

**جهت تهیه این کتاب می‌توانید با شماره
تلفن‌های ذیل تماس حاصل نمایید.**

۰۲۵-۳۷۷۴۹۲۷۴

۰۹۱۲۶۵۲۵۰۷۰

**همچنین می‌توانید در شبکه‌های
اجتماعی ایتا و تلگرام با شماره فوق
سفارش خود را ثبت فرمایید.**

■ کانال ایتا: [nashrehoghoghepoya](#)

■ کانال تلگرام: [hoghoghepoyapub](#)

■ کانال پیام رسان بله: [pooya_law](#)

■ کانال پیام رسان سروش: [pooyalaw](#)

■ فروشگاه اینترنتی: [www.hpbook.ir](#)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دستیار وکلا

جلد هشتم

کامل ترین مجموعه سؤالات اختبار پیشرفته (حقوقی، کیفری)

شامل مباحث:

حقوق مدنی، آئین دادرسی مدنی، حقوق تجارت، حقوق جزای عمومی،
حقوق جزای اختصاصی، آئین دادرسی کیفری، قوانین خاص

مجید عطایی جنتی

(رئیس شعبه دادگاه عمومی حقوقی)

فاطمه ملکی آزارکی

(قاضی دادگستری)

مهدی سلامتی قمصری

(مدرس دانشگاه)

نشر حقوق پویا

فهرست مطالب

فصل اول: حقوق مدنی	۴
فصل دوم: آیین دادرسی مدنی	۴۷
فصل سوم: حقوق تجارت	۲۷۱
فصل چهارم: حقوق جزای عمومی	۳۱۵
فصل پنجم: حقوق جزای اختصاصی	۳۷۸
فصل ششم: آیین دادرسی کیفری	۴۱۳
فصل هفتم: قوانین خاص	۴۶۱

فصل اول:

حقوق مدنی

سوال ۱- دعوای اثبات مالکیت را می‌توان پذیرفت یا خیر؟

پاسخ: خواسته اثبات مالکیت نسبت به املاک ثبت شده قابل استماع نیست چرا که طرح دعوای اثبات مالکیت نسبت به ملکی که سند رسمی دارد برخلاف قانون ثبت بوده و محاکم در این خصوص قرار عدم استماع دعوا صادر می‌کنند. بنابراین دعوای اثبات مالکیت زمانی مطرح می‌شود که ملک به ثبت نرسیده باشد و مالک بخواهد به مالکیت خود رسمیت ببخشد و از مزایای آن استفاده کند. (اقدامی، حسین، راهنمای تحلیلی کاربردی دعوای ملکی در نظام قضایی ایران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۳۹۶، صص ۶-۵)

نظریه مشورتی شماره ۷/۳۲۸۱ اداره حقوقی قوه قضائیه: ماده ۲۲ قانون ثبت راجع به معتبر بودن ثبت ملک به قوت خود باقی است و به این ترتیب در مواردی که مطابق ماده‌ی یاد شده، ملکی به نام اشخاص ثبت شده باشد دیگر محلی برای استناد به سوگند جهت اثبات مالکیت دیگری نخواهد بود.

سوال ۲- بین الف و ب معامله‌ای با سند عادی واقع شده است. ب قبل از این معامله مبیع را به وسیله سند عادی از پ خریداری کرده است و سند رسمی به نام پ است. آیا الف می‌تواند دعوای الزام به تنظیم سند رسمی را علیه ب مطرح کند؟

پاسخ: در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی اموالی که دارای سند رسمی می‌باشد مثل خودرو یا ملک و یا خط موبایل و غیره، خواننده در وهله اول کسی است که مالکیت ملک را به خواهان از طریق قرار عادی منتقل کرده است. به عنوان مثال: در قرارداد فروش ملک فروشنده اولی خواننده محسوب می‌شود اما گاهی ممکن است فروشنده مالک رسمی ملک نباشد و در اداره ثبت اسناد مالک و یا راهنمایی و رانندگی شخص دیگری باشد. در چنین حالتی باید علاوه بر فروشنده، مالک رسمی هم به عنوان یکی از خوانندگان طرف دعوا قرار داده شود. در صورتی که مورد فوق

رعایت نگردد به استناد بند ۴ ماده ۸۴ قانون این دادسی مدنی قرار ردعوی صادر میگردد (اقدامی، حسین، پیشین، ص ۲۵).

سوال ۳- قرارداد پیش فروش آپارتمان ضمن کدام یک از عقود جای می گیرد. اصلاً می توان ضمن عقدی آن را جای داد؟

پاسخ: تحلیل ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان براساس م ۱۰ ق. م و تحت عنوان قراردادهای خصوصی مطرح می گردد و از لحاظ شرایط و آثار قراردادهای خصوصی است. از این حیث مقررات مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در م ۱۹۰ ق. م و قواعد عمومی معاملات بر آن حاکم است. علت این امر که قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب ماده ۱۰ ق. م گنجانیده شد منطبق نبودن آن با هیچ یک از عقود معین مشابه این قرارداد بود. مورد معامله در قرارداد پیش فروش ساختمان از نوع اموال قیمی است چرا که املاک به دلیل تفاوت موقعیت هرچند از لحاظ مساحت هم هم اندازه باشند قیمت های متفاوت دارند. اموال قیمی نیز تنها به صورت عین معین قابل فروش هستند و فروش آن ها به صورت کلی فی الذمه یا کلی در معین مورد معامله مجهول و باعث بطلان قرارداد می شود. همین ملاک این قرارداد را از ذیل عقود چون بیع کلی فی الذمه و کلی در معین، بیع سلف و عقد استصناع خارج می کند. در بیع عین معین نیز طبق ماده ۳۶۱ ق. م مورد معامله باید هنگام عقد وجود داشته باشد و گرنه بیع باطل است. لذا نمی توان ساختمانی که هنوز ساخته نشده و وجود ندارد را به طریق بیع عین معین فروخت مگر اینکه صرف نقشه، مالکیت و تعیین محل احداث را دلیلی بر وجود بدانیم که در این صورت امکان فروش به صورت عین معین فراهم خواهد شد اما قبول این نظر پیرامون قرارداد پیش فروش که موضوع آن از اعیان است با سختی مواجه خواهد شد. قرارداد پیش فروش یک عقد لازم است و لزوم خود را از ماده ۱۰ گرفته است. تعیین مدت در این قرارداد برای ساختن بنای مورد نظر از جهت دیگر استصناع بودن این عقد را منقضی می سازد و از جهت اینکه مال مشاعی با آورده طرفین ایجاد نمی شود و طرفین قصد همکاری و تعاون به منظور کسب سود و زیان ندارند قالب عقد شرکت برای این قرارداد مناسب نخواهد بود. از جهت دیگر قبض ثمن به صورت اقساط در قرارداد

پیش فروش ساختمان بیع سلف را از گردونه خارج می‌کند. با این حساب تنها نوع قراردادی که می‌تواند قالب مناسبی برای قرارداد پیش فروش ساختمان باشد قراردادهای خصوصی ماده ۱۰ می‌باشد. (مصطفوی، مصطفی، رحیمی، سیدعلی اصغر، ماهیت قراردادهای پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه، پژوهش نامه حقوق اسلامی، شماره ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، صص ۱۹۱-۱۴۵)

سوال ۴- در قانون پیش فروش آپارتمان انتقال از چه زمانی صورت می‌گیرد؟

پاسخ: در این قرارداد انتقال مالکیت با وضعیت خاصی رو به روست و عقد دارای چند کارکرد متفاوت می‌باشد زیرا موضوع مالکیت که با عبارت «از ابتدا» در ماده ۱ قانون آمده هیچ‌گاه نمی‌تواند نظر به مالکیت کل ساختمان باشد چون در این صورت علاوه بر عدم امکان تحقق مالکیت به جهت غیر موجود بودن بخشی از موضوع در زمان انعقاد قرارداد وفق م ۳۶۱ ق.م عنوان قرارداد پیش فروش ساختمان نیز بی معنی خواهد شد پس باید ناظر بر بخش موجود باشد که مطابق بند ۴ ماده ۴ و مواد ۱۰ و ۱۵ قانون شامل اعیان و عرصه به نسبت سهم پیش خریدار و اعیان که حداقل شامل پی ساختمان می‌شود گردد. در نتیجه با تنظیم قرارداد پیش فروش به نحو رسمی و با رعایت شرایط پیش‌بینی شده در قانون مالکیت بخش موجود منتقل می‌شود. از سوی دیگر بخشی از ساختمان که طی فاصله زمانی انعقاد قرارداد پیش فروش رسمی تا زمان تنظیم سند نهایی و انتقال قطعی احداث و ساخته می‌شود. علی‌القاعده موجود نیست تا با قرارداد پیش فروش انتقال یابد اما به موجب مفاد ماده ۱۳ همان قانون که مالکیت ملک پیش فروش شده را به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی منوط دانسته است به نظر ناظر بر همین بخش بوده و تحقق معامله معلق به ساخت از سوی پیش فروشنده و پرداخت عوض توسط پیش خریدار می‌گردد. با توجه به اینکه سبب و مبنای انتقال مالکیت به موجب قرارداد پیش فروش رسمی مهیا گردیده لیکن تحقق آن در عمل منوط به و معلق بر ساخت بنا و پرداخت عوض قراردادی شده است. در واقع طرفین عقد به موجب قانون مذکور و با انعقاد قرارداد تعهداتی برعهده گرفته‌اند. پیش فروشنده متعهد به ساخت و در نهایت انتقال قطعی سند شد و پیش خریدار نیز علاوه بر پرداخت ۱۰٪ اولیه مکلف به پرداخت اقساط ثمن یا عوض

قراردادی گردید. بنابراین با تحقق شرط اخیرالذکر انتقال مالکیت هم به عمل می آید. (محمودی، سام، حسینی مقدم، سیدحسن، زمان انتقال مالکیت در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، مجله علمی پژوهشی حقوقی خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، صص ۱۵۵ - ۱۸۰)

سوال ۵- آیا می توان قرارداد پیش فروش آپارتمان را به داوری ارجاع داد؟

پاسخ: به موجب ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش فروش ساختمان در صلاحیت هیأت داوری است. تبیین مفاهیم و تعیین مصادیق این صلاحیت ها امری ضروری است به نظر میرسد که در موارد سکوت باید به مقررات داوری در قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه کرد.

سوال ۶- شخصی مالی را به وکالت فروخته اما وکیل به وکالتش تصریح نکرده است. بعداً ثابت می شود که وکیل بوده است. شخص ثالث به چه کسانی می تواند رجوع کند؟

پاسخ: در معاملاتی که شخصیت فرد علت عمده عقد می باشد مانند قبول هبه وکیل الزاماً باید نام موکل را ذکر نماید زیرا ممکن است واهب نخواهد به آن موکل هبه نماید ولیکن در معاملاتی که شخصیت فرد علت عمده عقد نمی باشد مانند عقد بیع چنانچه ثمن و مثن عین معین بوده باشد مطابق ماده ۱۹۷ ق. م آن معامله برای صاحب عین خواهد بود ولی اگر ثمن و مثن کلی باشد مطابق ماده ۱۹۶ ق. م معامله بدون ذکر موکل صحیح است در این صورت آن معامله برای خود آن شخص محسوب است و در مقابل طرف معامله خود او متعهد می باشد. وضع وکیل در این حالت مانند حق العمل کاری است که به حساب دیگری و به نام خود معامله می کند. (سروی، محمدباقر، پیشین، صص ۳۶۵ - ۳۶۶)

در اختلاف میان دو طرف معامله اثبات نمایندگی از شخص ثالث طرف عقد را از تعهدی که پذیرفته معاف نمی کند. (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۱۹۸)

سوال ۷- شخص الف با شخص ب معامله‌ای را منعقد می‌کنند مبنی بر فروش اسلحه جنگی الف از تحویل مورد معامله استنکاف می‌کند و ب درخواست الزام به تحویل مبیع را مطرح می‌کند. شما به عنوان دادرس چه تصمیمی را اتخاذ می‌کنید؟

پاسخ: مورد معامله مشروع و قابلیت انتقال را داشته باشد: منظور از مشروع یعنی قانونی بودن. به عبارت دیگر خرید و فروش آن، قانوناً ممنوع نبوده باشد. (مانند مواد مخدر) و همچنین مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نبوده باشد. (ماده ۹۷۵ ق.م.س) (سروری، محمدباقر، پیشین، ص ۶۵)

یکی از شرایط موضوع معامله آن است که قابل نقل و انتقال باشد. منظور آن است که موضوع عقد به صورت حقوقی قابلیت واگذاری شده باشد به عنوان مثال: اموالی که دولت خرید و فروش آن‌ها را ممنوع کرده باشد مانند سلاح. (توکلی، محمد مهدی، پیشین، ص ۱۷۸)

دادگاه باید به استناد بند ۸ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۸۹ قانون مذکور قرار رد دعوا صادر کند.

سوال ۸- معامله به قصد فرار از دین چه حکمی دارد؟

پاسخ: مطابق ماده ۲۱۸ ق.م.اصلاحی مصوب سال ۱۳۷۰ «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین به صورت صوری انجام شده آن معامله باطل است» بنابراین اگر شخصی به جهت عدم پرداخت بدهی طلبکاران ملک یا اتموبیل خود را به صورت صوری به نام همسر و یا فرزندان و یا شخص دیگری نماید معامله مزبور باطل است، در صورتی که معامله صرفاً صوری بوده ولی قصد فرار از دین وجود نداشته باشد به نظر می‌رسد به لحاظ عدم وجود یکی از شرایط اساسی معامله «قصد طرفین» موضوع بند یک ماده ۱۹۰ و ماده ۱۹۵ ق.م.موجب بطلان عقد خواهد شد. ولیکن چنانچه معامله واقعی (غیر صوری) باشد اما به قصد فرار از دین منعقد گردد معامله بین طرفین عقد نافذ است ولی در مقابل اشخاص ثالث (طلبکاران) غیرقابل استناد می‌باشد. در نتیجه طلبکاران می‌توانند به استناد فرار از دین مدعی بطلان معامله شوند.

مطابق ماده ۴ قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی معامله به قصد فرار از دین جرم محسوب شده و ضمانت اجرای کیفری نیز دارد. (سروی، محمدباقر، پیشین، صص ۷۳-۷۲)

در ماده ۲۱۸ تکلیف معامله به قصد فرار از دین که صوری هم نیست معین نشده و حکم بطلان به معامله‌ای تعلق دارد که: ۱. به قصد فرار از دین ۲. به طور صوری انجام شده باشد. در ماده ۲۱۸ حکم معامله صوری نیز دچار ابهام شده زیرا بطلان مقید به وجود قصد فرار از دین گردیده است در حالی که بطلان معامله صوری به دلیل تعارض صورت با قصد از بدیهیات است. تکیه ماده ۲۱۸ ق.م بر بیان حکم معامله به قصد فرار از دین بوده و واژه‌ی صوری را به عنوان وصف آن معامله به کار برده است. در نتیجه متعلق ضمانت اجرای ماده (بطلان) نیز معامله به قصد فرار از دین است. منتها ناچار باید گفت این بطلان نسبی است یعنی که طلبکاران حق ابطال معامله را دارند و با تنفیذ آنان نیز معامله مؤثر می‌شود و این نتیجه برخلاف ظاهر ماده ۲۱۸ اصلاح شده است. (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۰۸)

سوال ۹- آیا می‌توان خسارت تأخیر تعهد را با خسارت عدم انجام تعهد را هم‌زمان مطالبه کرد؟

پاسخ: اگر رابطه تعهد و زمان انجام تعهد به نحو تعدد مطلوب باشد (مثل ساخت و تحویل منزل در زمان مشخص) و متعهد در موعد مقرر تعهد را اجرا نکند می‌تواند از یک سو او را ملزم به انجام تعهد کرد و از سوی دیگر خسارت تأخیر در انجام تعهد را از او دریافت کرد. رابطه تعهد و زمان انجام تعهد وقتی به نحو تعدد مطلوب است که اگر متعهد تعهد خود را در موعد مقرر انجام ندهد گرچه نقض تعهد کرده اما این تعهد در سایر ازمه قابلیت اجرا دارد. در این حالت به دلیل آنکه تعهد متعهد همچنان قابلیت اجرا دارد می‌توان وی را به اجرای تعهدات قراردادی اجبار کرد و در عین حال به دلیل عدم رعایت موعد انجام تعهد از او خسارت تأخیر در انجام تعهد را خواست. در صورتی که رابطه تعهد و زمان انجام تعهد به نحو وحدت مطلوب (مثل آماده کردن باشگاه برای عروسی در روز خاص) باشد و تعهد توسط متعهد در موعد مقرر انجام نشود خسارت عدم انجام تعهد قابل دریافت است.

بنابراین این رو خسارت در آن واحد قابل مطالبه نیستند. (توکلی، محمد مهدی، پیشین، صص ۱۹۹-۱۹۸)

سوال ۱۰- وجه التزام چیست؟ اگر در ضمن عقد قرارداد بگویید که در صورت تأخیر روزی صد میلیون تومان بدهد. شرط درست است یا خیر؟

پاسخ: وجه التزام (شرط کیفری) یعنی اینکه طرفین مبلغی مقطوع را به عنوان خسارت ناشی از نقض تعهد در قرارداد تعیین کنند، به این نحو که در صورت نقض تعهد متعهد باید آن مبلغ مقطوع را بپردازد، چه خسارت کمتر از آن میزان باشد و چه بیشتر از آن چنین شرطی در حقوق ما جایز است. وجه التزام ممکن است برای عدم انجام تعهد باشد (مانند خسارت مقطوعی که برای عدم انجام یک پروژه در قرارداد مقرر می شود) یا تأخیر در انجام تعهد. مانند مبلغ روزانه‌ای که برای تأخیر مستأجر در تخلیه ملک مقرر می شود (م ۲۳۰ ق. م). (توکلی، محمد مهدی، پیشین، صص ۲۰۵-۲۰۴)

در صورت تعیین وجه التزام اثبات ضرر لازم نیست و متعهدله در صورت تخلف متعهد می تواند تأدیه مبلغ مزبور را از او بخواهد. اگرچه هیچ ضرری به او نرسیده باشد. (صفایی، سیدحسین، پیشین، ص ۲۲۴)

سوال ۱۱- چرا خسارت عدم انجام تعهد با دعوی الزام به انجام اصل تعهد قابل جمع نیست؟

پاسخ: خسارت عدم انجام تعهد بدل اصل تعهد است و با آن جمع نمی شود. اگر تعهد انجام شود خسارتی از این رهگذر به طلبکار نمی رسد و هرگاه اصل تعهد اجرا نشود خسارتی که مورد حکم قرار می گیرد جدای از تعهد اصلی است. (کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۷۷)

تعهد متعهد به اجرای قرارداد، مقدم بر تعهد او به جبران خسارت است زیرا در درجه اول متعهد باید آنچه را که بر عهده گرفته اجرا کند. به این مناسبت در صورت خودداری متعهد از اجرای تعهد ابتدا به تقاضای متعهدله اجبار به انجام تعهد می شود و یا اینکه تعهد به حساب و هزینه متعهد اجرا می گردد. (م ۲۲۱ و ۲۲۲ ق. م) و سرانجام هرگاه اجبار متعهد یا اجرای تعهد ممکن نشود و از عدم اجرای قرارداد یا

تأخیر در اجرای آن خسارتی به متعهدله وارد شود.، متعهد ملزم به جبران آن است.
(شهیدی، مهدی، پیشین، صص ۱۱۲-۱۱۱)

سوال ۱۲- اگر در قرارداد وجه التزام تعیین شده باشد آیا استثنائاتی وجود دارد که بتوان آن را نپذیرفت؟

پاسخ: دادگاه می تواند به علت نامعقول بودن وجه التزام آن را باطل اعلام کند. یا در صورتی که شروط وجه التزام کمتر از خسارت وارده باشد، ممکن است همانند قراردادهای عدم و تحدید کنندهی مسئولیت به دلیل تعارض با نظم عمومی باطل به شمار آید. (صفایی، سیدحسین، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، انتشارات سمت، چاپ دهم، تابستان ۱۳۹۶، ص ۲۷۱)

در تعهدات با موضوع پرداخت وجه نقد تعیین هرگونه وجه التزامی که مازاد بر نرخ تورم و خسارت تأخیر تأدیهی متعارف باشد شائبهی ربا در آن قوی است و پذیرش چنین وجه التزامی با مشکل روبه روست. در مواردی که عدم اجرای تعهد یا تأخیر در اجرای آن ناشی از عوامل خارجی باشد مانند قوه قاهره شرط کیفری قابل اجرا نیست مگر اینکه طرفین به صراحت تضمین اجرا را در مورد فورس ماژور نیز پیش بینی کرده باشند. در صورتی که وجه التزام فوق العاده گزاف باشد و صرفاً جنبه تهدید داشته باشد مغایر با نظم عمومی اقتصادی است، مگر اینکه طراح قرارداد خود چنین مبلغ گزافی را در قرارداد گنجانده باشد تا بتواند اعتماد متعهدله را جلب کند. (قاعده اقدام) (عابدی، محمد، تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفری (وجه التزام) فصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، سال بیستم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۲. ص ۷۵)

لازم به ذکر است چنانچه وجه التزام، غیر عقلایی باشد قاضی نباید به آن تریب اثر دهد (ملاک مواد ۵۷۰ و ۹۷۵ قانون مدنی) در واقع عدم اختیار قاضی در تعیین خسارتی غیر از خسارت تعیین شده ناظر به فرضی است که توافق راجع به تعیین خسارت، معتبر باشد در حالیکه توافق غیر عقلایی اساساً معتبر و الزام آور نیست البته به نظر میرسد محاکم می توانند با تمسک به اطلاق مواد ۲۳۰ ق.م و قسمت اخیر

از رسیدگی دادگاه بدوی حق رسیدگی توسط دادگاه عالی را بخواهد، در خصوص فرجام خواهی یا تجدیدنظرخواهی چون صراحت قانونی وجود دارد مطابق نص عمل میکنیم. در خصوص وخواهی چون نص قانونی وجود ندارد، نمیتوان از موارد فوق وحدت ملاک گرفت، لذا دادگاه بدوی ابتدا در خصوص وخواهی تصمیم میگیرد و برای تجدیدنظرخواهی به دادگاه تجدیدنظر ارسال می شود.

۷- تکلیف دادگاه در فرض وخواهی بعد از اجرای حکم

چنانچه پس از اجرای حکم، محکوم علیه غایب وخواهی نماید و در رسیدگی بعدی حکم به نفع او صادر گردد تکلیف دادگاه چیست؟

الف-دکترین حقوقی

در خصوص سوال فوق از ماده ۳۰۷ چنین برداشت میشود که اولاً حکم غیابی ابلاغ قانونی شده باشد و با انقضای مواعد مقرر اجرا شده باشد در این ارتباط میتوان گفت در راستای تبصره ۱ ماده ۳۰۶ که مقرر گردیده که اگر امکان ابلاغ واقعی حکم غیابی به محکوم علیه نباشد بر مبنای ابلاغ قانونی موعده وخواهی محاسبه و با قطعی شدن، حکم به جرای درمی آید تبصره مذکور از جهت امکان اجرای حکم غیابی وضع شده است نه اینکه حق محکوم علیه مبنی بر وخواهی ظرف بیست روز یا دو ماه از تاریخ ابلاغ واقعی در اثر این تبصره از بین برود

دوما قانونگذار در ماده ۳۰۷ صدور حکم به نفع وخوانده را در نتیجه وخواهی، موجب جبران خسارت وی توسط خواهان اولیه دانسته که باید دقت داشت صدور حکم به سود وخوانده دلیل بر حقانیت وی نیست و چه بسا ممکن است حکم صادره در مرحله تجدیدنظر نقض و به نفع خواهان اولیه صادر گردد لذا اجرای ماده ۳۰۷ را باید در حالتی که با انقضای مدت تجدیدنظر یا طی آن مرحله قطعیت یافته دانست.

ثانیا وخواه زمانی میتواند از خواهان مطالبه خسارت نماید که حکم غیابی به اجرا در آمده باشد و در اثر اجرا خسارتی به وی خورده باشد که این امر مستلزم ارایه دادخواست می باشد/

(دوره جدید مبسوط در ایین دادرسی مدنی دکتر علی مهاجری ج ۳ ش
۱۴۰۸ و ۱۴۰۹ و ۱۴۱۰)

ب- نظریات مشورتی

یک- شماره نظریه: ۷/۹۶/۶۵۱

تاریخ نظریه: ۲۰/۰۳/۱۳۹۶

استعلام:

نظر به اینکه بر اساس دادنامه غیابی محکوم علیه به پرداخت به پرداخت مبلغی بابت محکوم به در حقوق محکوم له محکوم می گردد و پس از صدور حکم محکومیت با رعایت مقررات قانونی و مضمی مهلت های قانونی وخواهی و تجدیدنظرخواهی با صدور اجرائیه شخص ثالثی در جهت استعفای مبلغ محکوم به مالی را در اجرای احکام مدنی معرفی می نماید و در آن مرحله محکوم علیه له لحاظ عدم اطلاع از مفاد دادنامه تقاضای وخواهی می کند و وخواهی وی مورد قبول قرار می گیرد و پس از صدور قرار قبولی وخواهی عملیات اجرایی متوقف می شود با رسیدگی ماهیتی در دادگاه بدوی حکم بر رد وخواهی محکوم علیه صادر و پس از آن در دادگاه تجدیدنظر حکم قطعی مبنی بر تأیید حکم بدوی صادر می گردد حال با توجه به موارد مذکور آیا در خصوص مالی که قرار قبولی وخواهی شخص ثالث در جهت استیفای مبلغ محکوم به معرفی نموده است می توان عملیات اجرایی را ادامه و نسبت به مزایده و فروش ملک شخص ثالث اقدام نموده یا خیر.

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

اولاً با توجه به اینکه با صدور قرار قبولی وخواهی، اجرای حکم متوقف می شود چنانچه اقداماتی در مرحله اجراء انجام شده باشد از جمله توقیف مال برای وصول محکوم به مذکور در فرض استعلام، تا صدور حکم نهائی باقی می ماند زیرا در وخواهی فقط اجرا متوقف می شود و عملیات اجرائی اعاده نمی شود. ثانیاً هرگاه پس از انقضای مهلت وخواهی و تجدیدنظرخواهی و قطعیت حکم غیابی اجرائیه صادر شده، سپس محکوم علیه وخواهی نموده و با صدور قرار قبولی وخواهی اجراء هم متوقف شده، متعاقباً حکم غیابی مذکور عیناً پس از رسیدگی تأیید و

قطعیت یافته باشد؛ با توجه به این که قبلاً اجرائیه صادر و ابلاغ شده است. در این مرحله نیازی به صدور اجرائیه مجدد نیست و پس از ابلاغ دادنامه قطعی، عملیات اجرائی که قبلاً متوقف شده مجدداً ادامه پیدا می‌کند. بنابراین در فرض سؤال، عملیات اجرایی نسبت به مالی که توسط ثالث برای وصول محکوم به معرفی شده است، ادامه می‌یابد.

دوم- شماره نظریه: ۷/۹۶/۲۹۵

تاریخ نظریه: ۱۱/۰۲/۱۳۹۶

استعلام:

در خصوص دعوی الف به طرفیت ب حکم محکومیت ب به پرداخت مبلغ پانزده میلیون تومان صادر می‌شود پس از عدم وصول و اخواهی و تجدید نظر پرونده به اجرای احکام ارسال و از اموال محکوم علیه به میزان دو میلیون تومان توقیف و نسبت به مازاد محکوم به و کیل محکوم له درخواست اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های صدور دستور بر جلب محکوم علیه را می‌نماید پس از صدور برگ جلب محکوم علیه از رأی صادره و اخواهی می‌نماید که دادنامه و اخواسته به مبلغ هفت میلیون تومان تایید می‌شود پس از قطعیت دادنامه اخیر الذکر دادنامه و اخواسته و کیل محکوم له درخواست صدور برگ جلب محکوم علیه را می‌نماید و استدلال می‌نماید با توجه به اینکه قبلاً اجرائیه صادر شده و با اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی موافقت شده است نیازی به صدور مجدد برگ اجرائیه نمی‌باشد آیا دادگاه می‌بایست مجدداً برگ اجرائیه صادر نماید یا خیر؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

هرگاه پس از انقضای مهلت و اخواهی و تجدید نظر خواهی و قطعیت حکم غیابی اجرائیه صادر شده، سپس محکوم علیه و اخواهی نموده و با صدور قرار قبولی و اخواهی اجراء هم متوقف شده، متعاقباً حکم غیابی مذکور عیناً پس از رسیدگی تأیید و قطعیت یافته باشد؛ با توجه به این که قبلاً اجرائیه صادر و ابلاغ شده است. در این مرحله نیازی به صدور اجرائیه مجدد نیست و پس از ابلاغ دادنامه قطعی، عملیات اجرائی که قبلاً متوقف شده مجدداً ادامه پیدا می‌کند.

سوم- شماره نظریه: ۷/۹۶/۴۹۰

تاریخ نظریه: ۱۳۹۶/۰۲/۳۱

استعلام:

در خصوص مواردی که عملیات اجرائی در حال اجرا است و واخواهی محکوم علیه قبول می شود با توجه به اینکه قانونگذار اعلام داشته قبول واخواهی مانع اجرای حکم می باشد آیا اجرای حکم باید متوقف شود و یا اینکه از اموال توقیفی رفع توقیف شود یعنی اگر حسابهای محکوم علیه توقیف شده است از حسابها باید رفع توقیف شود یا اینکه عملیات اجرائی متوقف شده و وجه توقیفی در حساب باقی بماند و یا اینکه اگر از محکوم علیه خودرویی توقیف شده است خودرو باید در پارکینگ توقیف باشد و کارشناسی و مزایده نشود و یا اینکه خودرو به محکوم علیه با توجه به قبول واخواهی تحویل گردد

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

با توجه به اینکه با صدور قرار قبولی واخواهی، اجرای حکم متوقف می شود چنانچه اقداماتی در مرحله اجراء انجام شده باشد از جمله توقیف مال برای وصول محکوم به مذکور در فرض استعلام، تا صدور حکم نهائی باقی می ماند، زیرا در واخواهی فقط اجرا متوقف می شود و توقف اجرای حکم، ملازمه ای با اعاده عملیات اجرائی ندارد؛ به عبارت دیگر، صرف قبولی واخواهی محکوم علیه موجب رفع توقیف از اموال وی نیست و از شمول ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی خارج است.

چهارم- شماره نظریه: ۵۷۴/۹۸/۷

تاریخ نظریه: ۱۳۹۸/۰۵/۱۴

استعلام:

نسبت به صدور حکم غیابی اجرائیه صادره و پس از اخذ تامین اموالی از محکوم علیه توقیف می شود محکوم علیه نسبت به حکم واخواهی می نماید و در اجرای قسمت اخیر تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه قرار قبول دادخواست واخواهی و توقف اجرای حکم صادر می کند. الف- آیا از اموال توقیف

شده رفع توقیف می‌شود یا خیر توضیح آنکه برخی معتقدند متوقف شدن اجرای حکم به معنای لغو اقدامات اجرائی نیست لیکن برخی دیگر معتقدند پس از صدور قرار قبولی دادخواست و اخواهی حکم قطعیت خود را از دست می‌دهد و علی‌الاصول نمی‌توان نسبت به حکم غیر قطعی اموال اشخاص را توقیف نمود. ب- اگر نهایتاً و اخواهی و تجدیدنظرخواهی محکوم علیه رد شود آیا ادامه عملیات اجرایی مستلزم صدور اجرائیه جدید است یا خیر؟ ج- اگر نیاز به صدور اجرائیه جدید نیست مهلت یک ماهه مذکور در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی برای محکوم علیه جهت طرح دادخواست اعسار از همان ابلاغ اجرائیه قبلی محاسبه می‌شود یا پس از ابلاغ رای قطعی؟ ۲- عبارت (که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است) در ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی آیا شامل حکم قطعی نیز می‌شود یا صرفاً قید سند رسمی است؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

الف- در فرض سؤال، چنان چه به استناد تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، محکوم علیه از حکم غیابی و اخواهی نماید، با صدور قرار قبولی و اخواهی تا رسیدگی و صدور حکم و قطعیت آن اجرای حکم متوقف می‌شود و توقف اجرای حکم، با اعاده عملیات اجرایی ملازمه ای ندارد؛ به عبارت دیگر، صرف قبولی و اخواهی محکوم علیه موجب رفع توقیف از اموال وی نیست و از شمول ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ خارج است. ب- هرگاه پس از انقضای مهلت و اخواهی و تجدیدنظرخواهی و قطعیت حکم غیابی اجرائیه صادر شده و با و اخواهی محکوم علیه و صدور قرار قبولی آن، اجراء هم متوقف شود و متعاقباً حکم غیابی پس از رسیدگی عیناً تأیید و قطعیت یابد؛ با توجه به این که قبلاً اجرائیه صادر و ابلاغ شده است، نیازی به صدور اجرائیه مجدد نیست و پس از ابلاغ دادنامه قطعی، عملیات اجرایی که متوقف شده مجدداً ادامه پیدا می‌کند. ج- در فرض سؤال با توجه به این که متعاقب اعتراض محکوم علیه غایب، اجرای رأی متوقف می‌شود و با لحاظ این که پس از انجام رسیدگی و صدور حکم قطعی بر تأیید تمام یا قسمتی از دادنامه

معارضه عنه که نسبت به آن اجرائیه صادر شده است، موجب قانونی جهت صدور اجرائیه مجدد و ابلاغ آن وجود ندارد. بنابراین با اتخاذ ملاک از ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و نظر به این که با ابلاغ رأی قطعی به محکوم علیه، شرایط قانونی برای اجرای رأی مطابق ماده یک قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ فراهم می‌باشد، معیار محاسبه شروع موعد ۳۰ روزه مذکور در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و تبصره یک آن و نیز شروع موعد ۱۰ روزه موضوع ماده ۱۶۰ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ از تاریخ ابلاغ رأی قطعی به محکوم علیه خواهد بود. ۲- عبارت «تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است» مذکور در ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ با توجه به استفاده از حرف «یا» و عدم تکرار فعل «باشد»، شامل «حکم قطعی» نیز می‌شود؛ بنابراین، چنان چه تاریخ حکم قطعی مؤخر بر تاریخ توقیف باشد، دادورز نمی‌تواند رفع توقیف نماید و در صورت شکایت معترض باید وفق ماده ۱۴۷ این قانون، دادگاه به آن رسیدگی کند.

پ-نشست قضایی

موضوع: تکلیف روند اجرائی پس از صدور قرار قبولی و خواهی و تأیید رأی پرسش: در راستای اجرای رأی غیابی، ملک محکوم علیه فروخته شده است؛ اما قبل از انتقال سند به نام برنده مزایده، قرار قبولی و خواهی صادر شده و اجرای حکم به دستور دادگاه صادر کننده رأی غیابی متوقف شده است؛ اگر رأی غیابی پس از رسیدگی و خواهی عیناً تأیید شود و قطعیت یابد آیا صدور مجدد اجرائیه و توقیف مجدد مال و برگزاری مزایده ضرورت دارد یا بدون نیاز به تجدید اجرائیه و مزایده فقط قسمت باقی مانده از اجرا (انتقال سند به نام برنده مزایده) باید انجام شود؟^۱

نظر هیئت عالی

با توجه به تبصره ماده ۳۰۶ ق.آ.د.م که با صدور قرار قبولی و خواهی عملیات اجرائی متوقف می‌شود؛ بنابراین پس از رسیدگی چنانچه رأی غیابی تأیید شد در هر

۱. یک-کد نشست ۱۳۹۸-۵۷۰۱-استان گلستان / شهر کلاله.

مقطعی که عملیات متوقف شده، ادامه می‌یابد و نیازی به تجدید صدور اجرائیه نیست. حسب ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی چنانچه حکم صادره به موجب رای نهایی نقض شود عملیات اجرایی اعاده می‌گردد.

نظر اکثریت

در ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مدنی امکان اعاده عملیات اجرایی فقط در صورت فسخ یا نقض رای بدوی پیش بینی شده است. از مفهوم این ماده استنباط می‌شود اگر اجرای رای غیابی تمام شده باشد و پس از واخواهی، رای مورد اعتراض تایید شود، اعاده اقدامات اجرایی مجاز نیست؛ بنابراین در فرضی که قسمتی از عملیات اجرایی انجام شده و پس از قبول واخواهی رای غیابی تایید شده باشد نیز اعاده عملیات اجرایی مجاز نیست. مفهوم توقف عملیات اجرایی نیز مانع موقت در امر اجرا است و الا قانون از عبارت الغای عملیات اجرایی استفاده می‌کرد.

نظر اقلیت

قرار قبول واخواهی به دلیل احراز اینکه رای به محکوم علیه ابلاغ نشده یا محکوم علیه در عدم اعتراض به موقع دچار عذر موجه بوده است صادر می‌شود و با صدور قرار قبول واخواهی معلوم می‌شود که رای غیر قطعی اجرا شده و اقدامات اجرایی انجام شده صحیح نبوده است؛ لذا لازم است اجرائیه و عملیات اجرایی تجدید شود. در صورت عدم تجدید اجرائیه از فردی که به جهت عدم اطلاع از صدور حکم هیچ تعلق و تقصیری در پرداخت محکوم به نداشته هزینه اجرا اخذ می‌شود که این امر عادلانه نیست و برای جلوگیری از تحمیل هزینه اجرا به شخصی که تقصیری در عدم اجرای به موقع حکم نداشته، لازم است مجدداً اجرائیه صادر شود و به محکوم علیه جهت اجرای حکم ده روز مهلت داده شود.

۸- تأثیر واخواهی یکی از محکوم علیه در حق سایر

با توجه به ماده ۳۰۸ رای که پس از رسیدگی واخواهی صادر می‌شود فقط نسبت به واخواه و واخوانده موثر است حال در صورت تعدد خواندگان تکلیف دادگاه چیست؟

الف-دکترین حقوقی

چنانچه خواندگان متعدد و حکم غیابی علیه آنها صادر گردید باشد یکی از آنها و اخواهی نماید و حکم به نفع یا ضرر وی صادر گردیده باشد این نفع یا ضرر فقط شامل خواه و میگردد مثل اینکه حکم غیابی مبنی بر تخلیه علیه دو نفر مساجر یک باب مغازه که هر یک نسبت به سه دانگ منافع تصرف استیجاری دارند صادر میگردد یکی از مستاجرین پس از ابلاغ حکم غیابی ظرف مهلت قانونی و اخواهی و در نتیجه و اخواهی حکم به نفع او صادر میگردد و در نهایت این حکم قطعی میشود مستاجر سه دانگ دیگر مغازه نخواهد توانست از این حکم بهرمنند شود و ادعا کند که مغازه را تخلیه نمیکند چرا که حکم و اخواهی فقط نسبت به سه دانگ و اخواه بین او و و اخوانده موثر است و و اخوانده خواهد توانست نسبت به سه دانگ مستاجری که و اخواهی نموده است و حکم غیابی قطعیت یافته است حکم را اجرا نماید ضمنا در ماده ۳۰۸ اعلام شده اگر رای صادره در مرحله و اخواهی قابل تجزیه و تفکیک نباشد نسبت به کسانی که مشمول حکم غیابی بوده ولی و اخواهی نکرده اند تسری خواهد یافت میتوان گفت منظور از تسری آثار این است که مثلا اگر یکی از محکوم علیهم و اخواهی نموده و و اخواهی او رد شود و چون حکم غیر قابل تجزیه است محکوم علیه غایب دیگر پس از ابلاغ واقعی نمیتواند و اخواهی کند چرا که نمیتوان پذیرفت در حکم غیر قابل تجزیه در یک و اخواهی حکم و اخواسته تایید و در و اخواهی دیگر این حکم فسخ شود اصل جلوگیری از صدور احکام معارض نیز بر این منع دلالت دارد سوالاتی که مطرح است این که اگر حکم غیابی مورد تایید گردد آیا کسانی که و اخواهی نکرده اند میتوانند تجدید نظر خواهی کنند؟ در پاسخ به این سوال باید گفت حتی با فرض این که حق و اخواهی آنان باقی باشد تجدید نظر خواهی را میتوان اسقاط حق و اخواهی و در نتیجه تجدید نظر خواهی را موجب اشتغال دادگاه تجدید نظر دانست .

(دوره جدید مبسوط در ایین دادرسی مدنی دکتر علی مهاجری ج ۳ اش)

(۱۴۱۲و۱۴۱۱)

(آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته دکتر عبدالله شمس ج ۲ ش ۶۶۷)

ب- نظریات مشورتی

یک- شماره نظریه: ۶۸/۹۷/۷

تاریخ نظریه: ۲۲/۰۱/۱۳۹۷

استعلام:

با توجه به مواد ۳۰۸ و ۳۵۹ و ۴۰۴ از قانون آیین دادرسی مدنی در صورتی که دعوا غیر قابل تجزیه باشد اولاً آیا دادنامه صادره حتماً باید نسبت به کسانی که از آن و اخواهی تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی نکرده اند نیز نقض شود و یا اینکه صرف نقض رأی مورد و اخواهی تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی کافی بوده و نیازی به نقض دادنامه مذکور نمی باشد ثانیاً در صورت عدم نیاز به نقض آیا باید در ذیل رأی قید شود که مفاد رأی به لحاظ غیر قابل تجزیه بودن به سایر محکوم علیهم نیز تسری می یابد تا طرفین پرونده از این موضوع مطلع شوند یا خیر؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

مطابق مواد ۳۰۸، ۳۵۹ و ۴۰۴ قانون آیین دادرسی در امور مدنی، آرائی که در مراحل و اخواهی و تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی صادر می شود، حسب مورد فقط نسبت به و اخواه و و اخوانده و تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده یا فرجام خواه و فرجام خوانده مؤثر است و شامل اشخاصی که و اخواهی، تجدیدنظرخواهی و یا فرجام خواهی نکرده اند، نمی گردد. ولی با توجه به قسمت اخیر مواد فوق الذکر، در صورتی که رأی صادره قابل تجزیه و تفکیک نباشد، نسبت به کسانی که مشمول حکم صادره بوده ولی حسب مورد و اخواهی، تجدیدنظرخواهی و یا فرجام خواهی نکرده اند، تسری خواهد داشت. بنابراین در فرض سؤال در صورت نقض حکم اولیه یا تجدیدنظر خواسته یا فرجام خواسته، صدور رأی به نفع همه محکوم علیهم در این موارد منتفی است، و گرنه تسری این رأی به آنان فاقد معنا خواهد شد.

دوم-شماره نظریه: ۲۶۳۶/۹۶/۷

تاریخ نظریه: ۱۳۹۶/۱۱/۰۲

استعلام:

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

۱- مطابق مواد ۳۰۸، ۳۵۹ و ۴۰۴ قانون آئین دادرسی در امور مدنی، آرائی که در مراحل واخواهی و تجدیدنظرخواهی و فرجام خواهی صادر می‌شود، حسب مورد فقط نسبت به واخواه و واخوانده و تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخوانده یا فرجام خواه و فرجام خوانده مؤثر است و شامل اشخاصی که واخواهی، تجدیدنظرخواهی و یا فرجام خواهی نکرده اند، نمی‌گردد. ولی با توجه به قسمت اخیر مواد فوق الذکر، در صورتی که رأی صادره قابل تجزیه و تفکیک نباشد، نسبت به کسانی که مشمول حکم صادره بوده ولی حسب مورد واخواهی، تجدیدنظرخواهی و یا فرجام خواهی نکرده اند، تسری خواهد داشت. بنابراین در فرض سؤال در صورت نقض حکم اولیه یا تجدیدنظر خواسته یا فرجام خواسته، صدور رأی به نفع همه محکوم علیهم در این موارد منتفی است، و گرنه تسری این رأی به آنان فاقد معنا خواهد شد.

۲- در این فرض که دادگاه نسبت به واخواهی رسیدگی می‌کند، چون رأی دادگاه در مورد محکومانی که واخواهی نکرده اند یا رأی نسبت به آنها حضوری بوده نیز به لحاظ غیرقابل تجزیه بودن تسری دارد، رسیدگی به تجدیدنظر خواهی بعد از طی مرحله واخواهی ممکن است. ۳- در فرضی که بدواً به دادخواست تجدیدنظر خواهی برخی از محکوم علیهم رسیدگی و دادگاه تجدیدنظر ضمن رد دعوای تجدیدنظر خواهی، رأی بدوی را تأیید کرده باشد، این امر مانع رسیدگی دادگاه بدوی به واخواهی محکوم علیه غایب نمی‌باشد و موضوع منصرف از ماده ۳۰۸ قانون یادشده است و اصولاً این ماده و مواد ۳۵۹ و ۴۰۴ قانون مزبور نافی حق واخواهی، تجدیدنظر خواهی و فرجام خواهی اصحاب دعوا و تکلیف مرجع قضایی مبنی بر رسیدگی به آن و صدور حکم مقتضی نمی‌باشد، بلکه در راستای انتفاع ایشان از رأی صادره غیرقابل تجزیه است.

۹- واخواهی نسبت به رای حضوری

چنانچه دادگاه حکم را حضوری توصیف نماید ولی محکوم علیه به ادعای غیابی بودن آن در مهلت مقرر دادخواست واخواهی تقدیم نماید تکلیف دادگاه چیست؟

الف- دکتترین حقوقی

از ملاک ماده ۳۴۷ که بیان نموده تجدیدنظر خواهی از آرای قابل تجدیدنظر که در قانون احصاء گردیده مانع اجرای حکم خواهد بود هر چند دادگاه صادر کننده رای آنرا قطعی اعلام نموده باشد مگر در مواردی که طبق قانون استثنا شده باشد میتوان به این نتیجه رسید که اگر دادگاه حکمی را حضوری و محکوم علیه به ادعای غیابی بودن در مهلت مقرر واخواهی نماید در فرضی که حکم قابل تجدیدنظر نباشد دادگاه نمیتواند پیش از روشن شدن تکلیف واخواهی دستور اجرای آن را به درخواست محکوم له صادر نماید .

(آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین دکتر عبدالله شمس ج، ۲ ش ۳۹۲)

ب- نظریات مشورتی

یک- شماره نظریه: ۱۳۰۴/۱۴۰۰/۷

تاریخ نظریه: ۲۸/۱۲/۱۴۰۰

استعلام

چنانچه دادگاه در دادنامه صادره حکم غیابی را حضوری اعلام کند و پس از قطعیت رأی و سپری شدن دو سال از تاریخ صدور آن، محکوم علیه در مرحله اجرای حکم درخواست واخواهی کند، تکلیف چیست؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

توصیف دادگاه صادر کننده رأی غیابی به «حضوری»، مانع از پذیرش واخواهی محکوم نخواهد بود و حق واخواهی محکوم به قوت خود باقی است؛ بنابراین در فرض سؤال، چنانچه موضوع مشمول ذیل تبصره ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ باشد، محکوم علیه می تواند برابر ماده یاد شده واخواهی کند و در غیر این صورت موجهی برای پذیرش واخواهی وی نیست.

دوم- شماره نظریه: ۶۹۲/۱۴۰۰/۷

تاریخ نظریه: ۱۴۰۰/۰۹/۱۵

استعلام:

چنانچه متهم در جلسه دادرسی حضور پیدا نکند ولی لایحه دفاعیه ارسال کند و دادگاه پس از رسیدگی، رای حضوری صادر و متهم به تصور این که در جلسه دادگاه حاضر نشده است، از رای دادگاه و اخواهی کند و از طریق دفتر خدمات قضایی درخواست و اخواهی خود را ارسال نماید، آیا دادگاه میتواند و اخواهی را تجدید نظر خواهی تلقی نماید و پرونده را به دادگاه تجدیدنظر ارسال کند؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

و اخواهی اختصاص به رأی غیابی دارد و در فرض استعلام که رأی حضوری است و در دادنامه نیز به آن تصریح شده است، اما محکوم با تلقی غیابی بودن رأی، در مهلت تجدید نظر، و اخواهی کرده است، باید آن را قابل رسیدگی در مرحله تجدید نظر دانست و لذا دادگاه بدوی که لایحه و اخواهی را از طریق دفتر خدمات الکترونیک قضایی دریافت کرده است، باید با تلقی و اخواهی به تجدید نظر خواهی، پرونده را به دادگاه تجدید نظر ارسال کند. وحدت ملاک از تبصره ۳ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز مؤید همین نظر است.

۱- منظور از ارزش خواسته یا بهای آن برای تجدید نظر خواهی

منظور از ارزش خواسته یا بهای آن برای تجدید نظر خواهی چیست؟

الف- دکتین حقوقی

در دعاوی مالی اگر خواسته یا بهای آن بیش از سه میلیون ریال باشد حکم صادره قابل تجدید نظر خواهد بود. ملاک این که ارزش خواسته بیش از سه میلیون ریال یا کمتر از آن است، تقویمی است که توسط خواهان در ضمن دادخواست صورت گرفته و مورد ایراد و اعتراض خوانده واقع نشده است. بنابراین در صورتی که خواسته دعوی مالی دو میلیون ریال تقویم شده باشد ولی پس از اعتراض خوانده و رسیدگی به آن بهای خواسته بیش از این مبلغ تعیین شود از لحاظ قابلیت

تجدیدنظر خواهی از حکم صادره مبلغی که در اثر اعتراض به عنوان بهای خواسته تعیین می شود ملاک عمل خواهد بود ولی در صورتی که خوانده به بهای خواسته اعتراضی نکند و حکم محکومیت او صادر شود در زمان صدور حکم یا بعد از آن به این ادعا که ارزش خواسته بیش از آن است که در دادخواست تقویم شده تجدیدنظر خواهی از او پذیرفته نخواهد شد و در اینگونه موارد دادگاه تجدیدنظر به لحاظ قطعی بودن حکم، تجدیدنظر خواهی را مردود اعلام می دارند.

(دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی دکتر علی مهاجری ج ۳ ش ۱۵۰۸)

ب- نظریات مشورتی

یک- شماره نظریه: ۵۸۳/۱۴۰۱/۷

شماره پرونده: ۵۸۳-۱۲۷-۱۴۰۱ ح

تاریخ نظریه: ۰۹/۰۷/۱۴۰۱

استعلام:

تقویم خواسته حداقل دارای هفت اثر حقوقی از جمله تعیین هزینه دادرسی، تعیین صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای حل اختلاف، تعیین حق الوکاله و کیل، میزان تمبر و کالت، قابلیت تجدیدنظر خواهی، قابلیت فرجام خواهی و تقویم خسارات دادرسی است؛ لذا در بند ۳ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ تعیین خواسته و بهای آن مگر آن که تعیین بهاء آن ممکن نبوده و یا خواسته مالی نباشد، به عنوان یکی از شرایط دادخواست آمده است. از سوی دیگر در بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی مقرر شده است در صورتی که قیمت خواسته در دعاوی مالی در موقع تقدیم دادخواست مشخص نباشد، مبلغ دو هزار ریال (که به یک میلیون و پانصد هزار ریال افزایش یافته است) تمبر الصاق و ابطال می شود و بقیه هزینه دادرسی بعد از تعیین خواسته و صدور حکم دریافت خواهد شد و دادگاه مکلف است قیمت خواسته را قبل از صدور حکم مشخص نماید. اعمال مقرره اخیر فقط تکلیف هزینه دادرسی را مشخص می کند و شش اثر دیگر را نمی تواند تحت پوشش قرار دهد و تعیین

تکلیف نماید؛ به ویژه در مواردی که پرونده پیش از ورود به ماهیت به صدور قرارهایی نظیر رد دعوا یا عدم استماع دعوا منجر می شود و یا آن که ارکان دعوا محقق نبوده و بدون ارجاع به کارشناس رأی بر بی حقی یا بطلان دعوا صادر می شود. از سوی دیگر، قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مؤخر التصویب است. پرسش این است آیا در چنین مواردی تقویم علی الحساب خواسته توسط خواهان که می تواند تمام هفت اثر مذکور را به نحوی محقق کند، قابل پذیرش است؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

اولاً، مستنبط از بند ۱۴ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی، دادگاه بدوی باید پیش از صدور حکم نسبت به تعیین بهای خواسته اقدام و پس از صدور حکم بلافاصله برای اخذ آن (هزینه دادرسی) دستور لازم را صادر کند. ثانیاً، چنانچه دادگاه بدوی سهواً بدون تعیین ارزش خواسته حکم بر بی حقی صادر کند، مستنبط از بند ۱۴ ماده ۳ یادشده تعیین بهای خواسته پیش از صدور حکم از وظایف دادگاه بدوی است و با توجه به این که با لحاظ بند «الف» ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، میزان ارزش خواسته در قابلیت یا عدم قابلیت تجدید نظر خواهی نسبت به رأی صادره از سوی دادگاه بدوی مؤثر است، بنابراین در صورت ارسال پرونده نزد دادگاه تجدیدنظر پرونده باید جهت تعیین بهای خواسته به دادگاه بدوی اعاده شود. ثالثاً، بنا به مراتب یادشده و از آن جا که دادگاه بدوی مکلف است پیش از صدور رأی بهای خواسته را تعیین و بلافاصله بعد از صدور رأی دستور وصول آن را صادر کند، مطابق حکم مقرر در مواد ۳۶۷ و ۳۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و بر اساس میزان خواسته ای که دادگاه تعیین کرده است، فرجام خواهی صورت خواهد گرفت؛ هم چنان که بر اساس میزان هزینه دادرسی تعیین شده از سوی دادگاه، حق الوکاله و کیل و خسارات دادرسی نیز قابل تعیین و

محاسبه است و به همین سبب، بر خلاف آنچه در استعلام آمده است، بر حکم مقرر در بند ۱۴ ماده ۳ قانون صدرالذکر از این حیث ایرادی مترتب نیست.

دوم- شماره نظریه: ۱۷۶۵/۱۴۰۰/۷

تاریخ نظریه: ۲۳/۰۵/۱۴۰۱

استعلام:

خواهان به موجب یک دادخواست، چند خواسته مطرح می‌کند و در جلسه اول دادرسی نیز خواسته خود را افزایش می‌دهد؛ اما دادگاه بدوی صرفاً نسبت به خواسته‌های اولیه مندرج در دادخواست اظهارنظر می‌کند و نسبت به خواسته افزایش یافته اظهارنظر و اتخاذ تصمیم نمی‌کند؛ خواسته افزایش یافته برای پذیرش دیگر خواسته‌های خواهان ضرورت داشته است. با توجه به تجدید نظرخواهی خواهان، خواهشمند است به پرسش‌های زیر پاسخ دهید: تکلیف دادگاه تجدید نظر در این خصوص چیست؟ آیا می‌بایست پرونده را جهت اظهارنظر نسبت به خواسته افزایش یافته خواهان و جلوگیری از تعارض و تهافت آراء به دادگاه بدوی اعاده کند تا پس از اظهارنظر در این خصوص، در خصوص تجدید نظرخواهی اتخاذ تصمیم کند یا آن که راجع به تجدید نظرخواهی اظهارنظر و نسبت به خواسته افزایش یافته قرار توقف دادرسی صادر کند یا اساساً تجدید نظرخواهی را متوقف کند تا تکلیف خواسته افزایش یافته معلوم شود؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

اولاً، طرح خواسته جدید از سوی خواهان با عنایت به ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، دعوی اضافی تلقی می‌شود و از شمول ماده ۹۸ قانون یادشده خارج است. ثانیاً، در فرض سؤال که بنا به تشخیص دادگاه تجدید نظر رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت به آنچه مورد لحوق حکم دادگاه بدوی قرار گرفته است فرع بر رسیدگی نسبت به آن بخش از خواسته مطرح شده در مرحله بدوی است که راجع به آن دادگاه اخیرالذکر اظهار نظری نکرده است، با عنایت به ملاک ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، دادگاه تجدید نظر با تذکر به دادگاه

این جرم محقق می‌شود که افشای سر منجر یا عرفا موجب هتک حیثیت فرد شود و جرمی غیر قابل گذشت است.^۱

سوال ۷: الف از جیب دوستش رمز کامپیوترش را برداشته و پایان نامه را پاک می‌کند عمل وی جرم است؟

پاسخ: متهم مرتکب دو جرم دسترسی غیر مجاز به داده‌های رایانه ای و حذف داده رایانه ای به نحو تعدد مادی شده است.

مستند قانونی: ماده ۷۲۹ ق.م.ا- بخش تعزیرات، «هرکس به طور غیرمجاز به داده‌های یا سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود. به طور کلی آنچه از عبارت دسترسی غیرمجاز به ذهن متبادر می‌شود این است که دسترسی توأم با توسل به شگردهای متقلبانه و نقض تدابیر امنیتی بوده است و شخص مستقیم و یا غیرمستقیم با توسل به ترفندها و مهارت‌های لازم به داده‌های رایانه ای یا مخابراتی که تحت حفاظت تدابیر امنیتی قرار دارند دست می‌یابد لذا دستیابی همیشه با فعل مثبت مادی قابل تحقق است و منظور از تدابیر امنیتی ایجاد محدودیت یا ممنوعیت دسترسی به اطلاعات برای افراد غیرمجاز است» و ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «هرکس به طور غیرمجاز داده‌های دیگری را از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیرقابل پردازش کند به حبس از ۶ ماه تا ۲ سال یا جزای نقدی از ده میلیون تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود» که به نظر می‌رسد مقصود از عبارت حذف در ماده از بین بردن داده است که با پاک نمودن پایان نامه محقق شده اما دقت شود که اگر امکان بازیافت داده‌ها بعد از حذف ظاهری وجود داشته باشد در این فرض دو نظر وجود دارد:

۱ - غفوری، احمد، شرح آزمون قانون مجازات اسلامی ص ۴۵۱. صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، ص ۱۰۷

الف) این جرم محقق نشده است چون این جرم مقید بوده و عملیات باید به نحوی باشد که داده قابل برگشت نباشد از این رو این جرم واقع نشده و ممکن است متهم به اتهام دسترسی غیرمجاز و شروع به تخریب تحت پیگرد قرار گیرد.^۱

ب) جرم محقق شده است و اقدامات بعدی تاثیری در جرم ندارد به جهت اینکه ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی مطلق بوده و صرف حذف داده دیگری را جرم دانسته است اعم از اینکه بعد از حذف داده قابل ریکاوری باشد یا خیر و اساساً این جرم مطلق بوده نه مقید به ضرر که بعد استدلال شود چون در مواردی که داده ریکاوری شده است ضرر محقق نیست پس جرمی واقع نشده است.

سوال ۸: رکن قانونی شنود غیرمجاز کدام قانون است؟

پاسخ: ماده ۷۳۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات (ماده ۲ قانون جرایم رایانه‌ای) «هرکس به طور غیرمجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیرعمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی یا نوری را شنود کند، به حبس از ۶ ماه تا ۲ سال یا جزای نقدی از ۱۰ میلیون ریال تا ۴۰ میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد». در مورد شنود داده‌ها باید توجه داشت شنود داده‌های سری باعث تحقق جرم جاسوسی رایانه‌ای است (نه جرم شنود غیر مجاز) اما شنود دیگر داده‌ها باعث تحقق جرم شنود غیرمجاز است.^۲

سوال ۹: شخصی کارت عابربانکی را پیدا کرده و از رمز روی آن، از خودپرداز پول می‌گیرد چه نوع جرمی است؟

پاسخ: وفق ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای»^۳ مرتکب جرم کلاهبرداری رایانه‌ای شده است.

۱ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه‌ای و مخابراتی ص ۲۱ و ۲۲ و ۶۲.
 ۲ - سخنوری، احمد، شرح آزمون قانون مجازات اسلامی، ص ۴۷۶. صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه‌ای و مخابراتی، ص ۳۲.
 ۳ - ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی «ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای» «هرکس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر رد مال به صاحب آن، به حبس از

در کلاهبرداری رایانه ای کلاهبردار در سلسله عملیات متقلبانه خود از سامانه‌های رایانه ای و مخابراتی استفاده می‌کند همچنین موضوع ماده ۱ قانون تشدید مجازات جرایم اختلاس، ارتشا و کلاهبرداری در خصوص کلاهبرداری سنتی انجام عملیات متقلبانه منجر به فریب قربانی است اما در کلاهبرداری رایانه ای چنین شرطی منتفی است و بعلاوه کلاهبردار، دستورالعمل‌ها، اطلاعات و داده‌های رایانه ای را هدف اصلی ارتکاب جرم قرار می‌دهد در این شیوه تحصیل مال، امتیازات و خدمات مالی، نه از طریق اغفال شخص بلکه با ارتکاب افعال متقلبانه نسبت به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه ای و مخابراتی صورت می‌گیرد. لذا در کلاهبرداری ساده که فقط گرفتن مال مشمول کلاهبرداری است در کلاهبرداری رایانه‌ای علاوه بر مال، تحصیل منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری مشمول کلاهبرداری رایانه‌ای است و همچنین در کلاهبرداری رایانه‌ای انسانی فریب نمی‌خورد بلکه سامانه‌ی رایانه‌ای فریب می‌خورد.^۱

سوال ۱۰: کسی کارت عابربانک دوستش را پیدا می‌کند که رمزش را نیز می‌دانسته و از دستگاه پول می‌گیرد چه نوع جرمی است؟

پاسخ: مرتکب بزه کلاهبرداری رایانه ای شده است و متهم با ورود غیر مجاز و ایجاد داده به صورت غیر مجاز اقدام به تصاحب وجه نموده است. رکن قانونی بزه: ماده ۷۴۱ ق.م.ا. «هر کس به طور غیر مجاز از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی، با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند، علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود».

یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود»

۱ - غفوری، احمد، شرح آرمونی قانون مجازات اسلامی، ص ۴۸۰. صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، ص ۸۰ و ۷۸.

در کلاهبرداری رایانه شرط توسل به عملیات متقلبانه منجر به فریب مالباخته منتفی است و اغفال نه نسبت به شخص بلکه با ارتکاب افعال متقلبانه نسبت به داده یا سامانه‌های رایانه ای صورت می‌گیرد.^۱

سوال ۱۱: فردی کارت عابربانکی را سرقت کرد و رمز آن نیز همراهش بوده، چه نوع جرمی است؟

پاسخ: مرتکب سرقت تعزیری موضوع کتاب تعزیرات شده است.

لازم به ذکر است سرقت رایانه ای نسبت به داده صورت می‌گیرد طبق م ۷۴۰ ق.م.ا «هر کس به طور غیرمجاز داده‌های متعلق به دیگری را بر باید...» لذا در فرضی سوال اصل کارت عابربانک سرقت رفته نه داده لذا جرم ارتكابی سرقت تعزیری می‌باشد.^۲

سوال ۱۲: اگر الف که پیرمرد است کارت بانکی خود را به ب بدهد تا برایش پول برداشت نماید، اما او مبلغ کارت را به حساب خود انتقال دهد، جرم است؟

پاسخ: مرتکب جرم کلاهبرداری رایانه ای شده است زیرا در این فرض هر چند ورود با توجه به اذن پیرمرد مجاز بوده است لکن داده به صورت غیر مجاز وارد شده است و منجر به بردن مال شده است لازم به ذکر است هر گونه کلاهبرداری مرتبط با رایانه ملازمه با دسترسی غیر مجاز به داده‌ها یا سیستم‌های رایانه ای دارد لذا در صورت تحقق بزه تام کلاهبرداری موضوع مشمول ذیل تبصره دو ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قرار گرفته است و چون مجموع اقدامات تحت عنوان کلاهبرداری قرار می‌گیرد فقط یک مجازات در نظر گرفته می‌شود. بر اساس ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۳ و ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری، در کلاهبرداری سنتی توسل

۱ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، ص ۸۰ و ۷۸.

۲ - همان ص ۷۳.

۳ - ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه ای» «هرکس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، ایجاد یا متوقف

به عملیات متقابلانه مشخصه اصلی این جرم است اما در کلاهبرداری رایانه ای انجام عملیات متقابلانه و فریفتن را شرط تحقق آن ندانسته و علت تفاوت شاید این باشد که در کلاهبرداری سنتی بزه دیده انسانی است که کلاهبردار تمام تمرکز خود را بر روی شخص وی معطوف می‌دارد و با فریفتن او اقدام به بردن مال وی می‌کند اما در کلاهبرداری رایانه ای قربانی مستقیم جرم، سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی هستند که کلاهبردار با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل می‌کند.^۱

نظریه مشورتی شماره ۲۶۹۰/۹۵/۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۲۰ در خصوص استعلام: «در مواردی که شخصی با سوء استفاده از اعتماد دیگری که رمز ورود به حساب بانکی سامانه رایانه ای یا مخابراتی را در اختیار او قرار داده است مبادرت به تحصیل وجه یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری می‌نماید آیا بزه ارتكابی بر اساس ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی فصل سوم قانون جرایم رایانه ای قابل تعقیب و مجازات است یا با توجه به مجاز بودن متهم در ورود به سامانه و بنا بر تجویز ماده ۷۸۰ از همان قانون مطابق قوانین جزایی مربوط عمومات تعقیب کیفری انجام خواهد گرفت؟ در هر حال نوع جرم ارتكابی و مجازات آن اعلام شود» بیان داشته است:

«اولا تشخیص جرم بودن رفتار ارتكابی و تطبیق آن با مواد قانونی و عناوین مجرمانه مقرر در قانون، در هر مورد به عهده قاضی رسیدگی کننده به موضوع است. ثانیا چون ملاک تحقق جرایم رایانه ای در قانون جرایم رایانه ای، استفاده غیرمجاز از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده است و منظور از فعل "وارد کردن" در ماده ۱۳ قانون مذکور (ماده ۷۴۱ الحاقی ۱۳۸۸/۳/۵ قانون مجازات

کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال یا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود».

۱ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، ص ۸۰

اسلامی)، وارد کردن داده‌ها به هر ترتیب غیرمجازی است که منتهی به تحصیل وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگران باشد؛ اعم از اینکه شخص مذکور اطلاعات مربوط به داده‌ها را در اختیار داشته یا به وسایل متقلبانه اطلاعات موردنظر خود را کسب نماید. لذا در فرض سؤال، چنانچه مرتکب با استفاده غیرمجاز از داده‌های رایانه ای که در اختیار داشته و وارد نمودن رمز حساب بانکی دیگری، وجه یا امتیازات مالی تحصیل نموده است، عنوان مجرمانه عمل ارتكابی این فرد، "سرقت" است و چون این سرقت با استفاده غیرمجاز از داده‌های رایانه ای و وارد نمودن رمز حساب بانکی دیگری صورت گرفته است، موضوع مشمول ماده ۷۴۱ الحاقی قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ (ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای) است».

سوال ۱۳: آیا هک وای فای و استفاده از حجم اینترنت دیگران جرم است؟

موضوع مشمول بزه کلاهبرداری رایانه ای می‌باشد چرا که فرد به طور غیر مجاز از سامانه رایانه ای و مخابراتی دیگری با ارتكاب اعمالی نظیر وارد کردن یا ایجاد یا متوقف یا مختل کردن داده‌های سامانه منفعت یا خدمت یا امتیاز مالی برای خود تحصیل نموده است.

رکن قانونی: ماده ۷۴۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، «هر کس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی با ارتكاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر رد مال به صاحب آن به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال یا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود».

در کلاهبرداری سنتی توسل به عملیات متقلبانه مشخصه اصلی این جرم است. اما در کلاهبرداری رایانه ای انجام عملیات متقلبانه و فریفتن را شرط تحقق آن ندانسته و علت تفاوت شاید این باشد که در کلاهبرداری سنتی بزه دیده انسانی است که کلاهبردار تمام تمرکز خود را بر روی شخص وی معطوف می‌دارد و با فریفتن او اقدام به بردن مال وی می‌کند اما در کلاهبرداری رایانه ای قربانی مستقیم جرم،

سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی هستند که کلاهبردار با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل می‌کند.^۱

سوال ۱۴: خانم الف از همسرش آقای ب جدا شده است، آقای ب بعد از اینکه متوجه می‌شود خانم الف مجدداً ازدواج کرده تصاویر دوران عقد خود را برای همسر جدید خانم الف ارسال می‌کند آیا عمل وی جرم است؟

پاسخ: بله وفق ماده ۷۴۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۱۷ قانون جرایم رایانه‌ای» «هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری را بدون رضایت او جزء در موارد قانونی منتشر کند یا در دسترس دیگران قرار دهد به نحوی که منجر به ضرر یا عرفاً موجب هتک هیئت او شود به حبس از ۹۱ روز تا ۲ سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود». ۱- فلسفه وضع این ماده حفظ کیان خانواده و حفظ حریم خصوصی زندگی اشخاص است. ۲- منظور از دیگران در این ماده شامل هر فردی می‌شود که از دید صاحب فیلم غریبه به شمار می‌آید و راضی نیست که به آن دسترسی یابد لذا اگر زن و شوهری که از هم جدا شده اند، اقدام به در دسترس قرار دادن تصاویر خصوصی همسر سابق خود برای دیگران از طریق سامانه‌های رایانه ای نماید، این جرم محقق می‌شود.^۲

سوال ۱۵: اگر الف رمز گوشی ب را متوجه شود و بعداً در زمانی که او حضور ندارد وارد گوشی وی شود جرم است؟

پاسخ: بله وفق ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۱ قانون جرایم رایانه‌ای»^۳ عمل مزبور منطبق با بزه دسترسی غیر مجاز به داده‌های رایانه ای می‌باشد.

۱ - همان ص ۸۰

۲ - همان صفحه ۱۰۷.

۳ - ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۱ قانون جرایم رایانه ای» «هر کس به طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است

آنچه از عبارت دسترسی غیرمجاز به ذهن متبادر می‌شود این است که دسترسی توأم با توسل به شگردهای متقلبانه و نقض تدابیر امنیتی بوده و شخص مستقیم و یا غیرمستقیم با توسل به ترفندها و مهارتهای لازم به داده‌های رایانه‌ای و مخابراتی که تحت تدابیر حفاظتی بوده دست می‌یابند. در مورد دسترسی به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای باید به این نکته توجه داشت که دسترسی به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای که بوسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است جرم دسترسی غیرمجاز است اما دسترسی به داده‌های سری جرم جاسوسی رایانه‌ای است.^۱

سوال ۱۶: آیا استفاده از فیلترشکن جرم است؟

پاسخ: خیر.

ممکن است تصور شود که استفاده از فیلترشکن مصداق جرم دسترسی غیرمجاز به سامانه‌های رایانه‌ای است چرا که دولت‌ها با تدابیر امنیتی دسترسی کاربران را به برخی صفحات و محتویات فضای مجازی قطع می‌نمایند و استفاده از فیلترشکن موجب نقض این تدابیر امنیتی می‌گردد در این پاسخ بایستی اندکی تأمل نمود. کاربرد فیلترشکن دور زدن و عبور از فیلترینگ فضای مجازی است در حقیقت دولت‌ها با لحاظ مصالحی اقدام به مسدودسازی برخی صفحات فضای مجازی و یا مسدودسازی برخی محتویات مجرمانه می‌نمایند. در حقیقت فیلترینگ، تدبیری امنیتی از سوی صاحبان صفحات اینترنتی برای عدم دسترسی کاربران به محتویات آن نیست بلکه تدبیر حکومت‌ها برای عدم دسترسی کاربران به برخی محتویات فضای مجازی است. مضاف بر این که مفهوم «حفاظت» در ماده ۷۲۹ قانون تعزیرات «ماده یک قانون جرایم رایانه‌ای» با مفهوم فیلتر یا مسدودنمودن متفاوت است چرا که حفاظت کردن، به منظور جلوگیری از دسترسی افراد غیرمجاز به داده‌های دارای ارزشی مجرمانه است لذا بایستی بین داده‌های حفاظت شده و

دسترسی باید به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود»

۱ - غفوری، احمد، شرح آزمون قانون مجازات اسلامی ص ۴۷۶. صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه‌ای و مخابراتی، ص ۲۱.

داده‌های مسدود شده فرق گذاشت. با این وصف صرف استفاده کاربران از فیلترشکن به مصداق دسترسی غیرمجاز موضوع ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۱ قانون جرایم رایانه ای» نمی‌باشد و لذا در حال حاضر برای استفاده از فیلترشکن جرم انگاری نشده است. البته انتشار فیلترشکن در فضای مجازی مشمول عنوان مجرمانه ماده ۷۴۳ ق اخیر است.^۱

مؤید این نظر نظریه هیئت عالی نشت قضایی به کد نشست ۱۳۹۸-۶۰۲۴ مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۹ می‌باشد که در خصوص موضوع سوال بیان داشته با توجه به تشابه موضوع به نظریه شماره ۷/۹۲/۱۵۷۲ مورخ ۱۳۹۲/۸/۱۸ اداره حقوقی قوه قضائیه: با توجه به اینکه در قانون جرایم رایانه ای و سایر قوانین موجود برای صرف استفاده از فیلترشکن و V-P-N و عضویت در شبکه‌های اجتماعی مانند فیسبوک و ... مجازاتی پیش بینی نشده است، بنابراین با توجه به اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی اعمال موضوع اعلام قانونا جرم تلقی نمی‌شوند، مستتب از ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی «ماده یک قانون جرایم رایانه ای» این است که دسترسی به سایت‌هایی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است و دسترسی به اطلاعات آنها برای همگان مجاز نیست جرم محسوب و قابل مجازات محسوب می‌باشد، لذا مورد منصرف از سایت‌های عمومی که به هر دلیل دیگر فیلتر شده می‌باشد.^۲

سوال ۱۷: آیا کپی کردن داده‌های دیگری بدون paste کردن جرم است؟

پاسخ: متهم مرتکب بزه سرقت داده رایانه ای شده است و چنانچه بدون اجازه از رایانه دیگری استفاده کرده است موضوع مشمول بزه دسترسی غیر مجاز به داده‌های رایانه‌ای نیز می‌باشد هر گونه سرقت رایانه ملازمه با دسترسی غیر مجاز به داده‌ها یا سیستم‌های رایانه ای دارد لذا در صورت تحقق بزه تام سرقت رایانه ای داده دیگری موضوع مشمول ذیل تبصره دو ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قرار گرفته است و چون مجموع اقدامات تحت عنوان سرقت غیر مجاز داده‌های رایانه ای قرار می‌گیرد فقط یک مجازات در نظر گرفته می‌شود.

۱ - کتاب صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی ص ۳۱

رکن قانونی بزه: ماده ۷۴۰ «قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵» (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه ای) ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «ماده ۱ قانون جرایم رایانه ای»^۱ اگر داده‌ها با تدابیر امنیتی حفاظت شده باشند بزه دسترسی غیرمجاز محقق شده است و اگر هیچ یک از تدابیر امنیتی نباشد و شخص غیرمجازی به محتویات دسترسی یابد بزه دسترسی غیرمجاز محقق نیست.^۲

سوال ۱۸: شخصی رایانه متعلق به دیگری را از بلندی پرتاپ می‌کند عنوان مجرمانه است؟

پاسخ: در خصوص موضوع دو نظر وجود دارد:

الف) موضوع صرفاً قابل انطباق با بزه تخریب عمدی موضوع ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی^۳ است و عمل ارتكابی مشمول ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی «ماده ۸ قانون جرایم رایانه ای»^۴ نمی‌گردد چرا که اولاً قانون‌گذار تخریب داده را در کنار اختلال و غیر قابل پردازش کردن داده ذکر نموده که به وسیله نرم افزاری واقع می‌گردد لذا شامل تخریب سنتی مثل شکستن لپ تاپ نمی‌شود. ثانیاً جرایم رایانه‌ای در بستر فضای مجازی و سایر است و تخریب فیزیکی شامل آن نمی‌شود.

۱ - ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ «ماده ۱ قانون جرایم رایانه ای» «هرکس به طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا جزای نقدی از ۵ میلیون ریال تا ۲۰ میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود»

۲ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی ص ۲۱

۳ - ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اصلاحی مصوب ۲۳/۲/۱۳۹۹ «هر کس عمداً اشیاء منقول یا غیر منقول متعلق به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو -کلاً یا بعضاً- تلف نماید و یا از کار اندازد در صورتی که میزان خسارت وارده یکصد میلیون ریال یا کمتر باشد به جزای نقدی تا دو برابر معادل خسارت وارده محکوم خواهد شد.

۴ - ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی «ماده ۸ قانون جرایم رایانه ای» «هرکس به طور غیرمجاز داده‌های دیگری را از سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده حذف یا تخریب یا مختل یا غیرقابل پردازش کند به حبس از ۶ ماه تا ۲ سال یا جزای نقدی از ده میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌شود»

بر این اساس حذف داده به معنای به کلی از بین بردن داده، تخریب داده به معنای از کار انداختن به کلی به نحوی که قابل استفاده نباشد، مختل کردن داده به معنای اینکه دسترسی به داده به سختی ممکن است می‌باشد.

ب) موضوع مشمول ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی «ماده ۸ قانون جرایم رایانه ای» است. محور این ماده حمایت از داده است و با توجه به ظاهر اطلاق ماده چه تخریب نرم افزار باشد یا سخت افزار که به واسطه آن داده‌ها نیز از بین بروند به عبارتی اگر تخریب حامل داده به صورت فیزیکی باشد و در نتیجه داده‌های موجود در آن نیز از بین بروند. موضوع مشمول ماده ۱۳۱ ق.م.ا (تعدد معنوی) می‌باشد و بایستی صرفاً عنوان اشد تخریب فیزیکی ماده ۶۷۷ ق تعزیرات «هر کس عمداً اشیاء منقول یا غیر منقول به دیگری را تخریب نماید یا به هر نحو کلاً یا بعضاً تلف نماید و یا از کار اندازد به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم خواهد شد» را لحاظ نمود.^۱

البته با عنایت به تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و اجرایی شدن آن در سال ۱۳۹۹، مجازات بزه خیانت در امانت به نصف تقلیل یافته و مجازات آن سه ماه تا یک سال و نیم حبس می‌باشد لذا مجازات هر دو جرم درجه شش و یکسان می‌باشند لکن با توجه به اینکه روزهای حبس بزه تخریب داده از طریق تخریب حامل داده از تخریب ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی بیشتر است به نظر جرم اشد جرم تخریب داده می‌باشد.

سوال ۱۹: آیا کنترل داده‌های ذخیره شده، شنود است یا دسترسی غیرمجاز؟

پاسخ: به نظر عمل منطبق به دسترسی غیر مجاز به داده‌های دیگری می‌باشد و از شمول بزه شنود غیر مجاز خارج است چرا که در شنود می‌بایست محتوا در حال انتقال بوده باشد و داده ذخیره شده از شمول این رکن خارج است.

ماده ۷۳۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۲ قانون جرایم رایانه ای» «هر کس به طور غیرمجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا امواج الکترومغناطیسی با نوری را شنود کند به حبس از ۶ ماه

۱ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی، ص ۶۱ و ۶۵

تا ۲ سال یا جزای نقدی از ده میلیون ریال تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم می‌کند» شنود مصدر جرم از شنودن «شنیدن» است و در اصطلاح حقوقی شنود به هر گونه دریافت محتوای در حال ارسال امواج در فضای تبادل ارتباطات به طور غیرقانونی و پنهانی گفته می‌شود. شنود کردن به عمل فردی اطلاق می‌شود که با استفاده از تجهیزات مخابراتی یا رایانه‌ای و با قرار گرفتن بر سر راه ارتباطات غیرعمومی، مخفیانه اقدام به دریافت اطلاعات در حال انتقال می‌نماید. در مورد دسترسی به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای باید به این نکته توجه داشت که دسترسی به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای که بوسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است جرم دسترسی غیرمجاز است اما دسترسی به داده‌های سری جرم جاسوسی رایانه‌ای است و در مورد شنود داده‌ها باید توجه داشت شنود داده‌های سری باعث تحقق جرم جاسوسی رایانه‌ای است (نه شنود غیرمجاز) اما شنود دیگر داده‌ها باعث تحقق جرم شنود غیرمجاز است.^۱

سوال ۲۰: جعل و استفاده از سند مجعول در فضای رایانه‌ای چند جرم است؟

پاسخ: طبق مواد ۷۳۴ و ۷۳۵ قانون مجازات اسلامی تعزیرات «ماده ۶-۷ قانون جرایم رایانه‌ای»^۲ جعل و استفاده از داده مجعول دو جرم و مشمول تعدد مادی است. عنصر مادی جعل رایانه‌ای تغییر یا ایجاد یا وارد کردن داده‌های مذکور در ماده است. در جعل رایانه‌ای داده‌ای ایجاد می‌شود یا در آن تغییر ایجاد می‌شود یا بطور

۱- غفوری، احمد، شرح آزمون قانون مجازات اسلامی ص ۴۷۶. صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید،

تحلیلی بر جرایم رایانه‌ای و مخابراتی ص ۳۲ و ۳۵

۲- ماده ۷۳۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات «ماده ۶ قانون جرایم رایانه‌ای» «هرکس بطور غیرمجاز مرتکب اعمال زیر شود، جاعل محسوب و به حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال یا هر دو مجازات است محکوم خواهد شد: الف) تغییر یا ایجاد داده‌های قابل استفاده ایجاد یا وارد کردن متقلبان‌ه‌ی داده به آن‌ها ب) تغییر داده‌ها یا علائم موجود در کارت‌های حافظه یا قابل پردازش در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا تراشه‌ها یا ایجاد یا وارد کردن متقلبان‌ه‌ی داده‌ها یا علائم به آنها».

ماده ۷۳۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده ۷ قانون جرایم رایانه‌ای» «هرکس با علم به مجعول بودن داده‌ها یا کارت‌ها یا تراشه‌ها از آن‌ها استفاده کند به مجازات مندرج در ماده فوق محکوم خواهد شد»

متقابلانه وارد می‌شود. بنابراین اگر شخصی با استفاده از رایانه نوشته یا سندی مانند شناسنامه و ... را جعل کند مرتکب جعل ساده است (نه جعل رایانه‌ای) طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴-۱۳۷۷/۰۱/۱۸ دیوانعالی کشور^۱ استفاده از سند مجعول عملی مستقل از جرم جعل محسوب و نسبت به جاعل نیز بزه جداگانه با رعایت مقررات تعدد است.

سوال ۲۱: آیا آپلود اطلاعات مستهجن از مورد خودارضایی و خودکشی جرم است؟

پاسخ: ماده ۷۴۲ ق.م.ا- تعزیرات. «هر کس به وسیله سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل داده‌های محتویات مستهجن را منتشر، توزیع یا معامله کند یا به قصد تجارت یا افساد تولید یا ذخیره یا نگهداری کند به حبس از ۹۱ روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون تا چهل میلیون ریال یا هر دو مجازات است محکوم می‌شود». «محتویات مستهجن را منتشر یا توزیع یا معامله یا به قصد تجارت یا افساد تولید یا ذخیره یا نگهداری کند» ملاحظه می‌شود که در این ماده تولید، ذخیره و نگهداری یا معامله یا به قصد تجارت ذخیره و نگهداری کند. لذا صرف نگهداری بدون قصد تجارت یا افساد جرم نیست.^۲

سوال ۲۲: آیا در جاسوسی رایانه ای در بخش داده‌های سری، قید حفاظت شده لازم است یا خیر؟

۱ - رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴-۱۳۷۷/۰۱/۱۸ دیوانعالی کشور «نظر به اینکه به موجب مواد ۷۵ تا ۸۲ قانون مجازات نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۱ برای جعل و استفاده از سند مجعول مجازات جداگانه تعیین شده است و به علاوه در ماده ۸۳ قانون مزبور برای استفاده کننده از سند مجعول در مواردی که جاعل خود استفاده کننده باشد مجازات مقرر گردیده است. بنابر این بر طبق مواد مزبور استفاده از سند مجعول عملی مستقل از جعل محسوب و نسبت به جاعل نیز بزه جداگانه است بنا به مراتب دادنامه شماره ۶-۷۶.۲۰۲۸-۶ که به موجب آن با رعایت تعدد و ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی برای جعل و استفاده از سند مجعول کیفرهای جداگانه تعیین شده صحیح و منطبق با موازین قانونی است این رأی که بر طبق ماده ۳ اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری صادر گردیده در موارد مشابه لازم الاتباع می‌باشد.»

۲ - صنعتی، سیدمهدی و عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه ای و مخابراتی ص ۸۷ و ۹۴

پاسخ: ماده ۷۳۱ قانون مجازات اسلامی «ماده ۳ قانون جرایم رایانه ای» «هر کس به طور غیرمجاز نسبت به داده‌های سری در حال انتقال یا ذخیره شده در سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده مرتکب اعمال زیر شود...». مقنن در حفاظت از داده‌های سری آنقدر مصمم بوده که این داده‌ها چه در حال انتقال بوده و چه ذخیره شده باشند چه در سامانه‌های رایانه ای یا مخابراتی باشند یا در حامل‌های داده چه تدابیر امنیتی در مورد آنها رعایت شده باشد چه متهم به آن دسترسی یابد یا آن را شنود کند یا در دسترس دیگران قرار دهد، در هر صورت مشمول مقررات ماده است. لذا از متن ماده چنین برمی آید که تفاوتی وجود ندارد این داده‌ها تحت تدابیر امنیتی قرار دارند یا نه و در هر حال شنود یا دسترسی به داده‌های سری با علم به سری بودن آنها جرم است اما به نظر می‌رسد این تفسیر با سایر موارد این فصل از قانون جرایم رایانه ای همخوانی ندارد و در این خصوص باید قائل به تفکیک شد: اولاً در مورد شنود داده‌های سری در حال انتقال مطلوب است چرا که اصل عمل شنود، جز به اجازه صریح قانون ممنوع است و شنودکننده با استفاده از تجهیزات پیچیده بر ارتباط زنده سری مسلط می‌شود و از آنجا که در ایجاد این ارتباط زنده تدابیر امنیتی نهفته است. لذا در خود عمل شنود این نقض تدابیر امنیتی نهفته است و بدون نقض این تدابیر و مکان شنود مهیا نمی‌شود.

ثانیاً در مورد دسترسی به داده‌های سری ذخیره شده این نمی‌تواند صحیح باشد چرا که وقتی داده‌ها فاقد تدابیر امنیتی هستند و به عنوان نمونه افراد در حین جستجو در اینترنت به آنها دسترسی می‌یابند اصل بر این است که برای استفاده عموم در دسترس قرار گرفته اند و نباید کسی که بدون نقض تدابیر امنیتی به این داده‌ها دست می‌یابد را تحت پیگرد قرار داد. بهر حال به نظر می‌رسد که در مورد جرم دسترسی غیرمجاز داده‌های سری ذخیره شده ماده ۷۳۱ را باید در کنار مواد ۷۲۹ و ۷۳۲ تفسیر کرد زیرا مقنن در ماده ۷۲۹ دسترسی را در صورتی جرم دانسته که سامانه تحت تدابیر امنیتی باشد و همینطور در ماده ۷۳۲. ثالثاً: در مورد تحصیل داده‌های سری ذخیره شده از آنجا که تحصیل یک مرحله بعد از دسترسی است و ممکن است متهم داده‌ها را از فرد دیگری اخذ نموده باشد لزومی به وجود تدابیر امنیتی وجود ندارد و

با احراز علم مرتکب به این که داده تحصیل شده سری است و عمد در تحصیل جرم محقق می‌شود.^۱

سوال ۲۳: آیا در جرایم رایانه‌ای تخریب با ترک فعل نیز امکانپذیر است؟

پاسخ: عناصر مادی جرم تخریب رایانه‌ای عبارت از: حذف، تخریب، مختل و غیرقابل پردازش کردن داده‌های دیگری موجود در سامانه‌هایی رایانه‌ای و مخابراتی و حامل‌های داده بدیهی است که ارتکاب این جرم فقط با فعل مثبت مادی قابل ارتکاب است و با ترک فعل امکان تحقق آن وجود ندارد.^۲

سوال ۲۴: اگر شخصی کامپیوتر دست دوم دیگری را خریداری کند و بعداً تمامی اطلاعات آن را ریکاوری کند جرم است؟

پاسخ: نظر اول: به نظر سرقت داده موضوع ماده ۷۴۰ (ماده ۱۲ قانون جرایم رایانه‌ای)^۳ محقق است چرا که معامله داده مورد اراده متعاملین نبوده و حیثیت داده حیثیت جداگانه‌ای بوده و موضوعیت دارد. نظر دوم: موضوع منطبق به دسترسی غیر مجاز به داده‌های رایانه‌ای محافظت شده است.

طبق ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات «ماده یک قانون جرایم رایانه‌ای» «هر کس بطور غیر مجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که بوسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد به حبس از نود و یک روز تا یکسال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو محکوم خواهد شد» لذا اگر داده‌ها با تدابیر امنیتی حفاظت شده بود بزه دسترسی غیر مجاز محقق است و همچنین دسترسی به داده‌های سری جرم جاسوسی رایانه‌ای است.^۴

۱ - همان ص ۳۸ و ۴۳

۲ - همان ص ۶۴

۳ - «هر کس به طور غیر مجاز داده‌های متعلق به دیگری را بریابد، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، به جزای نقدی از یک میلیون ریال تا بیست میلیون ریال و در غیر این صورت، به حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد».

۴ - صنعتی، سید مهدی عطایی جنتی، مجید، تحلیلی بر جرایم رایانه‌ای و مخابراتی ص ۲۱