بندهای الف مواد ۴۰۱ و ۴۰۵ همان قانون به دادگاه صادر کننده رأی محول می‌شود. »

۲. توجیه و نقد رای شعبه سوم دیوان عالی کشور

۲-۱- تطبیق «ایرادات سه گانه مبنای نقض رای بدوی» با ماهیت «جهات نقض مذکور در ماده ۳۷۱ ق. آ. د. م» و تاثیر آن بر صلاحیت مرجع تالی

بررسی مفاد رای شعبه سوم دیوان عالی کشور نشان می‌دهد نقض رای دادگاه بدوی به سه ایراد اصلی مبتنی بر سه «استدلال» مجزا به شرح زیر مستدل و مستند شده است:

ایراد اول: عدم احراز تشریفات مقرر در تبصره یک ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۸:

تبصره یک ماده واحده فوق الذکر مقرر می‌دارد که قیمت روز توسط هیأتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌شود: یک نفر به انتخاب شهرداری، یک نفر به انتخاب مالک، و نفر سوم به انتخاب طرفین. در صورت عدم توافق در انتخاب کارشناس سوم، دادگاه صالح اقدام به معرفی کارشناس می‌کند.

در این پرونده، دادگاه بدوی بدون رعایت این ترتیبات، رأساً و یک‌جانبه هیأت کارشناسی را تعیین کرده است. این اقدام، مغایر با منطوق تبصره ۱ ماده واحده ۱۳۷۰ است. شعبه سوم دیوان نیز با لحاظ آن که « . . حسب تبصره یک ماده واحده. . بدوا ارزیابی املاک طبق تشریفات مقرره در تبصره مزبور و تبصره‌های بعدی آن (باید) باشد. . . لیکن دادگاه راسا . . به هیات کارشناسی ارجاع نموده است. . » رای بدوی را نقض نموده است

ایراد دوم: عدم احراز مالکیت مشاعی خواهان و عدم استعلام وضعیت و جریان ثبتی ملک با توجه به ادعای وجودحق رهن برای بانک به عنوان شخص ثالث در سند مالکیت و اشاره کارشناس دادگستری به صدور اجرائیه و عدم توجه به قیمت تعیین شده توسط کارشناس، با تاکید به اینکه قیمت بدون لحاظ حقوق دیگران (مرتهن) و وجود حق معارض تعیین شده است.

ایراد سوم: وجود ابهام در شمول مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی شهرداری مبنی بر تملک بلاعوض : دیوان در بند ۳ رأی خود آورده است: «فرجام‌خواه مدعی است که در اراضی مزبور احداث ساختمان شده و لازمه آن صدور پایان کار و لحاظ مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی شهرداری است که تا قسمت‌هایی که در مورد مزبور و تبصره‌های ذیل آن برای شهرداری تعیین و بلاعوض جزء خدمات شهرداری است مشخص گردد که بدون آن سهم قطعی مالک قبل از افراز و صدور پایان کار و فروش آن به شهرداری و اخذ ثمن واقعی اراضی محل اشکال است. »

در حالی که قضات شعبه ۳ دیوان هر سه ایراد را از جنس نقص تحقیقات دانسته و مستدل به بند ۵ ماده ۳۷۱ و بند الف ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه تالی جهت

رسیدگی را دادگاه صادر کننده رای بدوی دانسته اند، تحلیل مفاد این سه ایراد مبنای نقض رای، نشان می‌دهد «ایرادهای اول و سوم» ماهیت متفاوتی با «ایراد دوم » دارند و در نتیجه مستند قانونی شعبه سوم در ارجاع به دادگاه تالی دارای ایراد است.

توجه به مفاد ایراد دوم مبنای نقض رای بدوی نشـــان می‌دهد، بدون تردید این ایراد از جنس «نقص تحقیقات» مصداق بند ۵ ماده ۳۷۱ می‌باشد و دادگاه بدوی مکلف بوده است وضعیت مالکیت خواهان، وجود رهن، بازداشـــت یا ســـایر حقوق عینی تبعی را در جهت تعیین وضعیت دقیق حقوقی ملک از طریق استعلام وضعیت و جریان ثبتی آن احراز نماید. امـــوری کـــه عدم توجه به آن موجب ابهام در ذی حقی و میزان اســـتحقاق خواهان خواهد شـــد که مصداق بارز نقص در تحقیقات می‌باشـــد. علاوه برآن، علی رغم ان که شـــهرداری در لایحه دفاعیه خود به وجود رهن و صدور اجرائیه اشـــاره کرده و خواستار لحاظ حقوق مرتهن شـــده است و نظریه کارشناسی نیز صدور اجرائیه توسط مرتهن را مورد اشاره قرار داده است، دادگاه بدوی به این دلایل و مدافعات خوانده توجه ننموده است. بنابراین مستند این قسمت از استدلال مبنای نقض رای بدوی در دیوان، بند ۵ ماده ۳۷۱ ق. آ. د. م. می‌باشد

در حالـــی که توجه به ایراد اول و ســـوم مبنای نقض رای، نشـــان از «ماهیت متفاوت» آنهاست:

ایراد اول یعنی عدم رعایت تشـــریفات مقرر در تبصره ۱ماده واحده ۱۳۷۰ در انتخاب کارشناســـان را نمی‌توان «نقص تحقیقات» دانست. زیرا تبصره مزبور ترتیب خاصی برای انتخاب کارشناسان تعیین کرده که یک حق ایین دادرسی مبنی بر انتخاب کارشناس توسط خودشان برای طرفین ایجاد می‌کند و هدف ان تضمین بی طرفی و صحت نظریه کارشناس است. دادگاه نمی‌تواند حق اصحاب دعوا در انتخاب کارشناس را نقض کند. بنابراین عدم رعایت تشریفات قانونی انتخاب کارشناس، نه یک «تحقیق ناقص» بلکه نقض قاعده آمره و اصل دادرســـی اســـت و ناظر به «عدم رعایت تشـــریفات مقرر در قانون» مزبور است که بدون تردید «امری شـــکلی» اســـت. در حقیقت این ایراد شعبه سوم دیوان عالی کشور یک ایراد شکلی محض است که به نحوه انجام دادرسی مربوط می‌شود و مصداق جهت نقض مذکور در بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد.

در حالی که دادگاه بدوی موضوع را منطبق بر قانون نحوه تملک اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شـــهرداری و ماده واحده ق نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شـــهرداری مصوب ۱۳۷۰ دانسته است که به موجب این قوانین تملک شهرداری، «تملکی معوض و در ازای پرداخت بهای ملک» به مالک می‌باشد، مفاد ایراد سوم مبنای نقض نشان می‌دهد؛ دیوان عالی کشور در این امر که آیا قانون مناسب و منطبق بر موضوع دو قانون فوق

الذکر اســت که تملکات شهرداری به موجب آن معوض و با پرداخت وجه ممکن است و یا موضوع دعوا مشمول ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری است که تملکات شهرداری بر مبنای آن غیر معوض می‌باشــد، دچار ابهام شده است. با این توضیح که مطابق با ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری هاو تبصره‌های ذیل آن در موقع تقاضای تفکیک یا افراز اراضی واقع در محدوده و حریم شهرها با مساحت بیش از ۵۰۰ متر، شهرداری برای تامین سرانه فضای عمومی و خدماتی تا سقف ۲۵ در صد و برای احداث شوارع و معابر عمومی شهر تــا ۲۵ درصد از باقیمانده اراضی را به طــور «بلاعوض تملک» می‌کند. هر چند نحوه بیان رای نشــان می‌دهد این امر برای قضات محترم شــعبه ســوم، دارای ابهام بوده است که ایا موضوع منطبق با کدام قانون بوده اســت، اما بدون تردید «انطباق یا عدم انطباق موضوع با قانونی خاص» و «تشخیص قانون ماهوی حاکم بر موضوع دعوا»، نقص تحقیقات به شمار نمی‌آید و مصداق بند دوم ماده ۳۷۱ یعنی نقض رای بدوی به علت خلاف مقررات قانونی بودن می‌باشــد. زیرا این ایراد مبنای نقض از نظر دیوان، مربوط به قانون مناســب و منطبق بر موضوع دانســته شده اســت و بنابراین رای فرجام خواسته را که به استناد قانون دیگری (قانون نحوه تملک اراضی و املاک مورد نیاز شهرداری‌ها و ماده واحده نحوه تقویم) صادر شــده اســت بر خلاف قانون می‌داند و در ایراد ســوم از دادگاه تالی بررسی امکان انطباق موضوع با قانون دیگر یعنی ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری‌ها را خواسته است.

اهمیت توجه به تفاوت در «ماهیت ایراد اول و سوم» با «ماهیت ایراد دوم» در آن است که به موجب ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی صرفا در موردی که نقض رای فرجام خواسته به جهت «نقص تحقیقات» مذکور در بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرســی مدنی باشــد، رای پس از نقض جهت رسیدگی مجدد به دادگاه صادر کننده آن ارجاع می‌شود. لکن در بقیه موارد نقض، پرونده به شعبه دیگری (شعبه هم عرض) ارجاع می‌گردد (بند ج ماده ۴۰۱)[1].

بنابراین، رای از این جهت قابل نقد است که به تفاوت در ماهیت ایرادات مبنای نقض رای فرجامی توجه نشــده است و قضات محترم هر ســه ایراد را مصداق نقص تحقیقات دانسته و پرونده را به همان شعبه صادر کننده رای پس از نقض ارجاع داده اند. در حالی که تحلیل فوق نشان داد دو ایراد مبنای نقض رای، ماهیت نقص تحقیقات ندارد.

تعــدد و تفاوت در ماهیــت مبانی نقض رای بدوی یکی از پیچیده ترین مســائل آیین دادرســی در مرحله فرجام را مطرح می‌کند: در فرضی که دیوان عالی کشــور رایی را به دو جهــت متفاوت نقض کند - یکی «نقص تحقیقــات» که مطابق بند الف ماده ۴۰۱ به دادگاه

۱. در مواردی که نقض رای به دلیل عدم رعایت صلاحیت ذاتی باشد پرونده به دادگاه صالح ارجاع می‌شود (بند ب م ۴۰۱)

صادرکننده رای بازمی گردد. دیگری «اشتباه در تطبیق با قانون یا نقض قواعد دادرسی» به مرجع همعرض باید ارجاع شود – کدام مرجع صلاحیت رسیدگی خواهد داشت ؟

در نگاه اول ممکن است این طور به نظر رسد که مرجع تالی صالح در فرض تعدد جهات نقض، بر اساس تقدم «نقص تحقیقات» بر سایر جهات؛ تعیین می‌گردد و از این رو مطابق بند الف ماده ۴۰۱ ق. آ. د. م. ، رسیدگی مجدد به آن، به دادگاه صادرکننده ارجاع می‌شود. دلیل این امر هم «ماهیت» نقص تحقیقات است. زیرا تا زمانی که تحقیقات کامل نشده است، گویی هنوز دادگاه به تصمیم نهایی نرسیده است و بنابراین، اساسا امکان «تطبیق صحیح قانون بر واقعیت و موضوع دعوا» وجود ندارد.[1] بر اساس این رویکرد «نقص تحقیقات»، یک جهت مقدم و «اشتباه در تطبیق قانون» را باید یک جهت موخر دانست و در فرض مورد بررسی، دادگاه صالح را دادگاه صادرکننده رای منقوض دانست.

هر چند این استدلال که دادگاه در فرض نقص تحقیقات هنوز به تصمیم نهایی نرسیده است، در نگاه اول منطقی به نظر می‌رسد اما در فرضی که جهات نقض متعدد است، کامل نیست. زیرا وقتی «اشتباه در تطبیق قانون» و یا « عدم رعایت اصول دادرسی» نیز وجود دارد، دادگاه صادرکننده نه فقط «به تصمیم نهایی نرسیده» بلکه «در تصیمم حقوقی خود دچار خطا» شده است. بنابراین «تکمیل تحقیقات» توسط همان شعبه، مسئله را حل نمی‌کند و خطای حقوقی در تطبیق قانون نیز باید اصلاح شود.

در مقابل دیدگاه نخست، تدقیق در مفاد ماده ۴۰۱ قانون ایین دادرسی مدنی ما را به پاسخ دیگری رهنمون می‌کند. پس از ان که مقنن در ماده ۳۷۱ ق. ا. د. م، پنج مورد جهات نقض را در ۵ بند تفکیک می‌نماید، در بند الف م ۴۰۱ همان قانون در مقام بیان دادگاه صالح جهت رسیدگی به رای منقوض صرفا در یک مورد (نقص تحقیقات– قسمتی از بند ۵) رسیدگی مجدد را در صلاحیت دادگاه صادرکننده رای قرار داده است، اما در همان ماده در سایر موارد نقض ارجاع به دادگاه دیگر را پیش بینی نموده است. عبارت «سایر موارد» در بند ج ماده مزبور، یک عنوان عام است که تمام جهات نقض به جز«نقص تحقیقات» و «عدم صلاحیت» را در برمی گیرد. امری که نشان می‌دهد در رسیدگی فرجامی، مقنن اصل را بر عدم صلاحیت شعبه صادر کننده رای منقوض دانسته و مستفاد از بند ج ماده ۴۰۱ «قاعده عام در رسیدگی فرجامی» را «صلاحیت دادگاه همعرض» قرار داده است. همین رویکرد در ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری هم قابل ملاحظه می‌باشد و مقنن به طور استثنائی و صرفا در فرض نقض رای به جهت نقص تحقیقات، صلاحیت مرجع صادر کننده رای را پذیرفته است. بنابراین اگر دیوان رای را هم به علت نقص تحقیقات و

۱. مستفاد از نظریه مشورتی شماره ۹۲۳/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۲ اداره حقوقی قوه قضائیه

هم به علت دو ایراد مستقل دیگر یعنی تخلف از قانون و اصول دادرسی نقض کرده باشد، می‌توان استدلال نمود که پرونده از مصادیق «سایر موارد نقض» مندرج در بند ج ماده ۴۰۱ است و ارجاع به شعبه دیگر با توجه به مجموع جهات نقض قابل دفاع است.

هر چند این نتیجه از نص ماده ۴۰۱ به طور صریح و قطعی درباره اجتماع جهات نقض به دست نمی‌اید، اما استدلال مزبور با مبانی «تضمین بی طرفی عینی»[1] و «حفظ اصل دادرسی عادلانه » انطباق دارد. زیرا اگر پرونده پس از نقض رای به «همان شعبه» صادر کننده رای منقوض ارجاع شود این خطر وجود دارد که قاضی با تعصب و پیش داوری نسبت به رای خود اقدام کند یا تمایل به توجیه تصمیمی قبلی داشته باشد و از بی طرفی خارج شود. در حقوق آیین دادرسی صرف بی طرف بودن شخصی قاضی (بی طرفی ذهنی) کافی نیست بلکه باید « ظاهر بی طرفی» نیز حفظ شود.[2] قاضی شعبه همعرض هیچ وابستگی روانی یا حرفه ای به تصمیم قبلی ندارد و با نگاه تازه ای پرونده را رسیدگی خواهد نمود.[3] باید دقت داشت که «ادراک عمومی از بی طرفی» و تقویت «اعتماد عمومی به وجود بی طرفی» را نیزمی توان یکی دیگر از مبانی این قاعده دانست.[4] در مواردی که پرونده به همان دادگاه رای منقوض ارجاع می‌شود، ممکن است این تصور برای طرفین دعوا ایجاد شود که قاضی به دنبال توجیه تصمیم قبلی خود بوده است نه کشف حقیقت. این خطر به ویژه در جایی که قاضی در تشخیص قانون مناسب با موضوع اشتباه کرده باشد یا فرایندهای دقیق دادرسی را رعایت نکرده باشد بیشتر خواهد بود. قانون گذاران در نظام‌های حقوقی متفاوت این تفکر را به شکل‌های متفاوتی نهادینه نموده اند. قانون سازمان قضایی فرانسه[5] قاعده را بر ارجاع به مرجع دیگراز همان نوع یا همان دادگاه با ترکیب متفاوت قضات، در فرجام خواهی قرار داده است تا از تاثیر رای منقوض بر رسیدگی مجدد خودداری کند[6] و اصل بی طرفی عینی به عنوان یکی از اصول دادرسی عادلانه را به بهترین نحو تامین نماید. اهمیت

1. Objective Impartiality
2. European Court of Human Rights, De Cubber v. Belgium, Application no. 9186/80, Judgment of 26 October 1984, § 26.
3. Delcourt v. Belgium, Application no. 2689/65, Judgment of 17 January 1970, § 31.
4. Dias, Noel, and Roger Gamble. “Independence, Impartiality and Scrutiny: The Essence of Fair Trial Protection. ” Sri Lanka J. Int’l L. 19 , 2007, pp. 271- 272
5. Code de l’organisation judiciaire de France - Article L431-4- En cas de cassation, l’affaire est renvoyée, sous réserve des dispositions de l’article L. 411-3, devant une autre juridiction de même nature que celle dont émane l’arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d’autres magistrats.
Lorsque le renvoi est ordonné par l’assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci.

۶. برای مطالعه در خصوص رویه مشابه ر. ک:

Court of Justice of the European Union, Research and Documentation, “Remittal to a Different Court or to the Same Court in a Different Composition,” paras. 52–55.

رعایــت بی طرفی پس از نقض در فرجام تا حدی بوده که مقنن فرانســوی حتی در فرض نقص تحقیقات نیز، شعبه صادرکننده را صالح به رسیدگی ندانسته است.

دیــوان عالی فرانســه در رای ۱۱ژوئن ۱۹۸۷ قاعده «صلاحیــت دادگاه دیگر» را مورد تاکید قرار داد و اعلام داشــت حضور رئیس دادگاهی که در رای منقوض مشــارکت داشته اســت در دادگاه ارجاعی تالی، نقض قانون و کنوانســیون اروپایی حقوق بشــر است.[1] ماده ۳۵۴ قانون ایین دادرســی کیفری آلمان نیز در راستای تامین بی طرفی پس از نقض، قاعده صلاحیت دادگاه دیگر را پذیرفته است.

این نکته نیز قابل ذکر اســت که فرجام خواهی شــکایت عدولی محسوب نمی‌گردد و درمواردی که جهت و مبنای نقض دیوان عدم رعایت مقررات قانونی یا اصول دادرسی و. . . باشــد و پرونده به همان شعبه ارجاع شود می‌تواند منجر به عدول شعبه صادر کنند رای مزبور از نظر پیشین خود شود. امری که با ماهیت خاص فرجام خواهی و جهات آن انطباق ندارد. بخشــنامه رئیس دیوان عالی کشــور مورخ بهمن ۱۴۰۲ که انشــای رای توسط شعبه صادرکنند رای منقوض را فاقد اعتبار می‌داند، نیز موید این دیدگاه است.

بنابرایــن باید قائل بود در مواردی که جهات متعدد بر نقض رای فرجامی وجود دارد، تضمین صحت دادرسی، بی طرفی عینی و در عین حال جلوگیری از تجزیه پرونده ایجاب می‌کنــد، قاعده عام تعیین دادگاه تالی صالح یعنی صلاحیت دادگاه همعرض اجرا شــود نه قاعده اســتثنائی. زیرا ارجاع به همان شــعبه حتی اگر تحقیقات را تکمیل کند این خطر را دارد که در تطبیق قانون بر یافته‌های جدید دوباره مرتکب همان اشتباه شود.

۲-۲- تحلیل ماهوی رای فرجامی

۲- ۲- ۱- مسئله ماده ۱۰۱ قانون شهرداری و ملک مشاعی افراز نشده

قاضی محترم دیوان در بند ســوم رأی خود آورده اســت: «فرجام‌خواه مدعی اســت که در اراضی مزبور احداث ساختمان شده و لازمه آن صدور پایان کار و لحاظ مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی شــهرداری اســت که تا قسمت‌هایی که در مورد مزبور و تبصره‌های ذیل آن برای شهرداری تعیین و بلاعوض جزء خدمات شهرداری است مشخص گردد که بدون آن سهم قطعــی مالــک قبل از افراز و صدور پایان کار و فروش آن به شــهرداری و اخذ ثمن واقعی اراضی محل اشکال است. »

ماده ۱۰۱ اصلاحی ۱۳۹۰ قانون شــهرداری‌ها یکی از مهمترین ســازو کارهای حقوقی

1. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 11 juin 1987, 85-14. 785, Publié au bulletin, available at: https://www. legifrance. gouv. fr/juri/id/JURITEXT000007018757/#navigation-mobile

در تنظیم روابط میان مالکان اراضی و نهاد مدیریت شـهری در فرایند تقسـیم (تفکیک و افراز) اراضی شـهری می‌باشد.[1] تبصره ۳ این ماده به شهردای‌ها مجوز می‌دهد در اراضی بیش از ۵۰۰متر واقع درمحدوده و حریم شـهری که دارای سند ششدانگ هستند به منظور تامین سـرانه‌های خدماتی و عمومی شـهر تا سـقف ۴۳/۵ درصد(۲۵ درصد سـهم سرانه خدمـات+ ۲۵ درصـد از باقی مانده سـهم شـوارع) را به صورت بلاعـوض تملک کنند. بنابراین، در مواردی که موضوع مشـمول این قانون قرار می‌گیرد تملک شهردای بلاعوض بوده و در نتیجه، مالک اولیه نمی‌تواند از این جهت مطالبه بها یا ارزش زمین تملک شـده را از شهرداری بنماید.

نکته حائز اهمیت ان است که اهمیت صیانت از مالکیت‌های خصوصی ایجاب می‌کند کـه تملک بخشـی از ملک مالکان خصوصی بـدون رضایت آنها یا بـدون جبران تنها در چارچوب قوانین خاص و صریح و به استناد تامین منافع عمومی مجاز باشد. امری که لزوم تفسیر مضیق محدودیت‌ها قانونی بر حق مالکیت ناشی از قوانین مختلف از جمله ناشی از اهداف توسعه شهری را ایجاب می‌کند.[2] بنابراین اعمال ماده ۱۰۱ و تملک بلاعوض مبتنی بر آن، توسط شهرداری موکول به وجود تمامی شرایط موجود در این ماده و تبصره‌های ذیل آن اسـت. از جمله این شرایط آن اسـت که اولا، مالک تقاضای افراز و تفکیک ملک خود را کرده باشد. ثانیا، ملک مالک، «زمین» بیش از پانصد متر مربع مساحت باشد.[3] در پرونده حاضر هیچ تقاضایی مبنی بر تفکیک یا افراز از سـوی مالک وجود نداشـته و شهرداری به صورت یک جانبه بخشـی از ملک خواهان را تصرف نموده است. لذا ماده ۱۰۱ در فرض حاضر به دلیل فقدان شرایط مندرج در این قانون برای شمول احکام آن، قابل اعمال نیست و شـهرداری نمی‌تواند برای کسـر رایگان سـرانه خدمات عمومی و حق شوارع از ملکی که هنوز افراز نشـده اسـت، به آن استناد کند. بنابراین، شـهرداری مکلف است بهای روز ملک تصرف شده را براساس قانون نحوه تملک ۱۳۵۸ و ماده واحده ۱۳۷۰ بپردازد. لذا به نظر می‌رسـد رای بدوی در تطبیق موضوع با قانون تملک اراضی و املاک توسـط دولت و شـهردای‌ها مصوب ۱۳۷۰ به درستی عمل نموده و از این جهت فاقد ایراد است. اگر مراد دیوان از اشاره به مفاد ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری ها، ایراد به دادگاه بدوی به دلیل عدم توجه به این دفاع خواندگان و عدم پاسـخ به آن در متن رای بوده اسـت می‌بایست به

۱. زرفشـان، عطاءالله، تحلیلی حقوقی بر اجرای تبصره ۳م ۱۰۱ قانون شـهرداری ایران با مطالعه تطبیقی در نظام شهرسازی ترکیه، نشریه جغرافیا و پژوهشهای شهری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۴۰۴، ص ۴۸

۲. علیزاده، مهدی و سـید محسـن بهشـتیان، بررسـی محدودیتهای حقوق مالکانه در قانون شـهرداری ها، فصلنامه مدیریت شهری، دوره ۱۶، شماره ۴۹، ۱۳۹۶، ص ۴۹۷

۳. نظریه مشورتی ۷/۱۴۰۰/۶۰۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه

این نکته تصریح می‌نمود که هر چند دادگاه بدوی در تشـــخیص قانون حاکم بر موضوع به درســـتی عمل نموده است لکن با توجه به دلایل فوق، دفاعیات خوانده دعوای بدوی مبنی بر شـــمول ماده ۱۰۱ قابل پذیرش نیســـت. اما در رای دیوان ملاحظه می‌شود که این ماده به عنوان یکی از اشکالات مبنای نقض رای بدوی ذکر شده است و دیوان از دادگاه تالی رفع این ابهام که که آیا موضوع مشمول این ماده قرار می‌گیرد یا خیر را خواسته است. بنابراین، رای دیوان از این لحاظ دارای ایراد است.

۲-۲-۲- ایراد مربوط به وضعیت حقوقی ملک: رهن و حق عینی مرتهن

یکی از ایرادات مهم مبنای نقض رای توســـط دیوان، عدم توجه دادگاه بدوی به «وضعیت حقوقی دقیق ملک» است امری که دیوان احراز آن را مستلزم انجام استعلام وضعیت ثبتی و جریان ثبتی ملک جهت احراز حقوق عینی متعلق به اشخاص ثالث نسبت به ملک دانسته اســـت. دیوان به درســـتی این نکتـــه را مورد توجه قرار داده که دفتر امـــلاک اینه تمام نمای وضعیت ثبتی ملک و همه حقوق عینی مربوط به ملک می‌باشـــد که وضعیت حقوقی دقیق ملک را منعکس می‌نماید.[۱] بنابراین عدم توجه به وضعیت حقوقی دقیق ملک و عدم توجه بـــه حقوق عینی متعلق به اشـــخاص ثالث (حق رهن) در ملـــک موضوع دعوا، بدون تردید نقص تحقیقات بوده و در نتیجه دعوا موثر می‌باشـــد. اما ســـوال اساسی آنجاست که آیا در رهن بودن ملک، در دعوای مطالبه بهای ملک تملک شده توسط شهرداری اساسا می‌تواند در اصل تملک ملک توسط شهرداری اثر بگذارد یا فقط در «نحوه پرداخت و حفظ حقوق مرتهن» موثر است؟ شعبه سوم دیوان عالی کشور مطالبه «بهای عادله روز» و تملیک ملک به شـــهرداری را در واقع به منزله فـــروش ملک و فرد اجلای تصرف راهن در عین مرهونه بدون رضایت مرتهن دانســـته است و مقرر داشته اگر ملک در رهن باشد، این فروش بدون رضایت مرتهن، مشـــمول ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه ۶۲۰ قرار می‌گیرد و با حقوق مرتهن منافات دارد. با توجه به این اســـتدلال، چنین برداشت می‌شود که مطابق نظر دیوان ظاهرا تا زمانی که وضعیت رهن روشـــن نشـــود و مرتهن (بانک رفاه) رضایت خود را اعلام نکند یا دین راهن پرداخت و رهن فک نشود، صدور حکم به پرداخت بهای روز و الزام شـــهرداری به تنظیم ســـند رســـمی، با موانع قانونی مواجه است. این بخش از رأی دیوان، کاملاً منطبق با اصول حقوقی و رویه قضایی در زمان صدور رای (ســـال ۱۳۹۵) از نظـــر تاثیر وجود رهن بر فروش مال مرهونه اســـت. اما یک نکته قابل تأمل باقی می‌ماندکه در اســـتدلال دیوان مغفول مانده اســـت: قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای

۱. طباطبائی حصاری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص۴۸.

اجـرای برنامه‌هـای عمومی و عمرانی و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شـهرداری‌ها در راسـتای مدیریت اراضی شـهری و تامین اراضی مورد نیاز دستگاهها از جمله شـهرداری از «تملک» و «خرید اجباری» این اراضـی با پیش فرض برتری حقوق عمومی بر حقوق خصوصی سخن گفته است. لذا آنچه در راستای این قوانین اتفاق می‌افتاد نوعی خرید و تملک اجباری توسـط شهرداری‌ها برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی مانند فضای سـبز و شـوارع و . . . است. لذا اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده قلمرو پیشـین خود را از دست داده اسـت[1] و حاکمیت اراده مالک در انعقاد یا عدم انعقاد معامله مزبـور (اصل تصرف حقوقی) وجود ندارد تا اعمال آن توسـط مالک را بتوان در تعارض با حقوق مرتهن و مشـمول ماده ۷۹۳ یا رای وحدت رویه ۶۲۰ دانسـت. بلکه محل اجرای اصـل آزادی قراردادی و اختیـار مالک در این معامله، در تعیین برخـی مفاد معامله یعنی صرفـا ناظر بـر توافق در تعیین میزان ثمـن[2] و در صورت عدم توافق مشـارکت در تعیین کارشـناس مربوطه حسـب مفاد ماده واحده ۱۳۷۰ می‌باشد. بنابراین هرچند نقض دادنامه فرجام‌خواسته از حیث ضرورت احراز وضعیت ثبتی ملک و میزان حق مالکانه فرجام‌خواه قابل دفاع است، استدلال شعبه دیوان عالی کشور در پیوند دادن وجود رهن با اصل تملک شـهرداری دارای ایراد دارد و نیازمند تفکیک مفهومی دقیق‌تری است. با لحاظ آن که اصل ازادی قراردادی در اصل تصرف حقوقی (انتقال مالکیت به شهرداری) در این موارد جاری نیسـت لذا آنچه رهن در آن موثر می‌باشـد «نحوه تامین حق تقدم مرتهن» است که از اصل مال به بهای آن منتقل میگردد است نه «اصل تملک» .

امـری کـه دقت در مفـاد ماده ۸ لایحه قانونـی نحوه خرید و تملـک اراضی و املاک بـرای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامـی دولت مصوب ۱۳۵۸ و ماده ۲۱ قانون نوسـازی و عمران شهری مورد توجه قرار داده است. لذا بر اساس مقررات اخیرالذکر، در صورت احراز رهن به موجب سـند رسـمی، اصل تملک توسط شهرداری فاقد ایراد بوده لکن شـهردای مکلف است طلب دائن را حداکثر تا میزان بهای ملک مورد تصرف به دائن بپردازد و به این ترتیب معامله رهنی قانونا فک شده محسوب می‌شود و در صورتی که بهای املاک و اراضی مورد تصرف زائد بر اصل طلب دائن باشد مازاد به مالک پرداخت میشود.

۱. طباطبائی، سید محمد صادق و صافیان اصفهانی، احسان، ماهیت توافق شهردای با مالک ملک در راستای اجرای طرح عمرانی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۷۸، صص ۵۳- ۵۵.
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، جلد اول، ص ۱۸۹.

نتیجه

تشـخیص صحیح «ماهیت» جهـات نقض و تطبیـق آن با بندهای مـاده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی در رای فرجامی دیوان، از این رو دارای اهمیت است، که هر چند قاعده عام قانونـی تعیین دادگاه صالح پس از نقض در فرجام خواهی در اکثر جهات نقض، ارجاع به شعبه همعرض می‌باشد لکن در مواردی که صرفا علت نقض رای، نقص در تحقیقات است پرونده به همان شـعبه صادرکننده رای ارجـاع می‌گردد. با این وجود، در فرضی که جهات نقض متعدد بوده، اصول دادرسی منصفانه، لزوم نگاه بی طرفانه قاضی و جلوگیری از پیش داوری و تامیـن اصل بـی طرفی عینی ایجاب می‌کند قاعده عام صلاحیت مرجع همعرض جاری شده و پرونده به شعبه همعرض ارجاع گردد. تحلیل رای دیوان نشان داد علی رغم قوت هسـته اصلی رای و صحت عملکرد و استدلال‌های رای دیوان در نقض رای بدوی، تعییـن ماهیت جهات نقض و در نتیجه مسـتند قانونی نقض بنا بـر رویکرد فوق قابل نقد اسـت. در حالی که ماهیت ایراد مربوط به نقص تحقیقات در تعیین وضعیت حقوقی ملک منطبـق بـر بند ۵ م ۳۷۱ و از جنس نقص تحقیقات می‌باشـد، اما ایراد ناظر بر عدم رعایت تشریفات قانونی در تعیین کارشناس و ایراد تطبیق موضوع با ماده ۱۰۱ قانون شهرداری ها، مصداق صدور رای بر خلاف مقررات قانونی و اصول و فرایندهای دادرسـی است. امری که با نگاه و استدلال فوق پرونده را در صلاحیت مرجع همعرض قرار می‌دهد.

از نظر ماهوی نیز، نقطه قوت رای شـعبه سـوم دیوان آن است که تعیین وضعیت دقیق حقوقـی ملک آن هم بر مبنای اطلاعات مندرج در سیسـتم ثبت املاک را مورد توجه قرار داده است و بر همین مبنا بر عدم توجه رای بدوی به حقوق اشخاص ثالث نسبت به ملک در قالب حق رهن ایرادا وارد نموده و با اسـتناد به نقص تحقیقات نقشه راه را برای دادگاه تالی رسـیدگی کننده مشـخص کرده هر چند انتظار می‌رفت که این نقشه راه را برای دادگاه تالی تدقیق نماید که در رهن بودن ملک، در دعوای مطالبه بهای ملک تملک شـده توسـط شـهرداری اساسـا نمی‌تواند در اصل تملک ملک توسط شـهرداری اثر بگذارد و فقط در «نحوه پرداخت و حفظ حقوق مرتهن» موثرمی باشد و نحوه تامین حق تقدم مرتهن نیز به موجب ماده ۲۱ قانون نوسازی شهری مشخص شده است.

منابع

۱. زرفشـان، عطاءالله، تحلیلی حقوقی بر اجرای تبصره ۳ م ۱۰۱ قانون شـهرداری ایران با مطالعه تطبیقی در نظام شهرسازی ترکیه، نشریه جغرافیا و پژوهشهای شهری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۴۰۴.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۱، جلد ۲.

۳. طباطبائی حصاری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۴. طباطبائی، سید محمد صادق و صافیان اصفهانی، احسان، ماهیت توافق شهردای با مالک ملک در راستای اجرای طرح عمرانی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
۵. علیزاده، مهدی و سید محسن بهشتیان، بررسی محدودیتهای حقوق مالکانه در قانون شهرداری ها، فصلنامه مدیریت شهری، دوره ۱۶، شماره ۴۹، ۱۳۹۶.
۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، جلد اول.
۷. نظریه مشورتی شماره ۹۲۳/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۲ اداره حقوقی قوه قضائیه
۸. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۶۰۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۰۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه

1. Code de l'organisation judiciaire de France
2. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 11 juin 1987, 85-14. 785, Publié au bulletin, availavle at: https://www. legifrance. gouv. fr/juri/id/JURITEXT000007018757/#navigation-mobile
3. Court of Justice of the European Union, Research and Documentation, “Remittal to a Different Court or to the Same Court in a Different Composition,” available online: https://curia. europa. eu/jcms/jcms/p1_4378303/de/?utm_source=chatgpt.com
4. Delcourt v. Belgium, Application no. 2689/65, Judgment of 17 January 1970, § 31.
5. Dias, Noel, and Roger Gamble. "Independence, Impartiality and Scrutiny: The Essence of Fair Trial Protection. " Sri Lanka J. Int'l L. 19 , 2007
6. European Court of Human Rights, De Cubber v. Belgium, Application no. 9186/80, Judgment of 26 October 1984, § 26.