

بسم الله الرحمن الرحيم

# ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال هفدهم، شماره ۱۵۸، فروردین ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل  
دبیر این شماره: فاطمه محسنی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمدحسن عقیلی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، آرمان زینلی، مینا سالمی، سارا سادات شجاعی، سید حسین  
طهماسبی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، فاطمه محسنی، امیر مقدم.

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقیقی نیست.

نشریه مادرسه حقیقی در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس  
است.

[www.isfahanbar.org](http://www.isfahanbar.org)

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالاامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyehoghough@isfahanbar.org)



## شيوه‌نامه «ملرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه ی دیگری منتشر نشده باشد.
- مسؤولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
  - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
  - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
  - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
  - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
    ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
    - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
    ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
    - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
  - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
  - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: [madreseyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madreseyehoghough@isfahanbar.org)
  - مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
    - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
    - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
  - مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
  - اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
  - مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.

# مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
مقدم  
شماره  
۱۵۸



## فهرست مطالب

### بایسته‌های حرفه وکالت

- آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی ..... ۱۲۴
- آراء منتخب قضائی ..... ۱۲۷
- سارا سادات شجاعی**
- هشدارها و آموزه‌های انتظامی ..... ۱۳۱
- فاطمه محسنی / نغمه فقیهیان**
- صفحه ادبی «رُقعہ» ..... ۱۳۶
- سید حسین طهماسبی**

### گزیده مقالات کاربردی

- گزیده مقالات کاربردی ..... ۱۴۰
- امیر مقدم**
- معرفی کتاب ..... ۱۴۴
- مینا سالمی**
- پند استاد؛ زندگی نامه حقوق‌دانی نام آشنا
- استاد فقید مرحوم دکتر حسن دادبان ..... ۱۴۶
- مهدی اعتمادیان**

### زنگ تفریح

- طنز ..... ۱۵۰
- دکتر امین تویسرکانی**

سرمقاله: بهار در بهار ..... ۴

### مقالات

- بودجه ۱۴۰۱، ناسازگار با قانون اساسی و تورم زا ..... ۱۰
- دکتر سید محمود کاشانی**
- محرمانگی رابطه وکیل - موکل از منظر الگوهای اخلاق حرفه‌ای ..... ۱۹
- دکتر مجتبی جانی پور**
- وصف تجریدی چک در بوته عمل ..... ۲۵
- منصور انجم شعاع**
- شبهات‌ها و تفاوت‌های پیش‌فروش آپارتمان با بیع ..... ۳۱
- علی عباسی**
- مسئولیت مدنی خسارات ناشی از تولید کالای معیوب ..... ۴۷
- سیما سلیمانی / دکتر آرمان زینلی**
- بررسی فقهی و حقوقی حق سر قفلی ..... ۷۸
- مریم السادات موسوی**

### گزیده سخنرانی‌ها

- طرح دعوی و درخواست و تعیین صلاحیت‌ها در امور حسبی ..... ۱۱۸
- حسن وثیق‌زاده انصاری**



# سرمقاله

## بهار در بهار

رمضان موكب آمد ز ره دور آراست

علم عید پدید آمد و غنفل برخاست

«ازرقی هروی»

ویژگی های بهار و بیدار شدن طبیعت و نوشتن آن برای هر ایرانی - که تقویم سالانه آن بیشترین تناسب را در آغاز سال نو در بین اقوام و ملل جهان داراست - نیاز به توضیح و تفصیل ندارد. به ویژه که ادبیات غنی زبان فارسی آن را با انواع ظرافت ها و لطافت ها به ذائقه ما ایرانیان در بالاترین سطح چشمانده است و مشحون از انواع ابراز احساسات در وصف بهار و طبیعت با انواع زبان و بیان است و به قول



سعدی عبارت «چنانکه افتد ودانی» برای آن کافی است.

در کنار این بهار، ادبیات آئینی مانیز که به پیروی از معارف الهی در مقام جلب توجه انسان به معنویت و وصول او به کرامت واقعی انسانی از طریق سیرالی اسه است، شرایط زمانی و مکانی ویژه را که در سهرت و سرعت این سیر موثراند، شناسایی و گاه با عنوان کنانی «بهار» معرفی نموده است.

ماه مبارک رمضان از موقعیت های ویژه برای رساندن انسان به کمال انسانی و قرب الهی است و از آن به «بهار قرآن» تعبیر شده است و نشانگر آن است که سیر معنوی در این ماه که «ماه خدا» نیز نامیده شده، زمان مناسبی است که بان بهار می تواند دل را بهاری و نسیم های معنوی را همچون بهار طبیعت به روان و جان انسان با برساند تا از سرمایه آن در طول سال و عمر و دنیا و عقبای خویش بهره برداری کنند. «ماه خدا»، شب قدر و فرود فرشتگان را نیز به همراه دارد و محل نزول فرشتگان نیز محضر خلیفه اسه یعنی پیامبریا امام معصوم در هر عصر خواهد بود که بدون معرفت به امام و توجه به او و پیروی از او، بهار معنوی حاصل نخواهد شد.

به همین دلیل است که از امام علیه السلام نیز به «ریح الانام و نصره الیام» یعنی «بهار مردمان و

طراوت و سرسبزی روزگاران» تعبیر شده است.



«وکیل» آنگاه که در مقام احقاق حق موکل برآید و بنخواهد طراوت عدالت را با دفاع خویش از حقوق وی، به او بازگرداند و «بهاری» از نو برای او پدید آورد، همچنان که در آغاز سال، جسم و احساسات خویش را در بهار طبیعت در معرض نسیم بهاری و لطافت های فصل بهار قرار می دهد تا از آن توشه ای برای خدمت بهتر به عدالت در طول سال بگیرد، بی بهره از بهار قرآن و بهار مردمان یعنی بهره گرفتن لازم و کامل و تا حد امکان از معنویت ماه مبارک رمضان و امام عصر (عج) به عنوان واسطه الهی در وصول معارف و خلائق به انسان، نخواهد توانست مسؤلیت و رسالت خویش را در احقاق حقوق موکلین و گسترش عدالت به دستی به دوش کشد.

از این روست که حتی اگر وکیل به واسطه برخی گرایش ها، اعتقادات و یا انحرافات، اعتنای ابتدایی لازم به برخی معنویات نداشته باشد، از آنجا که دستیابی به امکان دفاع لازم و کامل از موکل، نیازمند مقدمات و معلوماتی است که علی الاصول اطلاع از همه آنها و یا رصد تمامی آن از اختیار و توان معمولی وکیل خارج است، چاره ای نخواهد داشت تا برای حفظ موقعیت و کالتی خویش و توفیق کامل، واقعی و جدی در دفاع از موکل، بازودن انواع زخارها از آینه دل، با اشراقی معنوی به آنچه لازمه دفاع صحیح است، نائل آید.



تحقیقت این است که اشتغالات و گرفتاری‌های روزانه و مشکلات دست و پاگیر روزمره، انسان را از بسیاری از مسائل عمده و اساسی بازمی‌دارد و تعلقات مادی و روحی، بال آدمی را از پرواز در آسمان‌های معنوی می‌بندد. اما با این همه چگونه این نوع از نیازهای واقعی انسان و مانع بروز نیازهای واقعی انسانی گردد. با این همه چگونه می‌توان با پرداختن به نیازهای ابتدایی و مادی، نیاز واقعی در پرورش روح و تعالی معنوی را از یاد برد و آن را نادیده گرفت.

کی به انداختن سنگ پایی در آب

ماه را می‌شود از حافظه‌ی آب گرفت

«فاضل نظری»

امید که با بهره‌مندی از بهار طبیعت و نیز بهار معنویت، ضمن صفای جسم و روح، مقدمه لازم برای دفاع از حقوق موکل دست دهد و انضمام بهار طبیعت و بهار قرآن، نشاطی دو چندان برای خدمت به خلق را موجب گردد....

و اگر چنین شود، تحلی غظیم رخ خواهد نمود که آثار مثبت آن محیط فضا را نیز عطر آگین خواهد

ساخت و کاری کارستان روی خواهد نمود.



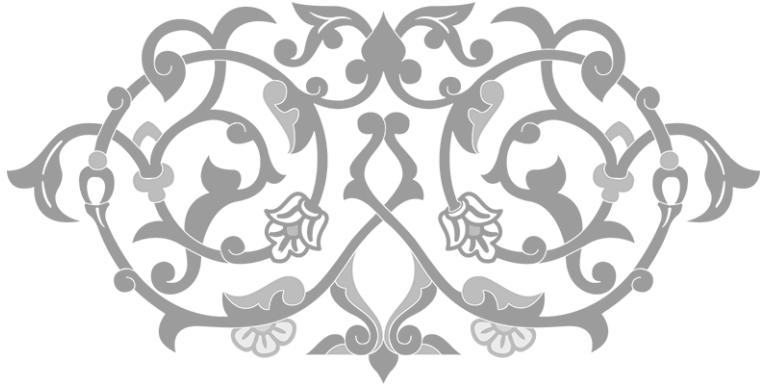
آن که می‌گوید قیامت بر نمی‌خیزد، کجاست؟

تاد آن مژگان، تماشای صف محشر کند

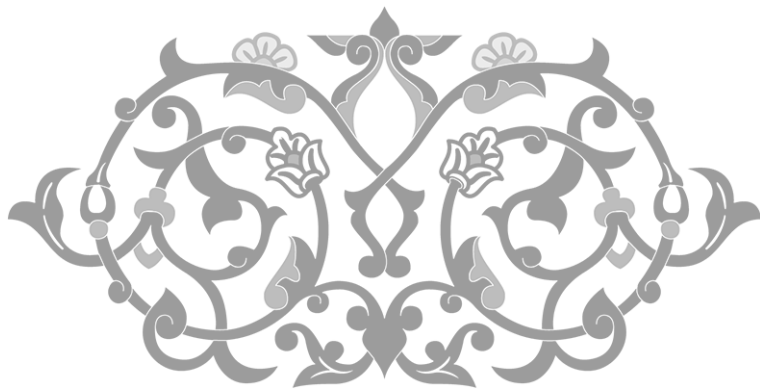
«صائب تبریزی»

مدیرمسئول





# مقالات





## بودجه ۱۴۰۱،

# ناسازگار با قانون اساسی و تورم‌زا

دکتر سید محمود کاشانی<sup>۱</sup>

در سال‌های گذشته و تا هم‌اکنون تکیه کلام دولت‌ها و مجلس‌ها اصلاح ساختار بودجه سالانه برای اداره صحیح امور کشور و دولت بوده است. ولی در تصویب بودجه‌های سالانه با تجاوز به اصول قانون اساسی و قانون محاسبات عمومی که چارچوب تنظیم و تصویب بودجه را پیش‌بینی کرده‌اند با دامن زدن به تورم‌های تازه، ملت ایران را گرفتار گذران زندگی کرده و در همین حال دائماً شعار رسیدگی به «معیشت مردم» را هم سر می‌دهند. اصل ۵۲ قانون اساسی تأکید کرده است:

«بودجه سالانه کل کشور به ترتیبی که در قانون مقرر می‌شود از طرف دولت تهیه و برای رسیدگی و تصویب به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌گردد».

اصل ۵۳ نیز در همین راستا افزوده است:

«کلیه دریافت‌های دولت در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز می‌شود و همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام می‌گیرد».

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در یکم بهمن ماه ۱۳۵۸ در روزنامه رسمی کشور انتشار یافت و لازم‌الاجرا گردید. اصل ۵۲ که می‌گوید بودجه سالانه «به ترتیبی که در قانون مقرر می‌شود» تهیه می‌گردد، ارجاع به «قانون محاسبات عمومی» داده است که در ۱۳۴۹/۱۰/۱۵ به تصویب مجلس شورای ملی و سنا رسیده و در هنگام تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ اعتبار داشته است. ماده یک این قانون، بودجه کل کشور را چنین

---

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، وکیل پایه یک دادگستری و عضو

تعریف کرده است:

«بودجه کل کشور، برنامه مالی دولت است که برای یک سال مالی تهیه و حاوی پیش‌بینی درآمدها و سایر منابع تأمین اعتبار و برآورد هزینه‌ها برای انجام عملیاتی که منجر به وصول به هدف‌های دولت می‌شود بوده و از سه قسمت تشکیل می‌شود...».

فصل دوم این قانون نیز از ماده ۲۶ تا ۳۰ در برگیرنده مندرجات بودجه سالانه و روش تهیه و تصویب آن در مجلس است. بنابراین بودجه سالانه کل کشور الزاماً باید در چارچوب قانون محاسبات عمومی در برگیرنده درآمدهای قانونی و هزینه‌های دولت باشد. دولت و مجلس نمی‌توانند بیرون از چارچوب قانون محاسبات عمومی، بودجه سالانه را تدوین و تصویب کنند. نگاهی به مصوبه‌های مجلس در دو هفته نخست اسفند ماه ۱۴۰۰ نشان‌دهنده تخلفات آشکار در تصویب بودجه سالانه کل کشور است که به مواردی از آن‌ها می‌پردازم:

## ۱- استقراض‌های دولتی

بر پایه اصل ۸۰ قانون اساسی:

«گرفتن و دادن وام یا کمک‌های بدون عوض داخلی و خارجی از طرف دولت باید با تصویب مجلس شورای اسلامی باشد».

این اصل تکرار اصل بیست و پنجم قانون اساسی مشروطیت است که برای بستن دست شاهان قاجار در گرفتن وام‌های خارجی و گرفتار کردن ملت ایران وارد قانون اساسی مشروطیت شد. پس از آن نیز لایحه‌ای در مجلس اول مشروطیت برای گرفتن وام خارجی به مجلس تقدیم شد ولی به تصویب نمایندگان نرسید. بنابراین گرفتن وام خارجی یا داخلی نیازمند تقدیم لایحه ویژه‌ای از سوی دولت در هر مورد به مجلس و تصویب آن از سوی مجلس است. مجلس در تصویب لایحه دولت، ضرورت گرفتن وام، محل هزینه آن، بهره‌های این وام و منبع و چگونگی بازپرداخت آن را با پیشنهاد دولت بررسی و تصویب می‌کند. بنابراین وام‌های داخلی یا خارجی، درآمد دولت شمرده نمی‌شوند زیرا باید بازپرداخت شوند. از همین رو مجلس نمی‌تواند در لابلای قانون بودجه، کمترین استقراض داخلی یا خارجی را تصویب و از محل آن هزینه‌های سالانه دولت را پیش‌بینی و تأمین کند. اکنون ارقام نجومی استقراض‌هایی را که در پوشش‌های گوناگون در بودجه سال ۱۴۰۱ گنجانیده شده‌اند نشان می‌دهم:



### - تبصره ۳ بودجه ۱۴۰۱

در این تبصره که روز ۳ اسفند به تصویب رسید در زمینه تأمین مالی خارجی (فاینانس) که همان استقراض خارجی است چنین آمده است:

«الف- با رعایت بند (الف) ماده (۴) قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه [!] مصوب سال ۱۳۹۵، در سال ۱۴۰۱ سقف تسهیلات تأمین مالی خارجی (فاینانس) برای طرح‌های دولتی و غیردولتی معادل ریالی ۳۰ میلیارد یورو تعیین می‌شود.»

واژه‌های «تأمین مالی خارجی» که در این تبصره به کار رفته آشکارا به دست آوردن وام خارجی آن هم با رقم نجومی به یوروست. نه دولت می‌تواند چنین استقراضی خارجی را در لایحه بودجه بیاورد و نه مجلس می‌تواند آن را تصویب کند.

### - تبصره ۵ - تأمین مالی داخلی


«در سال ۱۴۰۱ اجازه داده می‌شود با رعایت قوانین و موازین شرعی [!]:

**الف-** شرکت‌های دولتی تا سقف یکصد هزار میلیارد ریال [۱۰ هزار میلیارد تومان] اوراق مالی اسلامی با تضمین و بازپرداخت اصل و سود آن توسط خود منتشر کنند.

**ب-** به دولت اجازه داده می‌شود برای تأمین مالی مصارف این قانون تا سقف هشتصد و شصت هزار میلیارد ریال [۸۶ هزار میلیارد تومان] انواع اوراق مالی اسلامی (ریالی - ارزی) از جمله اسناد خزانه اسلامی که منطبق بر قوانین و مقررات و در چهارچوب عقود اسلامی باشند منتشر و بازپرداخت اصل، سود و هزینه‌های مربوط به انتشار اوراق در جداول شماره (۸) و (۹) این قانون پیش‌بینی و قابل پرداخت است...».

به این ترتیب بندهای الف و ب تبصره ۵ بودجه سال ۱۴۰۱ که مجلس در آن‌ها برای تأمین مالی هزینه‌های دولت، انتشار اوراق مالی اسلامی را که همان اوراق قرضه داخلی است تصویب کرده، تخلف از اصل ۸۰ قانون اساسی است و این استقراض‌ها کمترین جایگاهی در تدوین و تصویب قانون بودجه سالانه کشور در چارچوب قانون محاسبات عمومی ندارند.

**د -** در بند «دال» تبصره ۵، به شهرداری‌های کشور و سازمان‌های وابسته به آن‌ها اجازه داده شده با تأیید وزارت کشور تا سقف یکصد و بیست هزار میلیارد ریال [۱۲ هزار



میلیارد تومان] اوراق مالی اسلامی با تضمین خود و بازپرداخت اصل و سود آن‌ها توسط همان شهرداری‌ها منتشر کنند. تضمین بازپرداخت اصل و سود این اوراق برای اجرای طرح‌های قطار شهری و حمل‌ونقل شهری به نسبت پنجاه درصد دولت و پنجاه درصد شهرداری‌هاست.

این بند هم ناسازگار با اصل ۵۲ قانون اساسی و قانون محاسبات عمومی که چارچوب بودجه سالانه دولت را پیش‌بینی کرده‌اند می‌باشد. مجلس نمی‌تواند در تبصره‌ای از لایحه بودجه، مجوز انتشار اوراق قرضه و گرفتن وام را به شهرداری‌ها بدهد. قانون وظایف شوراهای شهرها مصوب سال ۱۳۷۵، در بند ۱۳ از ماده ۷۱ آن، تصویب وام‌های پیشنهادی شهرداری را پس از بررسی دقیق نسبت به مبلغ، مدت و میزان کارمزد از وظایف شوراهای هر شهر دانسته است. اگر موضوع بند «د» تبصره ۵، اجرای قطارهای شهری و حمل‌ونقل شهری است و دولت در چارچوب یک طرح عمرانی می‌خواهد هزینه‌های آن را برعهده گیرد اولاً- نمی‌تواند دست به استقراض بزند و ثانیاً- باید در چارچوب برنامه عمرانی پنج‌ساله و برطبق قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱، مجوز آن را از مجلس بگیرد و هزینه‌های آن را از درآمدهای دولت در بودجه سالانه تأمین و به تصویب مجلس برساند و در هیچ حال نمی‌تواند شهرداری‌ها را مکلف به انتشار اوراق قرضه برای اجرای این‌گونه طرح‌های عمرانی بنماید.

**بند ی -** در این بند نیز مجوز انتشار اوراق مالی اسلامی، با ارقام ۳ هزار میلیارد تومان، ۲ هزار میلیارد تومان و ۲ هزار میلیارد تومان دیگر و در بند الحاقی ۱ به بند ب، باز هم مجوز انتشار ۱۰ هزار میلیارد تومان دیگر اوراق مالی اسلامی از جمله اسناد خزانه اسلامی[!] به دولت داده شده است. این اوراق مالی نیز اوراق قرضه و استقراض‌های داخلی هستند که در چارچوب اصل ۸۰ قانون اساسی نیازمند تقدیم لایحه مستقل و تصویب در مجلس می‌باشند و در تبصره‌ها و بندهای لایحه بودجه سالانه، مجلس به هیچ عنوان نمی‌تواند این استقراض‌های داخلی را تصویب کند.

به این ترتیب گرفتن وام خارجی در تبصره ۳ و ارقام دیگری از وام‌های داخلی در تبصره ۵ قانون بودجه سال ۱۴۰۱، همگی بیرون از چارچوب بودجه سالانه و قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۱۳۴۹ هستند. چنان‌که دیدیم ماده یک این قانون، بودجه کل کشور را: «برنامه مالی دولت برای یک سال مالی و حاوی پیش‌بینی درآمدها و سایر منابع تأمین مالی و برآورد هزینه‌ها» دانسته است. و فصل دوم این قانون نیز زیر عنوان



«تهیه و تصویب بودجه» در ماده ۲۶، لایحه بودجه کل کشور را در برگیرنده:  
«۱- مقدمه بودجه شامل توضیحات لازم درباره بودجه پیشنهادی و آثار و نتایج

اجرای آن،

۲- درآمدهای وصول شده و هزینه‌های انجام شده در سال مالی قبل،

۳- پیش‌بینی درآمدها و برآورد هزینه‌های سال جاری،

۴- هر نوع اطلاع دیگری که ضروری تشخیص داده شود»،

دانسته است. بنابراین هرگونه استقراض خارجی یا داخلی در تبصره‌ها و بندهای بودجه سالانه، تخلف از اصل ۵۲ و اصل ۸۰ قانون اساسی و روش‌های غیرقانونی و ویرانگری برای سرپوش‌گزاردن برکسری بودجه دولت و زمینه‌ساز دامن زدن به تورم و کاهش دائمی ارزش پول ملی کشور هستند.

## ۲- وام‌های تحمیلی به بانکها

طرح دو فوریتی موسوم به «جهش تولید و تأمین مسکن» در سال گذشته از سوی اعضای کمیسیون عمران به مجلس تقدیم شد. من در دو مقاله تفصیلی که در روزنامه اعتماد روزهای ۵ اسفند ۱۳۹۹ و ۲۵ فروردین ۱۴۰۰ به چاپ رسید به بیان اعتراض‌های خود به مندرجات آن پرداختم. این طرح دوفوریتی که فرصت برج‌سازی‌ها و پایمال‌کردن طرح جامع شهرها و اصول شهرسازی و معماری را به وزارتخانه غیرقانونی راه و شهرسازی داده است با تخلف از اصل‌های ۵۲ و ۵۳ قانون اساسی به تصویب رسید و از سوی رییس‌جمهور روز ۳۰ شهریور ۱۴۰۰ ابلاغ گردید. در ماده ۴ این قانون پیش‌بینی شده بود:

«بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی مکلفند حداقل ۲۰ درصد از تسهیلات پرداختی نظام بانکی در هر سال را با نرخ سود مصوب شورای پول و اعتبار به بخش مسکن اختصاص دهند به صورتی که در اول سال اجرای این قانون، از حداقل ۳۶۰ هزار میلیارد تومان تسهیلات برای واحدهای موضوع این قانون کمتر نباشد...».

دولت و مجلس به هیچ عنوان نمی‌توانند در سرمایه‌های بانک‌ها در اجرای برنامه‌های تولید مسکن دخل و تصرف کنند. از همین‌رو در بند ۳ ماده ۳ قانون وزارت مسکن و شهرسازی مصوب سال ۱۳۵۳ که هم‌اکنون هم اعتبار دارد، «اجرای طرح‌های تأمین مسکن از سوی دولت» را که الزاماً باید در چارچوب طرح‌های جامع شهرها باشند، تنها



از «محل اعتبارات دولتی» پیش‌بینی کرده است که باید در بودجه سالانه پیش‌بینی و به تصویب مجلس برسد. از همین‌رو در مقاله‌ای که روز ۵ اسفند ۱۳۹۹ منتشر کرد هشداری داد:

«بانک‌های کشور خواه دولتی یا خصوصی دارای شخصیت حقوقی و استقلال هستند و باید وظایف خود را در چارچوب موازین بازرگانی و با در نظر گرفتن حقوق سپرده‌گذاران و منافع خود و با گرفتن وثیقه‌های معتبر انجام دهند و نمایندگان مجلس نمی‌توانند بانک‌ها را به ریختن بخش بزرگی از سرمایه‌های خود به پای این ساختوسازها ملزم سازند و چنین تصمیم‌هایی از حدود صلاحیت مجلس بیرون هستند... افزون بر آن با تراکم‌فروشی‌های مجرمانه در سه دهه گذشته و افزایش ده‌ها برابری ساخت‌وسازها در شهرهای کشور که پیامد مستقیم آن رکود اقتصادی در کشور است، تخصیص منابع بانک‌ها در این زمینه باید به صفر برسد».

با این حال به گزارش روزنامه «دنیای اقتصاد» روز ۱۶ اسفند ۱۴۰۰: «در جریان تصویب لایحه بودجه ۱۴۰۱ در مجلس، مصوب شد بانک‌ها برای سال آینده دست کم ۴۰۰ هزار میلیارد تومان برای ساخت یک میلیون واحد مسکونی در راستای قانون جهش تولید مسکن پرداخت کنند».

در اوضاع و احوال خطرآفرین کلان‌شهرها که با تجاوز به مقررات شهرسازی گرفتار ترافیک‌های سنگین، آلودگی شدید هوا، گسترش بزهکاری و اعتیاد هستند این تصمیم مجلس و تحمیل وام‌های کلان غیرقانونی به بانک‌ها برای ساخت‌وسازهایی که تخلف از اصل‌های ۵۲ و ۵۳ قانون اساسی و قانون محاسبات عمومی است، شهرهای بزرگ کشور را با بحران بی‌آبی و با بحران‌های سیاسی و اجتماعی نیز درگیر خواهند کرد.

### – وام‌های غیرقانونی دیگر

روز ۱۶ اسفند، مجلس در مصوبه‌های خود وام ازدواج ۱۲۰ میلیون تومانی و وام‌های فرزندآوری ۲۰، ۴۰ و ۶۰ میلیون تومانی را تصویب کرد که همگی تجاوز به اصل ۸۰ قانون هستند و کمترین جایگاهی در لایحه بودجه سالانه ندارند. از سوی دیگر این وام‌ها به بانک‌های خصوصی یا دولتی تحمیل می‌شوند که دارای مجوز قانونی نیستند. افزایش دائمی جمعیت کشور نیز خطری است که درباره آن هشدار داده می‌شود ولی مجلس‌ها شنوای این هشدارها نیستند. تا آن‌جا که بر



پایه گزارش مرکز آمار ایران: «جمعیت ایران تا سال ۱۴۳۰ بین ۸ تا ۱۷ میلیون نفر افزایش می‌یابد». (روزنامه اطلاعات، ۲۵ آبان ۱۴۰۰).

### ۳- قیمت‌گذاری دلار از سوی مجلس

دلار و دیگر ارزهای خارجی که در ایران رواج قانونی ندارند، آن‌چنان که حقوقدانان فرانسوی نوشته‌اند در حکم کالاها شمرده می‌شوند. بهای ارزهای خارجی باید در چارچوب عرضه و تقاضا به نرخ روز محاسبه و فروخته شوند. فروش ارقام نجومی از دلارهای بانک مرکزی در دوران ریاست‌جمهوری حسن روحانی به بهای ۴ هزار و ۲۰۰ تومانی در جای خود فسادبرانگیز و تصرف غیرقانونی در اموال دولتی بوده‌اند. بنابراین نه دولت و نه مجلس دارای اختیاری نیستند ارزهای دولتی را به زیر بهای روز آن‌ها به اشخاص بفروشند. با این حال مجلس روز ۱۴ اسفند ۱۴۰۰ در روند تصویب لایحه بودجه ۱۴۰۱ زیر عنوان موهوم «دلار ترجیحی» اجازه فروش ۹ میلیارد دلار برای تأمین کالاهای اساسی، دارو و تجهیزات مصرفی پزشکی را به نرخ کمتر از بازار آزاد داده که چنین مصوبه‌ای بیرون از صلاحیت مجلس و تجاوز به اصل تفکیک قواست.

### ۴- مجلس، مأمور دریافت مالیات

اصل ۵۱ قانون اساسی، تصویب مالیات‌ها را به حکم قانون دانسته ولی اداره دریافت مالیات‌ها بخشی از قوه مجریه و وزارت دارایی است. با این حال در جزء ۲ بند «ج» تبصره ۶ مصوبه بودجه ۱۴۰۱، مجلس نقش مأمور دریافت مالیات را برعهده گرفته است. در این بند، صاحبان حرفه‌ها و مشاغل پزشکی و کلیه اشخاص شاغل در کسب‌وکارهای حقوقی اعم از وکالت را مکلف به استفاده از پایانه فروشگاهی [کارتخوان] کرده است. تخلف از این روش را نیز دارای پیامد محکومیت به جریمه یا لغو پروانه پزشکی یا پروانه اشتغال به وکالت دانسته است. این بند ناسازگار با اصل تفکیک قواست که ترتیبات وصول مالیات‌ها را برعهده قوه مجریه و وزارت دارایی گزارده است. حرفه وکالت را نیز کسب‌وکار شمرده و حال آن‌که نقش وکیل در دفاع از دادخواهان از ارکان برگزاری دادرسی عادلانه است و قانون استقلال کانون وکلا و اصل ۳۵ قانون اساسی آن را تضمین کرده‌اند. محرومیت از انجام حرفه وکالت و لغو کردن پروانه وکیل دادگستری نیز باید در مورد تخلفات حرفه‌ای پیش‌بینی شده در آیین‌نامه قانون استقلال کانون و تنها از سوی دادسرا و دادگاه



انتظامی کانون و کلا انجام شود نه مجلس. این قانونگذاری نشانه بی‌اعتنایی به اصول قانون اساسی و دشمنی با حرفه آزاد و مستقل و کالت دادگستری است.

## ۵- قانونگذاری‌ها در بودجه سالانه

بودجه سالانه، سند مالی یک‌ساله است که برطبق ماده ۲۶ قانون محاسبات عمومی، درآمدها و هزینه‌های دولت در آن پیش‌بینی می‌شود. دولت باید برپایه اصل ۵۲ قانون اساسی، لایحه بودجه را در همین چارچوب تدوین و به مجلس تقدیم کند. این لایحه پس از تقدیم به رییس مجلس به کمیسیون تخصصی بودجه ارجاع می‌شود و این کمیسیون هم در فرصتی که به آن داده می‌شود ارقام درآمدها و قوانینی را که پشتوانه درآمدهای دولت هستند و هزینه‌های جاری را بررسی و با تأیید متوازن بودن درآمدها و هزینه‌ها، گزارش خود را برای طرح در جلسه علنی می‌دهد. اگر هم درآمدهای دولت پشتوانه قانونی ندارند و یا درآمدها و هزینه‌ها متوازن نیستند و دولت کسری بودجه دارد گزارش رد آن را به مجلس می‌دهد. بنابراین کمیسیون بودجه مانند کمیسیون‌های دیگر مجلس دارای توانایی‌های تخصصی است ولی تشکیل کمیسیون من‌درآوردی به نام «تلفیق» که اعضای آن از همه کمیسیون‌های مجلس هستند جایگاهی در آیین‌نامه داخلی نداشته و ناسازگار با موازین قانونگذاری است.

انگیزه تشکیل این کمیسیون غیرتخصصی نیز این است که دولت‌ها همه‌ساله با تخلف از اصل ۵۲، انبوهی از تبصره‌ها را به لایحه بودجه سالانه پیوند می‌زنند و در آن‌ها با تخلف از اصل ۷۴ قانون اساسی و تشریفات قانونگذاری دست به قانونگذاری می‌زنند. همین تبصره‌ها، ساختار لایحه بودجه را که الزاماً باید در چارچوب قانون محاسبات عمومی باشد برهم می‌زنند. مجلس نیز با منحرف ساختن لایحه بودجه سالانه از هدف‌های آن، خود را درگیر رسیدگی به این تبصره‌ها و قانونگذاری‌های فساد برانگیز می‌کند. از آن‌جا که فرصت قانونی رسیدگی و تصویب بودجه سالانه محدود است هیأت ریسه، جلسه‌های سه‌شیفته برای رسیدگی و تصمیم‌گیری درباره این تبصره‌ها برگزار می‌کند و به مردم هم فخرفروشی می‌کنند که همه وقت و انرژی خود را برای رسیدگی و تصویب لایحه بودجه به کار برده‌اند. در همین تبصره‌ها چنان‌که دیدیم انواع قانونگذاری‌های خلاف قانون اساسی و ارقام نجومی استقراض‌ها با تخلف از اصل ۸۰ قانون اساسی انجام می‌شوند و در نهایت دست‌آورد این تبصره‌ها چیزی جز پنهان کردن کسر بودجه‌های سنگین و آشفته



ساختن قوانین لازم‌الاجرای کشور نیست.

سرانجام این تخلفات آشکار از اصول قانون اساسی و قانون محاسبات عمومی در تدوین و تصویب لایحه بودجه تورم‌زا هستند. در حالی که به گزارش مرکز آمار ایران، نرخ تورم پارسال [۱۳۹۹] ۳۶/۴ درصد اعلام شد، (روزنامه اطلاعات، ۱۴ فروردین ۱۴۰۰) و همین تورم‌های سالانه به کاهش دائمی ارزش پول ملی می‌انجامد مجلس روز ۱۶ اسفند در مصوبه دیگری از بودجه سال ۱۴۰۱ حقوق کارمندان دولت را برای سال آینده ۱۰ درصد افزایش داد که این تناقض آشکار در تصویب این‌گونه بودجه‌های سالانه است. از سوی دیگر به گزارش سایت «جوان‌آنلاین» شورای عالی کار در نشست روز ۲۲ اسفند خود حداقل دستمزد کارگران در سال ۱۴۰۱ را ۵۷/۴ درصد افزایش داد که نشان‌دهنده افزایش تورم در سال ۱۴۰۰ و در جای خود دارای پیامدهایی برای شرکت‌های بخش خصوصی و چه بسا تعدیل نیروی کار در این شرکت‌هاست. دولت و مجلس با استقراض‌های سنگین در بودجه‌های سالانه به افزایش نقدینگی و تورم در اقتصاد کشور دامن می‌زنند ولی با این روش‌ها به دنبال حفظ قدرت خرید کارگران هستند.



# محرمانگی رابطه و کیل - موکل

## از منظر الگوهای اخلاق حرفه ای

دکتر مجتبی جانی پور<sup>۱</sup>

### ۱. درآمد

برخی از مشاغل ایجاب می کنند که اطلاعات مبادله شده بین آنها به صورت محرمانه باقی بمانند و مجاز به افشای آن نباشند. از جمله این مشاغل، شغل وکالت دادگستری به ویژه وکالت از مظنونان و متهمان است که در آن رازداری و کیل نسبت به اطلاعات موکل از اهمیت بالایی برخوردار است. وکلای دادگستری به هر دلیلی از جمله اعتماد موکل به وکیل ممکن است متوجه شوند که موکل شان قصد ارتکاب جرم را داشته یا مرتکب جرم شده است و لذا وی در یک دو راهی قرار می گیرد: دفاع از موکل و حفظ فضیلت اخلاقی رازداری یا دفاع از حق و راستگویی و عدالت و پیشگیری از ایراد ضرر و زیان جسمی و مالی. در این یادداشت کوتاه به دنبال بررسی و تبیین الگوهای سه گانه اخلاق حرفه ای وکالت (استقلال<sup>۲</sup>، سوسیالیستی یا جامعه‌ی<sup>۳</sup> و وظیفه شناسی<sup>۴</sup>) هستیم و در نهایت الگوی مورد قبول نظام حقوقی ایران مورد کنکاش قرار می گیرد.

---

۱. عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه گیلان و وکیل کانون وکلای دادگستری گیلان.

2 Autonomy

3 community

4 Deontology



## ۲. مسأله ی اصلی و تعریف اجمالی سه نظریه

- رازداری و محرمانگی از اطلاعات موکل امری مطلق و غیر قابل افشاء است یا اینکه مشروط به رعایت و حفظ ارزش‌های اخلاقی دیگر است؟
- دیدگاه استقلال و محرمانگی مطلق: منع افشای اطلاعات موکل توسط وکیل حتی در صورت ایراد ضررهای بدنی و مالی سنگین به اشخاص ثالث بی گناه در گذشته و وقوع آن در آینده
  - دیدگاه سوسیالیستی: الزام به افشاء و کمک وکیل به جامعه و همکاری کامل با دادگستری جهت نیل به عدالت
  - دیدگاه وظیفه شناسی: منع افشای اسرار موکل توسط وکیل و مجاز بودن او در صورت صدمات و ضررهای سنگین به افراد ثالث بی گناه
  - رویکرد حقوق ایران: سکوت لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳، هر چند وکیل در سوگندنامه خود مکلف است غیر از حقیقت چیزی نگوید و مدافع حق باشد

## ۳. پیشینه ی تاریخی

سازمان وکلا و نظام وکالتی از زمان‌های قدیم سرچشمه می‌گیرد و به حقوق رم می‌پیوندد. چنان که کلمه نظام وکالتی در یک فرمان دوره امپراطوری ژوستن به کار رفته است. اولین بار در زمان سلطنت سن لویی پادشاه فرانسه در سال ۱۲۷۰ میلادی مصوباتی برای وکلای مدافع اجرا شد که از حقوق رم الهام گرفته بود. یکی از فصول آن مربوط به چگونگی حضور وکلای مدافع در دعوا بود. بدین ترتیب نخستین سنگ بنای جامعه صنفی وکلا و نظم و سامان در کار وکالت در فرانسه نهاده شد؛ پس از آن نیز در سال ۱۲۷۴ در مورد نظارت بر کار وکلا و قواعد وکالت فرمانی صادر شد.

این نظامات مقرر می‌داشت که وکیل مدافع باید از راه‌های قانونی جهت دفاع استفاده کند و پیش از هر چیز، درستی آن را در نظر بگیرد، عین مطالب موکل را بازگوید؛ به طوری که ذکر آنها در حضور و غیاب موکل تفاوتی نکند و مورد تکذیب وی قرار نگیرد. ناسزا نگوید و سخنان درشت به کار نبرد و خشن رفتار نکند. با موکل خود به شیوه تاجر مآبانه برخورد نکند خود را در محکوم به مال مورد نزاع سهیم نکند

سوگند بخورد که همه امور محوله را با صداقت، امانت، مواظبت و دلسوزی و



وفاداری انجام دهد. مراعاتی را که به نظرش درست نمی‌آید قبول نکند و از قبول آن دسته از دعاوی که در ورای آنها، اعمال ناشایست پنهان است، خودداری کند. از آن زمان به بعد اخلاق و کالت مدنظر حقوق دانان غربی قرار گرفت

تیبین الگوهای سه گانه در اواخر قرن نوزدهم در آمریکا مطرح شده است و همچنان محل اختلاف است. هر سه رویکرد طرفدارانی دارد. به نظر می‌رسد دیدگاه سوم (وظیفه شناسی) طرفداران بیشتری دارد.

در قانون وکالت ایران مصوب ۱۳۱۵ به صراحت افشای اسرار منع شده است لیکن معلوم نیست چرا در قانون حاکم (لایحه قانونی استقلال قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری) به این امر تصریح نشده است.

جالب توجه است که در آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ریاست وقت قوه قضاییه مورخ ۱۴۰۰/۴/۲ هم روابط کاری وکیل با موکل و مشاوره‌ی وی به موکل خود در محدوده‌ی ارتباط حرفه‌ای آنها را محرمانه دانسته است، مگر به تجویز قانون (ماده ۹) و در عین حال رازداری و عدم افشای اسرار موکل خود نزد دیگران را از وظایف و تعهدات وکیل بیان داشته است (بند ۳۲ ماده ۷۶). آیین نامه‌ی ذکر شده بالا، عدم رعایت تعهد مذکور را از مصادیق تخلف انتظامی و مجازات سنگین درجه ۵ (ممنوعیت موقت از وکالت تا سه سال) منظور نموده است. در بند ۱ ماده ۱۲۵ ذکر شده است: وکیل به واسطه‌ی وکالت از اسرار موکل مطلع شده و آن را افشاء نماید اعم از اینکه اسرار مربوط به امر وکالت یا شرافت، حیثیت و یا اعتبار موکل باشد.

ضمناً به استناد افشای اسرار حرفه‌ای علاوه بر وصف تخلف انتظامی به استناد مواد ذکر شده بالا، با عنایت به صراحت ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، واجد وصف جزایی نیز می‌باشد: «اطباء و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند هرگاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشا کنند به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند.» هر چند در خصوص قانونی که وکیل مجاز یا مکلف به افشای اسرار موکل است به نحو صریح موردی را ملاحظه نمودم. به هر ترتیب در صورتی که ارتکاب افشای اسرار موکل به حکم یا اجازه قانون یا



برای اجرای قانون اهم لازم باشد اعمال مجازات انتظامی و یا کیفری علیه وکیل ساقط خواهد شد.

#### ۴. اصول و اجزاء نظریه

الگوهای سه گانه در سه محور قابل تامل و بررسی است:

محور اول - فعل مقصود و مورد نظر موکل در آینده و اطلاع موکل از قصد وی. این محور موید این امر است که موکل قصد ارتکاب جرمی را دارد و وکیل به نحوی از انحاء از قصد وی مطلع می‌شود. این محور نظر به وقوع جرم در آینده دارد.

محور دوم - اطلاع وکیل از جرم ارتكابی موکل و تکلیف دفاع از او. این محور دلالت بر وقوع جرم از سوی موکل دارد، دفاع از چنین مجرمی اخلاقاً چگونه قابل توجیه است؟

محور سوم - اطلاع و علم وکیل از اظهارات کذب موکل در ادای سوگند و شهادت و تکلیف او. وکیل می‌داند که اظهارات موکل در ادای سوگند یا شهادت کذب است تکلیف او چیست؟

#### ۵. اشتراکات و افتراقات نظریه با نظریه‌های رقیب و موجود:

رویکرد استقلال قائل به این نظریه است که وکیل مطلقاً حق افشاء نسبت به هر سه محور ذکر شده در سوال قبل را ندارد. وکیل تنها وظیفه وی حفظ اسرار موکل و حمایت از او می‌باشد. افشای اسرار موکل نقض وظیفه اخلاقی و خیانت به موکل است.

در رویکرد سوسیالیستی وکیل در مقابل موکل در تعارض با حقوق جامعه نه تنها تکلیفی بر حفظ اسرار ندارد بلکه موظف است در هر سه محور یادشده مراتب را به قضات و مقامات قانونی گزارش کند تا جامعه از امنیت برخوردار شود.

در دیدگاه سوم که یک دیدگاه بینابینی و اعتدالی و نسبی است اصولاً وکیل حق افشای اطلاعات موکل را ندارد. در صورتی که صدمات شدید بدنی و مالی وارد کرده یا بنماید یا بواسطه‌ی ادای سوگند و شهادت کذب ضرر و زیان شدیدی به ثالث بی گناه وارد شود مشروط به اینکه راه دیگری برای منع اقدام وجود نداشته باشد وکیل مجاز به افشای اسرار موکل است نه مکلف به آن.

#### ۶. کارکردها و دستاورد نظریه (آثار علمی و کاربردی مترتب بر آن):

یکی از مهمترین فضایل اخلاقی حفظ اسرار حرفه ای است تا اشخاص به صاحبان حرف و مشاغل اعتماد بیشتری پیدا کنند. در غیر اینصورت به لحاظ عدم اطمینان امکان ادامه زندگی



اجتماعی انسانها با مشکل مواجه خواهند شد و امنیت روانی شهروندان نیز با خطر روبرو خواهد شد. نظریه سوم تا حد قابل ملاحظه ای دارای نقاط ضعف کمتری است هر چند تشخیص «ضرر و زیان‌های شدید نسبت به اشخاص ثالث» عبارت روشن و آشکاری نیست ممکن است برداشت‌های مختلفی و کیل و موکل نسبت به مصادیق آن داشته باشند.

## ۷. برآمد

الگوهای سه گانه اخلاق حرفه ای مشتمل بر دلایل اثباتی و یا قابل رد است. شایان ذکر است که هیچیک از الگوهای مطرح شده را نمی‌توان عاری از هرگونه اشکال و نقص دانست. نظریه سوم (وظیفه شناسی) دارای توجیه اخلاقی بیشتری است و ایرادات بیشتر به اطلاق دو الگوی دیگر یعنی استقلال و سوسیالیستی وارد است؛ به نحوی که رویکرد استقلال اصلاً برای امنیت اشخاص ثالث بی گناه اعتبار و ارزشی قائل نیست و نظریه سوسیالیستی اساساً برای رازداری با کمترین ضرر برای افراد اعتقادی ندارد. به نظر می‌رسد که حقوق ایران با توجه به متن سوگندنامه و صراحت قانون وکالت و همچنین آیین نامه مصوب ۱۴۰۰ در موضوع مورد بحث به دیدگاه وظیفه شناسی نزدیک‌تر باشد هر چند برخلاف این دیدگاه به موجب قانون ممکن است مکلف به افشاء باشد نه مجاز.

## منابع :

اهم کتب و مقالات و قوانین و اسناد مطالعه شده به شرح زیر است:

- نیازپور، امیر حسن، وکیل در قلمرو عدالت کیفری: بنیان‌ها و کارکردها، مجله پژوهشنامه حقوقی سال دوم شماره ۱ بهار ۱۳۹۰
- قانون مدنی
- قانون مجازات اسلامی - تعزیرات مصوب ۱۳۷۵
- قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵
- لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳
- -آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۴۰۰

- Joycelyn M. Pollock , Ethical Dilemmas and Decisions in Criminal Justice ,5th edition 2007,Texas state University ,San Marcus.
- Edvard J.Eberle , Towards Moral Responsibility in Lawyering ,Further Thoughts on the Deontological Model Of Legal ethics, ST.John's Law



Review .vol.64 April 2012

- Edvard J.Eberle, Three Foundations of Legal Ethics : Autonomy , community and morality , Georgetown Journal of legal Ethics , vol.7 . 1993
- Edvard J.Eberle &Anthony D’Amato , Three Models of Legal Ethics , 27 Saint Louis University , Law Journal 1983.
- Dru Stevenson, against confidentiality , University of California, Davis ,2014 ,vol.48
- Committee on Professional Responsibility and Conduct in California - The New Limited Exception to the Professional Duty to Protect Client Confidences and Secrets, (May, 2008)
- United Nations , Un Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems , New York 2013.
- Code of Professional Conduct for Counsel , International Criminal Court, adopted 2005.WWW.ICC-CPI





# وصف تجریدی چک در بوته عمل

منصور انجم شعاع<sup>۱</sup>

## چکیده

وصف تجریدی اسناد تجاری و هم چنین اصل عدم توجه یا غیر قابل استناد بودن ایرادات و ادعاها در برابر دارنده با حسن نیت، از جمله اصول حاکم بر اسناد تجاری از جمله چک است که در دعاوی مربوط به آن مورد استناد قرار می‌گیرد و دارنده سند تجاری را در برابر ایرادات و دفاعیات شکلی و حتی ماهوی خواننده دعوی مصون قرار می‌دهد. اما قلمرو اجرای این اصول همواره مورد مناقشه بوده و دیدگاه‌های مختلفی در خصوص آن وجود دارد. از یک سو ویژگی خاص اسناد تجاری ایجاب می‌کند دارنده آن بتواند با استناد به ظاهر سند و بدون نیاز به ورود در علت و نحوه صدور و هم چنین معاملات یا مراودات مبنایی آن، وجه سند را مطالبه کند و از طرف دیگر در برخی موارد، عدل و انصاف حکم می‌کند که دادگاه رسیدگی کننده با کنار گذاشتن این ظاهر و بررسی ماهیت اصلی موضوع، از چهره غبار آلود پرده بردارد و البته با توجه به اصول مسلم اسناد تجاری، باید اختیار دادگاه در چین مواردی مشخص باشد تا اسناد تجاری اعتبار اصلی خود را حفظ کند. پرونده پیش رو تجربه ای عملی در خصوص ایرادات و دفاعیاتی است که از نظر محاکم قضایی، در برابر ظاهر سند قابلیت استماع دارد.

خلاصه پرونده به این شرح است که خواهان آقای ج.ب با استناد به یک فقره چک دعوی به خواسته مطالبه وجه آن به انضمام خسارت تاخیر تادیه و مطلق خسارات دادرسی بطرفیت خواننده آقای م. ط طرح نموده است. خواننده در جلسات رسیدگی دادگاه بدوی مدعی می‌گردد چک موصوف که دارای قدمت بسیار زیادی است، در سال‌های گذشته (حوالی سال ۱۳۷۸) بصورت سفید امضا مفقود شده و متاسفانه خواهان اکنون به نحوی به چک مورد نظر دست یافته و دعوی حاضر را طرح نموده است. پس از رسیدگی



لازم و حتی ارجاع امر به کارشناس، دادگاه محترم بدوی به دلیل آنکه خواهان را دارنده با حسن نیت تلقی نموده است و با استناد به اصول حاکم بر اسناد تجاری، حکم بر محکومیت خوانده صادر می‌نماید. پس از صدور و ابلاغ رای، دادخواست تجدید نظرخواهی به شرح ذیل تقدیم دادگاه می‌گردد:

ریاست محترم محاکم تجدیدنظر استان اصفهان

با سلام

بدینوسیله بوکالت از آقای م. ط. و ضمن اذعان به حسن نیت ریاست محترم شعبه ی ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان، به شرح ذیل نسبت به دادنامه شماره ..... که در تاریخ ۲۷ / ۹ / ۱۳۹۹ ابلاغ گردیده است، به جهت مغایرت رای صادره با موازین قانونی و عدم توجه ریاست محترم شعبه ی بدوی به ادله ابرازی معترض بوده و تقاضای نقض آن را دارد. ضمناً با توجه به اینکه موکل طبق مدارک پیوست و به جهت عدم کفایت دارایی، توانایی پرداخت هزینه دادرسی در مرحله تجدید نظر را ندارد، تقاضای صدور حکم بر پذیرش اعسار موکل و معافیت ایشان از پرداخت هزینه دادرسی در مرحله تجدیدنظر را دارد.

همانطور که حسب محتویات پرونده مشهود است، تجدید نظرخوانده محترم دعوایی به خواسته مطالبه وجه یک فقره چک به طرفیت موکل مطرح نموده و ریاست محترم شعبه ی بدوی علیرغم وجود نواقص و ایرادات متعدد در پرونده، با این استدلال که تجدید نظرخوانده دارنده ثالث با حسن نیت می‌باشد، حکم بر محکومیت موکل بر پرداخت چک و خسارات تاخیر تادیه و مطلق خسارات دادرسی صادر نموده‌اند و در واقع به جهت وصف تجریدی چک، ایرادات مطروحه توسط موکل را وارد ندانسته‌اند. این در حالی است که:

همانطور که قبلاً بیان شد، یک برگ از دسته چک موکل که بصورت سفید امضا بوده است، در حدود سال ۱۳۷۸ مفقود می‌گردد و موکل در همان سال در ته برگ چک مراتب مفقود شدن آن را قید می‌نماید (که البته با ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری قدمت عبارات درج شده توسط موکل در ته برگ چک مشخص می‌گردد) و از تاریخ مذکور تا قبل از طرح دعوی حاضر، چک مورد نظر یافت نشده است تا آنکه بصورت تکمیل شده و با درج مبلغ و تاریخ و مشخصات دریافت کننده، توسط تجدید نظرخوانده



به بانک ارائه و با صدور گواهی عدم پرداخت، نامبرده اقدام به طرح دعوی حاضر نموده است و با توجه به دلایل ذیل مشخص می‌گردد تجدید نظر خواننده استحقاقی در مطالبه آن از موکل ندارد:

۱- همانطور که به عرض رسید، موکل مدعی است چک مذکور سفید امضا بوده و در سال ۱۳۷۸ مفقود گردیده است که با ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری و بررسی تقدم و تاخر امضا و سایر مندرجات تکمیل شده، این مهم احراز می‌گردد و به دلیل فاصله زمانی بسیار زیاد بین امضا چک و تاریخ تکمیل مندرجات آن، کارشناس محترم می‌تواند فاصله زمانی قابل توجه بین آن را نیز تایید نمایند، اگرچه به دلیل قدمت بسیار زیاد چک موضوع دعوی و با استعلام چک‌های صادره بعد و قبل از چک موضوع دعوی از بانک محل الیه و ملاحظه ته برگ چک‌های صادره از دسته چک مذکور؛ این امر محرر خواهد بود و متأسفانه علیرغم آنکه ریاست محترم شعبه ی بدوی مراتب را به کارشناس مربوطه ارجاع نموده اند، صرفاً از کارشناس درخواست کردند در خصوص این موضوع که آیا چک توسط تجدید نظر خواننده تکمیل شده است یا خیر اظهار نظر نمایند و با وجود درخواست‌های مکرر اینجانب، در خصوص تقدم و تاخر عبارات مندرج در چک که مؤید صحت اظهارات موکل می‌باشد، هیچگونه قرار کارشناسی صادر نگردیده است!!!

۲- با احراز سفید امضا بودن چک موضوع دعوی، دیگر چک مستند تجدید نظر خواننده و صفت تجاری نداشته و هرگونه ایرادی در برابر ایشان قابل طرح خواهد بود. زیرا به موجب مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون تجارت، در زمان صدور چک، باید مبلغ و تاریخ صدور آن ذکر شده و به امضای صادر کننده برسد و در صورت عدم رعایت مقررات شکلی فوق آن هم در زمان صدور چک، مستندا به تبصره ماده ۳۱۹ و وحدت ملاک از ماده ۲۲۶ قانون مرقوم، دیگر چک مشمول مقررات مندرج در قانون تجارت نمی‌گردد و مسلماً نمی‌توان چکی را که فاصله امضای آن با زمان تکمیل سایر مندرجات، آن هم بدون اذن و اطلاع صاحب حساب، قریب به ۲۰ سال می‌باشد، یک سند تجاری حساب نمود. علاوه بر مراتب فوق، با توجه به اینکه چک مذکور حسب ظاهر تکمیل شده آن در وجه حامل می‌باشد، مستندا به ماده ۳۲۰ قانون تجارت، طرح هرگونه ادعایی مبنی بر محق نبودن ارائه کننده آن، قابل استماع می‌باشد.

۳- صرف نظر از عدم رعایت مقررات شکلی، تجدید نظر خواننده به موجب دادخواست تقدیمی مدعی است وجه چک موضوع دعوی را از موکل طلب دارد و با



توجه به اینکه صرفا اقدام به طرح دعوی بطرفیت موکل نموده و خود را طلبکار موکل می‌داند و از طرف دیگر تاریخ درج شده بر روی چک (که قاعدتا در همان زمان چک باید تکمیل شده باشد) و تاریخ ارائه آن به بانک، در یک روز بوده است (۱۳۹۷/۵/۳۰)، ظاهر آن است که نامبرده دارنده بلافصل چک است و بدین ترتیب هرگونه ایراد و دفاعی در قبال ایشان قابلیت طرح خواهد داشت. لیکن تجدیدنظر خواننده به منظور رهایی از این ایراد، مدعی است چک موصوف را از فردی به هویت م.م دریافت نموده و در واقع ثالث محسوب می‌گردد که صرف نظر از آنکه دلیلی بر این ادعا ارائه نکرده است، بر فرض صحت این ادعا، چنین امری نه تنها اثبات کننده حسن نیت وی نیست، بلکه دلیل دیگری بر فقدان حسن نیت ایشان و عدم امکان استناد به وصف تجریدی چک می‌باشد زیرا:

اولاً، صفت حسن نیت، صفت دارنده ای است که سند را با اعتماد به وضع ظاهر و با جهل به هرگونه ایراد و ادعا نسبت به آن دریافت کرده است و این در حالی است که چک موضوع دعوی به حدی قدیمی است که سالیان سال است مورد استفاده هیچ کس قرار نمی‌گیرد و هیچ طلبکاری حاضر نمی‌شود چنین چکی را دریافت کند، آن هم زمانیکه موکل بنده سالیان متمادی است دسته چک جدید داشته و چک‌های متعددی از آن صادر کرده و اگر قرار بود به کسی چک بدهد، از دسته چک جدید خود چک صادر می‌نمود و هیچ کس نیز در سال ۱۳۷۸ برای سال ۱۳۹۷ آن هم به مبلغ سیصد و پنجاه میلیون تومان چک صادر نمی‌کند و در سال ۱۳۹۷ نیز چک سال ۱۳۷۸ را به کسی نمی‌دهد و کسی هم از او چنین چکی را دریافت نمی‌کند!!!! و مسلماً یک دارنده با حسن نیت از دریافت چنین چکی امتناع می‌نماید و حاضر نمی‌شود وصول طلب خود را منوط به دریافت چکی کند که دیگر در روال بانکداری جایگاهی نداشته و حتی سایر شعب بانک محال الیه حاضر به وصول کردن آن نیستند! آن هم زمانیکه اقامتگاه تجدید نظر خواننده شهرضا و شعبه ی صادر کننده دسته چک در میدان فیض اصفهان است و دقت عملی که امروزه مردم در دریافت چک آن هم در خصوص چنین مبالغی رعایت می‌کنند به حدی است که هیچ کس دریافت کننده این چک را به دلیل اقدام خلاف عرف او، با حسن نیت نمی‌داند ثانیاً، همانطور که در آخرین صورتجلسه دادگاه بدوی بیان شد، اگر ادعای تجدیدنظر خواننده مبنی بر دریافت چک موصوف از آقای م.م صحت داشته باشد، صرف نظر از سایر ایرادات شکلی و ماهوی چک که وصف تجریدی آن را زائل می‌نماید، دریافت این چک از آقای م.م به دلیل خصومت وی با موکل و البته رابطه تجدید نظر خواننده با



مشارالیه، دلیل دیگری بر فقدان حسن نیت تجدیدنظرخوانده می‌باشد. توضیح آنکه، تجدیدنظرخوانده حسب اظهارات موکل، کارمند مغازه آقای م.م در شهرضا است که حتی آدرسی که در زمان برگشت نمودن چک اعلام نموده، دقیقاً آدرس مغازه آقای م.م است که با انجام تحقیق محلی این مهم احراز می‌گردد. آقای م.م طبق مدارک پیوست که در دادگاه بدوی نیز ارائه گردید، در گذشته و در زمان حاکمیت قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶، یک باب مغازه در خیابان ..... را از مالک رسمی آن اجاره نموده و سپس با اذن مالک، حقوق استیجاری خود را به موکل واگذار می‌نماید لیکن به منظور رهایی از مقررات قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶، عنوان قراردادهای خود را شراکت گذاشته و به محض تصویب قانون جدید، با تغییر عنوان قرارداد به اجاره، پس از گذشت مدتی دعوی به خواسته دستور تخلیه ی ملک بطرفیت موکل طرح نموده و ملک را تخلیه می‌نماید و موکل با طرح دعوی لازم و با اثبات این نکته که رابطه استیجاری وی مشمول قانون ۱۳۵۶ است، ضمن لغو دستور تخلیه، حکم بر الزام مالکین جهت تنظیم قرارداد اجاره با خود دریافت می‌نماید و ملک از اختیار آقای م.م خارج و مجدداً به تصرف موکل اعاده می‌شود. پس از قطعیت و اجرای این آرا و اعاده ملک به موکل که مستندات آن در پرونده مضبوط است، ناگهان چک موصوف توسط تجدیدنظرخوانده به بانک ارائه و برگشت می‌گردد و برفرض صحت ادعای تجدید نظر خوانده بر دریافت چک از آقای م.م، متأسفانه این امر دلیل بر آن می‌باشد که آقای م.م که در مراجع قضائی نتوانسته مانع احقاق حقوق موکل گردد، به نحوی به این چک دسترسی پیدا نموده و به منظور پنهان کردن رد پای خود، چک موصوف را به شاگرد خود داده تا با آن اقدام به طرح دعوی نماید و به نظر می‌رسد با احضار آقای م.م به عنوان مطلع به پرونده و استماع اظهارات وی مساله روشن خواهد شد و بدیهی است خصومت آقای م.م با موکل از یک سو و رابطه نزدیک تجدید نظر خوانده با وی از سوی دیگر و فقدان هرگونه بدهی موکل به آقای م.م، جملگی مؤید بر اطلاع تجدید نظر خوانده از بلاوجه بودن و سفید امضا بودن چک و فقدان حسن نیتی است که دادگاه محترم بدوی قائل به آن بوده است.

۴- نظر به استدلال‌های فوق و با توجه به اینکه موکل هیچگونه مراده مالی یا دینی بابت چک مذکور به تجدید نظر خوانده و هیچ کس دیگری (چه در گذشته و چه در حال) نداشته و تجدید نظر خوانده نیز دلیلی بر این امر ارائه ننموده و چک فوق من غیرحق و بی اساس توسط غیر تکمیل شده و موکل نیز هیچگونه ادنی برای تکمیل



این چک نداده است و تجدید نظر خوانده از تمامی موارد فوق اطلاع داشته و دارد، نامبرده استحقاقی در مطالبه وجه آن از موکل ندارد. جالب توجه است بیشترین مبلغی که موکل تا کنون چک صادر نموده به ۱۵ میلیون تومان نمی‌رسد که با استعلام از بانک یا ملاحظه دسته چک‌های جدید ایشان محرز می‌گردد و سوال قابل توجه این است که چگونه چنین کسی به یکباره می‌تواند مبلغ سیصد و پنجاه میلیون تومان چک صادر کند!!!!

لذا نظر به جیمع مراتب فوق، تقاضای نقض دادنامه بدوی و صدور حکم بر بطلان دعوی تجدید نظر خوانده را داشته و در صورت صلاحدید و به منظور احراز صحت ادعای موکل، مستدعی است دستور فرمایید کارشناس منتخب دادگاه در خصوص تقدم و تاخر عبارات مندرج در چک و هم چنین قدمت عبارات درج شده در ته برگ چک که موید سفید امضا بودن چک می‌باشد، نظریه ی تکمیلی خود را اعلام نماید.

پس از ارجاع پرونده به شعبه ۹ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان و تشکیل جلسه دادرسی و احضار آقای م. م. به عنوان مطلع، دادگاه محترم به شرح ذیل اقدام به صدور رای نمود:

در خصوص تجدید نظر خواهی آقای م. م. ط با وکالت آقای منصور انجم شعاع بطرفیت آقای ج. ب. با وکالت آقای ..... نسبت به دادنامه شماره ..... صادره از شعبه ۳۱ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان که بموجب آن حکم به محکومیت تجدید نظر خواه به پرداخت مبلغ ۳۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال به انضمام متفرعات دعوی بابت یک فقره چک به شماره ..... صادر شده، نظر به اینکه تجدید نظر خواه با ارائه مندرجات دسته چک خود مدعی شده چک مذکور را سال‌های طولانی قبل مفقود کرده و تجدید نظر خوانده مستندی برای نحوه تحصیل چک ارائه نکرده و حسب توضیحات خودش، شاگر آقای م. م. (دارنده قبلی چک) بوده و با توجه به لاشه چک که صادره از حساب مربوطه به حدود ۱۰ سال قبل از تاریخ چک است و رابطه کاری که با دارنده قبلی چک داشته، دارنده با حسن نیت سند تجاری محسوب نمی‌شود و نظر به اینکه دارنده قبلی چک نیز در جلسه دادرسی توضیح قانع کننده ای در مورد علت دریافت چک و مستندی برای اثبات ادعای پرداخت بهای زمین (خریداری شده توسط تجدید نظر خواه) ارائه نکرده و بر فرض اینکه ادعای مطالباتی داشته باشد لازم است شخصا طرح دعوی نماید. لذا دادگاه با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه فوق، قرار رد دعوی خواهان بدوی را صادر و اعلامی نماید. این رای قطعی است.



# شباهت‌ها و تفاوت‌های پیش فروش آپارتمان با بیع

علی عباسی<sup>۱</sup>

## چکیده

رواج گسترده قراردادهای پیش فروش آپارتمان در میان مردم به لحاظ رشد شهرنشینی و گرایش مردم به آپارتمان نشینی در جامعه کنونی ایران رشد قابل ملاحظه‌ای داشته است و انبوه سازان، شرکت‌های بزرگ ساختمانی و دستگاه‌های دولتی از طریق پیش فروش آپارتمان قبل از شروع عملیات ساختمانی سعی در جمع آوری سرمایه لازم برای این فعالیت اقتصادی سودآور می‌نمایند. حقوق دانان، قضات و وکلا و اشخاص دست‌اندرکار بایستی چنین قراردادهایی را در قالب نهادهای حقوقی و فقهی موجود توجیه و تبیین نمایند تا در اثر انتخاب قالبی مناسب و صحیح در صورت بروز اختلاف، اتخاذ تصمیم قانونی به عمل آید، موضوع بیع مال آینده نه تنها شامل حالتی از کلی فی الذمه با مصادیق متعدد است - که در آینده ایجاد می‌شود - بلکه کالایی را شامل می‌شود که باید بصورت عین معین و منحصر برای خریدار ساخته شود. مورد اخیر به نوبه خود ممکن است منقول یا غیر منقول مثل یک دستگاه آپارتمان باشد. در صورتی که کالایی کلی فی الذمه با وصف، جنس و مقدار خاصی فروخته شود مالکیت کالا در معنی ایجاد حق عینی هنگامی که مصداق معین می‌شود به خریدار منتقل می‌گردد. به بیان دقیق تر، مالکیت کالا با آن اوصاف اگر به صورت غیر مشروط (بدون این که معلق بر امری شده باشد) به خریدار اختصاص داده شود، به وی انتقال خواهد یافت. در بیع مال آینده ای که باید برای



خریدار ساخته شود، مالکیت کالا زمانی که به طور کامل ساخته شود، به خریدار منتقل خواهد شد. در عین حال طرفین می‌توانند توافق کنند، مالکیت به تدریج طی ساخت یا نصب قطعات کالا منتقل شود. مال آینده ممکن است کالایی باشد که به صورت محصولات کشاورزی در باغ یا مزرعه خاصی رشد یابد. در این حالت اگر ثمره مورد معامله بدو صلاح و حاصل نما شده باشد - با توجه به اینکه صورت نوعیه اولیه در حین عقد موجود است - مالکیت می‌تواند در زمان قرارداد منتقل شود. طرفین ممکن است توافق نمایند، مالکیت هنگامی که محصول کامل می‌شود یا حتی در زمان جمع‌آوری محصول منتقل شود

واژگان کلیدی: پیش فروش، بیع، آپارتمان، قرارداد، سلم، سلف، مالکیت، مال،

### مقدمه

تعیین ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان می‌تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. بیع تلقی شدن قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، حاکم شدن احکام و مقررات بیع را بر آن به دنبال خواهد داشت و اگر قرارداد مزبور شرکت در نظر گرفته شود، تابع احکام و مقررات شرکت خواهد بود. حقوقدانان و قضات برای شناخت ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان به عقود مختلفی اشاره نموده‌اند که از جمله آنها، عقد صلح، عقد شرکت، عقد استصناع، عقد بیع و قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی است. در این مقاله عقد بیع مورد مطالعه قرار گرفته است. از دیدگاه برخی از حقوق‌دانان (پیر هادی، انتقال مالکیت در عقد بیع، ۱۲۷) قرارداد پیش‌فروش آپارتمان‌های ساخته نشده را می‌توان در قالب بیع مال غیرمنقول آینده مطالعه نمود. به نظر برخی دیگر قرارداد راجع به آپارتمانی که در آینده ساخته خواهد شد، عقد بیع با شرایط جدید ناشی از تحولات و پیشرفت‌های جامعه و نیاز روزافزون به تأمین مسکن تلقی می‌شود (ممی‌زاده، ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش‌فروش ساختمان، ۱۰۹) برای بررسی این نکته که آیا قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را می‌توان از نظر ماهیت حقوقی، در قالب عقد بیع گنجانده، ضرورت دارد مطالب این گفتار با توجه به انواع بیع که بیع عین معین و کلی فی‌الذمه است، تقسیم نمود. در این راستا ضروری است، به لحاظ





شباہت و نزدیکی مقررات بیع سلف یا سلم و تعهد به بیع با قراردادهای پیش-فروش، از آنها نیز بحثی به میان آید. بر این مبنا مطالب این گفتار در چهار قسمت ارائه می‌شود:

اول - بیع عین معین

دوم - بیع کلی فی الذمه

سوم - بیع سلف یا سلم

چهارم - تعهد به بیع

برای تبیین و توضیح هر یک از قسمت‌های فوق مطالب جداگانه‌ای به شرح زیر ارائه می‌شود

### قسمت اول : بیع عین معین

بیع عین معین که به معنی خرید و فروش مال موجود که قابلیت رؤیت و لمس دارد، یکی از انواع بیع و در واقع مصداق بارز عقد بیع است به نحوی که قانون‌گذار تعریفی که در ماده ۳۳۸ قانون مدنی از بیع ارائه داده در وهله اول آن را مد نظر داشته است. مقنن در ماده مذکور بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته است و برابر ماده ۳۶۱ قانون مدنی اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است. بدیهی است که در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان عموماً در زمان انعقاد قرارداد، آپارتمانی وجود ندارد و قرار است بر مبنا و مطابق قرارداد توسط سازنده ساخته شود، این نکته ساده‌ترین دلیل حقوق‌دانان برای باطل دانستن چنین بیعی است. «شهادی» بیع‌خانه‌ای را که قرار است بعداً ساخته شود، باطل می‌داند. وی با اشاره به بحث موجود نبودن مبیع در چنین معامله‌ای چنین استدلال می‌کند: موجود نبودن مورد معامله در عین معین به دو صورت قابل تصور است؛ یکی این که پیش از عقد موجود بوده ولی در زمان عقد وجود نداشته و از بین رفته است، مانند خانه‌ای که پیش از بیع خراب شده باشد. دیگر این که در زمان عقد هنوز به وجود نیامده باشد، مانند این که مورد معامله، خانه‌ای باشد که در آینده طبق نقشه معین و با مصالح مشخص در قطعه زمین معین ساخته خواهد شد که با توجه به مشخصات مذکور چنین مورد معامله‌ای در حقیقت در حکم عین معین است در حالی که در زمان معامله موجود نیست. در هر دو صورت عقدی که موجب انتقال عین یا منفعت مال غیر موجود معین باشد، باطل است همچنین رهن مال غیر موجود صحیح



نیست، زیرا ظاهر ماده ۷۷۴ ق.م، که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است»، این است که مورد رهن باید وجود خارجی داشته باشد. استثنائاً، ماده ۸۴۲ ق.م، وصیت مربوط به مالی را که هنوز موجود نشده صحیح اعلام کرده است (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، ۳۰۹). «کاتوزیان» درخصوص موجود نبودن مبیع بین حالتی که طرفین تصور می‌کرده‌اند که مبیع وجود داشته و در واقع وجود نداشته است و حالتی که طرفین عقد می‌دانند که مبیع وجود ندارد ولی قرار است در آینده توسط طرف قرارداد ساخته شود، تفاوت قائل شده است. این تحلیل تفاوت موردی را که دو طرف می‌خواهند از هم اکنون مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان برتملیک مال موجود است با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، آشکار می‌سازد.

۱- در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی دو طرف دربارهٔ فروش مالی که وجود خارجی ندارد عقیم می‌ماند. زیرا بنابه فرض حقی وجود ندارد که موضوع تراضی قرار گیرد و به نیروی آن انتقال یابد. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به همین فرض است، برای مثال اگر مالکی پیشنهاد کند که گندم موجود در انبار یا اسبی را که در اصطبل دارد بفروشد و خریداری که گندم یا اسب را دیده است، پیشنهاد را بپذیرد و بعد معلوم شود که گندم و اسب به هر دلیلی وجود خارجی ندارند، باید بیع را باطل شمرد. همچنین است موردی که مالک اسب بخواهد حملی را که حیوان پیدا می‌کند بفروشد و تملیک هم اکنون در برابر ثمن انجام گیرد.

۲- در فرض دوم که دو طرف سبب را به گونه ای می‌سازند که تملیک پس از وجود انجام پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین روبه‌رو نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد انتقال می‌یابد و هیچگاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک در زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود باشد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۵). اشکالی که بر این نظر وارد می‌کنند، این است که در حالتی که مبیع موجود نباشد چگونه می‌توان عقدی را منعقد کرد و تملیکی را انجام داد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که عقد سبب تملیک است و تملیک بدون وجود مبیع امکان‌پذیر نیست اما تأثیر سبب همان عقد بیع است و تحقق تملیک را نمی‌توان محدود و مقید به زمان واحدی نمود. پس امکان دارد عقد امروز ایجاد شود ولی تملیک براساس توافق طرفین و به استناد ارادهٔ طرفین در زمانی



دیگر تحقق یابد و این در امور اعتباری غیرمنطقی نیست و به این دلیل قانون مدنی ما در ماده ۱۸۹ عقد معلق را پذیرفته و آن را عقدی صحیح دانسته است. نویسندگان حقوق مدنی ایران عقد معلق را به طور مطلق صحیح می‌دانند، ایشان چنین استدلال می‌کنند که:

الف- با آن که قانون، عقد معلق را تعریف کرده و در مقام بیان بوده است، ولی هرگز آن را باطل اعلام نکرده و فقط در موارد خاصی مانند عقد ضمان، تصریح به بطلان عقد معلق کرده است

ب - طبق ماده ۲۲۳ ق.م. که مقرر می‌دارد «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود»، عقدی که در صحت و بطلان آن تردید باشد، باید صحیح دانسته شود. نتیجه آن که عقد معلق را باید به طور مطلق صحیح دانست مگر آن که قانون در خصوص عقدی، تصریح به بطلان آن کرده باشد (شهیدی، حقوق مدنی ۳ تعهدات، ۱۵). البته در مواردی که قانون مدنی حکم دیگری مقرر می‌کند، دیگر عقد معلق پذیرفته نیست. این موارد محدود به دو مورد زیر می‌شود:

۱- بطلان نکاح معلق به استناد ماده ۱۰۶۸ ق.م. ۲- بطلان ضمان معلق به استناد ماده ۶۹۹ ق.م.

حتی حقوق دانان نه تنها تعلیق را در ایجاد عقد، صحیح دانسته‌اند بلکه تعلیق زوال عقد را نیز صحیح می‌دانند. آنها دلایل صحت آن را به شرح زیر بیان داشته‌اند: اولاً، اصل صحت و عموماً «اوفو بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مثبت صحت و اعتبار این گونه عقد معلق است ثانیاً، اینکه تحقق هر عمل حقوقی نیازمند انشاء است و انفساخ معامله، به خودی خود و بدون انشای فسخ امکان ندارد. برای تحقق انفساخ معامله نیازی به انشای مستقل فسخ، بعد از انشای عقد وجود ندارد و دلیلی بر اثبات لزوم انشای جداگانه، نمی‌توان یافت. الزام نیست، اول عقدی انشاء شود و سپس فسخ آن به وسیله یکی از طرفین یا اقاله آن به وسیله طرفین انشاء گردد. برخلاف آنچه عده‌ای گمان کرده‌اند. ممکن است انشای فسخ معلق، به صورت تعلیق در منشأ ضمن انشای خود عقد به عمل آید و بین انشای عقد و انشای فسخ معلق آن، تضادی وجود ندارد (شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۹). پس همچنان که انشای عقد و انشای زوال عقد می‌تواند به صورت معلق تحقق پذیرد، بین انشای عقد و تحقق تملیک که اثر عقد است، می‌توان فاصله زمانی ایجاد کرد، به نحوی که تملیک در زمان دیگری حسب اراده طرفین تحقق



پذیرد. بر این مبنا برخی از حقوق دانان قرارداد پیش فروش آپارتمان را بیع معلق دانسته‌اند و در توجیه آن بدین شرح اظهار نظر نموده‌اند که: می‌توان گفت در بیع آپارتمان‌های ساخته نشده، انتقال مالکیت مبیع هم زمان با ایجاب و قبول نیست بلکه با تشخیص مبیع صورت می‌گیرد و تشخیص مبیع همیشه بر یک منوال نیست بلکه چنانچه گفته شد تملک با وجود پیدا کردن مبیع به وسیله فروشنده، انجام می‌شود و گاه تاریخ تشخیص مبیع به صرف وجود مبیع نیست بلکه باید از طرف بایع به عنوان مبیع تعیین گردد. بنابراین بیع آپارتمان‌های ساخته نشده از قسم اول قلمداد می‌شود به دیگر سخن بیع آپارتمان‌های مزبور از نوع بیع معلق است و بیع معلق هم نوعی از عقد معلق است (ولویون، فروش آپارتمان‌های ساخته نشده، ۶۰، ۵۳). ممکن است گفته شود، بیع آپارتمانی که قرار است در آینده ساخته شود، از مصادیق بیع عین معین است ولی به لحاظ غرری بودن معامله آن باطل است و می‌توان در این رابطه به قاعده غرر و حدیث «نهی- النبی (ص) عن الغرر» استناد نمود. می‌دانیم که یکی از مصادیق قاعده غرر عدم وجود مبیع در زمان معامله و عدم اطمینان نسبت به وجود آمدن آن است. بر این مبنا بیع چیزی که وجود ندارد و اطمینان بر وجود آمدن آن نداریم، باطل است. اما در مورد قرارداد پیش فروش آپارتمان می‌توان گفت غرر منتفی است زیرا مبنا و معیار غرری بودن معامله عرف است و اگر عرف معامله‌ای را غرری نداند نمی‌توان آن را استناد غرر باطل دانست. به نظر می‌رسد همان طور که «ابوالحسن محمدی» معتقد است، رفع غرر امری عرفی است (محمدی، قواعد فقه: ۱۳). می‌دانیم که درسه مورد غرر به وجود می‌آید: عدم اطمینان به وجود مورد معامله، عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله و عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن. حال برای اینکه معامله غرری نباشد چه معیاری وجود دارد؟ مانند بسیاری از موارد دیگر معیار ریال تشخیص عرف است. به عنوان مثال برای دانستن کمیت از کیل، وزن، شمارش، متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می‌شود، برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می‌کنند، برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر که عرف قبض و اقباض را محقق بداند کافی است و همین طور در مورد اطمینان به وجود معامله. بدین جهت است که معامله غصب، دزد، مکره و مجبور، غرری و باطل نیست بلکه معامله‌هایی فضولی و غیرنافذند. در حالی که اگر قبض و اقباض شرعی لازم بود صرفنظر از اینکه این اصطلاحات حقیقت شرعی نیستند، در هیچ کدام از این موارد مالک با میل و رضا مال خود را تسلیم مشتری نکرده است و قبض و اقباض



شرعی تحقق نیافته است و باید معامله باطل باشد (محمدی، قواعد فقه: ۷۸). بسیاری از حقوق دانان که گرایش و میل به اجرای عدالت و انصاف در روابط حقوقی مردم و خروج از کلیشه‌های خشک و ناعادلانه دارند، قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بیع عین معین دانسته و آپارتمان را به محض ساخته شدن در جهت حمایت از پیش‌خریدار متعلق به او می‌دانند. «کاتوزیان» در این باره چنین اظهار نظر می‌کند: در فروش آپارتمان (اگر به شکل تعهد به فروش نباشد) پس از پایان کار، عین آنچه ساخته شده به مالکیت خریدار درمی‌آید و او می‌تواند به این حق عینی در برابر طلبکاران فروشنده و هر خریدار دیگر استناد کند (کاتوزیان، عقود معین، ۲۷۷ و ۲۷۸). به نظر می‌رسد این نظر کاملاً درست باشد. در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان اگر فروشنده تخلفی نماید و دقیقاً مطابق قرارداد نسازد در این صورت می‌توان ایراد گرفت که چون منظور طرفین این آپارتمان نبوده است پس خریدار نسبت به آن حق عینی ندارد و تعهد پیش‌فروش‌کننده بدون اجرا مانده است که این ناعادلانه خواهد بود. البته می‌توان گفت در این صورت انطباق عرفی آپارتمان ساخته شده با آپارتمان مورد توافق کافی خواهد بود. در صورتی که آپارتمان ساخته شده با آپارتمان موضوع قرارداد منطبق باشد، باز باید عقد را صحیح دانست اما به خریدار حق فسخ اعطا کرد تا در صورتی که آپارتمان ساخته شده را قابل قبول نداند، قرارداد را فسخ کند. لازم به ذکر است که اعطای این حق فسخ منافی حفظ قرارداد و مطالبه جبران خسارت، یعنی اخذ ما به التفاوت یا نقیصه‌ای که در اثر عدم انجام تعهد فروشنده در آپارتمان ایجاد شده است، نخواهد بود.

### قسمت دوم: بیع کلی فی‌الذمه

یکی از انواع بیع، بیع کلی فی‌الذمه است. در بیع کلی فی‌الذمه انتقال مالکیت مبیع به خریدار هم‌زمان با تسلیم مبیع صورت می‌گیرد و چون در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان توافق بر این است که آپارتمان پس از احداث و تکمیل تحویل خریدار گردد. در صورتی که مبیع کلی باشد، عقد بیع عبارت است از تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی که مورد بیع قرار گرفته است، بنابراین تسلیم مبیع کلی، تملیک مقدار معین از افراد کلی به مشتری خواهد بود (امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ۴۵۰). ممکن است ادعا کرد که قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، بیع کلی فی‌الذمه است. آثار چنین تحلیلی به روشنی مشخص است یعنی آپارتمان موضوع قرارداد پیش‌فروش تا قبل از تسلیم تحت مالکیت فروشنده قرار



دارد و بر این مبنا او می‌تواند قبل از تسلیم، آن را به غیر منتقل نماید زیرا تا زمانی که مصداق مبیع کلی فی‌الذمه تعیین و تسلیم نشده، مال در مالکیت بایع است و بر همین مبنا طلبکاران فروشنده، می‌توانند در مقابل طلب خود آپارتمان را توقیف و به فروش برسانند. در بیع کلی فی‌الذمه عدم وجود مبیع در زمان انعقاد عقد بیع اشکال و ایرادی را بر عقد وارد نمی‌سازد و فروشنده مکلف است مبیع را در موعد مقرر مطابق اوصاف مورد توافق تسلیم نماید. فروشنده می‌تواند از مبیع موجود تحویل دهد یا از دیگری تهیه کند و تحویل دهد یا اینکه خود آن را بسازد و تحویل دهد. در واقع تعهد فروشنده از نوع تعهد به نتیجه است و راه نیل به هدف اهمیتی ندارد. در خصوص توجیه قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با عقد بیع کلی فی‌الذمه علاوه بر اینکه عدم انتقال مالکیت همزمان با احداث مطابق قصد مشترک طرفین قرارداد نیست و مشکلات زیادی در این زمینه می‌تواند بروز کند، می‌توان این ایراد را مطرح نمود که آپارتمان مال قیمی است و نمی‌تواند موضوع عقد بیع کلی فی‌الذمه قرار گیرد. بر این مبنا یکی از حقوق‌دانان در نقد رأی دادگاه مبنی بر مثلی دانستن آپارتمان، چنین می‌نویسد: «به نظر می‌رسد، آپارتمانی که فروشنده تعهد می‌کند طبق نقشه ساختمانی در زمین معینی با اوصاف و مشخصات قراردادی بسازد، عین معین باشد که در زمان عقد وجود خارجی نداشته اما در طول زمان مشخصی قطعاً ساخته و مهیا برای انتفاع خواهد شد یعنی پس از گذشت موعد مقرر در قرارداد و اتمام و تکمیل ساخت، آپارتمان وجود خارجی یافته و لذا مال قیمی محسوب می‌شود و در حالی که خریدار پس از ساخت، مالک آپارتمان فوق می‌شود و بیع نسبت به آپارتمان مزبور تحقق یافته است، چطور فروشنده این حق را پیدا می‌کند که آن را به غیر منتقل نماید و در برابر تخلف از قرارداد، آپارتمانی از نوع مشابه به خریدار تحویل نماید. حال آنکه برای خریدار، آپارتمان با مشخصات قراردادی و با آن اوصاف و ممیزات اهمیت داشته و نه آپارتمان دیگری که شباهت عرفی به آپارتمان موصوف در قرارداد دارد. لذا نظریه دادگاه مبنی بر تحقق عقد بیع و در نتیجه انتقال مالکیت آپارتمان به خریدار با الزام فروشنده به واگذاری آپارتمان مشابه به خریدار در صورت انتقال به غیر با اصل مالکیت خریدار نسبت به مبیع به عنوان اثر اصلی عقد بیع و نیز سایر قواعد حقوقی منافات خواهد داشت چرا که وقتی محرز شد که خریدار مالک آپارتمان قراردادی است و دارای حق عینی نسبت به آن است، دادگاه بایستی حکم به خلع ید و رفع تصرف بدهد و آپارتمان موصوف را به خریدار بازگرداند و نه اینکه حکم به تحویل از نوع مشابه بدهد» (علیزاده، قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان،



۳۷). به علاوه می‌دانیم که اگر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بیع کلی فی‌الذمه بدانیم در این صورت تا زمانی که سازنده یعنی پیش‌فروش‌کننده حتی پس از تکمیل آپارتمان آن را به میل خود به پیش‌خریدار تسلیم ننماید، پیش‌خریدار هیچ‌گونه حقی نسبت به آن ندارد، زیرا در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه باشد، تسلیم افراد آن به مشتری که به ارادهٔ بایع انجام می‌گیرد عمل حقوقی مستقلی است. بنابراین چنانچه از جنس مبیع در ملک بایع موجود باشد، مشتری نمی‌تواند بدون اجازهٔ مالک در آن تصرف نماید، زیرا آنچه در خارج وجود دارد ملک بایع است و او باید به مقدار معین که در عقد مقرر شده از آن مال یا غیر آن، به وسیلهٔ قبض به مشتری تملیک نماید. مثال: هرگاه بایع دو خروار گندم به کسی فروخته است مشتری نمی‌تواند به انبار گندم بایع رفته و بدون اجازهٔ او دو خروار گندم از آن بردارد. همچنین هرگاه قبل از عقد، از جنس مبیع نزد مشتری ودیعه باشد، مشتری نمی‌تواند به مقدار مبیع از آن تملک نماید مگر آن که بایع به او اجازه دهد (امامی، حقوق مدنی، جلد اول، ۴۵۱). برابر رأی شماره ۲۶۶۱ مورخه ۱۳۱۶/۱۲/۴ شعبه یک دیوان عالی کشور، در قبض مبیع کلی یا منتشر در افراد معدود، اجازه و تعیین فروشنده شرط است و در صورت امتناع او از تعیین، بایستی به وسیلهٔ دادگاه الزام به تعیین شود (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۲۹۰). البته با ملاحظهٔ رأی دیوان و با در نظر گرفتن مادهٔ ۳۷۴ قانون مدنی که با صراحت اعلام می‌کند در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن قبض نماید، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تعیین مصادیق عقد در اختیار بایع است و پس از تعیین او مشتری می‌تواند به استناد مادهٔ فوق مبیع را قبض نماید. به عبارت دیگر بین مرحله تعیین و اختصاص مصادیقی از مال کلی به عقد مورد نظر طرفین و مرحلهٔ قبض و اقباض باید تفاوت قائل شد و به هر حال مرحلهٔ اول در اختیار فروشنده است و مرحله دوم در اختیار خریدار، اما بدون تحقق مرحلهٔ اول، مرحلهٔ دوم قابل اجرا نخواهد بود. یعنی تشخیص مصداق عین کلی در ذمه از حقوق متعهد است. اما پس از تشخیص، اذن اقباض ضرورت ندارد (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۱۲۲۱). به هر حال مشکل زمان انتقال مالکیت مبیع در بیع کلی فی‌الذمه موجب گردیده است که حقوق‌دانان اکثراً قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را در جهت حمایت از حقوق پیش‌خریدار و اعطای حق عینی به جای حق دینی به او در مقابل انبوه‌سازان و شرکت‌های تعاونی مسکن و شرکت‌های ساختمانی بزرگ که از قدرت اقتصادی فوق‌العاده بالایی برخوردارند، از شمول بیع کلی فی‌الذمه خارج نمایند مگر



اینکه مفاد قرارداد پیش فروش به وضوح حکایت از آن داشته باشد. البته ممکن است برخی از دادگاه‌ها به لحاظ اینکه بیع کلی فی‌الذمه فقط در مورد مال مثلی صحیح است، قرارداد پیش‌فروش آپارتمانی را که به صورت بیع کلی فی‌الذمه تنظیم گردیده است، باطل اعلام کنند. در پاسخ به چنین نظری می‌توان گفت امروزه آپارتمان‌هایی که توسط شرکت‌های بزرگ در تعداد زیاد و سطح گسترده به صورت هم‌شکل و با نقشه واحد ساخته می‌شوند، از دید عرف به ویژه از دید بنگاه‌های معاملات مسکن و مصرف‌کنندگان تفاوت چندانی با همدیگر ندارند و به اعتباری عرف آنها را در شرایط نزدیک به هم مال مثلی می‌شناسد و تفاوت‌های جزئی آنها در دید عرف قابل اغماض و چشم‌پوشی است. امروزه در اثر پیشرفت و ترقی و مکانیزه شدن ساخت و ساز، فعالیت‌های آپارتمان‌سازی در سطح گسترده و به صورت مجتمع‌ها، بلوک‌ها، شهرک‌ها و مجموعه‌های آپارتمانی به صورت انبوه بر اساس طرح‌ها و نقشه‌های واحد ساخته می‌شوند، عرف چنین آپارتمان‌هایی را مثل هم می‌داند و از دیدگاه عرف، قابلیت جایگزینی یک آپارتمان در یک مجتمع با آپارتمانی دیگر در همان مجتمع با همان مساحت و مشخصات یا با اندک تفاوتی در مساحت و مشخصات وجود دارد. هدف اصلی خریدار آپارتمان در اکثر موارد، داشتن خانه‌ای اختصاصی برای خود است و اینکه در طبقه هجدهم ساختمان باشد یا در طبقه نوزدهم برایش مهم نیست. شایان ذکر است که در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد. با استدلال فوق می‌توان از بطلان قرارداد که قطعاً به نفع فروشنده‌ای خواهد بود که با پساندازها و سرمایه‌های پیش‌خرداران ساختمان را احداث و تکمیل می‌کند، جلوگیری نمود و مانع بی‌عدالتی و ظلم در حق پیش‌خردارانی که عموماً در وضعیت اقتصادی ضعیفی قرار دارند، گردید.

### قسمت سوم: بیع سلف یا سلم

برخی از حقوق‌دانان سعی کرده‌اند تا ماهیت حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را به لحاظ مؤجل بودن مورد معامله در قالب بیع سلف توجیه کنند. بیع سلف یا سلم یکی از عقود شناخته شده در فقه و تاریخ کشور ما است که در زمان‌های گذشته مورد استفاده فراوان مردم قرار گرفته است. بیع سلف مترادف بیع سلم است که پیش‌فروش و پیش‌خرید گویند (لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸).

۴۰

در تعریف بیع سلم از «امام خمینی» (ره) در «تحریر الوسیله» آمده است: خریدن





مال کلی مؤجل در مقابل ثمن نقد که عکس آن نسیه است به خریدار مسلم با کسر لام و به بایع مسلم الیه و به مبیع مسلم فیه گویند (امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، جلد اول، ۵۴۳) از دیدگاه «جعفری لنگرودی» بیع سلم (بیع درذمه) بیعی است که مبیع آن، کلی در ذمه است و موعدی برای تسلیم آن مقرر می‌شود. ثمن باید پیش از ترک جلسه بیع به بایع داده شود و انتقال مالکیت مبیع، در زمان تسلیم صورت می‌گیرد اما تسلیط ذمه در زمان بیع رخ می‌دهد. در زمان‌های قدیم کشاورزان تهیدست عمده سلم‌فروشان بودند و بنکدارها و بندارها عمده سلم خران بودند و ستم‌های بسیار بر کشاورزان می‌کردند (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، ۹۷۸). در بیع سلم چند چیز شرط است: اول - ذکر جنس و وصف مبیع برای رفع جهالت. دوم - قبض ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد، اگر قسمتی از ثمن را قبض کند، عقد نسبت به قسمت قبض شده صحیح و نسبت به باقی باطل است. اگر ثمن دینی بر ذمه بایع باشد، اگر دین مؤجل باشد، ثمن قرار دادن آن جایز نیست. اما اگر دین حال باشد، ظاهر جواز آن است اگر چه خالی از اشکال نیست و احوط ترک آن است (امام خمینی (ره)، «تحریر الوسیله»، جلد اول، ۵۴۴).

اگر در بیع سلم ثمن نیز مؤجل باشد، صحت بیع محل اشکال است و بیع درواقع تبدیل به «بیع دین به دین» می‌شود که باطل است. «شہید ثانی» در «شرح لمعه» بیع سلف را تعریف نموده و پس از تعریف آن و ذکر برخی از احکام آن می‌فرماید: بایستی ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد قبض شود یا اینکه از حساب مدیون یا مسلم (خریدار) محاسبه گردد اگر در عقد شرط نشده باشد. ولی اگر در عقد شرط شده باشد که دین را ثمن قرار دهند، عقد باطل است زیرا چنین عقدی «بیع دین به دین» است. اینکه مسلم فیه (مبیع) دین است، واضح است اما ثمنی که در ذمه است، تحقیقاً دینی است بر ذمه مسلم (خریدار). پس هرگاه آن را عوض مسلم فیه قرار دهند، «بیع دین به دین» مصداق پیدا می‌کند (شہید ثانی، الروضه البہیہ فی شرح اللعہ دمشقیہ، جلد اول، ۳۱۵).

سیدمحمد کاظم طباطبائی در پاسخ به سؤالی در مورد جواز یا بطلان «بیع دین به دین» و اینکه چه نوع بیعی است، چنین جواب داده است: بدان که هریک از مبیع و ثمن، یا دین سابق مؤجل فعلی است یا مؤجل حال الاجل یا حال است یا دین لاحق مؤجل است یا لاحق حال. و ضرب پنج در پنج، بیست و پنج صورت می‌شود و قدر مسلم از بطلان، مؤجلین فعلیین سابقین و مؤجلین لاحقین و مختلفین است که چهار صورت باشد و لکن چون مناط بطلان بنا بر اقوی اعم از تعجیل فعلی و سابقی است، پنج صورت دیگر که



آن: سابقین حالی الاجل و سابق حال الاجل به مؤجل سابق یا لاحق و عکس این دو باشد نیز محکوم می‌شود به بطلان؛ و احوط ترک در هفت صورت دیگر است نیز، بنا بر احتمال اینکه مناط بطلان، سبق دین باشد با تعجیل فعلی، اگر چه لاحق باشد، که بنا بر این شانزده صورت می‌شود که آن نه صورت سابقه است و هفت صورت دیگر که آن سابقین حالین و سابق حال به مؤجل سابق با حال الاجل سابق و عکس آن و سابق حال به مؤجل لاحق و عکس آن باشد و بقیه صور که نه صورت دیگر است بی‌اشکال است. ولا یخفی اینکه اگر ملاحظه شود که بیع دین، تاره «بر مدیون است و تاره» بر غیر او، صور مسأله چهل و شش می‌شود که بیست و پنج صورت متقدمه در بیع بر غیرمدیون باشد و بیست و یک صورت در بیع بر مدیون. زیرا که چهار صورت لاحقین ساقط می‌شود کما لایخفی. ثم آنچه ذکر شد حکم دین در غیرسلم است. و اما در آن، پس اگر مبیع در سلم اجلس حلول نکرده باشد، جایز نیست بیع آن مطلقاً، حتی بحال لاحق؛ بلکه جایز نیست بیع آن به عین مشخص خارجی نیز و اگر بعد از حلول اجل آن باشد هم بیع آن قبل از قبض در مکیل و موزون خصوصاً در طعام، محل اشکال است، مگر آنکه بر مدیون باشد (بزدی، سؤال و جواب، ۱۸۰ و ۱۸۱). در دستورالعمل اجرایی معاملات سلف مورخ ۶۳/۱/۱۹ مصوبه شورای پول و اعتبار نیز محدودیت‌ها و شرایط فقهی بیع سلف و به ویژه نقد بودن ثمن مورد نظر قرار گرفته است. ماده یک دستورالعمل مذکور مقرر می‌دارد که منظور از معامله سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین است. با مطالعه در احکام و شرایط ویژه بیع سلف، ملاحظه می‌شود که ثمن بیع سلف بایستی نقد باشد و در مجلس عقد قبل از تفرق به بایع تسلیم شود، در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود. علاوه بر آن، بیع سلف عموماً در معاملات مربوط به اموال منقول مورد استفاده قرار می‌گیرد که عموماً به صورت کلی فی‌الذمه صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر می‌توان گفت، بیع سلف از زیر مجموعه‌های بیع کلی فی‌الذمه محسوب می‌شود و علاوه بر عدم امکان پرداخت قسطی ثمن، ایراداتی که نسبت به توجیه قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب بیع کلی فی‌الذمه وارد می‌شود، در بیع سلم نیز وجود دارد و وارد است. اگر پیش خریداران مسکن متمکن از پرداخت نقدی ثمن باشند، دیگر نیازی به توسل به قراردادهای پیش فروش وجود ندارد. چرا که پیش خریداران مسکن عموماً به لحاظ ضعف قدرت خرید و عدم امکان تهیه پول نقد برای خرید و برای جلوگیری از فاصله گرفتن تصاعدی قیمت آپارتمان با قدرت خرید فعلی آنان، لازم می‌دانند هر چه سریع‌تر مختصر پس‌انداز



اولیه خود را از طریق قرارداد پیش فروش آپارتمان، در امر خرید مسکن سرمایه‌گذاری و درگیر نمایند تا براساس مفاد قرارداد پیش فروش با سعی و تلاش فراوان اقساط بعدی وجه قرارداد را در فاصله‌های معین تهیه و پرداخت نمایند تا به مصداق «قطره قطره جمع گردد وانگهی دریا شود» بتوانند به سر منزل مقصود رسیده و سرپناهی را دست و پا کنند. بنا به مراتب فوق عقد بیع سلف یا سلم راهکاری مناسب و قالبی درست برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان نخواهد بود مگر اینکه برمبنای نظر آن دسته از علما عمل کنیم که نقد بودن ثمن را در بیع سلم لازم نمی‌دانند.

### قسمت چهارم: تعهد به بیع

اگر قرارداد پیش فروش آپارتمان به صورت تعهد به بیع تنظیم گردد، در واقع از احکام و مقررات قراردادی مشمول ماده ۱۱ قانون مدنی به عنوان قولنامه یا سند تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده برخوردار است. به هر حال وعده متقابل بیع یا قول و قرار معامله در آینده که معنای حقیقی قولنامه تلقی می‌گردد، ایجاد مالکیت برای خریدار نمی‌کند بلکه خریدار در چارچوب این قرارداد صرفاً می‌تواند در صورت تخلف طرف، الزام او را به انعقاد عقد بیع با شرایط مورد توافق و بر اساس مفاد قرارداد، از دادگاه بخواهد، و یا بر اساس مفاد قرارداد مطالبه خسارت کند. «شهادی» برای وعده بیع متقابل یا معنای حقیقی قولنامه عبارت «قرارداد تشکیل بیع» را مناسب‌تر دانسته‌اند (شهادی، قرارداد تشکیل بیع: ۱۲۵). به نظر می‌رسد قولنامه به مفهوم «قول و قرار معامله در آینده» یا «وعده بیع متقابل» یا «قرارداد تشکیل بیع» در واقع قراردادی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و نافذ و معتبر است و معمولاً چنین قراردادی با وجه التزام همراه است. در مورد نافذ و معتبر بودن چنین قراردادی در پیش فروش آپارتمان شکی نیست اما در خصوص ماهیت حقی که پیش خریدار چنین قراردادی، به دست می‌آورد، ممکن است اختلاف نظر پیش آید، زیرا در این زمینه می‌توان سه دیدگاه به شرح زیر مطرح نمود:

۱. چنین قراردادی، در واقع تعهدی است که هریک از طرفین می‌تواند از انجام آن خودداری کند و فقط در صورت خودداری بایستی وجه التزام را بپردازد
۲. هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد موضوع قولنامه خودداری نمود، هم باید به تعهد خود عمل کند و هم بایستی وجه التزام را بپردازد
۳. پیش خریدار قولنامه دارای نوعی حق عینی است که به مال موضوع



قرارداد تعلق می‌گیرد و می‌تواند متعهد را از انجام هرگونه تصرف منافی حق عینی خود از جمله انتقال به غیر، منع کند.

«کاتوزیان» در این زمینه به اصل ۴۰ قانون اساسی و منع سوء استفاده از حق استناد کرده است. قانون اساسی سوء استفاده از حق را منع کرده، لذا انتقال موضوع تعهد از سوی فروشنده به دیگری، چون با حقوق خریدار در تعارض است، به درخواست ذینفع قابل ابطال است (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۶۴ و ۶۵).

مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی در این باره قابل توجه است به ویژه مفاد ماده ۲۲۰ قانون مدنی در این رابطه قابل توجه است که مقرر می‌دارد: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم هستند. اگر قرارداد روش آپارتمان را تعهد به بیع یا قول و قرار معامله در آینده بدانیم، مسلماً جزء قراردادهایی خواهد بود که در آنها حداقل در زمان انعقاد قرارداد، قصد مشترک طرفین، برعدم انتقال مالکیت مبیع، تعلق گرفته است و مفاد قرارداد به صراحت، از قول و قراری برای معامله در آینده حکایت می‌کند. بر این مبنا هر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را نمی‌توان قولنامه دانست، بلکه مفاد قرارداد است که در کشف از اراده مشترک طرفین، حکایت از این خواهد کرد که آیا این قرارداد صرفاً تعهد به انتقال است یا انتقال. اگر هر قرارداد پیش‌فروش آپارتمان را بدون توجه به مفاد آن صرفاً قولنامه و تعهد بر بیع بدانیم، فروشنده می‌تواند هر زمان بخواهد پس از تکمیل ساختمانی که با پول خریدار بنا کرده است به اشخاص ثالث انتقال دهد و سود حاصل از سرمایه‌گذاری پیش‌خریداران ضعیف را که اغلب از اقشار کم درآمد جامعه هستند، به جیب بزند. خریدار تنها می‌تواند پولی را که چند سال مورد بهره‌برداری دیگری قرار گرفته است، پس بگیرد. وجدان حقوق‌دان چنین عدالتی را نمی‌پسندد و باید راهی برای گریز از آن بیندیشد در این تلاش باید به هدف یعنی عدالت بیش از وسیله اندیشید و قوانین را به گونه‌ای تفسیر کرد که از قالب کهن درآید و به حرکت ادامه دهد (کاتوزیان، عقود معین، جلد اول، ۲۷۸ و ۲۷۹). به هر حال تحلیل قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در قالب تعهد به بیع موجب عدم استحکام قرارداد خواهد بود. البته، اگر قرارداد در قالب تعهد به بیع تنظیم گردد و قصد مشترک طرفین و حاکمیت اراده متعاملین بر تعهد به بیع تعلق گیرد، در این صورت بحثی نیست. اما در یک



قرارداد پیش فروش آپارتمان که در شرایط عادی بین یک شرکت تعاونی مسکن یا شرکت ساختمانی و انبوه‌ساز از یک طرف و متقاضی مسکن از طرف دیگر تنظیم می‌گردد و بحثی از تعهد به بیع در قرارداد به میان نیامده است، محدود دانستن روابط حقوقی ناشی از این قرارداد به یک تعهد ساده به بیع، به دور از قصد واقعی متعاملین و به دور از واقعیات جامعه خواهد بود. چون هرگاه او در مقام عمل به تعهد خود و انتقال آپارتمان ساخته شده، به پیش خریدار درآید او نیز ممکن است نفع خود را در عدم قبول این ایجاب بداند و نهایتاً اگر وجه التزام پیش‌بینی شده باشد، آن را پرداخته و از خرید آپارتمانی که در اثر درخواست او ساخته شده است، خودداری نماید. در چنین شرایطی پیش فروشنده ناگزیر از اقامه دعوا برای الزام او به خرید آپارتمان خواهد شد که با وجود سختی وصول ثمن معامله از خریدار چنین راه حلی را نمی‌توان به عنوان راه حلی آسان پیشنهاد کرد.

### نتیجه گیری

قرارداد پیش فروش آپارتمان را علی رغم این که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد، می‌توان بیع عین معین دانست. در واقع فروشنده با انعقاد قرارداد قسمتی از عرصه را حداقل به اندازه سهم خریدار به او منتقل می‌نماید و چون عرصه فعلاً موجود است لذا عقد بیع، فاقد مبیع قلمداد نمی‌شود. به علاوه فروشنده متعهد به احداث بنا و تحویل آپارتمان بر اساس مفاد قرارداد پیش فروش است که در نهایت قرارداد پیش فروش آپارتمان را می‌توان در قالب عقد بیع عین معین توجیه و تحلیل نمود. قرارداد مذکور را به شرحی که در متن مقاله گذشت، می‌توان در قالب بیع کلی فی‌الذمه نیز تحلیل کرد. گرایش قانونگذار به استفاده از عبارات «پیش فروشنده و پیش خریدار» در قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ نشانگر شناسایی ماهیت بیع توسط مقنن برای قراردادهای پیش فروش آپارتمان است.

### منابع و مراجع

- امامی، سیدحسن (۱۳۷۱) «حقوق مدنی، کتاب فروشی اسلامیة»، تهران، چاپ یازدهم
- الجبعی العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۳۷۴)، «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة»، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، قم، چاپ نهم



- پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶)، «انتقال مالکیت در عقد بیع»، انتشارات شالیزه، تهران، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ اول
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، انتشارات مجد، تهران، چاپ دوم
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۰)، «حقوق مدنی ۳ تعهدات»، انتشارات مجد، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، «سقوط تعهدات»، نشر حقوقدان، تهران، چاپ چهارم
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، «قرارداد تشکیل بیع، مجموعه مقالات»، نشر حقوقدان، تهران، چاپ دوم
- علیزاده، حسن (۱۳۸۳)، «قراردادهای پیش فروش آپارتمان»، میثاق عدالت، تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، «عقود معین»، انتشارات مدرس، تهران، چاپ ششم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۵)، «قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، نشر میزان، تهران، چاپ سیزدهم
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۰)، «قواعد فقه»، نشر دادگستر، تهران، چاپ پنجم
- موسوی خمینی، روح الله (ره) (بی تا)، «تحریر الوسیله»، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ دوم
- ممی زاده، مهدی (۱۳۸۶)، «ماهیت، شرایط و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان با نقد لایحه جدید پیش فروش ساختمان»، مجله کانون، سال ۷۱، دوره دوم، شماره ۱۳، اسفند
- ولویون، رضا (۱۳۸۴)، «فروش آپارتمان های ساخته نشده»، مجله کانون، سال ۴۸، دوره دوم، شماره ۶۰
- یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۳۷۶)، «سؤال و جواب»، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ اول
- مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المتاجر، ج ۱، ص ۱۶۱، چاپ سنگی تبریز، ۱۳۷۵
- چاپ افست قم ۱۴۱۶
- محمدحسن بن باقر نجفی، جواهر الکالم فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، ص ۳۵۶ به بعد، بیروت ۱۹۸۱. O - ماده ۳۴۹، قانون مدنی
- سایر منابع حقوقی



# مسئولیت مدنی خسارات ناشی از تولید کالای معیوب

سیما سلیمانی<sup>۱</sup>

دکتر آرمان زینلی<sup>۲</sup>

## مقدمه

یکی از موضوعاتی که امروزه در مسائل مربوط به روابط تولیدکنندگان و مصرف-کنندگان کالا مطرح می‌باشد مسئولیت مدنی خسارت ناشی از تولید کالای معیوب است. در نتیجه توسعه و گسترش صنایع و کارخانه‌های مختلف کالاهای بیشماری تولید و به بازارها عرضه می‌شوند که ممکن است به سبب عیب آنها خسارت زیادی به اشخاص وارد آید که غالباً رابطه قراردادی با تولیدکننده یا عرضه‌کننده نخستین کالای معیوب نداشته‌اند. به همین دلیل این موضوع مطرح می‌شود که آیا تولیدکننده کالای معیوب در مقابل خساراتی

که در نتیجه عیب کالا ایجاد می‌شود مسئولیتی دارند یا خیر؟

اکثر نظام‌های حقوقی با توجه به دشواری‌های استناد به مسئولیت قراردادی و قواعد عمومی مسئولیت قهری مقررات خاصی را در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده تصویب نموده‌اند و قواعد ویژه‌ای در زمینه مسئولیت مدنی مقرر کرده‌اند، لیکن به منظور حمایت از طرف ضعیف دعوا در مقابل قدرت بی‌چون و

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد نراق.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد خوراسگان.



چرای تولیدکننده نیاز به اعمال مقررات خاص و پذیرش مبانی تازه احساس می‌شود.

مسئولیت ناشی از عیب تولید ناظر به مسئولیتی است که در نتیجه استفاده از کالای معیوب حاصل شده و به خاطر همین خطر، محصول مزبور را محصول غیرایمن می‌نامند. در کشور ما با تصویب قوانین حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ قانون‌گذار سعی داشته تا با ایحاد تحوّل اساسی در نظام مسئولیت ناشی از عیب تولید تحولات مثبتی ایجاد نماید اما متأسفانه در قانون حمایت از مصرف‌کننده علی‌رغم آنکه سعی داشته که در ماده ۲ و با آوردن عبارت «کلیه عرضه‌کنندگان کالا و خدمات مسؤول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده می‌باشند...» به مسئولیت ناشی از تولید کالای معیوب بپردازد اما متأسفانه در ادامه ماده قواعد عمومی مربوط به مسئولیت قراردادی که در خصوص مسئولیت ناشی از عیب کالا است را با مبحث مربوط به مسئولیت مدنی خسارات ناشی از تولید کالای معیوب توسط تولیدکننده کالای معیوب، خلط نموده است. در نهایت باید بیان داشت که آسیب‌ها و صدمات ناشی از مصرف کالای معیوب یا خطرناک، واقعیتهای انکارناپذیر و در مواردی بسیار تلخ و ناگوار است.

بنابراین گام اول به منظور حمایت از مصرف‌کننده تدوین و بکارگیری مقررات پیشگیری‌کننده از ورود خسارت و گام دوم وضع قواعد جبران‌کننده زیان وارده به مصرف‌کننده در این زمینه است. در مقاله پیشرو سعی شده است نظرات موجود در خصوص جبران خسارات وارده ناشی از تولید کالای معیوب، حمایت از مصرف‌کننده، ضمان قهری مربوط به خسارات ناشی از تولید کالای معیوب و مسئولیت مدنی آن مطالبی تبیین و تشریح گردد.

## فصل اول

### کلیات

با توجه به اینکه بخش مهم در هر تحقیق برای فهم بهتر و کامل‌تر مبحث اصلی بررسی و درک مفاهیم و اصطلاحات کلی و اصلی در آن مقاله است لذا اولین بخش هر مقاله ای، بیان و توضیح این اصطلاحات است و بر این مبنا ما نیز در مقاله پیشرو ابتدا به بررسی همین کلیات و مفاهیم خواهیم پرداخت.





## گفتار اول - مسؤولیت

قبل از پرداختن به بحث مسؤولیت مدنی خسارات ناشی از تولید و توزیع کالای معیوب، در ابتدا لازم است مفهوم مسؤولیت مدنی تبیین شود تا قلمرو موضوع نیز به تبع آن مشخص گردد.

### مبحث اول - تعریف و مفهوم مسؤولیت

مسؤولیت، مصدری جعلی از «مسؤول و از ریشه» سئل «به معنای بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن و موظف بودن به انجام امری آمده است» (معین، ۱۳۷۱، ۴۰۷۷).

واژه یاد شده تنها از اواخر قرن هیجدهم در زبان های اروپایی رواج یافته و در قرن نوزدهم از اخلاق به حقوق راه پیدا کرده است. در حقوق رم، فعل responder علاوه بر معنی حقوقی ضامن و متعهد شدن، به معنی واکنشی بوده که در مقابل هرگونه تقاضایی به عمل آمده است؛ اما معنای امروزی مسؤولیت را در برداشته است و چنین معنایی را باید از واژه های دیگری مانند «نسبت دادن» و «مکافات دادن» جستجو کرد (بادینی، ۱۳۸۴، ۲۵).

معنای اصطلاحی مسؤولیت نیز، از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. آقای دکتر لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوقی؛ مسؤولیت را چنین تعریف کرده است: «مسؤولیت، تعهد قانونی شخص است بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده است خواه این ضرر ناشی از تقصیر وی باشد یا ناشی از فعالیت او شده باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۶۴۲).

### مبحث دوم - اقسام مسؤولیت

مسؤولیت گاهی از درون انسان برمی خیزد و انسان خود را در مقابل خداوند متعال شرمسار می بیند که به آن مسؤولیت اخلاقی می گویند و گاهی در مقابل جامعه و اشخاص آن مسؤول است که به آن مسؤولیت حقوقی می گویند. در قسمت ذیل ما تنها به بیان آن دسته از تقسیم بندی هایی که دارای ارتباط مستقیم با موضوع تحقیق ما هست می پردازیم.

### بند ۱- مسؤولیت حقوقی

مسؤولیت حقوقی چنان مسؤولیتی است که به طور کلی بر وظیفه قانونی هر شخصی



نسبت به انجام یا ترک عمل دلالت می‌کند و موجب التزام شخص، در مقابل اعمال و رفتار زیان بارش در قبال جامعه و مردم می‌شود (ولیدی، ۱۳۷۳، ۲۲).

مسئولیت حقوقی به دو نوع مسئولیت مدنی و کیفری قابل تقسیم است که با توجه به موضوع تحقیق ما فقط به توضیح مسئولیت مدنی می‌پردازیم.

### بند ۲- مسئولیت مدنی

اصطلاح مسئولیت مدنی در مقابل مسئولیت کیفری قرار دارد و در هر موردی که شخصی ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد، می‌گویند که وی در برابر شخص زیان دیده دارای مسئولیت مدنی است و بر مبنای این مسئولیت، شخص زیان‌رساننده، ملزم به جبران زیان و ضرر وارده به متضرر می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۰).

مسئولیت مدنی به معنی اخص به دو رشته تقسیم می‌شود. یکی مسئولیت عهدی (قراردادی) و دیگر مسئولیت قهری (غیر قراردادی) یا به عبارت دیگر ضمان ناشی از عقد و ضمان ناشی از قانون (حسینی‌نژاد، ۱۳۷۷، ۲۶) که در ذیل به تعریف و بررسی هر یک پرداخته می‌شود.

### بند ۳- مسئولیت قراردادی

در قراردادهای، اگر کسی تعهد ناشی از قرارداد را انجام ندهد، طرف مقابل حق دارد از او خسارت بگیرد و قانون مدنی آن را «خسارت عدم انجام تعهد» نامیده است. مسئولیتی که متعهد در این گونه موارد در مقابل متعهدله پیدا می‌کند در اصطلاح «مسئولیت قراردادی» نام دارد. به بیان دیگر، مسئولیت قراردادی عبارت از تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قراردادهای خصوصی برای اشخاص ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۱۷).

همچنین مسئولیت مدنی قراردادی یکی از کاربردهای قانون مسئولیت مدنی نسبت به یک فرض واجد شرایط است، یعنی، فرض لطمه ناشی از عدم انجام تعهد قراردادی از پیش موجود و یک شکل از مسئولیت مدنی است که با توجه به این واقعیت از اشکال دیگر متمایز می‌شود که عمل غیرقانونی و زیان‌آوری که باعث تشکیل این مسئولیت می‌شود، متشکل از عدم رعایت تعهدات قراردادی توسط بدهکار است و هدف آن، ترمیم آسیب وارده به طلبکار یا جبران آن است و کاربرد خاصی از اصل مسئولیت مدنی در مواردی است که آسیبی در اثر عدم انجام نادرست یا تأخیر در انجام تعهدات ناشی از یک

قرارداد معتبر ناشی می‌شود.

#### بند ۴- مسؤولیت غیر قراردادی

مسؤولیت غیر قراردادی که «ضمان قهری» نیز گفته می‌شود، ویژه فرضی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی می‌کند و در نتیجه به دیگری ضرر می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۱۸).

به دیگر سخن، مسؤولیت غیر قراردادی، مسؤولیت ناشی از جرم و شبه جرم است. مقصود از جرم در باب مسؤولیت مدنی، جرم مدنی، یعنی عمل نامشروع زیان‌آور عمدی است، اعم از اینکه جرم کیفری نیز باشد یا نه. اگر عمل نامشروع زیان‌آور، غیر عمدی و ناشی از بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی باشد، شبه جرم نامیده می‌شود (صفایی، ۱۳۹۲، ۶۲). در واقع مسؤولیت شبه جرم مدنی شامل یک رابطه قانونی اجباری است که از یک عمل غیرقانونی که باعث ایجاد خسارت‌هایی شده است ناشی می‌شود؛ و مجرم یا شخص دیگری که برای پاسخگویی فراخوانده شده است متعهد به ترمیم لطمات است.

#### مبحث سوم - شباهت و تفاوت مسؤولیت قراردادی و غیر قراردادی

##### بند ۱- شباهت مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت غیر قراردادی

هر دو مسؤولیت، از اقسام مسؤولیت مدنی هستند و ساختار یکسان دارند و نیاز به تحقق عناصر ساختاری مشابهی دارند و مسؤولیت‌های مذکور تحت تأثیر ایده ترمیم لطمه ناشی از عمل غیرقانونی نسبت به دارایی‌ها قرار دارد. در هر دو مسؤولیت، جبران خسارت باید صورت پذیرد. یعنی جبران خسارت هم باید نسبت به آسیب‌های وارده و هم نسبت به منافع و درآمدهای از دست رفته انجام شود. همچنین در هر دو مورد ترمیم آسیب‌ها به صورت مشابه انجام می‌شود و یا در صورت عدم امکان این کار، معادل نقدی آن که نشان‌دهنده ارزش خسارت وارده باشد پرداخت می‌شود.

##### بند ۲- تفاوت مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت غیر قراردادی

از جمله تفاوت‌هایی که وجود دارد عبارت است از؛ قانون حاکم بر مسؤولیت قراردادی قانون محل عقد است؛ اما قانون حاکم در مسؤولیت قهری، قانون حاکم بر محل وقوع فعل است؛ زیرا در اثر مسؤولیت یک رابطه دینی ایجاد



می‌شود که در این ارتباط، قانون مناسب، قانون منشأ دین است (صفری، ۱۳۸۹، ۲۵۶).

همچنین مسؤولیت قراردادی بر عهده افرادی است که به طور داوطلبانه نسبت به آن با هم متعهد شده‌اند، در حالی که مسؤولیت قهری افراد را در نتیجه یک اتفاق با هم متحد می‌سازد. تفاوت بین این دو شکل مسؤولیت نیز شامل اثبات گناه برای تعیین مسؤولیت مرتکب است. در زمینه مسؤولیت قراردادی، فرض شده است که بدهکار، گناهکار است؛ بنابراین، طلبکار قراردادی باید وجود قرارداد و عدم انجام آن را ثابت کند. چرا که فرض شده است که بدهکار ضامن است تا زمانی که غیر آن ثابت شود. تنها با اثبات فورس مازور تقصیر طلبکار و یا عمل غیرقابل اجتناب یک شخص ثالث، می‌توان خلاف آن را ثابت کرد؛ اما همان‌طور که گفته شد در مسؤولیت قهری، در اصل، تقصیر مرتکب باید توسط فرد آسیب دیده ثابت شود.

### گفتار دوم - مسؤولیت مورد بحث در این مقاله

آنچه در این مجال به آن پرداخته خواهد شد، نه مسؤولیت اخلاقی است و نه مسؤولیت کیفی؛ بلکه مسؤولیت تولیدکنندگان و فروشندگان صرفاً از جهت مدنی مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ و مسؤولیت خسارات ناشی از کالای معیوب در مسؤولیت مدنی، مسؤولیت یا تعهدی است که به واسطه قرارداد یا قانون، بر سازنده، توزیع‌کننده یا عرضه‌کننده به مصرف‌کنندگان، به طور مقتضی درباره آثار زیان بار ناشی از کالا و پیش‌بینی چگونگی استفاده نادرست از آن تحمیل می‌شود. بدین معنا که اگر مصرف‌کننده‌ای با مصرف کالایی آسیب ببیند، سازنده کالا یا عرضه‌کننده آن، یا سایر اشخاصی که بر اساس قوانین ناظر بر موضوع، مسؤول تلقی می‌شوند، ملزم به جبران خسارت خواهند بود (منتقمی، ۱۳۸۵، ۱۴).

در واقع، مسؤولیت خسارات ناشی از تولید کالای معیوب، ناظر به مسؤولیتی است که در نتیجه استفاده از کالای معیوب حاصل شده و به همین دلیل، محصول مزبور را محصول غیرایمن می‌نامند.

مسؤولیت مدنی تولیدکنندگان در قبال مصرف‌کنندگان هم می‌تواند ناشی از قرارداد باشد و هم خارج از قرارداد، چرا که گاهی بیع کالا به واسطه قراردادی که میان طرفین منعقد می‌شود صورت می‌پذیرد که در این حالت تولیدکنندگان و فروشندگان کالا تنها



در صورتی مسؤول هستند که از قرارداد و شرایط تصریح شده در آن تخلف نمایند؛ اما در مسؤولیت مدنی غیرقراردادی، این قانون‌گذار است که شرایط و قواعد حاکم بر طرفین را تعیین می‌نماید و طرفین به واسطه الزام قانون ملزم به رعایت قوانین و مقررات می‌باشند که در تحقیق حاضر به واسطه آن که موضوع بحث خسارات ناشی از تولید کالای معیوب است و این خسارات ممکن است اساساً به اشخاص ثالث وارد آید مبنای مسؤولیت غیر قراردادیست که در ادامه بیشتر بدان پرداخته خواهد شد.

### گفتار سوم - ضرورت حمایت از حقوق مصرف‌کننده

محققین برای حاکم نمودن قوانین مبتنی بر اندیشه حمایت از مصرف‌کنندگان را مورد شناسایی قرار داده‌اند که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره نمود:  
الف- مصرف‌کنندگان به طور طبیعی در موضع ضعیف‌تری نسبت به تولیدکنندگان (متخصصین) قرار دارند.

توضیح آن که به خصوص نسبت به کالاهایی که در انحصار افراد خاص یا اشخاص خاص یا دولت قرار دارد که مصرف‌کننده بالاجبار باید این کالاها را با هر شرایطی که عرضه می‌شود مورد استفاده قرار دهد و نمی‌تواند بگوید من مصرف نمی‌کنم به همین دلیل قانون‌گذاران در این زمینه باید به دخالت در روابط مصرف‌کننده و تولیدکننده بپردازند (حسین آبادی، ۱۳۸۱، ۱۳).

بنابراین به طور قطع، در صورتی که نهاد ذی‌صلاحی کنترل بازار را به دست نگیرد، این انحصارات موجب می‌گردند تا اراده تولیدکنندگان به راحتی بر متقاضیان تحمیل گردد (غفاری فارسانی، ۱۳۸۹، ۱۲).

ب- رویه‌های تجاری تقلب‌آمیز، منافع مصرف‌کننده را به سود تجار به خطر می‌اندازند: عدم آگاهی مصرف‌کنندگان و نیاز آنان به کالاهایی که در دست تولیدکنندگان و توزیع‌کنندگان قرار دارد، ابتکار را به دستان گروه اخیر واگذارده است. برخی از این ابتکارات که با قدرت اقتصادی و اطلاعاتی آنان آمیخته، گاه جهت برآوردن سود بیشتر و بقاء در بازار رقابتی، رویه‌های تجاری تقلب‌آمیز را به وجود آورده‌اند. استفاده از وسایل و ابزارهایی که وزن و مقدار کالا را نادرست و غیرواقعی نشان می‌دهند، تولید کالاهای جعلی و بدلی و درج مفاد و شرایط گنگ و مبهم برای عامه مردم که امکان تفسیر به سود



تولیدکنندگان را فراهم می‌آورند، نمونه‌هایی از این دست است. ابداع تجارت الکترونیک و توسعه روز افزون آن که امکان فروش محصولات از راه دور و از طریق اینترنت را فراهم می‌آورد نیز روش‌های تقلب آمیز تجارتي نوین و پیچیده را پدید آورده است که سوداگران را قادر می‌سازد راحت‌تر کالاهای تقلبی و بی‌کیفیت خود را بدون آنکه هویت آنان به درستی برای خریداران مشخص گردد، به فروش رسانند.

ج- حقوق مدنی سنتی (کلاسیک) برای حمایت از مصرف‌کنندگان ناتوان شده است: در قانون مدنی برای مقابله با بعضی از نابرابری‌های قراردادی چاره‌جویی شده است، از آن جمله می‌توان به نظریه عیوب رضا و نظریه ضمانت در عقد بیع اشاره نمود اما این قبیل راه‌حل‌ها عموماً در دسترس مصرف‌کنندگان قرار ندارد چراکه بهره‌مندی از راه حل‌های مزبور متوقف است بر طرح شخصی دعاوی دارای این گونه ضمانت‌های اجرایی در مراجع ذی صلاح قضایی، البته پس از تشکیل قرارداد و غالباً پس از اجرای آن، آیا کسی که ظرف ماست فاسدی را خریداری می‌نماید برای احقاق حق خود به ضمانت اجرای عیوب مخفی تمسک خواهد نمود؟ اگر مواضع سه گانه فوق‌الذکر را بپذیریم به این نتیجه خواهیم رسید که قانون‌گذار برای برقراری تعادل در روابط قراردادی فی‌مابین متخصصین و مصرف‌کنندگان باید قواعدی مؤثرتر از قواعد موجود در قانون مدنی وضع نمایند.

د- مصرف‌کنندگان فاقد اطلاعات لازم برای حفظ منافع خود هستند:

امروزه کالاهای متنوع زیادی برای خرید وجود دارند که بسیاری از آنان دارای ساختار فنی بسیار پیچیده‌ای هستند که اطلاع از شیوه ساخت و مواد به کاررفته در آنها برای عوام امکان‌پذیر نیست. همچنین برخی کالاها از پیش بسته‌بندی می‌شوند و هرگونه عیبی به طور کامل پوشیده می‌ماند. اگر تعداد بی‌شمار و روز افزون تولیدکنندگان و شعب مختلف آنان و مارک‌های متنوع کالاها به ویژه وجود تعداد زیاد محصولات بدلی و تقلبی کاملاً مشابه را نیز در نظر آوریم، موضع ضعف مصرف‌کننده را بهتر درخواهیم یافت؛ بنابراین، اگر حمایتی از مصرف‌کنندگان به عمل نیاید، عدم دسترسی آنان به اطلاعات موجب می‌شود تا ضمن آنکه از بی‌کیفیتی و مضرات ناشی از استفاده از کالای مورد نیاز خود آگاه نگردند، بلکه در برخی از موارد، قیمتی گزاف و خیلی بیشتر از هزینه تمام شده کالا را بپردازند. بدین ترتیب، عدم نظارت مقامات صالحه باعث پرداخت قیمت‌های دلخواه از طرف تولیدکنندگان شده و سود سرشاری را نصیب آنان می‌گرداند که نتیجه آن، قدرت اقتصادی و رشد بیشتر انحصارات و درنهایت تنگ‌تر شدن عرصه بر مصرف‌کنندگان



خواهد بود (غفاری فارسانی، ۱۳۸۹، ۱۳).

ه- حقوق مصرف‌کننده در زمره حقوق بشر است:

از لحاظ حقوقی، حقوق مصرف‌کننده مصداقی است از حقوق اساسی انسان در حقوق بشر، حقوق مصرف‌کننده جدای از حقوق بشر نیست (غنی‌نژاد، ۱۳۸۱، ۴).

از آنجا که مسئله حقوق بشر پس از پایان جنگ جهانی دوم به موضوعی مبدل شد که حساسیت جهانی و کانون توجه همگان را برانگیخت، حقوق مصرف‌کنندگان نیز چندی پس از آنکه حقوق بشر مقبولیت عامه یافت، مطرح و با توجه به بستر مساعدی که حقوق بشر فراهم آورده بود، به تدریج در سطح داخلی و بین‌المللی مورد پذیرش واقع شد. و- در صورت عدم حمایت، خسارات وارده به مصرف‌کنندگان در اثر استعمال کالاها و خدمات، جبران نشده باقی خواهد ماند:

همان گونه که اشاره شد، اغلب مصرف‌کنندگان از چگونگی ساخت حتی ساده‌ترین کالاها و مواد به کار رفته در آنها و همچنین عوارض ناشی از کاربرد آنها بی‌اطلاع هستند، لذا در غالب مواردی که در اثر استفاده از کالایی زیان می‌بینند، خود قادر به تشخیص و احراز این رابطه سببیت نیستند، چه رسد به اینکه بتوانند آن را در یک مرجع قانونی نظیر دادگاه به اثبات برسانند. این زیان‌ها در مورد کالاهایی نظیر مواد خوراکی، داروها و خودروها بسیار جدی و غیر اغماض بوده و در موارد بسیاری به صدمات جبران‌ناپذیر و حتی مرگ مصرف‌کنندگان انجامیده است.

باین حال این گونه استدلال‌ها امروزه طرفداران زیادی ندارد (ادریسی، ۱۳۹۱، ۵۴) و انعطاف‌پذیری مفهوم عدالت در جامعه صنعتی ارزش‌ها و هدف‌هایی به وجود آورده است که با ابزارهای کهن تحقق نمی‌پذیرد و نیاز به تحول اساسی دارد (طباطبائی‌نژاد، ۱۳۹۴، ۱۰۷).

امروزه دولت‌ها در راستای کنترل و حمایت از روابط اقتصادی جامعه نه تنها به وضع قوانین و مقررات معین در اعمال مجازات شدید برای بزه‌هایی از قبیل کلاهبرداری، تدلیس و تقلب در معاملات تجاری مبادرت می‌کنند، بلکه با وضع قوانین آمره و انتظامی از مصرف‌کنندگان به عنوان طرف‌های ضعیف قرارداد، در برابر معاملات غیرعادلانه، تجارت کالاها می‌عیوب و خطرناک و تحمیل یک جانبه شرایط قرارداد حمایت می‌کنند (زندى، ۱۳۹۱، ۴۱) و باید گفت که خصوصیت قواعد حقوق مصرف‌کننده ویژگی حمایتی و آمرانه آنها است (طباطبائی‌نژاد، ۱۳۹۴، ۱۰۷) که این امر منجر به ایجاد و تثبیت



نهیضت حمایت از مصرف‌کننده در زمینه «مسئولیت ناشی از عیب تولید» گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۳۰).

## فصل دوم

### منابع مسئولیت مدنی خسارات ناشی از عیب تولید در حقوق ایران

در ایران نیز همان دلایل حمایت از مصرف‌کننده یعنی ضعف موقعیت مصرف‌کننده در مقابل تولیدکننده، عدم کفایت مقررات سنتی برای حمایت از مصرف‌کننده و وظیفه حمایت از ضعیف در برابر قوی و... موجب شده است تا قوانین خاصی در این زمینه به تصویب برسد (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۰۹) از جمله مهم‌ترین قوانین در این زمینه عبارت‌اند از:

### گفتار اول - قانون تجارت الکترونیک

این قانون در تاریخ ۱۳۸۲/۰۲/۱۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. در قانون تجارت الکترونیک فصلی به حمایت از مصرف‌کننده اختصاص یافته است (از ماده ۳۳ تا ۴۹). قانون یادشده از جمله قوانینی است که در آن تکالیفی برای تولیدکننده پیش-بینی شده و برای نقض حقوق مصرف‌کننده ضمانت اجرا تعیین گردیده است (علی اکبری سفیدداربن، ۱۳۸۹، ۲۵).

اما مهم‌ترین تحول این قانون در حمایت از مصرف‌کننده علاوه بر موارد مزبور آن است که به سازمان‌های قانونی و مدنی حمایت از حقوق مصرف‌کننده اجازه داده شده تا به عنوان شاکی اقامه دعوا نمایند (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۰۹)

### گفتار دوم - قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو

این قانون دارای ۱۱ ماده و ۸ تبصره است که در جلسه علنی ۱۳۸۶/۰۳/۲۳ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۶/۰۳/۳۰ به تأیید شورای نگهبان رسید. این قانون به دنبال مشکلات فنی ای که در تولید برخی از خودروها وجود داشت و باعث ایجاد خسارتی هم شده بود به تصویب رسید.

اما پرسشی که مطرح می‌شود این است که چه نیازی به تصویب قانون ویژه در این حوزه وجود دارد؟ چرا باید در بین مصرف‌کنندگان انواع محصولات، مصرف‌کنندگان خودرو





تابع وضعیت حقوقی خاصی باشند؟ آیا نمی‌توان از طریق مقررات عام حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸) از مصرف‌کننده خودرو نیز حمایت به عمل آورد؟ پاسخ به پرسش‌های فوق را باید در واقعیت‌های بازار خودرو در ایران و میزان خسارات و صدمات ناشی از این وسیله نقلیه جستجو کرد، از طرفی بازار خودرو در ایران جنبه رقابتی ندارد، بلکه در انحصار چند شرکت بزرگ دولتی و شبه دولتی است که می‌توانند تمام شرایط خود را به مصرف‌کنندگان خودرو تحمیل کنند. لذا چون در این زمینه بازار دچار کاستی است، دولت باید با هدف رفع این کاستی و حمایت از مصرف‌کنندگان مداخله نماید (بادینی، ۱۳۹۱، ۴۰).

از طرف دیگر، میزان حوادث رانندگی و خسارات بدنی و مالی ناشی از این حوادث در ایران سرسام آور و متحیرکننده است، به نحوی که حوادث رانندگی سالانه به اندازه زلزله بم قربانی می‌گیرد و خسارت به بار می‌آورد (بادینی، ۱۳۸۴، ۳).

### گفتار سوم - قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان

این قانون، تنها قانونی است که به طور تخصصی به مسؤلیت عرضه‌کنندگان کالا و خدمات از جمله تولیدکنندگان پرداخته، پس از سال‌ها بحث و گفتگو در جلسه علنی روز چهارشنبه ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ مجلس شورای اسلامی تصویب شده و در تاریخ ۱۳۸۸/۰۸/۲۳ به تأیید شورای نگهبان رسید. این قانون دارای ۲۲ ماده و ۱۵ تبصره است.

قانون مزبور در راستای حمایت از مصرف‌کننده تکالیف متعددی برای عرضه‌کنندگان کالا و خدمات (شامل تولیدکنندگان، واردکنندگان، توزیع‌کنندگان، فروشندگان کالا و ارائه‌کنندگان خدمات اعم از فنی و حرفه‌ای و ارائه‌کنندگان کالا یا خدمت، به طور مستقیم یا غیرمستقیم و به صورت کلی و جزئی) تعیین نموده است (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۱۱).

سپری شدن مدت زمانی طولانی در فاصله بین طرح و تصویب قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده در فاصله سال‌های ۱۳۷۲ تا ۱۳۸۸ این انتظار را برای جامعه حقوقی کشور به وجود آورد که با مقررهای، جامع و منسجم مواجه باشیم که بتواند با توجه به واقعیت‌ها و تجربه نظام‌های حقوقی دیگر، مسؤلیت ناشی از عیب تولید را از حیث حقوقی و همچنین کارایی اقتصادی موردتوجه قرار دهد؛ با این وجود، چنین انتظاری به تمام و کمال محقق نشد؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت این قانون هیچ معادله حقوقی را، به ویژه از حیث مبنا و حدود مسؤلیت تولیدکننده جز از نظر مسؤلیت کیفری، به نفع مصرف



کنندگان ایجاد نکرده یا تغییر نداده است (ابدالی، ۱۳۹۱، ۱۷۸).  
اما باید گفت اگرچه قانون مزبور انتظارات حقوق دانان را آن گونه که باید، برآورده نساخته و برخی مواد آن قواعد موجود در قانون مدنی در باب بیع را تکرار نموده است، اما با در نظر گرفتن اینکه در بردارنده مقرراتی است که تکالیف و مسؤولیت‌های تازه‌ای را برای عرضه‌کنندگان کالا و خدمات پیش‌بینی کرده است می‌توان آن را حرکتی رو به جلو توصیف نمود که از میان این تکالیف، وظایف و مسؤولیت عرضه‌کنندگان در رابطه با تولید و عرضه کالا و خدمات معیوب و خسارات ناشی از آن اهمیت بیشتری دارد (عبدی‌پور، ۱۳۹۰، ۳۸).

## فصل سوم

### مبنای مسؤولیت مدنی خسارات ناشی از عیب تولید

همان طور که بیان شد در این پژوهش مسؤولیت خسارات ناشی از تولید کالای معیوب، مبتنی بر مسؤولیت غیر قراردادی است و سؤال اصلی در این مسؤولیت این است که قانون گذار در حقوق ایران در زمینه مسؤولیت خسارات ناشی از عیب تولید، بر چه مبنایی تولیدکننده را مسؤول جبران ضرر دیگری قرار می‌دهد؟ از جمله مهم‌ترین مبنایی که در این زمینه مطرح شده که شایسته است به اختصار مورد بحث واقع شوند عبارت‌اند از: آگاه باش خریدار، تضمین ایمنی کالا، خطر، تضمین حق و مسؤولیت محض.

### گفتار اول - مسؤولیت بر مبنای نظریه آگاه باش خریدار

بر اساس این نظریه که یک قاعده قدیمی در نظام حقوقی کامن لا است، به موجب آن فروشنده الزامی ندارد تا خریدار را از عیب‌ها و کمبودهای مبیع آگاه سازد. بدین معنی زمانی که خریدار نسبت به خرید هرگونه کالایی اقدام می‌کند باید خودش را متقاعد سازد کالایی را که می‌خرد از کیفیت مطلوب برخوردار است و جهت استفاده و برای آن منظور که او آنها را می‌خرد، مناسب باشد (سلیمی، ۱۳۹۱، ۹۰).

زمانی که خریدار در یک بازار باز قرار دارد، این وظیفه فروشنده نیست که به خریدار کالایی را که با هدف خاص وی متناسب است یا از کیفیت خاصی برخوردار است ارائه نماید، مگر اینکه خریدار وجود چنین کیفیتی و شایستگی را به عنوان یک شرط در ضمن عقد درج نماید. به طور بدیهی وقتی که خریدار در خرید کالا از یک انتخاب مناسب و



شایسته برخوردار نیست، کالای خریده شده معیوب از آب درمی آید و او باید این وضعیت و نتایج حاصل از آن را تحمل نماید. این نظریه در خصوص فروش اموال منقول توسعه زیادی پیدا کرده است (جابری، ۱۳۸۶، ۳۱).

البته این دکترین اغلب در مواردی که تضمین صریح وجود نداشته و هیچ گونه تدلیسی نیز از طرف فروشنده به کار نگرفته است، اعمال می‌شود. اعمال کور قاعده کلی «آگاه باش خریدار»، یک زمان از جایگاه حقوقی برخوردار بود ولیکن پس از گذشت چندین سال به دلیل توجه روز افزون به سلامت و ایمنی بشر و ضرورت تعدیل در آیین معاملات گرایش به سوی قاعده مزبور در فروش اموال کاهش یافته است.

### گفتار دوم - مسؤولیت بر مبنای نظریه تضمین ایمنی کالا

برای نخستین بار در سال ۱۹۲۷ دادگاه ایالت می‌سی‌سی‌پی به تضمینی اشاره کرد که تولیدکننده در برابر مصرف کننده به عهده می‌گیرد. چنین تضمینی به معنی نوعی مسؤولیت محض بود. از این سال (۱۹۲۷) تا سال ۱۹۶۳ همه دادگاه‌های ایالات متحده برای تحمیل مسؤولیت محض بر تولیدکننده از مجرای دکترین «تضمین» عمل می‌نمودند. دادگاه‌ها معتقد بودند که «تضمین» مقوله‌ای در باب مسؤولیت غیر قراردادی است و بر طبق آن اصولاً نیازی به وجود قرارداد نیست؛ مسئله‌ای مربوط به نظم عمومی است و خود شخصیتی ممتاز از قرارداد دارد و مستقیماً با مصرف کننده نهایی ارتباط پیدا می‌کند هرچند که وی هیچ گونه رابطه قراردادی با تولیدکننده نداشته باشد (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵، ۳۶).

بر اساس این نظریه تولیدکننده تنها در برابر خریدار مستقیم خود، کالا را تضمین نمی‌کند، بلکه این تضمین در برابر عموم مصرف کنندگان کالا است و کالا برای استفاده مورد نظر باید به شکلی مقبول، متعارف و ایمن باشد (سلیمی، ۱۳۹۱، ۶۴).

تضمین ضمنی شایسته بودن برای هدف خاص، بدین معناست که فروشنده باید کالایی را تحویل دهد که مناسب برای هر مقصود خاص مورد درخواست خریدار باشد، مشروط به این که آن نوع مقصود به طور صریح یا ضمنی به فروشنده در زمان انعقاد قرارداد اعلام شده باشد (سلیمی، ۱۳۹۱، ۹۱).

از جمله ایراداتی که به نظریه تضمین ایمنی وارد است، عبارت‌اند از:

اول آن که عده‌ای معتقدند، کارکرد اصلی این نظریه در حوزه مسؤولیت قراردادی



است. درحالی که هدف حقوق، ایجاد تعادل و در بسیاری از موارد حمایت از مصرف کنندگانی است که هیچ گونه رابطه قراردادی با تولیدکننده یا عرضه کننده کالا ندارند (اسماعیل زاده، ۱۳۷۴، ۵۴).

به عبارت دیگر، مصرف کننده بایستی به گونه ای بر اظهارات صریح یا ضمنی تولیدکننده اعتماد کرده باشد و این امر در جایی که نه خواننده خواهان را می شناسد و نه خواهان به تضمین توجهی داشته، به سادگی پذیرفتنی نیست (جعفری تبار، ۱۳۷۵، ۳۶).  
دوم آن که کسی که اساساً قصد ندارد از کالا استفاده کند و صرفاً به علت وجود کالایی معیوب، آسیب دیده است مثل عابری پیاده که مورد اصابت اتومبیلی معیوب قرار گرفته و یا رهگذری که به دلیل ترکیدن بطری نوشابه در جعبه اش در کنار یک مغازه مصدوم شده، چگونه می تواند بر مبنای تعهد ضمنی جبران خسارت خود را بخواهد؟ درحالی که وی نه قصد استفاده و استعمال کالا را داشته و نه اصولاً به هیچ گونه تضمینی توجه داشته و صرفاً به این دلیل که به طور اتفاقی از محل حادثه گذر می کرده مصدوم شده است.

در پاسخ به ایراد اول باید بیان کرد که این تحلیل در صورتی درست است که تضمین مبیع به عنوان شرط قرارداد فروش و از امور فرعی و وابسته بدان باشد، ولی هرگاه تعهد مستقلاً به شمار آید که سازنده کالا در برابر آخرین خریدار آن کرده است، دیگر ضرورتی ندارد که خریدار با آگاهی از مفاد تضمین و بر آن مبنا عقد را بسته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۵۵).

در پاسخ به ایراد دوم گفته شده است که هرچند این گونه تضمین ها در برابر خریداران کالا است، ولی با کمی روشن بینی می توان پذیرفت که ویژه خسارات وارد شده به شخص او نیست و نزدیکان و کسان او را نیز در برمی گیرد. برای مثال، اگر خریدار اتومبیل تضمین شده ای آن را به دوست یا فرزندش برای رانندگی بسپارد یا آن را به همسرش هدیه کند و در اثر عیب اتومبیل خساراتی به بار آید، نمی توان ادعا کرد که تضمین تنها در برابر خریدار بوده است و این گونه زیان ها را در بر نمی گیرد. با وجود این، دامنه تعهد فروشنده یا سازنده کالا را نمی توان چندان توسعه داد که از حدود خریدار و مصرف کننده نیز بگذرد و هر بیگانه ای را شامل شود. چنان که اگر اتومبیلی در اثر عیب فنی منحرف شود و رهگذری را مصدوم کند، نباید فروشنده اتومبیل را بر مبنای «تضمین مبیع» در برابر رهگذر مسؤول شناخت (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۵۶).



## گفتار سوم - مسؤولیت بر مبنای نظریه خطر

در جریان قرن نوزدهم استفاده از ماشین در فعالیت های مختلف، به ویژه در صنعت، گسترش پیدا کرد که نتیجه آن افزایش تعداد و شدت حوادث و خسارت های مربوط به آن به ویژه، خسارت بدنی، بود. در صورتی که ماشینی باعث حادثه ای می شد، اثبات تقصیر سازنده و مالک یا متصدی آن بسیار دشوار بود و زیان دیده در غالب موارد از جبران خسارت محروم می شد. ماشینی شدن و صنعتی شدن، «حوادث ناشناخته ای» را به وجود آورده بود. این مشکل که در زمینه حوادث ناشی از کار و حوادث رانندگی بیشتر نمایان بود، باعث دگرگونی های ژرفی در نظریه مسؤولیت قراردادی و قهری گردید؛ اما در غالب موارد حادثه ناشی از طرز کار ماشین های مختلف بود و کارفرما تقصیری مرتکب نشده بود و در صورت مقصر بودن نیز اثبات تقصیر وی دشوار بود. به این ترتیب کارگران زیان دیده که بیشتر از اقشار کم درآمد و ضعیف جامعه بودند از گرفتن خسارت محروم می شدند و حتی گاهی به دلیل از دست دادن قدرت کارکردن در نتیجه حادثه به بیچارگی کامل کشیده می شدند. با توجه به ناعادلانه بودن چنین وضعیتی، حقوقدانان احساس می کردند که باید به کمک کارگران زیان دیده بشتابند که این جنبش باعث طرح و شکل گیری نظریه خطر گشت (بادینی، ۱۳۸۴، ۴۲)

این نظریه توسط «سالی» مطرح و به وسیله «ژوسران» توضیح و بسط داده شد (تقی-زاده، ۱۳۹۲، ۲۵۹). به گفته «سالی» کنکاش در جنبه های روانی نباید در بررسی های حقوقی تأثیری داشته باشد؛ «ژوسران» می افزاید: «هر جا فاعل فعل زیان بار بی تقصیر است تحمیل زیان ها بر زیان دیده که هیچ نقشی در پدید آمدن خسارت ندارد یک نوع بی عدالتی است و زیان زنده باید جبران آنها را بر عهده گیرد» (قاسم زاده، ۱۳۸۵، ۳۱).

نظریه خطر را می توان یک نظریه موسع یا عینی نامید، بر مبنای این نظریه، انصاف حکم می کند تا شخصی که از منافع فعالیتی بهره مند می شود، خطرات ناشی از آن را نیز بر عهده گیرد؛ اما در عین حال، این اقتضا را نیز دارد که کسی که رفتار وی غیر قابل سرزنش است، ملزم به جبران خسارت نشود (بادینی، ۱۳۸۴، ۳۷۱).

در چنین مسؤولیتی هر شخص همیشه نسبت به اعمالی که زیانی را به غیر فراهم ساخته مسؤول و ضامن است (حکمت نیا، ۱۳۸۹، ۶۶).

بنابراین تولیدکننده به لحاظ ایجاد محیط خطرناک، باید خسارت زیان دیده را جبران



کند؛ ضمن اینکه تولیدکننده نیز می‌تواند با بیمه کردن محصولات، خسارت را از بیمه دریافت نماید. در رابطه با مسؤولیت ناشی از عیب تولید باید گفت که این نظریه تنها در بحث تولید و عرضه انبوه می‌تواند مطرح باشد؛ بنابراین تولیدکننده‌ای که به تولید انبوه محصولات می‌پردازد، در واقع به قصد تحصیل سود این محیط خطرناک را ایجاد کرده است و باید زیان‌های ناشی از آن را جبران کند (دستی‌مقدم، ۱۳۸۹، ۴۶).

این نظریه بعدها توسعه یافت و به دنبال آن نظریه «مطلق خطر» ایجاد شد، مطابق این نظریه، هر کس موجب زیان دیگری شود، مسؤول جبران آن است و اثبات خلاف آن، جز در موارد «فورس مائور» جایز نیست لذا هرگونه خسارت ناشی از فعالیت‌های زیان بار ولو غیرانتفاعی را شامل می‌شود (تقی‌زاده، ۱۳۹۲، ۲۷).

### گفتار چهارم - مسؤولیت بر مبنای نظریه تضمین حق

یکی از نظریه‌های دوگانه که مبنای مسؤولیت را چیزی غیر از تقصیر یا خطر می‌داند، نظریه تضمین حق است که در اواسط قرن بیستم میلادی به وسیله بوریس استارک استاد بنام فرانسوی مطرح شده است (صفایی، ۱۳۹۲، ۷۲).

استارک این نظریه را در رساله دکتری خود با عنوان، نظریه عمومی مسؤولیت مدنی از جنبه کارکرد دوگانه تضمین و کیفر خصوصی، ارائه داد و در آثار بعدش درصدد تقویت آن برآمده است (بادینی، ۱۳۸۴، ۲۹۷).

به نظر استارک نظریه‌های تقصیر یا خطر فقط به واردکننده زیان توجه دارند؛ زیرا وی را در صورتی مسؤول می‌دانند که مرتکب تقصیر شده یا از فعالیت خود سود برده باشد؛ بنابراین هر دو نظریه شخصی‌اند و از آنجا که وضعیت زیان دیده را در نظر نمی‌گیرند قابل انتقادند (صفایی، ۱۳۹۲، ۷۲).

به نظر وی طرفداران نظریه تقصیر تعهد به جبران خسارت را ناشی از تقصیر واردکننده زیان و طرفداران نظریه خطر ناشی از ایجاد محیط خطرناک توسط وی و یا به دست آوردن نفع از فعالیتش می‌دانند. در حالی که این گونه استدلال اشتباه است یا دست کم ناتمام است، زیرا به موقعیت حقوقی زیان دیده توجه نشده است (بادینی، ۱۳۸۴، ۲۹۷).

استارک می‌گوید: هر کس در جامعه حق دارد که سالم و ایمن زندگی کند و از اموال خود سود ببرد. این حق به وسیله قوانین حمایت شده است و ضمانت اجرای این حمایت مسؤولیت مدنی متجاوز است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۹۷)؛ بنابراین مبنای مسؤولیت مدنی



محدود و منحصر به نظریه تقصیر یا نظریه خطر نیست و اشتباه است که تنها به آثار و ارزیابی عمل عامل زیان توجه کنیم و حقوق زیان دیده و تضمین قانون گذار را فراموش کنیم (تقی‌زاده، ۱۳۹۲، ۲۸).

با وجود این، تنها حقوق زیان دیده نباید مدنظر باشد. کسی که بر اثر فعالیت خود به دیگری زیان می‌رساند نیز دارای حقوقی است و می‌تواند به حقوق خود استناد کند، بنابراین هر فعالیت زیان باری را نمی‌توان محکوم کرد؛ حکم به جبران خسارت ناشی از هر فعالیت زیان‌بار محدود کردن آزادی عمل و فعالیت اشخاص است (صفایی، ۱۳۹۲، ۷۲).

به طور کلی نظریه تضمین مبتنی بر یک تقسیم‌بندی بزرگ است: حقوق جسمی و مالی (مادی) به طور نوعی تضمین شده‌اند و زیان‌های وارد به آنها موجب مسؤولیت است بی آن که به اثبات تقصیر نیاز باشد و حقوق اقتصادی و معنوی (اخلاقی) که تضمین نشده‌اند چرا که زیان وارد به آنها نتیجه ضروری اعمال حق فعالیت است؛ پس واردکننده زیان هنگامی مسؤول است که مرتکب تقصیر شده باشد؛ بنابراین، نظریه تضمین حاکی از پذیرش مسؤولیت بدون تقصیر در مورد زیان‌های جسمی و مادی و مسؤولیت مبتنی بر تقصیر برای زیان‌های صرفاً اقتصادی و معنوی است.

این نظریه از آنجا که با حقوق موضوعه منطبق است و به نیازهای روز پاسخ می‌گوید دارای برتری بر نظریه تقصیر و خطر می‌باشد (مبین، ۱۳۸۶، ۴۸)؛ اما مورد انتقاد برخی از علمای حقوق واقع شده است؛ به ویژه در نقد آن گفته‌اند: گاهی زیان دیده از زیان معنوی بیشتر آسیب می‌بیند تا از زیان‌های مادی و جسمی و همچنین در رابطه با مسؤولیت ناشی از عیب تولید می‌توان گفت، در صورتی که در اثر استفاده از کالای معیوب خسارتی وارد شود و این خسارت بدنی یا مالی باشد، قطع نظر از تقصیر عامل ورود زیان باید جبران شود، همچنین بر مبنای این نظریه خسارات معنوی و اقتصادی که به واسطه کالای معیوب ایجاد می‌شود قابل مطالبه نیست مگر تقصیر تولیدکننده ثابت شود که این نظر چندان بی‌مبناست که بر هیچ منطقی استوار نبوده و نمی‌توان توجیهی برای آن پیدا کرد (دشتی‌مقدم، ۱۳۸۹، ۴۹).



ناشی از عیب تولید کالا نظریه مسؤولیت محض می‌باشد که در ذیل به ابعاد مختلف این نظریه می‌پردازیم.

### مبحث اول - تعریف مسؤولیت محض

در تعریف مسؤولیت محض در زمینه تولید، می‌توان گفت: «نظامی است که هدف اصلی آن حمایت از مصرف‌کننده است و خطر ناشی از محصولی معیوب را بر عهده تولیدکننده می‌نهد، خواه سبب آن خطای طرح‌کننده یا کارگران و کارگزاران عرضه کالا باشد یا سفارش ویژه طرف قرارداد و نقض تعهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۳۰).

بر مبنای این تعریف، اثبات بی‌تقصیری و نداشتن عمد باعث برائت خوانده نمی‌شود. بی‌گمان، تعریف یادشده همه زوایا و ابعاد این مفهوم را به ذهن نمی‌آورد، ولی شمایبی رسم می‌کند که دنبال کردن آن به شناخت کامل مسؤولیت محض می‌انجامد.

به طور کلی باید بیان کرد که این نظریه بیانگر مسؤولیتی است که به حکم قانون و بر پایه مصلحت و تدبیر ایجاد می‌شود و تابع قواعد عمومی مسؤولیت مدنی نیست. مطابق با مبنای مزبور، احراز فعل ناروا و انتساب آن به مسؤول ملاک نیست، بلکه نتیجه ناگوار و مضر برای ایجاد مسؤولیت کافی است. در مسؤولیت محض، کافی است خواهان اثبات کند که کالای عرضه شده عیبی داشته که ضرر از آن برخاسته یا نقض اطلاعات و هشدارهای ضروری به گونه‌ای مؤثر بوده که کالای سالم را معیوب و خطرناک کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۸۶).

به عبارت دیگر، خارج از تقصیر یا عدم تقصیر تولیدکننده در عمل خود (تولید و ارائه کالای معیوب)، وی مسؤول خسارت‌هایی است که از کالای معیوب او ناشی شده است. بر این اساس، نظریه مذکور از این حیث به معیار «تعهد به نتیجه» نزدیک می‌شود؛ با این تفاوت که معیار «تعهد به نتیجه»، به طور عمده، خاص رابطه‌های قراردادی است؛ اما مسؤولیت محض در هر یک از دو قلمروی مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت مدنی مطرح می‌شود (ابدالی، ۱۳۹۱، ۱۸۸).

توجه به مسؤولیت محض را باید نتیجه ضرورت‌های اقتصادی دانست. طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق، استفاده از نظریه مسؤولیت محض را در مسؤولیت مدنی از موجبات کارا شدن قواعد مسؤولیت مدنی در حوزه مسؤولیت ناشی از عیب تولید دانسته‌اند؛ به ویژه از این حیث که سبب رعایت تعادل





میان منافع تولیدکننده و منافع مصرف‌کننده می‌شود و از تحمیل هزینه بر جامعه جلوگیری می‌کند، علاوه بر این، در این نظریه، سهم ملاحظات اقتصادی، به ویژه رعایت تعادل میان منافع تولیدکننده و مصرف‌کننده و همچنین ایجاد انگیزه برای تولیدکنندگان به منظور دستیابی به سطح بهینه امنیت در طراحی و تولید محصولات چشمگیر است.

### بند ۱- پرهیز از اختلاط مسؤولیت‌های محض و مطلق

افزودن قید «محض» به مسؤولیت، نشانه مشروط بودن مسؤولیت بر اموری است که به طور معمول شرط تحقق آن است؛ بنابراین واژه محض نوعی اطلاق و رهایی از قیدوبند را به ذهن می‌آورد و به همین جهت پاره‌ای از مؤلفان گاه آن را به «مسؤولیت مطلق» نیز تعبیر کرده‌اند. منتها، چون مسؤولیت در شرایط متعارف منوط به عمد یا تقصیر مرتکب است، آنچه در نخستین نگاه به نظر می‌رسد، مسؤولیت بی‌تقصیر است. با وجود این، اصطلاح محض بهتر می‌تواند مفهوم واقعی (Strict) را به ذهن ما بیاورد؛ زیرا یکی از معانی این واژه در زبان انگلیسی سخت و خشن و خشک است که با مسؤولیت غاصب و سایر مسؤولان محض قرابت دارد. وانگهی، مسؤولیت مطلق آخرین درجه سختگیری است و نشانه رهایی از هرگونه قیدی است، در حالی که مسؤولیت محض در مصداق‌هایی به کار می‌رود که برای مسؤول عذرهای دفاعی کم و بیش وجود دارد و مسؤولیت مطلق نیست.

به عنوان مثال، همه کم و بیش پذیرفته‌اند که در مسؤولیت محض باید رابطه علیت میان عیب کالا و ورود ضرر وجود داشته باشد، در حالی که مسؤولیت مطلق چنین قیدی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۲۹).

### بند ۲- پرهیز از اختلاط مسؤولیت محض و فرض تقصیر

مسؤولیت محض را نباید با فرض تقصیر یکی دانست و گفت که برای تولیدکننده، فرض تقصیر می‌شود زیرا؛ اولاً؛ نظام مسؤولیت محض، رابطه خود را با مبنای تقصیر قطع کرده است. ثانیاً؛ در فرض مسؤولیت مبتنی بر تقصیر، تولیدکننده می‌تواند با اثبات این امر که عیب موجود در کالا منتسب به تقصیر او نبوده است، خلاف فرض تقصیر را اثبات کند درحالی که نظام مسؤولیت محض مبتنی بر تقصیر نبوده و اثبات بی‌تقصیری تولیدکننده



نیز برای رهایی او از مسؤولیت، کافی نیست (صادقی، ۱۳۸۶، ۱۷۶).

### مبحث دوم - مهمترین ویژگی‌های نظریه مسؤولیت محض

الف- تشویق به تولید مفید: سیاست حقوقی دیگری که در تحمیل مسؤولیت محض به تولیدکننده رعایت می‌شود، تشویق او به تولید مفید است. نظام حقوقی نباید چنان سخت‌گیر باشد که صنعتگران را از فعالیت مفید اقتصادی بازدارد و از میزان تولید بکاهد. به همین جهت، دادگاه و قانون‌گذاران می‌کوشند تا تمام بار مسؤولیت را بر دوش تولیدکننده نهند و از میزان آن به شیوه‌ای عادلانه بکاهند و به عنوان مثال، دامنه تکلیف را محدود به خسارت‌های بدنی و تلف اموال می‌کنند تا مانع از گسترش آن به زیان‌های اقتصادی غیرمستقیم (عدم‌النفع) و معنوی بشود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۱۵).

ب- امکان اثبات: در غالب موارد، تولید محصول معیوب همراه با تقصیر تولیدکننده است، ولی پیچیدگی شبکه طرح و تولید و دسترسی مؤسسه‌های بزرگ اقتصادی به انواع ابزارهای اطلاعاتی و تمهیدهای حقوقی مانع از اثبات این تقصیر است. مسؤولیت محض تولیدکننده این مانع را از بین می‌برد و زیان دیده را از این شرط معاف می‌کند. آسان کردن اثبات دعوا و کمک به خواهان از عامل تقصیر نیز فراتر می‌رود و گاه دیده می‌شود که در اثبات رابطه علیت میان عیب و ایجاد ضرر نیز، دادگاه خواننده را موظف به اثبات خلاف آن می‌کند و رابطه سببیت را همچون فرض معقول می‌پذیرد و نمونه‌هایی آن را در اثبات اثر هشدارهای ضروری، اثبات دخالت خواننده در تولید و اثبات قابلیت شناخت علمی عیب محصول می‌توان دید. بدین ترتیب، مهم‌ترین امتیاز دعوی مسؤولیت محض بر دادرسی مبتنی بر تقصیر در آسان شدن اثبات ارکان دعوا است.

ج- حمایت از انتظارهای مصرف‌کننده؛ از مصرف‌کننده باید در برابر خطر ناشی از عیوب ناشناخته محصول، حمایت شود، این حمایت به ویژه در حالتی ضروری است که مصرف‌کننده به تبلیغات تولیدکننده اعتماد می‌کند و انتظار دارد که محصول بی‌خطر و مرغوبی را در اختیار گیرد. از این مبنا، در دعوی مبتنی بر تضمین سلامت کالا (شرط بنای سلامت) می‌توان استفاده کرد و مسؤولیت را قراردادی شمرد. ولی مزیت مسؤولیت محض در این است که نقش قرارداد در آن کم‌رنگ‌تر است و به استناد شرط مخالف نمی‌توان از مسؤولیت گریخت (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۱۶).



## فصل چهارم

**مبنای مسؤولیت مدنی خسارت ناشی از تولید کالای معیوب در حقوق ایران**  
در حقوق ایران در رابطه با مسؤولیت ناشی از تولید کالای معیوب دو دیدگاه عمده وجود دارد که طرفداران دیدگاه اول نظر به این دارند که مبنای مسؤولیت تولید کالای معیوب، همان قواعد عام مسؤولیت مدنی و نظریه تقصیر می‌باشد و دیدگاه دوم مبنای مسؤولیت را مبتنی بر نظریه مسؤولیت محض می‌دانند که در ذیل به بررسی نظرات هر دو دیدگاه می‌پردازیم:

### گفتار اول - دیدگاه اول

طرفداران نظریه تقصیر با استناد به ماده ۱۸ ق.ج.ا.ح.م. اظهار می‌دارند که به موجب این ماده «چنانچه کالا و خدمات عرضه شده توسط عرضه‌کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارت به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد». به رغم آن که این ماده، خسارات ناشی از کالا یا خدمات معیوب را مورد توجه قرار داده است، مبنای مسؤولیت عرضه‌کنندگان را مشخص نکرده است؛ بنابراین در این خصوص باید به قواعد عام مسؤولیت مدنی استناد کرد؛ در این صورت با لحاظ ماده یک قانون مسؤولیت مدنی، گزیری از پذیرفتن مبنای تقصیر برای این نوع خسارات نیست (ابدالی، ۱۳۹۱، ۱۹۵).

ممکن است گفته شود آنچه برای تحقق مسؤولیت ضروری است، احراز رابطه سببیت میان کالای معیوب و زیان است و نه وجود تقصیر عرضه‌کننده (عبدی‌پور، ۱۳۹۰، ۴)؛ اما این دیدگاه را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا با توجه به ماده ۱۶ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کننده که مقرر می‌دارد «مسؤولیت جبران خسارت وارده به مصرف‌کننده با تشخیص مرجع رسیدگی کننده به عهده شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوصی و دولتی می‌باشد که موجب ورود خسارت و اضرار به مصرف‌کننده شده است...»، احراز مسؤولیت به «تشخیص مرجع رسیدگی کننده» منوط شده است؛ این امر معنایی جز لزوم احراز تقصیر ندارد. با این توضیح معلوم می‌شود آنچه ماده ۱۸ قانون مذکور در مقام بیان آن بوده است، امکان جمع میان «جبران خسارت» و «مجازات کیفری» است و نه اعلام بیان مبنای مسؤولیت (ابدالی، ۱۳۹۱، ۱۹۵).



همچنین بیان شده است با توجه به ماده ۱۸ ق.ح.ا.م. قانون گذار از عنوان «متخلف» برای عرضه کننده کالا و خدمات معیوب استفاده نموده است و از آن چنین برمی آید که باید تقصیر عرضه کننده به اثبات برسد. به علاوه حکم به پرداخت جزای نقدی در انتهای ماده تأییدکننده مسؤلیت مبتنی بر تقصیر است چون مسؤلیت کیفری بدون تحقق تقصیر کاملاً خلاف قاعده است (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۱۳).

### گفتار دوم-دیدگاه دوم

طرفداران نظریه مسؤلیت محض اظهار می‌دارند:

در مسؤلیت خسارت ناشی از کالا معیوب اساساً عیب کالا مفروض است و در نتیجه ورودی به بحث معیوب بودن یا نبودن کالا مطرح نیست، از طرفی مقصر بودن تولیدکننده یا مقصر نبودن او نیز سالبه به انتفاع موضوع است و مراجعه به قواعد عام مسؤلیت مدنی در این جا جایگاهی ندارد چرا که معیوب بودن کالا مسلم و تقصیر داشتن یا نداشتن تولیدکننده در خسارتی که از تولید کالای معیوب به شخص ثالث وارد شده است اصلاً مطرح نمی‌باشد.

بدیهی است که تولیدکننده هیچ نقشی در ورود خسارت به شخص ثالث نداشته است و اگر تقصیر تولیدکننده مطرح گردد او به راحتی می‌تواند با اثبات آن که اراده اش در ورود خسارت به شخص ثالث نقشی نداشته است خود را به راحتی از زیر بار مسؤلیت رها سازد، چون در خسارت ناشی از عیب کالا، کالا معیوب بوده و خسارت وارد شده است و جایگاهی برای تقصیرداشتن یا تقصیر نداشتن تولیدکننده باقی نمی‌ماند و مهم آن است که کالایی معیوب بوده و به مصرف کننده یا شخص ثالث خسارت وارد شده است و باید بررسی شود که این خسارت به واسطه کالای معیوب بوده یا ارتباطی به کالای معیوب نداشته است.

در چنین وضعیتی روشن است که بحث تقصیر مطرح نیست و تنها مسؤلیتی که در این جا قابل تصور است، مسؤلیت محض است چرا که تنها راه رهایی تولیدکننده از زیر بار مسؤلیت آن است که اثبات کند که ارتباطی میان خسارت وارد شده به شخص ثالث با کالای معیوبی که او تولید کرده وجود ندارد و بر اساس یک عامل خارجی دیگر این خسارت وارد شده است تا از مسؤلیت رهایی یابد و بدین علت است که نظریه تقصیر و قواعد عمومی مسؤلیت مدنی در موضوع خسارت ناشی از کالای معیوب جایگاهی ندارد.



با تصویب ق.ح.ا.ح.م. مورخ ۱۳۸۸ باید برای رابطه حقوقی- اقتصادی فی مابین تولیدکننده و مصرف کننده، مبنای سخت گیرانه تری برای حمایت از قشر ضعیف تر رابطه در مقابل تولیدکننده اعمال گردد و در نظر گرفتن نظریه تقصیر یا حتی فرض تقصیر برای این نظام متناسب و کافی به نظر نمی‌رسد و جایگاهی هم ندارد و نیاز است قواعد خاصی بر این رابطه حاکم شود.

این گروه معتقدند در ماده ۱۸ که شالوده مبنای پذیرفته شده را تشکیل می‌دهد وجود رابطه سببیت با عبارت «به واسطه آن» برای مسؤول شناختن تولیدکننده کافی دانسته شده و اثبات تقصیر را لازم ندانسته است و به نظر می‌رسد قانون‌گذار واضح‌تر از این نمی‌توانسته منظور خود را بیان کند.

علاوه بر این، داوری عرف نیز با تحولات ناشی از تولید کالاهای خطرناک و معیوب و پیشرفته فناوری به تدریج این مبنا را مدنظر دارد (بادینی، ۱۳۹۱، ۵۲۳-۵۲۵) که در نتیجه مسؤولیت محض تولیدکننده را با در نظر گرفتن تعدیلات نظریه استارک و قاعده اقدام می‌توان به عنوان مبنای مسؤولیت تولیدکننده در مقابل مصرف کننده پذیرفت (سلیمی، ۱۳۹۱، ۶۹).

در دفاع از نظریه فوق می‌توان به موارد ذیل استناد جست:

الف. نظریات سنتی تقصیر و عیب، در بحث خسارت ناشی از عیب کالا اساساً جایگاهی ندارد و بر فرض هم که مطرح باشد منطقاً امکان دفاع از موضع ضعیف مصرف کننده را تأمین نمی‌کنند، در حالی که قانون فوق‌الذکر جنبه حمایتی دارد و هدف اصلی آن حمایت از طرف ضعیف رابطه است و گرنه ضرورت وجودی این قانون زیر سؤال خواهد رفت (سلیمی، ۱۳۹۱، ۶۹).

ب. از سیر ۱۶ ساله تصویب ق.ح.ا.ح.م. مصوب ۱۳۸۸ و اصلاحات به عمل آمده در آن، همچنین سایر مقررات قانونی مقدم التصویب برای احراز اراده قانون- گذار از جمله ماده ۶۷ قانون نظام امور صنفی که خسارات وارد به اشخاص ثالث را نیز پوشش می‌دهد و بیان می‌دارد «چنانچه بر اثر وقوع تخلف‌های مندرج در این قانون، خسارتی به اشخاص ثالث وارد شود، به درخواست شخص خسارت دیده، فرد صنفی متخلف، علاوه بر جریمه‌های مقرر در این قانون، به جبران زیان‌های وارد شده به خسارت دیده نیز محکوم خواهد شد» و ماده ۳ ق.ح.ا.ح.م.خ. مصوب ۱۳۸۶ عدم نیاز به اثبات تقصیر و صرف اثبات رابطه



سببیت با وجود نصوص و مواد قانونی، برای مسؤول شناختن تولیدکننده و در نتیجه فاصله گرفتن از نظریات سنتی را می‌توان استنباط کرد. ماده مذکور بیان می‌دارد: «عرضه کننده در طول مدت ضمانت مکلف به رفع هر نوع نقص یا عیب (ناشی از طراحی، مونتاژ، تولید یا حمل) است که در خودرو وجود داشته یا در نتیجه استفاده معمول از خودرو بروز نموده و با مفاد ضمانتنامه و مشخصات اعلامی به مصرف کننده مغایر بوده یا مانع استفاده مطلوب از خودرو یا نافی ایمنی آن باشد یا موجب کاهش ارزش معاملاتی خودرو شود. هزینه رفع نقص یا عیب خودرو در طول مدت ضمانت و جبران کلیه خسارات وارده به مصرف کننده و اشخاص ثالث، اعم از خسارات مالی و جانی و هزینه های درمان ناشی از نقص یا عیب (که خارج از تعهدات بیمه شخص ثالث باشد) هزینه‌های حمل خودرو به تعمیرگاه، تأمین خودروی جایگزین مشابه در طول مدت تعمیرات، چنانچه مدت توقف خودرو بیش از ۴۸ ساعت باشد، بر عهده عرضه کننده هست».

ج. هدف از تصویب چنین قانونی باید ایجاد مبنای جدیدی برای مسؤولیت تولیدکننده و حمایت از مصرف کننده غیر اصیل در روابط قراردادی باشد، نه تکرار مبانی موجود در سایر قوانین، از جمله قانون عام مدنی.

د. عدالت اجتماعی اقتضاء می‌کند که ثروتمندان به همان میزان که کسب سرمایه می‌کنند، پذیرای زیان‌های ناشی از عمل خویش نیز باشند؛ هرچند که هیچ تقصیری نکرده باشند (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵، ۹۰).

به طور کلی می‌توان گفت که مبنای مسؤولیت خسارت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران شایسته است که مبتنی بر نظریه مسؤولیت محض باشد و بدین ترتیب دیدگاه دوم مناسب‌تر است. چرا که هدف اصلی قانونگذار از وضع دو قانون ق.ح.ا.م؛ و ق.ح.ا.ج.م.خ. همانطور که از نامشان پیداست جهت حمایت بیشتر از مصرف کننده در مقابل تولیدکننده ای است که از قدرت بیشتری برخوردار است بنابراین تفسیری را از این قوانین باید پذیرفت که حمایت بیشتری را از مصرف کننده محقق می‌سازد.

## فصل پنجم

### آثار مسؤولیت مدنی خسارات ناشی از عیب تولید کالا

در صورتی که تمامی شرایط مسؤولیت مدنی فراهم باشد، عامل زیان مکلف



می‌گردد تا زیان‌های وارده به متضرر را جبران نماید؛ بنابراین، جبران خسارت یکی از اصلی‌ترین مباحث مسؤولیت مدنی و نتیجه آن می‌باشد. به همین جهت، در بحث مربوط به جبران خسارت مسائلی مطرح می‌شود که نیازمند تشریح و توضیح می‌باشد؛ مسائلی از قبیل این که طرفین دعوای مسؤولیت مدنی ناشی از عیب تولید چه کسانی هستند؟ شیوه‌های جبران خسارت به چه نحو می‌باشد؟

### گفتار اول - طرفین دعوای مسؤولیت مدنی ناشی از عیب تولید کالا

اقامه ی دعوای مسؤولیت مدنی ناشی از عیب تولید کالا علاوه بر ذینفع بودن خواهان نیازمند آن است که دعوا نیز متوجه خواننده باشد. به همین دلیل بررسی این موضوع که چه کسانی می‌توانند طرفین دعوای مسؤولیت مدنی خسارت ناشی از عیب تولید کالا قرار گیرند اهمیت پیدا می‌کند که در ذیل به بررسی این موضوع می‌پردازیم.

#### مبحث اول - خواهان دعوا

بدیهی است که دعوای مسؤولیت مدنی باید از سوی زیان دیده اقامه شود، زیرا اقامه دعوی از سوی کسی که ذینفع دعوی نیست، پذیرفته نمی‌شود (ماده ۲ ق.آ.د.م.). از مواد ۱۶، ۱۸ و ۱۹ ق.ح.ا.ج.م. چنین برمی‌آید که رژیم خاص مسؤولیت مقرر در این قانون منحصر به خسارت وارده به مصرف‌کننده کالا است و در خصوص خسارت وارد به ثالث باید به قواعد عام مسؤولیت مدنی رجوع کرد. با این همه به نظر می‌رسد در ق.ح.ا.ج.م.خ. زیان دیده ثالث نیز مورد حمایت قرار گرفته است؛ زیرا بر اساس ماده ۳ قانون مزبور جبران کلیه خسارات وارده به مصرف‌کننده و اشخاص ثالث اعم از خسارت مالی و جانی و هزینه‌های درمان ناشی از نقص و عیب (که خارج از تعهدات بیمه شخص ثالث باشد)... بر عهده عرضه‌کننده قرار گرفته است. بدیهی است در این ماده مقصود از اشخاص ثالث، افرادی غیر از خریدار و مصرف‌کنندگان خودرو می‌باشد (عبدی پور، ۱۳۹۰، ۵۰).

در رابطه با اینکه آیا شخص ثالث صرفاً باید در نتیجه استفاده از کالای معیوب دچار حادثه شده باشد تا بتواند مطالبه خسارت کند یا در صورت عدم استفاده ولی به واسطه کالای معیوب دچار حادثه شده باشد نیز می‌تواند مطالبه خسارت کند؟

در پاسخ می‌توان گفت که هدف مقنن از وضع قانون، تأکید بر حق سلامت و امنیت عموم افراد جامعه در قبال توزیع محصول معیوب است، بنابراین، این ماده شامل شخص



ثالثی نیز که به واسطه عدم مصرف کالا ولی به موجب کالای معیوب دچار حادثه شده است نیز می‌شود.

به طور کلی در رابطه با خواهان دعوا می‌توان گفت که در حقوق ایران علاوه بر خریدار هر کسی که از کالای معیوب استفاده کرده است و به واسطه ی آن دچار خسارت شده است می‌تواند به عنوان خواهان اقامه دعوا نماید؛ اما نکته‌ای که باید به آن توجه شود این است که در حقوق ایران رویه ی واحدی پذیرفته نشده است به نحوی که در ق.ح.ا.ح.م. تنها مصرف کننده می‌تواند خواهان دعوا باشد اما در ق.ح.ا.ح.م.خ. زبان دیده ثالث نیز مورد حمایت قرار گرفته.

### مبحث دوم - خواننده دعوا

اما چه کسانی ممکن است خواننده دعوی مسؤولیت قرار بگیرند؟ یا به عبارت دیگر چه کسانی در برابر زیان دیده مسؤولیت دارند؟

در رابطه با این سؤال دو نظر عمده وجود دارد: گروهی اعتقاد دارند که خسارت را باید از تولیدکننده کالا مطالبه کرد و اوست که به طور محض مسؤول می‌باشد (گرایش حداقل‌گرا). در مقابل عده ای معتقدند که مصرف کننده باید بتواند علیه تمام اشخاصی که در زنجیره تولید و توزیع دخالت دارند طرح دعوا نماید (گرایش حداکثر‌گرا).

### بند ۱- گرایش حداقل‌گرا

مطابق این نظریه تنها تولیدکننده کالا است که باید در مقابل مصرف کننده به دلیل عیب کالا پاسخگو باشد. موافقان این نظریه چنین استدلال می‌کنند که مسؤول شناختن تولیدکننده نتیجه منطقی و مستقیم فعالیت است که وی از آن منتفع می‌شود. به علاوه تولیدکننده در مناسب‌ترین وضعیت برای بیمه کردن کالاها است و می‌تواند بدین طریق خسارت را بر تعداد زیادی از افراد توزیع کند، او می‌تواند با دقت بسیار بر روند تولید نظارت کند و همچنین به سادگی می‌تواند توسط زیان دیده به دادگاه فراخوانده شود. موافقان این نظریه در رد نظریه گرایش حداکثر‌گرا چنین استدلال می‌کنند که از لحاظ سیاست-های قانون‌گذاری، تحمیل یک مسؤولیت بر تعداد زیادی از افراد که در میان آن‌ها تعدادی دارای نقش‌های فرعی در روند تولید و توزیع هستند، دشوار است.

همچنین فراخواندن افراد متعدد به صورت هم زمان ممکن است دخالتی بی‌هنگام



در رابطه قراردادی افرادی باشد که به مسؤولیت آنان اشاره شده است (صرفی، ۱۳۸۵، ۳۰).

## بند ۲- گرایش حداکثرگرا

بر اساس این نظریه که در قوانین مربوط به مسؤولیت خسارت ناشی از عیب کالا مورد پذیرش قرار گرفته است. زیان دیده می‌تواند علیه هر یک از اشخاصی که در زنجیره تولید و توزیع کالا دخالت دارند به طور محض طرح دعوا کند. موافقان این نظریه معتقدند حمایت از مصرف کننده مقتضی آن است که تمام مشارکت کنندگان در روند تولید و توزیع کالا در مقابل وی مسؤول باشند؛ زیرا مصرف کننده شانس بیشتری برای پیدا کردن یک خواننده غیر معسر پیدا می‌کند. همچنین این روش، جستجوی مسؤولین را در مورد کالاهای پیچیده که در آنها عیب ممکن است در هر مرحله به وجود آمده باشد، تسهیل می‌کند. از طرف دیگر به عرضه کنندگان کالا و خدمات این امکان را می‌دهد که یک دید کلی نسبت به مسؤولیتشان در تصمیم های مربوط به بنگاه اقتصادی شان به دست آورند که این امر هر یک از حلقه های تولید و توزیع را به ارزیابی سهمش در خطر و مسؤولیت تشویق می‌کند.

در حقوق ایران به موجب ماده ۲ ق.ج.ا.ح.م. کلیه عرضه کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسؤول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده می‌باشند؛ و ماده ۱۶ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «مسؤولیت جبران خسارات وارده به مصرف کننده با تشخیص مرجع رسیدگی کننده به عهده شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوصی و دولتی می‌باشد که موجب ورود خسارت و اضرار به مصرف کننده شده است. در مورد شرکت‌های خارجی علاوه بر شرکت مادر، شعبه یا نمایندگی آن در ایران مسؤول خواهد بود»؛ و همچنین در ماده ۱۸ قانون مذکور آمده است که چنان چه کالا یا خدمات عرضه شده توسط عرضه کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشند و به واسطه آن عیب، خسارتی به مصرف کننده وارد گردد متخلف ملزم به جبران خسارت می‌باشد؛ بنابراین، وفق اصول حقوقی و مواد قانون مذکور می‌توان تمام کسانی که در جریان تولید، عرضه و فروش کالای معیوب دخیل بوده‌اند را با اثبات ورود ضرر، وجود عیب و رابطه سببیت خواننده دعوا قرار داد، از جمله؛ تولیدکننده، توزیع کننده و...



## گفتار دوم - راه جبران خسارت

امروزه حمایت از مصرف کنندگان ایجاب می‌نماید در صورت عرضه کالا و خدمات معیوب تمام خسارت مصرف کننده جبران شود زیرا اصل بر این است که تولیدکننده با آگاهی و رعایت فرمول ساخت و اعمال استاندارد مربوطه و همچنین با حضور مسؤول فنی و با تبلیغات و برچسب اطلاعاتی اقدام به تولید و عرضه کالای سالم و بدون عیب می‌نماید (آزادی، ۱۳۹۰، ۹۴).

بهترین شیوه جبران خسارت آن است که غرامت ضرر وارده به زیان دیده پرداخت شود. جبران مالی، پرداخت مبلغی پول، یعنی «غرامت» که باید دقیقاً معادل زیان باشد. در حالی که هدف جبران به مثل این است که تا جای ممکن، خسارت را محو کند، جبران مالی آن را ترمیم می‌کند. جبران مالی، بسیار معمول تر از جبران به مثل است زیرا از آنجا که پول، یک چیز کاملاً مثلی است و ارزش مطلق مبادلات به شمار می‌رود لذا پرداخت غرامت، امکان جبران همه خسارات را فراهم می‌آورد. به علاوه زیان دیده ملزم نیست این پول را حتماً صرف جبران خسارت کند.

### نتیجه گیری

بر اساس آنچه گفته شد و مبانی متعددی که برای مسؤولیت مدنی تولیدکنندگان و مصرف کنندگان آوردیم در نتیجه به نظر میرسد که مناسبترین مبنای حقوقی برای مسؤولیت مدنی خسارت ناشی از تولید کالای معیوب، مبنای مسؤولیت محض است. اشکالات وارد شده بر مبنای دیگر با گزینش مبنای مسؤولیت محض تا حدود زیادی مرتفع می‌شود. در حال حاضر به دلیل پیچیدگی و استفاده از فناوری‌های جدید در چرخه تولید، افراد مختلفی میان تولیدکننده و مصرف کننده به عنوان واسطه قرار گرفته‌اند و مصرف کنندگان اصلاً تولیدکنندگان را نمی‌شناسند، عدالت و انصاف حکم می‌کند که تولیدکننده کالای معیوب در مقابل مصرف کننده و یا زیان دیده از کالای معیوب مسؤول به جبران زیان وارده باشد. در این خصوص قدم‌هایی هر چند آرام از سوی قانونگذار ما برداشته شده است از جمله آنکه در ماده ۲ و ۱۸ از قانون حمایت از مصرف کننده ظاهراً تمایل قانونگذار بر جبران زیان وارده از سوی تولیدکننده کالای معیوب



بر مبنای مسؤولیت محض به ذهن متبادر می‌گردد که در این نوع مسؤولیت دریافت خسارت و مسؤولیت تولیدکننده کالای معیوب به صرف اثبات رابطه سببیت میان کالای معیوب و خسارات وارده میباشد، اما جای تاسف است که در قانون حمایت از حقوق مصرف کننده و در ماده ۲ آن با اشاره به امکان فسخ و نیز گرفتن ارجح و عنوان کردن این دست موضوعات که در صورت فسخ امکان دریافت خسارت وجود ندارد و مسؤولیت قراردادی که در مورد مسؤولیت ناشی از عیب کالا است دچار خلط مبحث گشته و در نتیجه قانون حمایت از مصرف کننده را تبدیل به آشفته بازاری غیر قابل تفکیک نموده که هدف قانونگذار را در حمایت هر چه بیشتر از مصرف کننده زیان دیده ناشی از تولید کالای معیوب تامین نموده است.

اما باید بیان داشت که در صورت اصلاح قانون مذکور و مشخص نمودن اراده قانونگذار در حمایت از مصرف کننده زیان دیده بر مبنای مسؤولیت محض حرکتی رو به جلو در جهت ایجاد نظام ویژه‌ای برای مسؤولیت خسارت ناشی از تولید کالای معیوب است که زیان دیده را برای مطالبه خسارت از اثبات تقصیر عرضه کننده کالا یا خدمات معاف میدارد و صرف اثبات رابطه سببیت بین زیان و عیب کالا جهت مطالبه خسارات وارده کفایت می‌کند.

## منابع

### کتاب

- اسماعیل زاده، ه، نگاهی به حقوق مصرف کننده، چاپ اول، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، تهران، ۱۳۷۴
- بادینی، ح، فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۴
- تقی زاده، الف، علی هاشمی، الف، مسؤولیت مدنی (ضمن قهری)، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۹۲
- جعفری تبار، ح، مسؤولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، چ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۵
- حکمت نیا، م، مسؤولیت مدنی در فقه امامیه، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، تهران، ۱۳۸۹
- صفایی، ح، رحیمی، ح، مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ پنجم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۲



- غفاری فارسانی، ب، مصرف‌کننده و حقوق‌بنیادین او (نگاهی به قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان)، چاپ اول، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تهران، ۱۳۸۹
- قاسم‌زاده، م، مبانی مسؤلیت مدنی، چاپ سوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵
- کاتوزیان، ن، الزام‌های خارج از قرارداد (مسؤلیت‌های خاص و مختلط)، جلد دوم، چاپ دهم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۱
- کاتوزیان، ن، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۲
- کاتوزیان، ن، مسؤلیت ناشی از عیب تولید، مطالعه انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولیدکننده و مصرف‌کننده، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۴
- معین، م، فرهنگ فارسی معین (تک جلدی)، چاپ اول، انتشارات فرهنگ نما، تهران، ۱۳۸۷
- منتقمی، ف، مسؤلیت سازندگان و فروشندگان کالا در حقوق ایران، چاپ اول، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تهران، ۱۳۸۵
- ولیدی، م، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، دفتر نشر داد، تهران، ۱۳۷۳
- ولیدی، م، مسؤلیت کیفری، موسسه انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۶

## مقالات

- ابدالی، م، بررسی تطبیقی مبنا و حدود مسؤلیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، از ۱۷۷ تا ۲۱۰ تابستان ۱۳۹۱
- ادیسی، ف، کیانی، د، مسؤلیت ناشی از تحویل کالای معیوب در قوانین حمایت از مصرف‌کننده ایران و انگلستان، دو فصلنامه بررسی‌های حقوقی (مجله تخصصی حقوق اقتصادی)، سال دوم، دوره جدید - شماره ۴، از ۵۱ تا ۹۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۱
- آزادی، م، عوامل خسارت مصرف‌کننده و شیوه‌های آن، دو فصل نامه بررسی‌های حقوقی (مجله تخصصی اقتصادی)، سال اول دوره جدید، شماره دوم، ۸۳ تا ۱۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰
- الواء، ژ، ستنمتر، ف، حقوق مصرف، ترجمه عبدالرسول قدک، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۹-۳۰ صفحات ۳۱۰ تا ۳۳۰، بهار و تابستان ۱۳۷۹
- حسین‌آبادی، الف، حقوق مصرف‌کننده به تصویب قانون، ضرورت اجتناب‌ناپذیر، ماه نامه اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره سوم، دی ۸۱



- زندی، م، حمایت کیفری از حقوق مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیکی، مجله قضاوت، شماره ۷۵، ۴۱ تا ۴۲، فروردین و اردیبهشت ۱۳۹۱
- سلیمی، ف، حمایت از حقوق مصرف کننده در ادبیات حقوقی ایران، فصلنامه وکیل مدافع، شماره ۵، ۸۳ تا ۹۹، تابستان ۱۳۹۱
- صفری، م، مسؤولیت مدنی سبب مجمل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۴۹، ۸۵ تا ۸۵، پاییز ۱۳۷۹

### پایان نامه ها

- دشتی مقدم، الف، مسؤولیت مدنی ناشی از تولید و توزیع مواد غذایی فاسد در حقوق ایران و اتحادیه اروپا، کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۹



# بررسی فقهی و حقوقی حق سرقفلی

مریم السادات موسوی<sup>۱</sup>

## چکیده

یکی از مسایل مستحدثه در فقه اسلام مسئله «سرقفلی» است. فقهای شیعه در مشروع بودن سرقفلی هر یک نظرات مختلفی بیان داشته اند. بسیاری از فقها سرقفلی را نامشروع و برخلاف اصول و ضوابط اسلامی می‌دانند و عده ای نیز مشروع و جایز می‌دانند. به عبارتی هرچند در حقوق موضوعه ایران حق سرقفلی با عنوان «حق کسب و پیشه و یا تجارت» در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۳۹ شناسایی و در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ با عنوان «حق کسب یا پیشه یا تجارت» مورد حمایت بیشتری قرار گرفته است؛ اما صاحب نظران حقوق اسلامی شرایط شناسایی این حق را مغایر با قواعد فقه اسلامی، به ویژه اصل حرمت تصرف در مال غیر بدون رضایت مالک توصیف کرده و مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده اند. لذا، شورای نگهبان این حق را فاقد عنوان شرعی اعلام کرد. با این حال، به واسطه رواج این حق در رابطه موجر و مستأجر اماکن تجاری در عرف بازار، در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ عنوان یادشده به حق سرقفلی تغییر یافت و مشروعیت آن مورد توجه قرار گرفت. با توجه به گستردگی موضوعات قابل بررسی در این موضوع، پرداختن به همه آنها مقدور نمیباشد، لکن این مقاله کوتاه تلاش شده است که به برخی از آنها پرداخته شود.

کلیدواژه: سرقفلی، حق کسب، پیشه، تجارت، فقه، حقوق.

## مقدمه

پذیرش و توسعه مالکیت‌های غیر مادی یکی از تحولات بزرگ نظام‌های حقوقی و

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، موسسه آموزش عالی فیض الاسلام،



اقتصادی جهان است که امروزه در میان تمام ملت‌های متمدن رسوخ کرده است. انسان‌های پیشین مالکیت را همواره منحصر به اشیاء مادی می‌دانستند و برای آنها مالکیت‌های فکری و معنوی و سایر چهره‌های مالکیت غیرمادی مفهومی نداشت. این قبیل مالکیت‌ها برای نخستین بار در حقوق موضوعه دولت‌های اروپایی غربی مورد شناسایی قرار گرفت و از آنجا به تدریج پا به عرصه حقوقی و اقتصادی دیگر دیگر کشورها نهاده است. روند جهانی حمایت از تجارت و بازرگانی و منافع دولتها در فعالیت تجاری موجب شده است که در نظام‌های حقوقی به نحوی از تجار حمایت شود که از جمله آن، حق تاجر به ادامه فعالیت در محل تجاری استیجاری پس از پایان یافتن مدت عقد اجاره است. این حق که با حق مالکیت موجر و مالک محل تجاری در تعارض است، غالباً بر مبنای افزایش قیمت محل تجاری در نتیجه جذب مشتری توسط مستأجر توجیه می‌شود. از این رو، در حقوق ایران نیز حق تاجر به ادامه فعالیت در محل تجاری بعد از انقضای مدت عقد اجاره در سال ۱۳۳۹ شناسایی و در سال ۱۳۵۶ مورد حمایت بیشتری قرار گرفت؛ اما مشروعیت این حق مورد مخالفت فقها قرار گرفت و شورای نگهبان نیز در اظهار نظر ۱۳۶۳/۵/۹ خود آن را فاقد عنوان شرعی اعلام کرد. از این رو ماده واحدهای مبنی بر لزوم تخلیه مستأجر بعد از پایان عقد اجاره بدون هیچ حق و ادعایی در تاریخ ۱۳۶۵/۸/۱۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. اما به علت رواج حق در بازار معاملات و نیز ضرورت حمایت از کسب و کار، در قانو موجر و مستأجر سال ۱۳۶۷ با رویکرد انطباق سازی این حق با موازین فقهی با عنوان حق سرقفلی شناسایی شد. بنابراین، پرسش اصلی مقاله این است که حق سرقفلی در قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تا چه اندازه با اصول زیربنایی فقه اسلامی و دیدگاه‌های فقها منطبق شده است؟ فرضیه مقاله نیز بر این مبتنی است که تمام ابعاد حقوقی حق سرقفلی با موازین حقوق اسلامی منطبق نشده و تنها مشروعیت تبادل وجه نقد مازاد بر کرایه بین دو طرف رابطه حقوقی با عنوان سرقفلی، مورد توجه قرار گرفته است. آنچه در این مقاله به دنبال آن هستیم بررسی ماهیت شرعی سرقفلی است؛ به این منظور ابتدا به تعریف سرقفلی در لغت و در اصطلاح فقه و حقوق و سپس به بررسی تاریخیچه و خاستگاه، ماهیت و میزان و قلمرو، انواع و ویژگی‌های سرقفلی پرداخته شده است؛ آنگاه تاثیر دیدگاه‌های فقهی در قانون سال ۱۳۷۶، شرایط مشروعیت سرقفلی و روند قانونگذاری را مورد بررسی قرار داده ایم.



## تعریف سرقفلی

### الف) تعریف سرقفلی در لغت:

در مورد سرقفلی تعاریف زیر در منابع لغت ارائه شده است:  
چیزی که از کرایه‌دار سرای حویلی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست.<sup>۲</sup>

«سرقفلی» به حقی اطلاق می‌شود که بازرگان و یا کاسب برای تقدم در اجار محلی پیدا میکند.<sup>۳</sup>

وجهی که از کرایه‌دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست.<sup>۴</sup>

حق آب و گل، حقی که مستاجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سربایی و امثال آن و او آن حق را به مستاجر بعد خود تواند فروخت.<sup>۵</sup>

حقی که بازرگان و کاسب به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع آوری شده و غیره.<sup>۶</sup>

سرقفلی وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستاجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد.<sup>۷</sup>

پولی را که مستاجر اول به مالک می‌دهد و یا مستاجر ثانی به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره می‌دهد، سرقفلی نامیده می‌شود.<sup>۸</sup>

امتیازی است که به موجب آن مستاجر متصرف به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود

۲. آندراج به نقل از دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳۶۰۸.

۳. علی اکبر دهخدا، لغتنامه زیر واژه «سرقفلی» و محمد معین، فرهنگ فارسی زیر واژه «سرقفلی».

۴. نفیسی، بی تا: ۱۸۸۴.

۵. دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳۶۰۸.

۶. معین، ۱۳۷۹: ۱۸۹۹.

۷. کشاورز، ۱۳۷۴: ۱۸.

۸. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۵۶.





در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می‌شود.<sup>۹</sup>

سرقفلی عبارت است از حق اولوبیتی که مستاجر بر ملک پیدا می‌کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن شخص مستاجر که سرقفلی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک اولی از دیگران است.<sup>۱۰</sup>

از تعاریف فوق راجع به حق سرقفلی بالاخص آنچه فرهنگ دهخدا و آندراج بیان گردیده نکته ی حائز اهمیتی وجود دارد که به موجب آن چنین استنباط می‌شود که در زمان‌های قدیم وسعت و گستردگی املاک و اموال ملاکین و اشخاص مالک و عدم نظارت همیشگی و مستمر مالکین نسبت به املاک وسیع خود، شخصی به عنوان امین و دربان تعیین می‌گردید تا در صورتی که مالک مجوز تحویل ملک را صادر می‌نمود چه به صورت ارائه ی نوشته یا به صورت دادن نشانی به شخص امین اقدام به گشودن قفل مغازه ی مورد نظر می‌نمود و بابت این اقدام مزدی یا پاداشی دریافت می‌نمود که از آن به عنوان سرقفلی بیان نموده اند.<sup>۱۱</sup>

## ب) سرقفلی در اصطلاح، در حقوق

### ۱) سرقفلی حقوقی ایران

سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت که ترجمه‌ای است از زبانهای فرانسه و انگلیسی، در ادبیات حقوق کنونی ما از معنای لغوی خود دور نیفتاده و در واقع معانی لغوی اصطلاح مزبور انعکاس معانی حقوقی آن است و مفهومی قریب به معنای لغوی را دارد. در هیچ متنی، قانونگذار ایرانی دست به تعریف اصطلاح مورد بحث نزده و فقط به عنوان کردن و ذکر بعضی از ضوابط آن بسنده نموده است. این خلأ از جانب حقوقدانان پرشده است.<sup>۱۲</sup> لیکن تعاریفی که از طرف حقوقدانان در مورد سرقفلی به عمل آمده، اصولاً با

۹. کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۵۱۷.

۱۰. مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۴۹۹.

۱۱. زارع زیدی و عرب عامری، ۱۳۹۶: ۲.

۱۲. کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۲۰۴.



ملاحظه جنبه‌های حقوقی و معانی مرسوم در کتب لغت صورت گرفته که کامل و دقیق بنظر نمی‌رسد. به عنوان مثال، یکی از صاحب نظران گفته است: «سرقفلی حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود».<sup>۱۳</sup> این تعریف اولاً ضوابط اصلی منشاء حق را مورد توجه قرار نداده و ثانیاً تنها نشان دهنده بعضی از حقوق مستأجر محل تجاری است و لذا در نقص آن نباید تردید نمود. تعریف ارائه شده از سرقفلی در کتاب «ترمینولوژی حقوق» نسبتاً دقیقتر است: «سرقفلی پولی است که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می‌دهد».<sup>۱۴</sup>

همانطور که ملاحظه می‌شود در این تعریف تنها حقوق کامل مستأجر اماکن تجاری مورد توجه واقع شده و عناصر و ضوابط متشکله این حق، وارد تعریف نگردیده است. سرقفلی را می‌توان این طور تعریف کرد: سرقفلی حقی است مالی و قابل معامله که برای متصرف محل‌های کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعددی دارد.

حق سرقفلی در ادبیات فارسی به دو معنا استعمال شده است: ۱. وجهی که در کنار کرایه یا مازاد بر آن، موجر از مستأجر در زمان انعقاد عقد دریافت می‌کند؛ ۲. حقی که به موجب آن، مستأجر اماکن تجاری بعد از پایان عقد اجاره، تقدم و اولویت در اجاره مکان بر دیگران دارد. در قانون سال ۱۳۷۶ تحقق سرقفلی منوط به رضایت موجر و پرداخت عوض آن توسط مستأجر شده، ولی مشخص نشده است که مراد قانونگذار کدامیک از این دو کاربرد است.

اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت که در قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ ه.ش. و روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ ه.ش. و نیز در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون نوسازی و عمران شهری، مصوب ۱۳۵۸ ه.ش. و برخی قوانین دیگر به کار رفته است به تدریج در متون قانونی، جای کلمه مأنوس سرقفلی را می‌گیرد. اما باید توجه داشت که به دلایل زیادی این جایگزینی قابل انتقاد است:

---

۱۳. همان.

۱۴. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۵۶.



۱) اصطلاح به کار رفته، به گونه‌ای انتخاب شده است که در ظاهر وانمود می‌کند که حق کسب و حق پیشه و حق تجارت سه مفهوم جدا گانه هستند که در پاره‌ای از احکام با هم شباهت دارند. در حالی که واقعیت غیر از این است. ماهیت اصلی این حق در همه موارد یکسان است و حق تاجر و کاسب و پیشه‌ور، همان حق تجارتي و سرقفلی است.

۲) ترکیب انتخابی قانونگذار از لحاظ حقوقی، صحیح نیست. زیرا مطابق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، کاسب، یعنی کسی که کالائی را به قصد فروش و سودجویی می‌خرد تاجر است<sup>۱۵</sup> و اضافه کردن عبارت حق کسب در کنار حق تجارت لازم نبود. در حقوق کنونی، حقوقدانان تاجر را از لحاظ میزان سرمایه با دفتر و یا کارت بازرگانی نمی‌شناسند،<sup>۱۶</sup> در نظر آنها هر کس که به کار خرید و فروش و طلب سود روی آورد تاجر محسوب می‌شود، اگرچه کم بضاعت و فاقد محل خاص کسب باشد (ماده ۸ قانون آئین دادرسی مدنی).

۳) به کار بردن عنوان «حق پیشه» این توهم را به وجود می‌آورد که صاحبان مشاغلی مانند پزشکی و وکالت نیز می‌توانند حق پیشه خود را به دیگری منتقل سازند، یا در برابر تخلیه ملک از موجر تقاضای سرقفلی کنند. در حالی که در این موارد مفهوم سرقفلی قابل تصور نیست و مراجعین پزشک و وکیل و امثال آنها با شخص ایشان کار دارند و موقعیت محل و سایر عناصری که در سرقفلی اماکن تجاری مدخلیت دارد تأثیر محسوسی در تعداد مراجعین ندارد. به نظر می‌رسد که منظور قانونگذار در به کارگیری «حق پیشه» اشاره به حق پیشه‌وران باشد. هرچند که پیشه‌ور اصولاً تاجر محسوب نمی‌شود اما از حیث مقررات اجاره و سرقفلی در شمار بازرگانان محسوب می‌گردد.<sup>۱۷</sup> این تعریف از سرقفلی با رویکرد قانون سال ۱۳۷۶ تناسب ندارد، زیرا: ۱) سرقفلی نتیجه فعالیت تاجر تلقی شده در حالی که از دیدگاه قانون، سرقفلی در نتیجه توافق موجر و مستأجر و پرداخت وجه محقق می‌شود؛ ۲) عین مستأجره مال مملوک موجر است و به اقتضای اصل انحصاری بودن تصرفات توسط موجر یا به اذن او، نباید هیچ گونه حقی در آن بدون اذن وی محقق شود. بعضی سرقفلی را به «حق تقدم در اجاره یا تجدید اجاره یا حق ادامه تصرف در عین

۱۵. کیائی، ۱۳۵۴: ۶۱ - ۲۰.

۱۶. کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۴۰۵؛ کیائی، ۱۳۵۴: ۶۹.

۱۷. کیائی، ۱۳۵۴: ۶۹.



مستأجره به دلیل سابقه فعالیت در محل مزبور و جذب مشتریان دائمی» تعریف کرده‌اند.<sup>۱۸</sup> این دیدگاه نیز با حق سرقفلی قانون سال ۱۳۷۶ منطبق نیست، چون مبنای سرقفلی توافق موجر و مستأجر است و حتی در قانون سال ۱۳۳۹ نیز اشاره‌ای به لزوم وجود مشتری نشده است. اما برخی از حقوقدانان در پرتو مواد ۶ تا ۹ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ معتقدند: «سرقفلی وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز اجاره، مزاد بر اجور و کرایه، از مستأجر می‌گیرد تا محل را اجاره دهد یا مستأجری که حق انتقال به غیر را دارد و به موجر نیز سرقفلی پرداخت کرده در قبال انتقال منافع به مستأجر دوم از او دریافت می‌کند یا مستأجری که به موجب شرط ضمن عقد، امتیازی دارد که مانع از تخلیه عین مستأجره توسط موجر است، در قبال اسقاط این امتیازات و استرداد مورد اجاره به مالک، از وی می‌گیرد».<sup>۱۹</sup> این تعریف نیز سرقفلی را به وجه و پول تعریف کرده و واگذاری منافع عین مستأجره از سوی مالک یا مستأجر اول که در قبال کرایه است، نمی‌تواند وجه سرقفلی در قبال منفعت عین مستأجره باشد. در تعریف سوم، سرقفلی عبارت از «عوض و بدل امتیازی است که مالک منافع به دیگری می‌دهد».<sup>۲۰</sup> در این تعریف نیز سرقفلی به وجه نقد تعبیر شده ولی عوض آن، امتیازی عنوان شده که به پرداخت کننده تعلق می‌گیرد، در حالی که سرقفلی به عنوان حق مورد توجه عرف بازار می‌باشد.

با توجه به آنچه گفته شد کلمه سرقفلی که شهرت و مقبولی بیشتری دارد از لحاظ حقوقی نیز اصطلاح مناسبی است و حتی به قول یکی از اساتید برای فهماندن مفهوم «حق کسب یا پیشه یا تجارت» به مردم می‌باید از کلمه سرقفلی کمک گرفت.<sup>۲۱</sup>

(۲) تعریف سرقفلی در نظام حقوقی فرانسه و کامن لا در حقوق فرانسه، اصطلاحاتی که مفهوم یا از لحاظ حکمی می‌تواند مشابه سرقفلی و یا حق کسب و پیشه در حقوق ایران تلقی شود، عبارتند از:

Fonds de commerce: مایه تجارته که در بردارنده مجموع عناصر مادی و

۱۸. عبدی پور، ۱۳۹۱: ۲۴۳.

۱۹. کشاورز، ۱۳۸۱: ۱۱۷.

۲۰. همان، ص ۱۱۸.

۲۱. کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۴۰۶.



غیرمادی سرمایه بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمديد اجاره محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است. بدین ترتیب، حق تقدم در اجاره و سرقتی یکی از اجزای مایه تجاری است.<sup>۲۲</sup>

**Droit an bail:** حق السکنی و حق امتیاز در اجاره محل تجارت و خرید و فروش که جزئی از مایه تجاری (commerce) (Fonds de) است و به موجب این حق، موجر نمی‌تواند اجاره محل یک تجارتخانه یا مغازه را به دیگری واگذار کند و امتیاز سکونت با صاحب مغازه یا تجارتخانه است.<sup>۲۳</sup>

**Pas de porte:** حقی است که به موجب مقررات موضوعه، برای تاجر در مورد محل تجارت به وجود می‌آید و او بر اساس آن، حق تقدم در اجاره و ادامه تجارت در محل کار خود را دارد.<sup>۲۴</sup>

در نظام کامن‌لا شاید بتوان تاسیس اقتصادی - حقوقی Good will را با سرقتی مقایسه کرد. در تعریف Good will گفته شده است که مال و دارایی غیر مادی است و به معنای هر امتیاز یا امتیاز ثبتي است که به وسیله مالک یک فعالیت تجاری در تداوم تجارتش به دست می‌آید، خواه مرتبط با ساختمان و محلی باشد که در آن تجارت خود را انجام می‌دهد، یا مرتبط با نام و اسمی که آن تجارت را مدیریت می‌کند باشد و یا مرتبط با هر موضوع دیگری که سود و منفعتی از تجارت را بدنبال دارد.<sup>۲۵</sup>

### ج) سرقتی در اصطلاح، در فقه:

در نظریه‌های فقهی نیز از دو منظر به سرقتی توجه شده است. در یک رویکرد، معنای نخست سرقتی مورد توجه قرار گرفته و عمدتاً به «مبلغ وجه دریافتی از طرف موجر» توصیف شده و به حق مستأجر توجهی نشده است. ولی طرفداران این دیدگاه در کارکرد

۲۲. ستوده تهرانی، ۱۳۷۴: ۷۸؛ کاتبی، ۱۳۶۳: ۱۷۳.

۲۳. کاتبی، همان: ۱۳۳.

۲۴. ستوده تهرانی، همان: ۲۸۴.

۲۵. زارع زیدی و عرب عامری، ۱۳۹۶: ۳.



سرقفلی اتفاق نظر ندارند. به عنوان مثال، بعضی وجه دریافتی با عنوان سرقفلی توسط موجر را قسمتی از اجاره‌بها تلقی کرده و برای مستأجر در پایان اجاره، حقی قائل نشده‌اند، مگر این که در ضمن عقد، شرط شود موجر بدون اجازه مستأجر، عین مستأجره را به دیگری اجاره ندهد که در این صورت، مستأجر می‌تواند وجهی را جهت اسقاط شرط از موجر مطالبه کند.<sup>۲۶</sup> بعضی نیز تحت تأثیر این دیدگاه، سرقفلی را به عنوان قسمتی از اجاره‌بها توصیف کرده‌اند، هرچند به تمام نتایج آن ملتزم نیستند، چون مستأجر را مستحق مطالبه قیمت سرقفل در روز تخلیه دانسته‌اند، اگر به موجر سرقفلی پرداخته باشد.<sup>۲۷</sup> روشن است که در این دیدگاه، بیشتر به وجه دریافتی موجر به عنوان سرقفلی توجه شده و عنوان عرفی سرقفلی یا حق مستأجر منظور نشده است به این دلیل که از جهت اصول و مقررات حاکم بر عین مستأجره، تحقق و عدم تحقق حق سرقفلی به اراده موجر است، زیرا عین مستأجره ملک موجر است و به اقتضای مشروعیت انحصاری تصرف او در مال و حرمت تصرف غیرمالک در آن، اراده موجر نقش اصلی در تحقق حق ایفا می‌کند. با این حال، این دیدگاه با واقعیت عرفی سرقفلی و قصد دو طرف مطابقت ندارد؛ زیرا از سویی، اگر پولی که مستأجر به عنوان عوض سرقفلی به موجر پرداخته، کرایه باشد، عنوان سرقفلی لغو و زاید است؛ از سوی دیگر، قصد دو طرف در دادوستد پول، کرایه و اجاره‌بها نیست. افزون بر این، اگر سرقفلی، مال الاجاره محسوب شود، مستأجر در پایان مدت اجاره مستحق مطالبه آن نبوده، باید عین مستأجره را بدون هرگونه ادعایی تخلیه کند.

در رویکرد دیگر، ماهیت سرقفلی از جهت منافع مستأجر نیز مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال، حق سرقفلی به حق متوسط بین اباحه تصرف و مالکیت منافع تفسیر شده که پرداخت وجهی با عنوان سرقفلی، منشأ تحقق حق سکنی در منزل یا مغازه و مانند آن برای مستأجر است؛ زیرا گاهی اباحه ناشی از اذن صرف مالک است که باید عاریه تفسیر شود و مالک هر وقت بخواهد می‌تواند از آن عدول کند؛ گاهی ناشی از مالکیت منفعت است که هیچکس حتی مالک عین، اختیار مزاحمت با آن را ندارد و متصرف می‌تواند هر گونه که بخواهد تصرف کند که این نتیجه عقد اجاره است؛ گاهی ناشی از

۲۶. موسوی گلپایگانی، ج ۲، ۱۴۰۹: ۵۸.

۲۷. فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۲۶۲.



حقی است که حد وسط آن دو است، یعنی صرف اباحه و اذن مالکی نیست که اذن دهنده در هر حالی بتواند رجوع کند و حق مالکیت منافع نیز نیست که متصرف هرگونه که بخواهد در آن تصرف کند، بلکه حقی است که به سکونت در محل تعلق گرفته است.<sup>۲۸</sup> در تعبیر دیگر، سرقفلی به وجهی توصیف شده که در قبال حق سکنی بر محل، موجر از مستأجر دریافت می‌کند و در نتیجه اجاره، موجر مالک کرایه و سرقفلی و مستأجر، مالک منافع و حق سکنی برای مدت بعد از عقد می‌شود.<sup>۲۹</sup>

همچنین بعضی سرقفلی را به حقی تعبیر کرده‌اند که در نتیجه شرط بین موجر و مستأجر محقق شده و موجر موظف است که اجاره را با مستأجر یا قائم مقام او تجدید کند.<sup>۳۰</sup> حتی در تعبیر دیگری، تمام توجه به حق مستأجر منعطف شده و سرقفلی عبارت از وجهی توصیف شده که مستأجر می‌تواند در قبال تخلیه عین مستأجره از موجر یا از دیگری، به عنوان مثال مستأجر دوم، مطالبه کند.<sup>۳۱</sup> بعضی نیز به حق سکنی تعبیر کرده که در قبال پرداخت وجه سرقفلی برای مستأجر محقق می‌شود و در پایان اجاره، موجر حق تخلیه نخواهد داشت.<sup>۳۲</sup> در نهایت، بعضی حق سرقفلی را به حقی تعبیر کرده‌اند که دارنده آن در حکم مالک عین قرار گرفته و سلطه‌ای بر مال پیدا می‌کند، به گونه‌ای که مزاحم سلطه مالک و موجر نشود، ولی آن را محدود و ضعیف کند. به همین دلیل، قیمت سرقفلی در بازار در حد قیمت مال است و قیمت عین مالی که سرقفلی آن فروخته شده، قیمت ناچیزی نسبت به قیمت فرضی است که سرقفلی آن فروخته نشده باشد.<sup>۳۳</sup>

بر مبنای این تحلیل فقهی از سرقفلی، روابط موجر و مستأجر بعد از پایان اجاره قطع نمی‌شود، چون مستأجر دارای حق سکنی یا حق اجاره دادن عین مستأجره می‌باشد که اثر حقوقی آن، عدم استحقاق موجر به مطالبه تخلیه و استحقاق مستأجر به ادامه تصرف در

۲۸. موسوی خوئی، ج ۲۰، ۱۴۱۸: ۵۱۱.

۲۹. موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۱۰۸۱.

۳۰. بحرانی، ۱۴۲۸: ۴۸۰.

۳۱. حلی، ۱۴۱۵: ۱۴۷.

۳۲. هاشمی شاهرودی، ج ۴، ۱۴۲۳: ۲۲۷-۲۲۶.

۳۳. بحرانی، ۱۴۲۸: ۵۲۱ به بعد.



عین مستأجره است. در این نظریه‌ها به حق سکنی یا حق اجاره دادن مستأجر که فلسفه اجتماعی حق سرقفلی است، توجه شده و در سه قالب شرط فعل یا شرط نتیجه یا شرط ضمنی، مشروعیت آن توجیه شده است. این دیدگاه با واقعیت عرفی سرقفلی سازگارتر است و از جهت موضوع عرفی نیز ارتباط بیشتری با ماهیت عرفی و قصد طرفین رابطه دارد که باید دید چه شرایطی برای مشروعیت حق سرقفلی مطابق این دیدگاه لازم است.

### خاستگاه و تاریخچه سرقفلی

حق سرقفلی از حقوق خارجی به حقوق موضوعه ایران وارد شده است، زیرا حمایت از بازرگانی و تجارت ابتدا در اولویت برنامه اقتصادی دولت‌های غربی قرار گرفت و حقوق تجارت از حقوق مدنی جدا و در سیستم حقوقی بعضی از کشورها، مانند فرانسه، دادگاه‌های تجاری تشکیل شد. از این رو به نظر می‌رسد حق سرقفلی تحت تأثیر نهاد «سرمایه تجاری یا مایه‌ی تجاری» که در قانون ۱۷ مارس ۱۹۰۹ فرانسه مورد حمایت قرار گرفته، در حقوق ایران نیز شناسایی شده است. در متون قانونی فرانسه، با وجود قوانین و مقررات زیادی که درباره معاملات سرقفلی تصویب شده، این حق تعریف نشده و فقط در بند ۲ ماده ۱ قانون ۱۹۰۹ به برخی از عناصر کلی آن، مانند: علامت و نام تجاری، حق تمدید اجاره و مشتریان یاد شده است. افزون بر این، در بند ۱ ماده ۹ این قانون، اختراع ثبت شده، مجوز و موافقت اصولی، علائم صنعتی و تجاری، طرح و مدل‌های صنعتی و به طور کلی، حقوق مالکیت صنعتی، ادبی یا هنری از جمله عناوینی محسوب شده که مایه تجاری توسط آن، قابل تحقق است. لذا تلقی دکترین و رویه قضایی از این حق یکسان نیست.

به دیگر بیان سرقفلی از حقوق جدید است که با دخالت دولتها جهت حمایت از شخص تاجر در حفظ مشتری و ثبات کسب و کار، ایجاد شد و مورد استقبال بازار قرار گرفت. در تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ مقرر شده است: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود». حکم این تبصره ناشی از دیدگاه دادگاه‌های فرانسوی بود که مشتری را عنصر اصلی شناسایی مایه تجارت برای تاجر می‌دانستند. به عنوان مثال، دادگاه استیناف پاریس در ۹ ژوئن ۱۹۸۷ مشتری را عنصر اساسی تحقق مایه تجارت و دیوان عالی کشور فرانسه نیز مشتری را عنصر اساسی مایه تجارت به حساب آورده به گونه‌ای که بدون آن، حق محقق نخواهد شد؛ اما با گذشت زمان و تحولات بازار، سرقفلی یا مایه تجارت به





عنوان حق قابل مبادله و معاوضه مطرح شد و در قانون سال ۵۶ نیز از قابلیت انتقال آن به سند رسمی حمایت شد.<sup>۳۴</sup>

در واقع در حقوق ایران استفاده از لفظ سرقفلی برای اولین بار در آیین نامه‌ی اجرایی قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات مصوب سال ۱۳۱۷ به کار برده شد. اگرچه این آیین نامه سرقفلی را تعریف نکرده بود اما به نظر می‌رسد چون لفظ کسب یا پیشه یا تجارت هنوز وارد متون قانونی ما نشده بود باید سرقفلی را منصرف به همان معنای عرفی خود یعنی وجهی که موجد در ابتدای اجاره از مستاجر می‌گیرد، دانست. متعاقباً در سال ۱۳۲۲ قانونی با عنوان قانون اختیارات دکتر میلسپو در مورد تنزیل و تثبیت بهای اجناس به تصویب رسید که آیین نامه آن هم در همان سال تصویب گردید. این آیین نامه نقطه عطفی در روابط موجد و مستاجر محسوب می‌شود، چرا که اولین مقرره‌ای بود که به شناسایی حقوقی برای مستاجر مبادرت نمود. این قانون و آیین نامه‌اش در عین حال که مبنای شناسایی حق کسب یا پیشه یا تجارت هستند مبنای قانون روابط موجد و مستاجر سال ۱۳۳۹ و قانون روابط موجد و مستاجر سال ۱۳۵۶ می‌باشند. اما با این وجود نامی از حق کسب یا پیشه یا تجارت نبرده است. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که ورود این لفظ به حیطه‌ی قوانین ما کاملاً ناگهانی و یکباره بوده است. نامانوس بودن این لفظ با عرف حقوقی و اجتماعی و سابقه‌ی استعمال نسبتاً طولانی لفظ سرقفلی یکی از عوامل بسیار مهم در جای گذاری لفظ سرقفلی به جای عبارت حق کسب یا پیشه یا تجارت و متعاقباً تخلیط خام این دو مفهوم با یکدیگر توسط برخی نویسندگان بوده است.<sup>۳۵</sup>

## ماهیت، میزان و قلمرو سرقفلی

### ۱. ماهیت سرقفلی

در مورد ماهیت سرقفلی به معنی خاص کلمه میان حقوقدانها اختلاف نظر وجود دارد. یکی از حقوقدانها در تبیین ماهیت سرقفلی مذکور در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجد و مستاجر ۱۳۶۵، که با مفهوم سرقفلی مذکور در

۳۴. زارع زیدی و عرب عامری، ۱۳۹۶: ۳.

۳۵. کشاورز، ۱۳۷۴: ۳۹.



ماده ۶ قانون جدید قرابت بسیار دارد، نوشته است:

آنچه او (مالک) در آغاز اجاره از مستاجر می‌گیرد در واقع بخشی از عوض منافی است که انتقال می‌دهد. اجاره‌بها عوض انتفاع تدریجی است که مستاجر از مورد اجاره می‌برد ولی آنچه موجر با عنوان سرقفلی می‌گیرد عوض واگذاری استعدادی است که گاه خود به خود و گاه با آمیزه‌ای از وضع طبیعی ملک و فعالیت مستاجر به سرمایه و حقی مالی در آینده تبدیل می‌شود، نوعی عوض منافع ملک است که عرف با تحلیل دقیق خود از اجاره بها جدا ساخته و به آن استقلال بخشیده است و واژه «پیش پرداخته» برای آن زینده‌تر از سرقفلی (حق کسب یا پیشه یا تجارت) است.<sup>۳۶</sup>

برخلاف نظر فوق که برای سرقفلی ماهیت معوض قائل است به نظر یکی دیگر از حقوقدانها سرقفلی ماهیت غیرمعوض دارد که از جانب مستاجر به مالک یا از جانب مستاجرین بعدی به مستاجر سابق پرداخت می‌شود؛ چنانکه ایشان در تعریف سرقفلی تصریح کرده‌اند: «پولی که مستاجر ثانی (به معنی اعم به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستاجر اول به موجر مالک می‌دهد».<sup>۳۷</sup>

به نظر می‌رسد در معوض بودن سرقفلی نباید تردید کرد. زیرا سرقفلی به همراه انتقال منافع معنا و مفهوم پیدا می‌کند، در صورت انفکاک از آن فاقد هرگونه مفهوم حقوقی است. اما از آنجا که در نظر عرف پرداخت سرقفلی موجب تقلیل اجاره‌بها می‌گردد، حق مزبور به نوعی به صورت جزئی از اجاره‌بها جلوه می‌کند که مستاجر آن را در ابتدای اجاره در اختیار مالک قرار می‌دهد. ولی این امر با این اشکال مواجه است که اجاره‌بها به مالکیت دائمی موجر در می‌آید در حالی که مالکیت موجر بر آنچه به عنوان سرقفلی می‌گیرد دائمی نبوده و چهره موقت دارد و باید آن را بعد از انقضای مدت اجاره و به هنگام تخلیه به خود مستاجر مسترد نماید. یکی از فقها<sup>۳۸</sup>، سرقفلی پرداختی به مالک را نوعی قرض - الحسنه دانسته‌اند که مستاجر آن را به مالک قرض می‌دهد تا زمانی که او در عین مستاجره متصرف است مالک از آن استفاده کند. ایشان در جای دیگر، سرقفلی به مفهوم

۳۶. دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۵۰۷-۵۰۶.

۳۷. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۶۵.

۳۸. حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۶ (به نقل از بهمن کشاورز، ۱۳۷۴: ۹۴).



ماده ۷ و ۸ قانون را با هبه معوض یا جعاله یا صلح منطبق کرده‌اند؛ بدین معنی که مستأجر اخیر مبلغی را به مستأجر سابق هبه می‌کند در عوض اینکه او محل مزبور را تخلیه نماید یا در قبال عدم مزاحمت مستأجر سابق مبلغی به عنوان جعل به او پرداخت می‌شود.<sup>۳۹</sup>

به دیگر بیان می‌توان گفت ماهیت سرقفلی، جذابیت و ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع ملک است که به مستأجر واگذار می‌شود. آنچه مالک از مستأجر دریافت می‌کند ما به ازای واگذاری و ارزش اقتصادی منافع ملک یا سرقفلی است. از آن جا که نمی‌توان تمامت یک شیر را در ملکیت دو مالک مختلف قرار داد، نمی‌توان در یک ملک واحد سرقفلی را هم به مالک متعلق دانست و هم به مستأجر. نکاتی که در مورد سرقفلی حائز اهمیت اند عبارتند از:

(۱) سرقفلی یکی از توابع عقد اجاره است و مبلغی که تحت عنوان سرقفلی پرداخت می‌شود، با اجاره‌بها متفاوت است ولی میزان سرقفلی و اجاره‌بها با هم مرتبط می‌باشد. اگر سرقفلی زیاد باشد، اجاره‌بها کم و اگر سرقفلی کم باشد، اجاره‌بها زیادتر خواهد بود.

(۲) شهرت تجاری مستأجر که به عنوان *good will* از آن یاد شد ممکن است به ارزش اقتصادی مورد اجاره اضافه کند و نیز ممکن است تأثیری در ارزش اقتصادی مورد اجاره نداشته باشد. چنانچه شهرت تجاری مستأجر به مطلوبیت اقتصادی منافع مورد اجاره بیفزاید و در افزایش میزان سرقفلی مستأجر مؤثر باشد باید هنگام محاسبه سرقفلی به نرخ روز محاسبه شود.

(۳) ممکن است مستأجر مبلغی تحت عنوان سرقفلی به مالک ندهد ولی در ضمن عقد اجاره شرط شود که موجر مورد اجاره را به همان مبلغ به مستأجر اجاره دهد (ماده ۷ قانون سال ۷۶)، یا ملزم شود مورد اجاره را به مبلغ متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید (ماده ۸ همان قانون). در هر دو صورت، مستأجر می‌تواند مبلغی را تحت عنوان مبلغ سرقفلی از موجر یا مستأجر دیگر مطالبه نماید.

(۴) مستأجر در پایان مدت اجاره مکلف به تخلیه محل مورد اجاره است ولی مادام که موجر سرقفلی مستأجر را پرداخت نکرده است، می‌تواند محل را در



تصرف داشته و اجرت المثل منافع را بدهد.

۵) مستأجر به دو شرط می‌تواند سرقفلی را به دیگران منتقل نماید: ۱- مدت اجاره به پایان نرسیده باشد. ۲- حق انتقال به غیر، از او سلب نشده باشد.

۶) هر چند محل‌های کسب موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ طبق ماده‌ی ۲ این قانون، پس از انقضای مدت قابل تخلیه است ولی ضرورت پرداخت سرقفلی به نرخ روز قرینه محکمی بر توافق موجر و مستأجر و وجود شرط بنایی بر تجدید اجاره و تداوم فعالیت شغلی مستأجر در محل مورد اجاره می‌باشد. به علاوه عرف نیز گواه وجود چنین توافقی می‌باشد. این توافق را می‌توان بر خلاف ماده‌ی ۳ قانون روابط موجر و مستأجر که یک قانون تکمیلی است، به حساب آورد. با توجه به این نکته سرقفلی دارای سه عنصر است؛

۱- خسارت جابه جایی مستأجر. ۲- اثر شهرت تجاری مستأجر بر روی ملک مورد اجاره.

۳- میزان مطلوبیت اقتصادی که مستأجر به موجب شروط ضمن عقد یا پرداخت پول کسب کرده است.<sup>۴۰</sup>

## ۲. میزان سرقفلی

میزان سرقفلی مستأجر عبارت است از آن مقدار از ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع محل مورد اجاره که مستأجر با پرداخت پول خریداری نموده است یا ارزش شروط ضمن عقد که به نفع مستأجر مقرر شده است به انضمام مقدار ارزش افزوده منافع اقتصادی ملک که در نتیجه فعالیت شغلی مستأجر و شهرت تجاری او به وجود آمده است، به اضافه‌ی خسارات ناشی از جابه جایی که در صورت تخلیه متحمل می‌شود.

بنابراین اگر کل ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع مورد اجاره را در هنگام عقد اجاره ۱۰۰ در نظر بگیریم و یا مبلغ پرداختی مستأجر یا شروط درج شده به نفع او در ضمن عقد هر یک ۲۵ درصد و جمعا معادل ۵۰ درصد ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع مورد اجاره باشد و تأثیر ارزش افزوده به سبب فعالیت کسبی مستأجر و شهرت تجاری او در طول

۴۰. پنجتنی، بی تا: ۷۸-۷۹.



مدت اجاره ۵ درصد باشد و خسارات ناشی از جابه جایی مستأجر نیز ۲ درصد باشد، مالک هنگام تخلیه باید ۵۷ درصد ارزش منافع اقتصادی مورد اجاره را به مستأجر پرداخت نماید. با این توضیحات، فرمول سرقتی را می‌توان چنین ترسیم کرد: خسارت جابه جایی + اثر فعالیت اقتصادی و شهرت تجاری مستأجر بر ملک + میزان ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع مورد اجاره خریداری شده با پول = سرقتی.

ارزش مطلوبیت اقتصادی منافع مورد اجاره که به موجب شروط ضمن عقد برای مستأجر منظور شده است.<sup>۴۱</sup>

### ۳. قلمرو سرقتی

منظور از قلمرو سرقتی تعیین گستره کاربردی سرقتی است. بدین معنی که آیا سرقتی و دریافت آن اختصاص به اماکن تجاری دارد یا علاوه بر آنها در اجاره اماکن غیر تجاری نیز می‌توان از آن استفاده کرد؟

آنچه از ظاهر ماده ۶ قانون جدید استفاده می‌شود اختصاص سرقتی به اماکن تجاری است چه اینکه حکم مربوط به آن در ماده مزبور مقید به قید «اجاره ملک تجاری» گردیده است. ولی از اطلاق ماده ۷ و ۸ قانون عدم اختصاص به اماکن تجاری و تعمیم آن به اماکن غیر تجاری استفاده می‌شود. یکی از حقوقدانها قید ماده ۶ قانون را مخصص عموم ناشی از اطلاق ماده ۷ و ۸ دانسته و در توجیه آن نوشته است: «چون در نخستین ماده فصل مربوط به سرقتی (ماده ۶) قید شده است که: «هرگاه مالک ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید...» و در مواد ۷ و ۸ آمده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود...»، مقصود اشاره به اجاره مقیدی است که ماده ۶ از آن سخن گفته است. بدین ترتیب، اطلاق حکم این مواد که منشأ تعمیم سرقتی بسه اجاره محل سکونت است از بین می‌رود و قید ماده ۶ آن را مخصوص «محل تجاری» می‌کند، تفسیری که هم از نظر منطقی قوی است و هم از شکستن اصل حقوقی متعارف و پا گرفته‌ای که سرقتی را ویژه محل کسب کرده است جلوگیری می‌کند».<sup>۴۲</sup>

۴۱. همان.

۴۲. کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۵.



با مراجعه به منابع فقهی معلوم می‌گردد که در میان فقها نیز در مورد قلمرو سرقتی اختلاف نظر وجود دارد به طوری که از اطلاق عبارت و عدم تقیید سرقتی به اماکن تجاری در فتاوی برخی از فقها<sup>۴۳</sup> عدم اختصاص آن به اماکن تجاری استفاده می‌شود. بر عکس از عبارت برخی دیگر از فقها<sup>۴۴</sup> اختصاص آن به اماکن تجاری فهمیده می‌شود. اما آنچه در میان عرف معمول و متداول است اختصاص سرقتی به اماکن تجاری است و در میان مردم واژه «سرقتی» به هیچ وجه در اجاره اماکن غیرتجاری مورد استفاده قرار نمی‌گیرد بلکه در مورد اماکن مسکونی از عناوین مانند «پیش پرداخت»، «پول پیش»، «قرض الحسنه» و «رهن» و غیره تعبیر می‌شود که البته این رهن با رهن مذکور در قانون مدنی (به عنوان یکی از عقود معین) به کلی متفاوت است. بنابراین به نظر می‌رسد قانون جدید باید به گونه‌ای تفسیر شود تا با عرف حاکم بر روابط استیجاری هماهنگ باشد که اقتضای آن اختصاص سرقتی به اماکن تجاری است.

### انواع سرقتی

اماکن تجاری و محل‌های کسب در قالب یکی از این سه صورت از طرف مالک به غیر واگذار می‌شود:

۱. انتقال قطعی ملک با سرقتی: در این حالت مالک محل کسب و تجارت، ملک خود را با حقوق تجاری و سرقتی و جمیع امتیازات و متعلقات شرعی معرفی به دیگری انتقال می‌دهد. در چنین حالتی مالک با استفاده از یکی از عقود تملیکی از قبیل بیع، صلح، هبه و معاوضه یا ... مال خود را درقبال اخذ عوض و یا بطور بلاعوض از ملکیت خود خارج و در اختیار دیگری قرار می‌دهد. بدیهی است در این حالت عقد اجاره‌ای منعقد نگردیده و موجر و مستأجر در میان نیست و اجاره بهائی نیز پرداخت نمی‌گردد.

۲. اجاره ملک و واگذاری سرقتی: در این حالت مالک محل تجاری را به غیر اجاره داده و سرقتی آنجا را به میزان ارزشی که در زمان انعقاد عقد اجاره دارد به مستأجر انتقال می‌دهد. در این حالت میان طرفین در واقع دو عقد بسته می‌شود: یکی عقد اجاره جهت

۴۳. ر.ک: امام خمینی، تحریرالوسیله، همان، ص ۶۱۴-۶۱۵.

۴۴. خوئی، بی تا: ۳۲-۳۵.



تملیک منفعت محل اشتغال در مقابل اخذ اجاره‌بها و دیگری انتقال سرقفلی در قبال عوض و یا صلح سرقفلی در برابر عوض ناچیز (صلح محاباتی) او یا بلاعوض. نزد قانونگذار عقد اجاره بر انتقال و واگذاری سرقفلی، هر چند سرقفلی بالا بوده و انتقال آن در عقد تصریح شود، غلبه و حکومت دارد و چنین عملی (انتقال سرقفلی) خارج از عقد اجاره قرار نمی‌گیرد. مثلاً اگر محلی را شخصی به دیگری ماهیانه یک هزار تومان اجاره دهد و ارزش سرقفلی محل را با نرخ روز، یک میلیون تومان محاسبه کرده و حین‌العقد دریافت دارد، در نظر قانونگذار عمل حقوقی منعقدہ چیزی جز اجاره نیست. بنابراین اگر مستأجر محل، که منتقل‌البه سرقفلی نیز می‌باشد دادخواستی به دادگاه جهت الزام انتقال دهنده سرقفلی به تنظیم سند رسمی (در خصوص واگذاری سرقفلی) تقدیم دارد، دادخواست او رد خواهد شد.<sup>۴۵</sup> ولی اگر دادخواست جهت الزام موجر به تنظیم سند رسمی اجاره داده شود، قابل رسیدگی خواهد بود.

۳. اجاره صرف ملک بدون اخذ سرقفلی: شامل موردی است که مالک محل تجاری، ملک خود را با اجاره صرف در اختیار دیگری قرار می‌دهد. تنها چیزی که در این حالت موجر از مستأجر دریافت می‌کند، اجاره‌بهای عین مستأجره است و هیچ‌گونه پیش‌پرداختی تادیه نمی‌گردد. به عبارتی در این حالت سرقفلی محل از مستأجر اخذ نمی‌شود بلکه مستأجر فقط ماهیانه اجاره‌بها مشخصی را به موجر داده و از عین مستأجره بهره‌برداری می‌کند؛ به عبارت دیگر در این نوع قراردادها و موجر هیچ‌گونه پیش‌پرداختی را از مستأجر به عنوان سرقفلی دریافت نمی‌کند و فقط در مقابل تملیک منفعت مال خود اجاره بها دریافت می‌دارد.

### خصوصیات و ویژگی‌های سرقفلی

۱. سرقفلی حقی مالی است و مانند کلیه حقوق و اموال، می‌تواند مورد معامله قرار گیرد<sup>۴۶</sup> و نیز می‌توان آن را وثیقه و یا تضمین معاملات قرارداد؛ همچنین پس از مرگ

۴۵. قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، ماده ۷.

۴۶. کیانی، ۱۳۵۴: ۱۰۱.



صاحب آن، به وراثت او می‌رسد<sup>۴۷</sup> و قابل معامله و رهن می‌باشد.

۲. تغییر و عدم پایداری از خصوصیات بارز سرقفلی است، زیرا میزان سرقفلی به ابتکار متصرف محل و بازرگان متکی است هرگاه از آن خوب بهره‌برداری نشود مشتریان پراکنده، و حق تقلیل می‌یابد.

۳. سرقفلی از اموال غیرمادی است و قابل تصرف نمی‌باشد و به همین جهت قواعد مختص اموال مادی مانند: اماره تصرف یا قاعده ید (ماده ۳۵ قانون مدنی) شامل آن نمی‌گردد.

۴. حق سرقفلی مثل حق انتفاع از اموال غیرمنقوله از اموال غیر منقول تبعی است، زیرا مرکز ثقل تمام نیروهای پدیدآورنده، سرقفلی محل کسب است که غیر منقول تلقی می‌شود.<sup>۴۸</sup>

### شرایط مشروعیت سرقفلی

در بیشتر نظریه‌های فقهی، اعم از این که سرقفلی به عنوان مبلغی وجه نقد یا به عنوان حق سکنی مستأجر تفسیر شود، مشروعیت آن به شرایطی مانند: توافق دو طرف، وجود عوض و طولانی بودن رابطه دو طرف منوط شده است.

الف) توافق دو طرف رضایت دو طرف به ویژه موجر، شرط اصلی و اساسی تحقق حق سرقفلی است؛ زیرا تحقق چنین حقی، بدون رضایت مالک، به دلیل حرمت مال مسلم و عموم لایحل، ممکن نیست. بنابراین، در نظریه‌های فقهی، مشروعیت حق به انعقاد عقد معوض مستقل یا درج شرط صریح و نیز به وجود شرط ضمنی عقلایی در ضمن عقدی از عقود محدود شده و حتی بعضی که اختیار اجاره دادن را حق ندانسته، برای مشروعیت حقوقی چنین رابطه‌ای به شرط فعل و شرط نتیجه و کالت استناد کرده‌اند؛ یعنی در قالب شرط فعل، موجر اضافه مالی بر مال الاجاره با عنوان سرقفلی دریافت می‌کند و در برابر آن، متعهد می‌شود که مزاحم مستأجر نشود، اجاره‌بها را افزایش ندهد و اجاره را به مطالبه مستأجر یا شخصی که جانشین او است با همان شرایط، تمدید کند. براساس شرط نتیجه

---

۴۷. صدرزاده افشار، ۱۳۵۷: ۵۸-۵۹.

۴۸. همان.





نیز در قبال گرفتن مبلغ اضافی با عنوان سرقفلی، مستأجر وکیل موجر در ملک می‌شود که هرگونه که خود صلاح بدانند، عین مستأجره را اجاره دهد. این وکالت چون دارای مالیت است، قابل وراثت و واگذاری به دیگری است.<sup>۴۹</sup>

با توجه به این که منشأ رابطه موجر و مستأجر، عقد اجاره است، بعضی معتقدند شرط سرقفلی نیز در ضمن آن به چندین فرض قابل اندراج است:

اول: شرط فقط متضمن سکونت مشروط له در محل اجاره باشد به گونه ای که هرگاه متصرف تخلیه کند، حق منتفی شود و مالک بتواند آن را به دیگری اجاره دهد. در این فرض، چون مباشرت مشروط له به سکونت در محل شرط است با تخلیه ساقط می‌شود و مستأجر نمی‌تواند محل را به دیگری واگذار کند یا عوضی را که به عنوان مازاد بر کرایه یا افزایش کرایه در قبال حق سکنی به موجر پرداخت کرده، مطالبه کند.<sup>۵۰</sup>

دوم: قلمرو شرط وسیعتر از فرض اول بوده و حق برای مستأجر و کسی که او مستقیم یا غیرمستقیم، بی واسطه یا با واسطه، خواهان است، شرط شود که این در واقع دو گونه است: ۱. موجر برای تعمیر خانه یا مغازه یا افتتاح محل کسب، نیازمند مال زیادی باشد تا آن را اجاره دهد به کرایه ای تا کسی قبل از تعمیرات اقدام به اجاره آن نکند. مستأجر این مال را در عوض حق سکنی جامع، یعنی قابل انتقال به کرایه توافق شده در زمان انعقاد عقد، تأمین می‌کند به شرط آن که موجر اجاره‌بها را در سال‌های آینده افزایش ندهد، هرچند نرخ اجاره، چند برابر زمان انعقاد عقد اجاره شود. به استناد این شرط، مستأجر دارای حق سکنی معوضی می‌باشد که به عوض آن، سرقفلی اطلاق می‌شود. این حق مانند سایر حقوق دارای مالیت عقلایی است و قابل انتقال از طریق بیع یا ارث و مانند آن به اقتضای توافق طرفین است.<sup>۵۱</sup> ۲. مستأجر شرط کند که حق سکنی ثابت داشته باشد تا از محلی به محل دیگر منتقل نشود، ولی در هر سال، اجاره‌بها مطابق نرخ بازاری آن تعیین شود. در این فرض، مستأجر الزامی به پیش پرداخت یا پرداخت مازاد بر کرایه بازاری ندارد. موجر نیز نمی‌تواند از مستأجر مطالبه تخلیه کند یا افزایش کرایه‌ای را مطالبه کند که با نرخ

۴۹. حسینی روحانی، ۱۳۸۴ق: ۳۹ و ۴۰.

۵۰. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۰ق: ۴۲۲.

۵۱. همان.



بازاری سال اختلاف فاحش داشته باشد. این حق سکنی نیز چون به مباشرت مستأجر نیست، قابل واگذاری است و مستأجر می‌تواند از منتقل‌الیه سرقفلی مطالبه کند. همچنین، مستأجر می‌تواند از موجر نیز در قبال اسقاط حق سکنی، عوض دریافت کند، اگر او خواهان تخلیه عین مستأجره شود؛ اما این سرقفلی نیست، بلکه عوض اسقاط حق است.<sup>۵۲</sup>

از این سه قالب، شرط ضمنی قابل اعتماد نیست، زیرا از یک سو این حق در نتیجه رضایت مالک و پرداخت عوض قابل تحقق بوده، به صورت ضمنی قابل تحقق نیست البته شرط ضمنی ممکن است موجب حصول توافق و رضایت موجر شود، همان‌گونه که حمایت از حق کسب و پیشه یا تجارت در قانون ۱۳۳۹، عرفاً موجب رواج حق سرقفلی در روابط موجر و مستأجر در اماکن تجاری شد.<sup>۵۳</sup> از سوی دیگر، وقتی مدت اجاره به صراحت در عقد معین شود، شرط ضمنی قابل استناد نیست. به همین خاطر بیشتر در قالب شرط فعل و شرط نتیجه مشروعیت آن توجیه شده است.

در قالب شرط فعل دو تعهد ترک فعل، یعنی عدم تخلیه و عدم افزایش اجاره‌بهای سالانه برای موجر به سود مستأجر محقق می‌شود.<sup>۵۴</sup> اما با عنایت به اصل نسبی بودن قراردادهای، اگر عین به دیگری منتقل شود، اجبار منتقل‌الیه به تمدید اجاره مشروع نیست و نمی‌توان او را الزام به وفای به شرطی کرد که بر دیگری شرط شده است.<sup>۵۵</sup> بنابراین، سرقفلی یا حق سکنی مستأجر در قالب شرط فعل قابل توجیه نیست؛ زیرا مبلغ در زمان انعقاد عقد اجاره پرداخت می‌شود و بعد شرط فعل انجام می‌شود، در حالی که در تعهدات مربوط به انجام فعل، انجام فعل مقدم بر پرداخت عوض است؛ افزون بر این، پرداخت مقدم در قبال انجام فعل نیست، چون با قصد و اراده دو طرف سازگار نیست.

براین اساس، شرط نتیجه برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی مناسب‌تر است. ولی آنچه در اثر شرط نتیجه، برای مستأجر محقق می‌شود، سمت وکالت و نمایندگی از موجر

۵۲. همان.

۵۳. حلی، ۱۴۱۵ق: ۱۵۲.

۵۴. همان، ص ۳۸.

۵۵. بحرانی، ۱۴۲۸: ۴۹۰.



برای تجدید اجاره عین مستأجره برای مستأجر نیست، آن گونه که بعضی معتقد شده‌اند،<sup>۵۶</sup> بلکه حق اجاره محل است که بعضی به حق سکنی برای مستأجر تعبیر کرده که به محض انعقاد عقد اجاره مشروط به شرط نتیجه، سرقفلی محقق می‌شود.<sup>۵۷</sup>

ب) عوض: وجود عوض یکی دیگر از شرایط مشروعیت سرقفلی است، زیرا رابطه دو طرف از سویی تعابنی است و در روابط تعابنی، تسامح و مجانی بودن لغو و بی‌معنا است، چرا که تعابن به اقدام هر طرف به ضرر طرف دیگر معنا شده است.<sup>۵۸</sup> از سوی دیگر، در فقه اسلامی روابط حقوقی غیر مجانی یا احسانی لازم الوفاء نیست، مگر در صلح که از محل بحث خارج است. به همین علت بعضی<sup>۵۹</sup> ملاک مشروعیت گرفتن وجه مازاد بر کرایه توسط موجر را تحدید اختیار او نسبت به افزایش اجاره‌بها و عدم اختیار مطالبه تخلیه عین مستأجره و ملاک عدم مشروعیت آن را نیز اختیار مالک در افزایش اجاره‌بها و مطالبه تخلیه بعد از سپری شدن مدت عقد اجاره به حساب آورده‌اند و به همین خاطر، سرقفلی به گونه‌ای تفسیر شده که موجر در قبال تحدید اختیارش در افزایش اجاره‌بها و مطالبه تخلیه از مستأجر اول یا مستأجر اول که به موجر سرقفلی پرداخت کرده، از مستأجر دوم دریافت می‌کند. همچنین در مسأله ۶ تحریرالوسیله، مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر، منوط به داشتن حق اجاره دادن عین مستأجره بعد از پایان مدت اجاره شده است.<sup>۶۰</sup> بنابراین، مشروعیت سرقفلی منوط به پرداخت عوض یا شرط عدم تخلیه و افزایش اجاره‌بها بر موجر بوده، بدون آن سرقفلی مشروع نیست.

ج) طولانی بودن رابطه: طولانی بودن رابطه حقوقی دو طرف شرط دیگر مشروعیت سرقفلی می‌باشد زیرا فلسفه سرقفلی، حمایت از ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره بعد از پایان دوره اجاره است. به همین دلیل، آن گونه که در مسأله شماره ۴ تحریرالوسیله آمده، مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر، منوط به طولانی بودن روابط استجاری و

۵۶. حسینی روحانی، ۱۳۸۴:ق: ۳۹.

۵۷. موسوی خلخالی، ۱۴۲۷: ۱۰۸۹.

۵۸. منتظری، ۱۳۸۳: ۱۱۵.

۵۹. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۰: ۴۲۲.

۶۰. موسوی خمینی، ج ۲، ۱۳۷۴: ۶۱۴.



نیز وجود حق سکنی یا اجاره دادن یا شرط عدم افزایش کرایه و عدم تخلیه موجر شده است. هرچند بعضی به لزوم این شرط تصریح کرده‌اند، ولی این شرط به تمام کسانی که مشروعیت سرقفلی را منوط به تحدید اختیار موجر در افزایش اجاره بها و عدم تخلیه کرده‌اند، قابل انساب است. بنابراین، سرقفلی در روابط تجاری کوتاه مدت، مشروع نیست.

### تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر قانون سال ۱۳۷۶

به نظر می‌رسد رویکرد فقهی اول از سرقفلی، یعنی مبلغی پول دریافتی توسط موجر از مستأجر اول یا مستأجر اول از مستأجر دوم مازاد بر اجاره‌بها، بر قانون سال ۱۳۷۶ تأثیر بیشتری داشته است؛ چون در مواد ۶ تا ۱۰ که به موضوع سرقفلی اختصاص یافته، به حق ادامه تصرف مستأجر یا تحدید اختیارات موجر در نتیجه گرفتن سرقفلی و چگونگی رابطه حقوقی موجر و مستأجر بعد از پایان اجاره، اشاره‌ای نشده و تنها به مشروعیت گرفتن وجهی مازاد بر کرایه تحت عنوان سرقفلی دلالت دارد. به عنوان مثال در ماده ۶ مقرر شده است: «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱: چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی از مالک را ندارد.

تبصره ۲: در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد.»

ظاهراً صدر ماده از مسأله شماره ۷ و ۸ تحریرالوسیله اقتباس شده که به مشروعیت گرفتن سرقفلی موجر از مستأجر حکم شده، ولی به مسأله ۵ که مشروعیت گرفتن سرقفلی و حلیت آن توسط موجر منوط به تحدید اختیار او در افزایش اجاره‌بها و تخلیه شده، توجهی نشده است.<sup>۶۱</sup> اشکال‌های وارد بر ماده ۶ از این قرار است:

۶۱. موسوی خمینی، ج ۲، ۱۳۷۴: ۶۱۴ به بعد.



۱. سرقفلی به مبلغی پول تعبیر شده که موجر از مستأجر دریافت می‌کند و مشروعیت آن نیز منوط به توافق دو طرف شده، در حالی که در نظریه‌های فقهی، مشروعیت گرفتن سرقفلی موجر منوط به تحدید اختیار او در افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستأجره یا تعهد او به تمدید عقد اجاره بعد از انقضای مدت عقد اجاره شده و مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر نیز به داشتن حق اجاره دادن عین مستأجره بعد از پایان عقد اجاره منوط شده است.

۲. هرچند ظاهر حکم تبصره ۱ که برای مستأجر حق واگذاری سرقفلی شناسایی شده با ماده ۴۷۴ ق.م. و قواعد حقوقی مالکیت منافع توسط مستأجر و قابلیت انتقال منافع عین مستأجره سازگار است؛<sup>۶۲</sup> اما انتقال سرقفلی غیر از انتقال منافع عین است. در نتیجه، مشروعیت حق سرقفلی برای مستأجر، بدون این که چنین حقی از طرف موجر به او واگذار شده باشد، از سویی با موازین فقهی منافات دارد، چون مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر در نظریه‌های فقهی منوط به پرداخت سرقفلی او به موجر یا شرط عدم تخلیه و عدم افزایش کرایه شده است<sup>۶۳</sup> و از سوی دیگر، رویکرد ماده و تبصره ۱ به سرقفلی کاملاً متفاوت می‌شود، زیرا مبنای مشروعیت سرقفلی مطابق ماده، توافق ضمن عقدی موجر و مستأجر است، درحالی که مبنای مشروعیت آن، مطابق تبصره ۱ عقد اجاره است که همان رویکرد قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد. افزون بر این، از سویی مستأجر مستحق ایجاد سرقفلی و انتقال آن اعلام شده و از سوی دیگر، در پایان عقد اجاره، مستأجر دوم موظف به تخلیه شده که این موجب بروز اختلاف و دعوای اضافی می‌شود.

۳. رویکرد تبصره ۲ ماده ۶ به سرقفلی با ماده و تبصره ۱ کاملاً متفاوت است، چون سرقفلی به عنوان حقی اطلاق شده که به طریق صحیح از موجر به مستأجر قابل انتقال است. این حق که در ادبیات فقهی به حق سکنی<sup>۶۴</sup> یا به حق ایجار<sup>۶۵</sup> تعبیر شده با حق تخلیه موجر قابل جمع نیست، در حالی که در قانون، بدون این که اختیار تخلیه موجر

۶۲. اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰۸.

۶۳. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۰: ۴۲۲.

۶۴. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۰: ۴۲۲.

۶۵. موسوی خمینی، ج ۲، ۱۳۷۴: ۶۱۵.



محدود به موارد معینی (مانند قانون سال ۱۳۵۶) شود، برای مستأجر حق مطالبه قیمت سرقفلی به قیمت عادله روز شناسایی شده است با این حال، رویکرد تبصره ۲ ماده ۶ به سرقفلی از حیث ماهوی به موازین فقهی و عرف نزدیکتر است، هر چند در این تبصره نیز از کار کرد حقوقی سرقفلی غفلت شده و فقط مستأجر مستحق مطالبه قیمت روز سرقفلی در هنگام تخلیه اعلام شده است.

بنابراین، هر چند توافق موجر و مستأجر یا مستأجر اول و دوم، مطابق ماده ۶ سبب اصلی مشروعیت سرقفلی به حساب آمده، اما مطابق مواد ۷ و ۸ قانون، شرط عدم افزایش کرایه و عدم تخلیه یا شرط تمدید اجاره که به نفع مستأجر در عقد اجاره درج شده، یکی دیگر از اسباب مشروعیت مطالبه سرقفلی برای مستأجر مشروط له عنوان شده است. تحت تأثیر نظریه‌های فقهی در این مواد، فرضی مطرح شده که برای مستأجر اول، با وجود عدم پرداخت سرقفلی به موجر، گرفتن سرقفلی از مستأجر دوم مشروع است و آن هنگامی است که مستأجر اجاره‌های طولانی، شرط عدم تخلیه و عدم افزایش کرایه بر موجر را در ضمن عقد اجاره درج کرده باشد. به همین علت در ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی، حکم ماده ۷ ناظر به روابطی اعلام شده که شرط تمدید اجاره بر موجر درج شده باشد. چنین شرطی ممکن است به طور مطلق یا به شرط مباشرت مستأجر در ضمن قرارداد درج شود که به نظر میرسد ماده ۷ ظاهر در شرط مطلق است. در این ماده مقرر شده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در این صورت مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».

در این ماده نیز از موازین فقهی - حقوقی عدول شده است، زیرا شرط تمدید اجاره ظاهر در شرط فعل است که ضمانت اجرای آن، در مرحله اول، مطابق قواعد حقوقی، الزام قضایی موجر به تمدید اجاره<sup>۶۶</sup> و در مرحله دوم، انجام آن به هزینه موجر توسط ثالث می‌باشد که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م. به آن تصریح شده است. به همین خاطر، چون مورد شرط، تمدید قرارداد است؛ توسط مقام قضایی قابل انجام بوده، در صورت تعذر، ارش قابل



مطالبه نیست و مشروط له فقط خيار تعذر شرط خواهد داشت.<sup>۶۷</sup> در نتیجه، اختیار مطالبه سرقفلی توسط مستأجر، خلاف قواعد حقوقی است، مگر این که اجرای شرط موجب عسرت موجر شود و موجر به استناد قاعده عسر و حرج، خواهان عدم اجرای شرط باشد، همانگونه که در ماده ۱۵ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ موجر برای نیاز خود اختیار تخلیه داشت. در این گونه موارد، مستأجر می‌تواند برای تخلیه و اسقاط شرط، مطالبه عوض کند که در ماده ۷ به مطالبه سرقفلی تعبیر شده است. بنابراین، به صرف درج شرط تمديد اجاره، مستأجر مستحق مطالبه مبلغی تحت عنوان سرقفلی نیست، مگر این که وادار به اعراض از عمل به شرط شود.

همچنین حکم ماده ۷ نسبت به مستأجر دوم نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اگر مستأجر دوم با موجر قرارداد اجاره منعقد کند، چنین اجاره‌ای به استناد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. نافذ نیست، چرا که منافات با تعهد او به عدم تخلیه و اجاره آن به مستأجر اول دارد. اگر مستأجر اول با ثالث قرارداد منعقد کند، اسقاط حق نکرده، بلکه انتقال حق داده و تمام حقوق او به مستأجر دوم منتقل شده است، چون اگر اسقاط حق به حساب آید، مستأجر دوم نمی‌تواند موجر را به تمديد قرارداد ملزم یا از او مطالبه سرقفلی کند. به هر حال، مطالبه سرقفلی مستأجر اول از مستأجر دوم مشروع است، اما شرط اطلاق با آن ساقط نمی‌شود، بلکه شرط به قوت و اعتبار خود باقی است که مشروط له آن را به ثالث واگذار کرده و به استناد اصل لزوم عقد و شرط، موجر باید شرط را به نفع مستأجر دوم اجرا کند.

ماده ۸ قانون نیز ناظر به فرضی است که شرط تمديد قرارداد، هرساله بر موجر به شرط مباشرت مستأجر در عقد درج شده باشد؛ چون تفاوت این ماده با ماده قبل در این است که مطابق این ماده به علت شرط مباشرت، مستأجر حق واگذاری به غیر را ندارد. در این ماده مقرر شده: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک، عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل، مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید». واضح است که در این فرض نیز به اقتضای لزوم شرط، موجر حق تخلیه ندارد و مستأجر نیز نمی‌تواند از موجر سرقفلی مطالبه کند، زیرا تعهد موجر عدم تخلیه و

۶۷. انصاری، ج ۶، ۱۴۱۵: ۷۱.



عدم افزایش اجاره بها است و اگر از آن امتناع کند به حکم ماده ۲۳۷ ق.م.ا.جبار می شود. به این جهت، مستأجر حق مطالبه سرقفلی ندارد، مگر این که موجر مطابق قواعد حقوقی، مستحق مطالبه تخلیه باشد که در این صورت، مستأجر می تواند برای اسقاط شرط، سرقفلی مطالبه کند.

بنابراین، اطلاق اختیار مستأجر در مطالبه سرقفلی از موجر، منافات با قواعد حقوقی دارد، زیرا شرط تعهد موجر به اجاره دادن عین مستأجر به مستأجر و عدم اجاره آن به دیگری در ضمن عقد درج شده که چنین تعهدی اقتضای مطالبه سرقفلی توسط مستأجر را ندارد، بلکه اقتضای آن، بطلان اجاره معارض موجر به استناد ماده ۴۵۴ و مطالبه اجبار موجر به تمدید عقد اجاره مطابق ماده ۲۳۷ ق.م.ا. می باشد. در نتیجه، موجر را نمی توان ملزم به پرداخت سرقفلی کرد، مگر این که در معرض عسر و حرج باشد به گونه ای که اگر به اجرای شرط الزام شود معسر گردد. در این فرض اگر به استناد قاعد نفی عسر و حرج برای موجر حق تخلیه شناسایی شود و مطالبه تخلیه کند، مستأجر نیز مطالبه عوض خواهد داشت. ماده ۱۰ به تعیین مبلغ سرقفلی اختصاص یافته و ملاک تعیین مبلغ دریافتی با عنوان سرقفلی به توافق دو طرف واگذار شده است؛ اما اگر دو طرف رابطه به توافق نرسند، دادگاه صالح مجاز به تعیین مبلغ سرقفلی شده است. در این ماده مقرر شده است: «در مواردی که طبق این قانون، دریافت سرقفلی مجاز می باشد، هرگاه بین طرفین نسبت به میزان آن توافق حاصل نشود با نظر دادگاه تعیین خواهد شد. تبصره: مطالبه هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می باشد».

هرچند ظاهر عبارت ماده، مطلق است، ولی باید آن را محدود به مواردی کرد که روابط قراردادی دو طرف منقضی شده و مستأجر به دلیل پرداخت سرقفلی در ابتدای قرارداد یا درج شرط تجدید اجاره، مستحق دریافت مبلغی است که در این ماده سرقفلی به آن اطلاق شده است. به این دلیل که دادگاه صلاحیت ورود به رابطه موجر و مستأجر یا مستأجر اول و دوم در مرحله انعقاد قرارداد را ندارد، در مواردی که مستأجر از موجر یا مستأجر بعدی از مستأجر قبلی مستحق مطالبه سرقفلی است و درباره مبلغ آن اختلاف کنند، دادگاه صالح به درخواست یکی از دو طرف می تواند مقدار سرقفلی را تعیین کند. حکم تبصره این ماده نیز تحت تأثیر نظریه های فقهی است که مطالبه وجهی غیر از سرقفلی را نامشروع شمرده





شده، چون در دیدگاه فقهی<sup>۶۸</sup> مشروعیت سرقتی برای مستأجر مشروط به پرداخت سرقتی در ابتدای عقد یا شرط تجدید اجاره شده است.

### طریق انتقال سرقتی

قانونگذار در قانون جدید برای انتقال سرقتی طریق خاصی را مقرر نکرده است جز اینکه در تبصره ۲ ماده ۶ انتقال سرقتی را در صورتی مؤثر دانسته است که به «طریق صحیح شرعی» صورت گرفته باشد. در اینکه مراد از این اصطلاح چیست روشن نیست. خصوصاً با توجه به اینکه در منابع فقهی هم هیچ طریق خاصی برای انتقال سرقتی پیش بینی نگردیده است. به نظر یکی از حقوقدانان<sup>۶۹</sup> اصطلاح «طریق صحیح شرعی» در تبصره ۲ به معنی بازگشت دوباره به مشهور در فقه و از یاد بردن ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده است.

ایشان برای گریز از نتیجه نامطلوب این امر در نظام حقوقی معتقدند: «واژه شرعی را باید به معنی قانونی گرفت زیرا فرض این است که قوانین ما با شرع تعارض ندارد. پس باید انتقالی را پذیرفت که حقوق آن را نافذ بداند».<sup>۷۰</sup>

بنابراین با توجه به عدم پیش‌بینی طریق خاصی برای انتقال سرقتی باید در این مورد از اصول کلی حقوقی کمک گرفت و از آنجا که اصل در عقود و قراردادها بر رضایی بودن آنها است و جز در مواردی که قانونگذار تصریح کرده است برای تشکیل قراردادها هیچ تشریفات خاصی لازم نیست، در مورد سرقتی نیز نتیجه اعمال اصل مزبور این است که می‌توان سرقتی را با سند عادی و گواهی دو نفر معتمد به دیگری منتقل کرد. البته همانطور که قبلاً بیان گردید به دلیل تبعی بودن حق سرقتی انتقال آن جز به همراه انتقال منافع مورد اجاره امکان پذیر نخواهد بود و شخص نمی‌تواند در عین نگهداشتن منافع، سرقتی مربوط به آن را به دیگری انتقال دهد (مستفاد از ماده ۶ قانون). برعکس در موردی که مستأجر با گرفتن مبلغی به عنوان سرقتی حقوق خود را که از شروط ضمن

۶۸. موسوی خمینی، ج ۲، ۱۳۷۴: ۶۱۴.

۶۹. دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۴.

۷۰. همان.



عقد ناشی شده است اسقاط می‌کند (به شرح ماده ۷ و ۸ قانون) در این صورت اگر چه این امر با انتقال منافع مورد اجاره همراه نمی‌باشد ولی باید توجه کرد که این عمل انتقال سرقفلی به معنی خاص کلمه نخواهد بود.

برخلاف قانون جدید، به موجب تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر، مصوب ۱۳۵۶، تنها راه انتقال حق کسب با پیشه یا تجارت از طریق تنظیم سند رسمی بوده است که در مقام عمل، در انتقال سرقفلی نیز از همان حکم تبعیت می‌شد.<sup>۷۱</sup>

## آثار و کارکرد سرقفلی الف) آثار انتقال سرقفلی

یکی از مهمترین آثار پرداخت سرقفلی قبل از قانون ۱۳۷۶، خصوصاً با توجه به مفهوم مخالف قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۶۵، این بود که با انقضای مدت اجاره، موجر نمی‌توانست تخلیه مورد اجاره را از مستاجر در خواست نماید. در حالی که در قانون ۱۳۷۶ با انقضاء مدت اجاره رابطه استیجاری قطع و مستاجر مکلف به تخلیه مورد اجاره می‌باشد اعم از اینکه مستاجر مبلغی به عنوان سرقفلی پرداخت کرده یا نکرده باشد، و تنها فرق بین این دو مورد به موجب قانون مزبور این است که در صورت انتقال سرقفلی به مستاجر، وی حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را به هنگام تخلیه خواهد داشت (تبصره ۲ ماده ۶). سؤالی که در اینجا قابل طرح بوده این است که آیا در اینگونه موارد مستاجر می‌تواند تخلیه مورد اجاره را منوط به پرداخت سرقفلی از جانب مالک بنماید؟

قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۶ قانون فقط از حق مطالبه سرقفلی توسط مستاجر سخن می‌گوید و هرگز از حق اناطه مستاجر بحثی به میان نمی‌آورد. برعکس ماده ۴ در مواردی به مستاجر چنین حقی را اعطاء نموده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن از مستاجر دریافت کرده باشد تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر موقوف به استرداد سند یا وجه مذکور به مستاجر یا سپردن آن به دایره اجرا است...».



ماده ۲۰ آئین‌نامه اجرایی قانون مزبور نیز در تکمیل آن مقرر داشته است: «چنانچه موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن از مستاجر دریافت کرده و در سند اجاره (عادی و یا رسمی) درج شده باشد یا توسط خود موجر عنوان شود، در این صورت تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر موکول به استرداد سند یا وجه یاد شده به مستاجر و ارایه رسید آن به ضمیمه درخواست تخلیه به مرجع قضایی و با ارایه آن به دایره اجرای ثبت و یا سپردن آن بر حسب مورد به دایره اجرای دادگستری و یا دایره اجرای ثبت می‌باشد».

مطابق تبصره ماده فوق، در صورتی که ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن در سند اجاره (عادی و یا رسمی) ذکر نشده باشد و توسط موجر نیز هنگام درخواست و تقاضای تخلیه مطرح نشود و مستاجر از این جهت مدعی حق شود، می‌تواند طبق ماده (۵) قانون اقدام به احقاق حق خود نماید».

از عدم ذکر سرقفلی در کنار ودیعه و غیره در مواد فوق استفاده می‌شود که به نظر قانونگذار مستاجر نمی‌تواند تخلیه مورد اجاره را موکول به استرداد سرقفلی نماید بلکه در این صورت ادعای سرقفلی از جانب مستاجر در واقع یکی از مصادیق ادعای حق از جانب مستاجر است که مطابق ماده ۵ قانون، باید ضمن اجرای دستور تخلیه شکایت خود را به دادگاه صالح تقدیم نماید. ماده ۵ مقرر می‌دارد: «چنانچه مستاجر در مورد مفاد قرار داد ارایه شده از سوی موجر مدعی هرگونه حقی باشد ضمن اجرای دستور تخلیه شکایت خود را به دادگاه صالح تقدیم و پس از اثبات حق مورد ادعا و نیز جبران خسارات وارده حکم مقتضی صادر می‌شود».

اینگونه تفسیر به نظر نا عادلانه می‌آید زیرا چه فرق است بین سرقفلی و بین ودیعه یا قرض که موجر از مستاجر دریافت کرده است و در حالی که هر دو از نظر قانونگذار قابل استرداد است چرا باید مستاجر یا مقامات اجرایی نتوانند تخلیه را موکول به استرداد سرقفلی بنمایند. برای اینکه بتوان حکم قانون را به عدالت و انصاف نزدیک کرد به نظر می‌رسد از ماده ۴ قانون باید کمک گرفت. بدین ترتیب که موارد مذکور در ماده ۴ حصری نبوده بلکه به قرینه عبارت «و مشابه آن» تمثیلی است و در نتیجه پرداخت سرقفلی نیز می‌تواند یکی از این موارد مشابه باشد و در نتیجه مستاجر با مقامات اجرایی در چنین مواردی نیز می‌تواند تخلیه مورد اجاره را موکول به استرداد سرقفلی بنمایند. البته مشروط به اینکه پرداخت سرقفلی و میزان آن در قرارداد (عادی و یا رسمی) ذکر شده و یا موجر



آن را قبول نماید در غیر این صورت مستاجر برای مطالبه سرقفلی ادعایی خود باید به دادگاه مراجعه نماید.

چنانکه این مطلب از ماده ۵ قانون نیز به نحوی قابل استفاده است. زیرا ماده مزبور ناظر به مواردی است که مستاجر نسبت به مفاد قرارداد ارایه شده به مقامات اجرایی به هنگام تخلیه معترض بوده و مدعی حقی است که در قرارداد مزبور پیش بینی نگردیده است یا مدعی جعل و تقلبی است که در آن به عمل آمده است و هرگز ناظر به مواردی که در قرارداد ارایه شده به پرداخت سرقفلی تصریح شده با خود موجه در قبال ادعای مستاجر تسلیم شده و آن را قبول می کند نخواهد بود.

بنابراین به نظر می رسد در مواردی که مستاجر مبلغی را به عنوان سرقفلی به مالک پرداخت نموده است، تخلیه مورد اجاره موکول به استرداد سرقفلی می باشد و مقامات اجرایی نباید قبل از وصول آن نسبت به تخلیه اقدام نمایند. اگر مستاجر به دلیل عدم استرداد سرقفلی از جانب مالک از تخلیه مورد اجاره خودداری نماید آیا موجه برای این مدت مستحق اجرت خواهد بود؟

قانون جدید در این مورد ساکت است اما با توجه به اینکه مطابق قانون مزبور، با انقضای مدت اجاره رابطه استیجاری قطع می شود. شاید بتوان از ماده ۴۹۴ ق.م که مقرر می دارد: «عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می شود و اگر پس از انقضاء آن، مستأجر عین مستاجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد موجه برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگر چه مستاجر استیفاء منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفاء منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجاناً استفاده نماید»، استفاده کرد. بدین ترتیب که معیار در استحقاق مالک، اجرت المثل است با این فرق که در صورت اجازه فقط در صورت استیفاء منفعت مستحق اجرت مزبور خواهد بود ولی در صورتیکه تصرف مستاجر بدون اجازه او باشد در هر حال مستحق اجرت خواهد بود. حال در مورد مفروض این سوال مطرح است که آیا آن را باید حمل بر مورد اجازه کرد یا بدون اجازه؟

شاید در بدو امر به نظر آید چون تصرفات مستاجر به رغم درخواست تخلیه از جانب مالک بوده است لذا وی مستحق اجرت المثل این مدت خواهد بود چه مستاجر از آن استیفاء منفعت کرده یا نکرده باشد. ولی با دقت و تأمل در مساله به نظر می رسد اینگونه موارد را باید حمل بر تصرفات با اجازه مالک کرد. زیرا عدم تخلیه مستاجر مبتنی بر



اعمال حقی است که قانونگذار به او داده است و از این جهت که اذن در شیء اذن در لوازم آن است در واقع در اینگونه موارد باید اجازه قانونگذار را جانشین اجازه مالک دانست و در نتیجه موجر در صورتی استحقاق اجرت‌المثل را خواهد داشت که مستاجر از مورد اجاره استیفاء منفعت کرده باشد. البته این تفسیر در مواردی قابل اعمال خواهد بود که مستاجر آمادگی خود را جهت تخلیه اعلام ولی بدلیل عدم پرداخت سرقفلی از جانب مالک از تخلیه خودداری می‌کند.

در مورد آثار سرقفلی مذکور در ماده ۷ و ۸ قانون، ابتدا این مواد ذکر و سپس به آثار آن اشاره می‌شود. ماده ۷ مقرر می‌دارد: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستاجره در تصرف مستاجر باشد مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستاجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستاجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید در این صورت مستاجر می‌تواند از موجر و یا مستاجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».

ماده ۸ نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستاجره را به غیر مستاجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستاجر متصرف واگذار نماید مستاجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید».

در مورد مواد فوق چند مطلب قابل توجه است:

اولاً: هر دو ماده از منابع فقهی اقتباس شده است به طوری که ماده ۷ و ۸ به ترتیب ترجمه مساله ۶ و ۷ از مبحث سرقفلی تحریرالوسیله حضرت امام (ره) می‌باشد.<sup>۷۲</sup> ثانیاً: این دو ماده از نظر ماهیت و محتوا تفاوتی جز در مورد میزان اجاره‌بهای موضوع تعهد موجر ندارند، لذا قانونگذار می‌توانست این دو ماده را در هم ادغام نماید. نکته قابل ذکر در مورد ماده ۸ این است که موجر متعهد شده است هر ساله عین مستاجره را به اجاره‌بهای متعارف به مستاجر واگذار نماید که این مبلغ می‌تواند از سالی به سال دیگر متفاوت باشد. در واقع در ماده مزبور نوعی تبدیل اجاره‌بها پیش بینی شده است که البته در صورت اختلاف مالک و مستاجر در میزان آن، تعیین آن با دادگاه خواهد بود که باید با توجه به قیمت



متعارف آن معین نماید.

ثالثاً؛ در ماده ۷ به مستاجر اجازه داده شده است از موجر یا مستاجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید در حالی که در ماده ۸ پرداخت کننده سرقفلی معین نگردیده است ولی با توجه به ماهیت واحد این دو ماده ظاهراً قانونگذار از این حیث ماده ۸ را به ماده ۷ ارجاع داده است.

رابعاً؛ در هر دو ماده مبلغی که به عنوان سرقفلی دریافت می‌شود به عنوان عوض اسقاط حق مستاجر یا تخلیه محل می‌باشد اگر چه در ماده ۷ از تخلیه محل ذکری نشده است ولی این مطلب از مسأله ۶ تحریر الوسیله که منبع اقتباس قانونگذار بوده است قابل استفاده است.

خامساً؛ شرط مذکور در هر دو ماده که مبنای حق مستاجر است، از انواع شرط فعل است که به موجب آن موجر متعهد می‌گردد هر ساله مورد اجاره را به همان مبلغ یا مبلغ متعارف به مستاجر متصرف اجاره دهد. اگر موجر از انجام این شرط خودداری کند مستاجر می‌تواند الزام او را به انجام شرط از دادگاه درخواست کند و در صورت امتناع موجر، دادگاه می‌تواند با تعیین نماینده‌های سند اجاره را با همان مبلغ با به مبلغ متعارف تنظیم نماید (مستفاد از ماده ۲۳۸ ق.م.ا).

سادساً؛ مطابق مواد فوق، مستاجر می‌تواند برای اسقاط حق خویش با تخلیه محل مبلغی را به عنوان سرقفلی از موجر یا مستاجر دریافت دارد. البته همانطور که قبلاً بیان گردید آنچه در این مورد پرداخت می‌شود نمی‌توان آن را به سرقفلی به معنی خاص کلمه نامید چنانکه یکی از فقهای بزرگوار به آن تصریح کرده و نوشته‌اند: «آنچه که مستاجر بابت اسقاط حق خود از مستاجر می‌گیرد سرقفلی نبوده و نمی‌توان برای آن نام سرقفلی نهاد بلکه عوض رفع ید و اسقاط حق است».<sup>۷۳</sup>

آنچه در مورد مزبور قابل بررسی بوده این است که اثر دریافت این نوع سرقفلی و اسقاط حق مستاجر چیست؟ آیا در اثر آن حقوق مستاجر متصرف به پرداخت کننده سرقفلی منتقل می‌شود یا اثر آن محدود به اسقاط حق مستاجر است نه بیشتر؟ به نظر می‌رسد در این مورد باید بین دو مورد قائل به تفکیک شده مورد اول عبارت از



دریافت مبلغی از موجر برای اسقاط حق مستأجر متصرف است که در این صورت بدون تردید در اثر پرداخت این مبلغ به مستاجر، مورد اجاره از قید اجاره آزاد شده و منافع آن نیز در اختیار موجر قرار می‌گیرد و او بعد از این می‌تواند آن را به هر شخص و با هر شرایطی به دیگری واگذار کند.

مورد دوم عبارت از پرداخت مبلغی از سوی شخص ثالث به مستاجر برای اسقاط حق وی با تخلیه محل می‌باشد. در این مورد قانونگذار از شخص مزبور با عنوان «مستاجر» تعبیر کرده است که ظهور در وجود رابطه استیجاری بین او و مالک دارد. ولی به نظر می‌رسد با توجه به منابع فقهی و فتاوی معتبر که در موارد سکوت قانون مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی باید به آنها رجوع کرد باید از این ظاهر رفیعد کرد و اطلاق «مستاجر» به شخص مزبور را حمل بر مجاز کرد. بنابراین چنانکه برخی از فقها<sup>۷۴</sup> نیز نوشته‌اند تنها اثر پرداخت سرقفلی به مستاجر در اینصورت این است که مورد اجاره از قید حقوق مستاجر متصرف آزاد گردیده و شخص اخیر می‌تواند با مراجعه به مالک آن را به اجاره خود درآورد. اما اینکه او در اثر پرداخت سرقفلی بتواند الزام موجر را برای واگذاری مورد اجاره مطابق با شروط ضمن عقد در اجاره اول بخواند، هرگز چنین اثری را بدنبال نخواهد داشت.

یکی از آثار عرفی پرداخت سرقفلی این است که پرداخت آن تأثیر مستقیمی در اجاره-بها دارد و در میان عرف اجاره‌بهای اماکنی که سرقفلی آنها به مستاجر واگذار گردیده است به مراتب کمتر از اجاره‌بهای اماکنی است که بدون انتقال سرقفلی و به صرف عقد اجاره منافع آن به مستاجر واگذار می‌گردد.

### ب) کارکرد سرقفلی

در قانون موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۷۶ ماهیت واقعی و عرفی سرقفلی معین نشده است؛ زیرا به عنوان مبلغ پول قابل مطالبه مطرح شده، در حالی که سرقفلی در بازار به عنوان حق قابل معاوضه و مبادله رایج شده است؛ هرچند در تبصره ۲ ماده ۶ از سرقفلی به عنوان حق واگذار شده به مستاجر یاد شده است. افزون بر این، تمام هدف قانونگذار در



مواد قانونی به موارد مشروعیت و عدم مطالبه سرقفلی محدود شده است که از این جهت نیز موفق نبوده؛ زیرا سرقفلی که مطابق قانون، موجر مجاز به دریافت آن است، مصداقی از ربای معاملی است که به اتفاق صاحب نظران<sup>۷۵</sup> نامشروع و حرام می‌باشد، در حالی که بایستی قانون بر نظریه زیربنایی تدوین شود و تمام ابعاد حقوقی موضوع نسبت به دو طرف رابطه حقوقی و نیز کارکرد اجتماعی آن از نظر قواعد حقوقی و منافع اقتصادی جامعه مورد توجه قرار گیرد. همان گونه که بعضی نیز معتقدند، درآمدی باید منافع مشروع به حساب آید که از طرفی، محصول فعالیت شخص باشد یا دست کم جنبه استثمار نداشته باشد و از طرف دیگر، کاربرد مشروع و مفید داشته باشد منفعت محله مقصوده.<sup>۷۶</sup> بر این اساس، مطالبه یک مبلغ معین در ابتدای قرارداد از یک طرف و مطالبه مجدد قیمت آن در پایان قرارداد از طرف پرداخت کننده، علاوه بر حرمت ربوی رابطه، فاقد منفعت عقلایی و اجتماعی است.

افزون بر این، مواردی که مطابق قانون، گرفتن سرقفلی مشروع اعلام شده، در نظریه‌های فقهی که صرفاً به فروع و تکلیف شخصی توجه شده، نامشروع به حساب آمده است، چون ملاک مشروعیت و عدم مشروعیت گرفتن سرقفلی، تحدید و عدم تحدید اختیارات موجر در تخلیه و افزایش کرایه<sup>۷۷</sup> عنوان شده و در فرض تحدید اختیارات موجر است که گرفتن مبلغی با عنوان سرقفلی، دارای منفعت عقلایی می‌شود تا مشروعیت آن احراز گردد. همچنین سرقفلی به این مفهوم، نسبت به رابطه دو طرف نیز فاقد منفعت عقلایی مشروع است، زیرا گرفتن مبلغی با عنوان سرقفلی، بدون این که امتیازی به پرداخت کننده تعلق گیرد، منفعتی ندارد و صرف این که در قانون پیش بینی شده که مستأجر پرداخت کننده سرقفلی، مستحق مطالبه قیمت آن در روز تخلیه است، منفعت مسلمی نیست که حمایت از آن را مشروع کند. رابطه حقوقی که در نتیجه شرط محقق می‌شود باید دارای منافع عقلایی مشروع باشد<sup>۷۸</sup> یا لغو و بی‌فایده در نظر عقلا و عرف

۷۵. محقق الثانی، ج ۴، ۱۴۱۴: ۲۷۵.

۷۶. مطهری، ج ۳، ۱۳۸۱: ۴۰۳.

۷۷. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۰: ۴۲۲.

۷۸. موسوی خوئی، ج ۱، ۱۴۱۴: ۹۶.





نباشد؛<sup>۷۹</sup> یعنی همان غرض معاملی<sup>۸۰</sup> یا غرض عقلایی<sup>۸۱</sup> بنا بر این، شایسته بود تدوین کنندگان قانون، موضوع سرقفلی را از عرف و بازاریشناسایی کنند، همانگونه که در نظریه‌های فقهی نیز تا حدی به این موضوع توجه شده، چرا که سرقفلی به عنوان یک حق در گذشته سابقه نداشته و برای اثبات مشروعیت آن تنها به اختیار موجد به تمديد اجاره یا تجدید اجاره به تعویض مستأجر و قابلیت واگذاری آن استناد شده است.<sup>۸۲</sup>

موضوع دیگری که در قانون می‌بایست مورد توجه قرار گیرد، شرایط تحقق و واگذاری سرقفلی است؛ زیرا این حق به محل تجاری تعلق می‌گیرد که از شرایط اساسی آن، قابلیت بقای بنای مکان تجاری است، وگرنه اگر محل تجاری از بافت‌های فرسوده و در معرض خرابی باشد، واگذاری سرقفلی آن، معامله غرری - سفهی است که باطل می‌باشد. بنا بر این، باید نسبت به قیمت پرداختی، محل قابلیت بقا داشته باشد که به نظر می‌رسد سرقفلی نسبت به محل‌هایی قابل تحقق یا واگذاری باشد که عمر مفید بنای آنها دست کم ۱۰ سال باشد.

همچنین باید چگونگی تنظیم رابطه مالک عین و دارنده سرقفلی، در قانون مورد توجه قرار می‌گرفت و سیره غالب دارندگان سرقفلی با مالک به استناد اعتبار سیره عقلا، به عنوان مقررات قانونی، الزامی می‌شد. به عنوان مثال هرچند در قانون مصوب سال ۱۳۵۶ نیاز شخصی یا تجاری موجد به محل تجاری، یکی از موارد مجاز تخلیه شمرده شده است، ولی عرف بازار مساعد این رویه نیست و مالک اگر نیاز به محل تجاری داشته باشد، باید مانند بیگانه سرقفلی به او واگذار شود. همچنین مطلق پروانه یا مجوز ساخت و ساز، تجدید بنا نباید موجب تخلیه به حساب آید. در این گونه موارد نیز، اختیار تجدید بنای مالک باید به رضایت دارنده حق سرقفلی و پرداخت قیمت روز حق سرقفلی محدود شود.

---

۷۹. معروف حسینی، ۱۹۸۴: ۴۳۲.

۸۰. اصفهانی، ۱۴۰۹: ۶۸.

۸۱. همان، ۱۲۸.

۸۲. حسینی حائری، ج ۱، ۱۴۲۳: ۱۶۵ و ۱۶۸.



## نتیجه گیری

هرچند در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ از عنوان سرقفلی برای توجیه مشروعیت عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت استفاده شده است و با تغییر ظاهر عنوان، تلاش شد که با موازین فقه اسلام منطبق شود؛ اما شناسایی حق کسب یا پیشه یا تجارت در مقررات حقوق موضوعه موجب شد که در عرف بازار، حق سرقفلی در روابط موجر و مستأجر رایج شود تا موجری که فاقد اختیار تخلیه در پایان زمان اجاره بود، در ابتدای اجاره با مستأجر بر مبلغی وجه نقد با عنوان سرقفلی توافق کند و ضرر ناشی از عدم اختیار تخلیه در پایان اجاره جبران شود. این پرداخت مبلغ که با توافق دو طرف با عنوان شرط ضمن عقد، قابل توجیه بود، نه تنها مورد مخالفت فقها قرار نگرفت، بلکه برای توجیه آن نظریه پردازی نیز کردند. حق سرقفلی در پرتو این نظریات فقهی در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ شناسایی شد، ولی در این قانون بیشتر به مشروعیت سرقفلی اکتفا شده، تمام ابعاد حقوقی آن، بررسی نشده است:

۱. سرقفلی به مبلغ وجه نقدی تعبیر شده که موجر از مستأجر یا مستأجر از موجر یا مستأجر دوم دریافت می کند، در حالی که می بایست از آن به عنوان حقی تعبیر شود که به مستأجر محل تجاری تعلق می گیرد.
۲. در مشروعیت سرقفلی در قانون، تنها بر توافق دو طرف اکتفا شده که مطابق با فرض قانونی، مصداق ربای معاملی است، در حالی که در نظریه های فقهی افزون بر توافق دو طرف، پرداخت عوض و طولانی بودن رابطه از شرایط اساسی مشروعیت حق به حساب آمده است.
۳. کارکرد سرقفلی با فلسفه اجتماعی آن و نیز روابط مالک و دارنده یا دارندگان بعدی، مورد توجه قرار نگرفته که موجب بروز مشکلات حقوقی متعددی در مدیریت حقوقی این رابطه شده است.

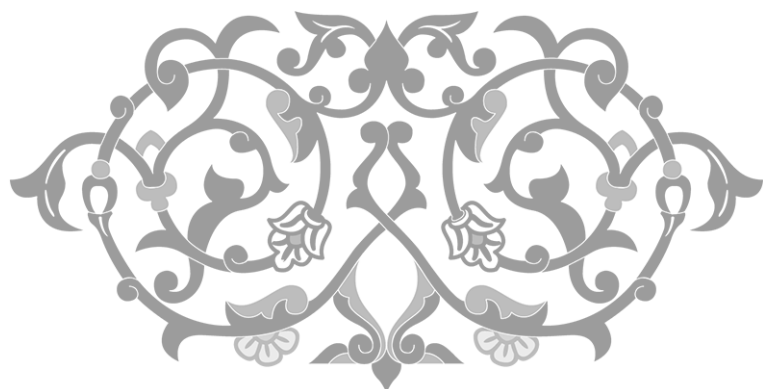


## منابع

- اصفهانی، محمد حسین، ۱۴۰۹ق، الإجارة، ج دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- امام خمینی (ره)، سید روح الله، بی تا، تحریر الوسيله، ج ۲، بحث سرقفلی، انتشارات قدس محمدی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بحرانی، محمد سند، ۱۴۲۸ق، فقه المصارف و النقود، قم، محبین.
- پنجتنی، سیدمحسن، بی تا، ۱۰ گفتار در روابط موجر و مستاجر (سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت)، ماهنامه کانون، شماره ۱۱۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۲، ترمینولوژی حقوق، ج ۶، انتشارات گنج دانش.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود ۱۴۲۳ق، موسوعه الفقه الاسلامی طبقا لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ج ۴، چ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- حسینی حائری، سید کاظم، ۱۴۲۳ق، فقه العقود، ج ۱، چ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- حسینی روحانی، سید صادق، ۱۳۸۴ق، المسائل المستحدثة، قم، دارالفکر.
- حلّی، حسین، ۱۴۱۵ق، بحوث فقهیه، چ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه، انتشارات دانشگاه تهران، مدخل سرقفلی.
- زارع زیدی، علیرضا؛ عرب عامری، احمد، ۱۳۹۶، مروری بر مفاهیم سرقفلی و حق کسب، پیشه یا تجارت در نظام حقوقی ایران، دوماهنامه پژوهش در هنر و علوم انسانی، سال دوم، شماره پنجم.
- ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۷۴، حقوق تجارت، نشر دادگستر، تهران.
- سکوتی، رضا، بی تا، تاملی بر مفهوم سرقفلی و جایگاه آن در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶، فصلنامه علامه.
- صدر زاده افشار، سید محسن، حق کسب یا پیشه یا تجارت و ضوابط آن در حقوق فرانسه، مجله حقوقی وزارت دادگستری سال بیستم شماره ۲، تیر ماه ۱۳۵۷.
- عبدی پور فرد، ابراهیم، ۱۳۹۱، مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، ۱۴۲۵، جامع المسائل، چ اول، قم، انتشارات امیر قلم.
- کاتبی، حسینقلی، ۱۳۶۳، فرهنگ حقوقی فرانسه به فارسی، گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹، نقدی تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶، مقالات حقوقی مجموعه نخست، کانون وکلای دادگستری، آذربایجان شرقی و اردبیل.



- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۳، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، تهران: بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، عقود دینی، شرکت انتشار، تهران.
- کشاورز، بهمن، ۱۳۷۴، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، چاپ اول، تهران، مرکز انتشارات جهاددانشگاهی شهیدبهبشتی.
- کشاورز، بهمن، ۱۳۸۱، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، تهران، نشر کشاورز.
- کیائی، کریم، ۱۳۵۴، حقوق بازرگانی، تهران، بی‌نا.
- محقق‌الثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، چ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- مطهری، مرتضی، ۱۳۸۱، مجموعه آثار استاد شهید مطهری: بخش فقه و حقوق، قم، صدرا.
- معروف حسنی، هاشم، ۱۹۸۴، نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، منشورات مکتبه هاشم.
- معین، محمد، ۱۳۷۹، فرهنگ فارسی معین، انتشارات امیر کبیر، مدخل سرقفلی.
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۱، توضیح المسائل، مطبوعاتی هدف، چاپ سوم، قم.
- منتظری، حسین علی، ۱۳۸۳، رساله استفتاءات، ج ۱، چ اول، قم، نشر سایه.
- موسوی خلخالی، سید محمد مهدی، ۱۴۲۷، فقه الشیعہ: کتاب الإجارة، چ اول، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، ۱۳۷۴، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۸، موسوعه الإمام الخوئی، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
- \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم.
- \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، بی‌تا، مستحدثات المسائل. بی‌نا.
- موسوی خوئی، سید محمد تقی، ۱۴۱۴ق، الشروط، چ اول، بیروت، دار المؤرخ العربی.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۰۹، مجمع المسائل، چ دوم، قم، دارالقرآن الکریم.
- نفیسی، علی اکبر، فرهنگ نفیسی، تهران، خیام.



گزیده سخنرانی‌ها





# طرح دعوی و درخواست و تعیین

## صلاحیت‌ها در امور حسبی<sup>۱</sup>

حسن وثیق زاده انصاری<sup>۲</sup>

### اهمیت شناخت مرجع صالح:

در امور حقوقی و حسبیکی از مباحث مهم، صلاحیت است و شما می‌بینید گاهی پرونده‌ای را مطرح می‌کنید ولی به لحاظ صلاحیت مدت‌های مدیدی بعد، دچار ایراد در صلاحیت می‌شوید. توجه به مبحث صلاحیت در مقوله دفاع هم بسیار مهم است و شما می‌توانید زحمت یک ساله خواهانیا متقاضی را با چالش مواجه کنید. مراجع صالح برای طرح درخواست یا دعوی از منظر امور حسبی متفاوت است و ما از این جهت، عناوین متفاوت امور حسبی را به تفکیک بررسی می‌کنیم.

فهرست اکثر عناوین حسبی در مواد ۳۷۵ و ۶۶ قانون امور حسبی آمده است و باید به این فهرست عناوین قیومت (مواد ۴۴ تا ۵۶) و امین و ناظر و وصیت را هم اضافه کرد. قانون مدنی در ارتباط با بسیاری از این عناوین، مواد مبنایی و مکمل دارد. البته قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷مقدم بر قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ است و مطالبی که در اختبار مطرح می‌شود نظر بر جمع هر دو قانون و آرای وحدت رویه و سایر مقررات مرتبط دارد.

### مقدمه: درخواست و دادخواست در امور حسبی:

در مقررات حسبی (به معنی‌الخاص که شامل انحصار وراثت و امور راجع به ترکه می‌شود)، «دعوی و دادخواست» وجود ندارد، بلکه «درخواست» مطرح است. هر چند

۱. پیاده سازی: مهدی اعتمادیان، دانشجوی کارشناسی حقوق، دانشگاه پیام‌نور واحد زرین‌شهر

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



مرسوم و معمول است که همان «درخواست» را در فرم «دادخواست» تنظیم می‌کنند، ولی به لحاظ عملی آن دقت‌های لازم و فنی در مورد «دادخواست و دعاوی» در آیین دادرسی مدنی که باید در امور حقوقی رعایت شود، در امور حسبی لازم نیست؛ زیرا در قانون امور حسبی با کلمات «درخواست و تصمیم» مواجه هستیم (ماده ۱) نه دادخواست و دعوی و حکم.

البته در امور حسبی (به معنی‌العام یعنی همه عناوینی که در فصول قانون حسبی آمده است و شامل تقسیم ترکه و تنفیذ وصیت و حجر و قیمومت هم می‌شود) اصطلاحات «دعوی و دادخواست و حکم» وجود دارد و لذا رعایت همه مقررات آیین دادرسی و از جمله موارد مربوط به دادخواست، در مورد آنها لازم است؛ لیکن در مورد عناوین خاص امور حسبی همچنان اصطلاحات «درخواست و تصمیم» به کار می‌رود.

همینجا لازم است توضیح دهم که در جمع ماده ۲ قانون امور حسبی با مواد ۱ و ۵۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، باید امور حسبی به معنی‌الخاص را همچنان مشمول ویژگی‌های خاص شکلی قانون امور حسبی دانست. مهم‌ترین دلیل این دیدگاه این است که در مواد قانون آیین دادرسی مدنی مرتبا با کلمه «دعوی» مواجه هستیم ولی در امور حسبی به معنی‌الخاص با کلمه «درخواست» مواجه هستیم (بحث ویژگی‌ها و تمایزات این قانون موضوع جلسه دیگری خواهد بود).

در «تقسیم ترکه» که یکی از متداول‌ترین و شایع‌ترین و مبتلابه‌ترین دعاوی است، موازین و اصول تنظیم «دادخواست» رعایت می‌شود. هرچند علاوه بر قانون مدنی در امور حسبی هم آمده است و در ردیف ۸ ماده ۳۷۵ حسبی با کلمه «درخواست» همراه شده است، ولی واقعا و به حسب ماهیت، به قرینه ماده ۳۲۴ حسبی از جمله دعاوی محسوب می‌شود.

«تنفیذ وصیت‌نامه» هم همینطور است. هر چند در امور حسبی در فصل ششم مورد بحث است ولی ماهیت حقوقی دارد و نیاز به طرح دعوی دارد. حال با توجه به مقدمه مذکور و کلیات مطروحه، بحث مراجع ذیصلاح ذاتی و محلی را در ارتباط با عناوین امور حسبی مورد رسیدگی قرار می‌دهیم.

مراجع ذیصلاح ذاتی و محلی را در ارتباط با عناوین امور حسبی:

۱. درخواست گواهی تصدیق انحصار وراثت: قانونی داریم تحت عنوان قانون تصدیق انحصار وراثت مصوب سال ۱۳۰۹ که در ماده ۲، دادگاه محل اقامت دائمی متوفی را صالح به رسیدگی دانسته است. ولی با توجه به ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب سال



۱۳۹۴، صدور گواهی انحصار وراثت در صلاحیت شورای حل اختلاف با حضور قاضی شورا است. اما اینکه مرسوم است شورای محل فوت متوفی را قرینه بر آخرین محل اقامت متوفی را صالح به صدور گواهی حصر وراثت می‌دانند، فاقد دقت و وجهت حقوقی است و با تعریف قانونی اقامتگاه در قانون مدنی مغایر است. همینجا لازم است به یکی از ویژگی‌های قانون امور حسبی اشاره کنم؛ یعنی ماده ۱۱ که به موجب آن، ایراد و اشکال صلاحیت محلی پس از اقدام شورا مانع صحت اقدامات و تصمیمات و گواهی شورا نخواهد بود. بنابراین اگر شورای غیر صالح محلی هم گواهی انحصار وراثت صادر کرده باشد گواهی مذکور معتبر است.

لازم به ذکر است اقدامات امور حسبی خاص که با درخواست شروع می‌شود خروجی آن عنوان «گواهی و صورتجلسه قرار» دارد، نه حکم.

۲. مهر و موم و تحریر ترکه و رفع مهر و موم ترکه: مطابق ماده ۹ قانون شوراها در صلاحیت شورای حل اختلاف است و از نظر صلاحیت محلی، آخرین محل اقامتگاه و سکنای متوفی با استناد به ماده ۱۶۳ قانون امور حسبی صالح است و مواد ۱۶۴ و ۱۶۵ هم به ترتیب رعایت می‌شوند.

یکنکته یا تفاوت بین صلاحیت‌های محلی در آیین دادرسی با امور حسبی این است که در آیین دادرسی مدنی در خصوص دعاوی اموال غیرمنقول، حوزہ قضایی محل وقوع مال غیرمنقول صالح است و در مورد اموال منقول نوعاً محل اقامت خوانده و سپس سراغ سایر موارد می‌رویم اما در امور حسبی خواه در مورد اموال منقول و خواه غیرمنقول، اصل بر صلاحیت آخرین اقامتگاه متوفی است و سپس نوبت به ترتیب‌های دیگر مثل محل وقوع مال غیرمنقول متوفی می‌رسد. این نکته را در پاسخ به سوالات اختبار باید توجه کرد. بنابر این در ارتباط با مهر و موم و تحریر ترکه هر چند به ظاهر به نظر می‌رسد شورای محل اموال صالح باشد اما اینطور نیست و شورای آخرین اقامتگاه متوفی صالح است و برای حفظ اموال متوفی و رفع مهر و موم و غیره طبق مواد ۱۶۵ و ۱۹۵ به شورای محل وقوع اموال نیابت می‌دهد.

۳. تقسیم ترکه: توجه به ماده ۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی حائز اهمیت است. مطابق این ماده تا زمانی که ترکه تقسیم نشده، آخرین محل اقامت متوفی برای همه دعاوی مربوط به ترکه صالح است. بنابراین وقتی ما دادخواست تقسیم هم بدهیم باز هم در صلاحیت آخرین محل اقامتگاه متوفی است، ولی بعد از تقسیم ترکه، تعیین مراجع صالح دعاوی تابع عموماً قانون آیین دادرسی مدنی و مواد دیگر است. مثلاً اگر طلبکاری پیدا بشود (بعد از تقسیم ترکه) و ادعایی داشته باشد، دیگر به مواد قانون امور حسبی مربوط



نیست و تابع عموماً قانون آیین دادرسی مدنی است. ضمناً به این نکته ظریف دقت کنید وقتی بحث مطالبه دین و ادعا و دعوای ترافعی مطرح است، استناد به ماده ۲۰ صحیح است، اما وقتی امر مربوط به ترکه مطرح باشد چون ربطی با دعوی ندارد، نباید به ماده ۲۰ استناد کرد؛ بلکه باید همان مواد ۱۶۳ به بعد حسبی مورد استناد قرار گیرد (هر چند به ظاهر در هر دو ماده، اصل اولیه بر صلاحیت آخرین اقامتگاه متوفی است). نکته قابل اهمیت دیگر اینکه صلاحیت ذاتی دعوی تقسیم با دادگاه حقوقی است نه شورا. زیرا تقسیم از جمله دعوای غیر مالی است (توجه به ماده ۳۷۵ حسبی) و دعوای غیرمالی نمی‌توانند در صلاحیت شورا باشند.

۴. حجر و تعیین قیم: اینکه چه کسی باید درخواست حجر بدهد در مواد ۵۵ و ۵۶ امور حسبی بر عهده دادستان قرار گرفته است و مواد متعددی در حسبی و مدنی مقرر داشته که اشخاص مطلع به دادستان اعلام کنند تا وی از دادگاه بخواهد حکم حجر و تعیین قیم برای محجور صادر کند. ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، دادگاه خانواده را صالح به صدور حکم حجر و امور قیمومت دانسته است. ولی رأی وحدت رویه شماره ۷۲ مصوب ۵۳ مقرر داشته اجازه قانونی به دادستان، نافی مراجعه مستقیم سایرین به دادگاه خانواده برای اعلام حجر و گرفتن حکم حجر نیست. و از نظر صلاحیت محلی طبق ماده ۴۸ حسبی، تعیین قیم و امور راجع به قیمومت در صلاحیت دادگاه محل اقامت یا سکنا محجور (به ترتیب) است و سپس نوبت به مواد ۴۹ تا ۵۳ می‌رسد.

نکته قابل توجه در مورد صغیر این است که اگر پدر داشته باشد، دیگر قیم معنا ندارد، ولی اگر پدر نداشته باشد و بخواهند برایش تعیین قیم کنند، اقامتگاه محجور برای تعیین مرجع صالح محلی کجاست؟ آیا محل اقامت فعلی او؟ یا محل اقامت مرحوم پدر او؟ (که مطابق ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی باشد) چون اختلاف رویه در محاکم بود، رأی وحدت رویه ۲۲۴ سال ۱۳۲۳ تعیین تکلیف کرد و محل اقامت فعلی محجور را صالح دانست.

نکته قابل توجه دیگر این است که اگر مدتی بعد از تعیین قیم، وی تغییر اقامتگاه بدهد، آیا امور محجور با حوزه قضایی جدید است یا همان مرجع قبلی؟ ماده ۵۴ حسبی می‌گوید با همان دادگاه قبلی است. ولی اختلاف رویه‌ای در محاکم وجود داشت که وقتی قیم در محل جدید درخواست انتقال پرونده از اداره سرپرستی حوزه قبل را به محل جدید می‌کرد، بعضی دادستان‌ها با این درخواست موافقت می‌کردند، چون اقامتگاه محجور هم به تبع اقامتگاه قیم تغییر کرده و لذا ماده ۴۸ و ۱۰۰۶ مدنی را حاکم می‌دانستند. بعضی دادستان‌ها هم مخالفت می‌کردند، چون ماده ۵۴ را حاکم می‌دانستند یعنی تداوم صلاحیت همان مرجع سابق. تا اینکه رأی وحدت رویه ۷۵۳ سال ۱۳۹۵ با آرای موافقت کرد که



همچنان همان مرجع سابق را صالح دانسته و لذا با انتقال پرونده به محل جدید مخالفت شد. این رویه ناگهان در رأی وحدت رویه ۸۱۶ سال ۱۴۰۱ کاملاً تغییر پیدا کرد و حوزه محل جدید اقامتگاه، صالح دانسته شد و با انتقال پرونده موافقت گردید (تطبیق این آرای دیوان و تفسیر آنها نیاز به توضیح مفصل دارد که از حوصله بحث فعلی خارج است).

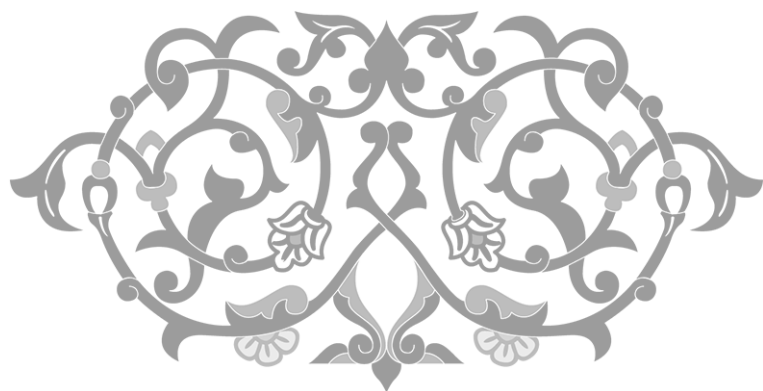
نکته دیگر، همانطور که قبلاً گفته شد دو مرجع حق درخواست حجر و تعیین قیم را از دادگاه خانواده دارند؛ یکی دادستان (یعنی اداره سرپرستی) و دیگری سایرین با تقدیم مستقیم دادخواست به دادگاه خانواده. حالا لازم به ذکر است که همان دادستانی صالح به درخواست و تشکیل پرونده است که در معیت دادگاه صالحه محلی است. ماده ۲۱ امور حسبی و آرای وحدت رویه فوق‌الذکر به این نکته تصریح کرده‌اند.

نکته دیگر این که هر چند دادستان، متقاضی حجر و قیمومت است و حکم حجر و تعیین قیم با محاکم خانواده است، اما اقدامات ابتدایی لازم برای حفظ اموال محجوران که فاقد ولی خاص هستند و همینطور اموال غایبین مفقودالاثرو و ماترک متوفای بلاوارث و اموال مجهول‌المالک به عهده شوراها حل اختلاف بوده تا بعد از آن به مرجع صالح (یعنی اداره سرپرستی) اعلام و ارسال نمایند (مطابق ماده ۱۲ شوراها حل اختلاف).

۵. نصب امین و ناظر: در مورد اینکه چه مواردی نیاز به نصب یا ضم امینیا ناظر هست، در مقررات پراکنده حسبی و مدنی تعیین تکلیف شده است. اما از حیث صلاحیت ذاتی با دادگاه خانواده و از حیث صلاحیت محلی در مورد تعیین امین جنین با دادگاه محل اقامت مادر و در مورد امین عاجز با دادگاه محل اقامت شخص عاجز است (ماده ۱۰۵ حسبی). ضمناً در مورد درخواست امین، مثل درخواست قیم، هم دادستان و هم هر ذینفعی صالح به درخواست از دادگاه است (ماده ۱۰۷ حسبی).

نکته مهم دیگر اینکه حفظ و نظارت اموال شخص محتاج به تعیین امین مادام که نصب امین نشده است، به عهده دادستانی است که اموال در حوزه او یافت می‌شود (ماده ۱۱۳ حسبی).

۶. امور غایب مفقودالاثرو: از حیث صلاحیت ذاتی، دادگاه خانواده صالح است و از حیث صلاحیت محلی، مطابق ماده ۱۲۶ حسبی، دادگاه آخرین اقامتگاه غایب و سپس به ترتیب مواد ۱۲۷ تا ۱۲۹ حسبی. متقاضی تعیین امین فوق از دادگاه، دادستان یا هر ذینفعی است (ماده ۱۰۱۲ مدنی).



# پایسته های حرفه وکالت





## آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

رأی وحدت رویه شماره ۸۲۰ - ۱۴۰۱/۱/۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

با توجه به اینکه حق تجدیدنظرخواهی دادستان موضوع بند پ ماده ۴۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، مطلق است و شامل تجدیدنظرخواهی نسبت به آراء صادر شده در جرایم قابل گذشت نیز می شود و با عنایت به اینکه صرف عدم درخواست تجدیدنظر از سوی شاکی به معنای گذشت وی نیست، بنابراین، در جرایم قابل گذشت، مادام که شاکی گذشت خود را اعلام نکرده است، حق تجدیدنظرخواهی دادستان نسبت به آراء برائت به قوت خود باقی است. بنا به مراتب، رأی شعبه پنجاه و هفتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون مذکور، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاهها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

### نظریه مشورتی ۱

تاریخ نظریه : ۱۴۰۰/۱۲/۴

شماره نظریه : ۱۳۰۳/۱۴۰۰/۷

شماره پرونده : ۱۴۰۰-۹۷-۱۳۰۳ ح

استعلام:

نظر به ابهام پیش آمده پیرامون نحوه محاسبه حق الوکاله وکیل در مرحله اجرا مازاد در محکوم به ، به استناد ماده ۲۵ آیین نامه جدید ، خواهشمند است به منظور ایجاد وحدت رویه در شعب دادگستری کل استان مرکزی ارشاد فرمایید

اولاً: پرداخت حق الوکاله وکیل در مرحله اجرا نیاز به طرح دعوی جداگانه دارد یا می توان به عنوان هزینه های اجرایی بدون طرح دعوی جداگانه محاسبه و پرداخت نمود

۱۲۴

ملی  
حقوق



ثانیاً: در اجرای آیین نامه سابق امکان تعیین مبلغ با در نظر گرفتن میزان دخالت وکیل و فعالیت وی در مرحله اجرا توسط دادرس اجرا وجود دارد یا خیر.  
پاسخ:

۱- با توجه به بند ۲ ماده ۱۵۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و با عنایت به این که حق الوکاله مرحله اجرا در عداد هزینه‌هایی که برای اجرای حکم ضرورت داشته باشد؛ مانند حق الزحمه خبره، کارشناس و ارزیاب و حق حفاظت اموال و نظایر آن محسوب نمی‌شود، نمی‌توان در مقام اجرای ماده ۲۵ آیین‌نامه تعرفه حق الوکاله، حق‌المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۹۸/۱۲/۲۸ ریاست محترم قوه قضاییه، رأساً آن را از محکوم‌علیه وصول کرد؛ وصول آن از محکوم‌علیه مستلزم تقدیم دادخواست و رسیدگی دادگاه است.

۲- تعلق میزان حق الوکاله به تناسب کاری که انجام شده است، صرفاً در ماده ۲۴ آیین‌نامه حق الوکاله، حق‌المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری مصوب ۱۳۹۸/۱۲/۲۸ ریاست محترم قوه قضاییه (عزل، فوت یا حجر موکل، استعفای وکیل، انتفای موضوع وکالت در فرآیند رسیدگی و تا پیش از صدور رأی)، پیش‌بینی شده است و فرض سؤال منصرف از هر یک این فروض است. در هر حال در صورت بروز اختلاف پیرامون میزان استحقاق وکیل بر حق الوکاله مرحله اجرا، با اخذ ملاک از مواد ۱۱ و ۲۴ آیین‌نامه‌های فوق‌الذکر، میزان حق الوکاله حسب مورد توسط کانون وکلای دادگستری، مرکز امور وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضاییه یا مرجع قضایی تعیین می‌شود.

## نظریه مشورتی ۲

شماره نظریه : ۱۶۷۳/۱۴۰۰/۷

تاریخ نظریه : ۱۴۰۱/۰۱/۱۷

شماره پرونده : ح ۱۴۰۰-۱/۲۹-۱۶۷۳

استعلام :

در صورت صدور حکم تخلیه ملک تجاری با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت مستاجر به کارشناسی حق کسب و پیشه توسط هیئت کارشناسی و تودیع آن از جانب مالک به صندوق سپرده دادگستری در مهلت مقرر و عدم تخلیه عین مستاجر علی‌رغم قطعیت حکم تخلیه و تودیع حق کسب و پیشه و تجارت، آیا افزایش بعدی ارزش حق کسب و پیشه و یا انقضای مدت طولانی از تاریخ



صدور اجاریه در حقوق مکتسبه موجر بر تخلیه موثر است یا خیر؟  
پاسخ:

اولاً، چنانچه مورد تخلیه از موارد پرداخت سرقفلی و یا حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر باشد، مبلغی که در زمان صدور حکم تخلیه به عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت تعیین می‌شود؛ قطعیت رأی صادره قابل تغییر نخواهد بود و مقررات تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ که مربوط به مواردی غیر از آراء قطعی دادگاه‌ها است، در این خصوص قابل اعمال نمی‌باشد.

ثانیاً، صرف نظر از این که برابر قسمت اخیر ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز حکم خواهد داد؛ اما چنانچه مبلغ حق کسب یا پیشه یا تجارت در حکم نیامده و در مرحله اجرای حکم تخلیه با ارجاع به کارشناس تعیین شده باشد، نظر ارزیاب در مرحله اجرای احکام،

وفق ماده ۷۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ ظرف سه روز از تاریخ ابلاغ ارزیابی قابل اعتراض است و پس از آن قطعی می‌شود. لذا در فرض سؤال که محکوم علیه (مستأجر) به رغم تودیع مبلغ حق کسب یا پیشه یا تجارت، عین مستأجره را تخلیه نکرده است، چنانچه مهلت اعتراض به نظریه هیأت کارشناسی تمام شده باشد، ارجاع مجدد موضوع به هیأت کارشناسی بلاوجه است و موجبی برای ارزیابی مجدد این حق نیست.



# آراء منتخب قضائی

## انفساخ قرارداد و نقش اراده طرفین

سارا سادات شجاعی<sup>۱</sup>

شرط مذکور در قرارداد تنظیمی فی مابین متداعیین در خصوص یک باب ساختمان بدین شرح که «چنانچه مبالغ مندرج در تاریخ‌های فوق واریز نشود معامله به خودی خود فسخ خواهد شد»، از نوع شرط فاسخ است و شرط فاسخ شرطی است که با تحقق آن عقد خودبه خود و بدون دخالت اراده متعاقدین منفسخ شده و حاکمیت خود را با حصول شرط از دست می‌دهد.

به عبارت دیگر یکی از موارد انحلال عقد، شرط فاسخ است. بر این اساس طرفین شرط می‌کنند اگر حادثه فعل یا ترک فعلی رخ دهد عقد از بین برود، در این صورت با حصول معلق علیه، عقد منفسخ می‌گردد. در این موارد سبب انفساخ، ارادی است ولی نتیجه آن به طور قهری و بدون اراده‌ی طرفین ظاهر می‌گردد. باز به عبارت ساده‌تر تاثیر شرط فاسخ مستلزم اراده و اعلام آن از سوی مشروط له نیست بلکه به محض حصول شرط، جزای آن هم قهراً محقق می‌شود و اراده طرفین در تحقق آن مداخلت نداشته چرا که به صورت قهری و غیرارادی منجر به انحلال عقد می‌شود.

ثانیاً شرط فاسخ یا شرط انفساخ نوعی تراضی سقوط تعهد ناظر به آینده و تحقق آن به صورت قهری است یعنی شرط فاسخ بر مبنای تراضی و اصل حاکمیت اراده در ضمن عقد منعقد می‌شود، ولی نتیجه آن قهری و بدون دخالت اراده طرفین است و اثرگذاری آن مانند شرط نتیجه است ثالثاً در شرط فاسخ با تحقق معلق علیه عقد به خودی خود منفسخ

---

۱. گردآوری شده از صفحه آقای عبدالله خدا بخشی، وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون



می‌گردد و نیازی به اعلام به طرف مقابل نیست و با مستفاد از نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۳۰۵۱ مورخ ۱۳۸۶.۰۵.۱۰ چنانچه درخصوص تحقق شرط فاسخ بین طرفین اختلاف باشد ذی‌نفع با تقدیم دادخواست بایستی حکم اعلامی بر اعلام انفساخ عقد را از دادگاه تحصیل نمایند. رابعاً هرچند که در قانون مدنی در خصوص شرط فاسخ صراحتی وجود ندارد ولی با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی مجازات طرفین می‌تواند چنین شرطی را در قرارداد توجیه نماید. خامساً نکته قابل توجه در خصوص شرط فاسخ که گاهاً مخاطب را به اشتباه دچار می‌کند در خصوص انفساخ قهری است. آری اگر قهری بودن به این اعتبار باشد که با تحقق شرایط نیازی به اقدام دیگر نیست و در واقع تحقق یک فعل مانند طرفین است اما اگر قهری بودن به معنای رها شدن از اختیار ذی‌نفع است به نحوی که حتی اگر او نخواهد عقد منحل شود باز هم قادر به این امر نباشد نه با اراده طرفین موافق است و نه با مقتضای شرط. زیرا همان‌طور که فسخ در اختیار ذی‌نفع است در مورد انفساخ نیز اختیار فروشنده با شرط قطع نمی‌شود جز این که یک قدم پیش‌تر رفته و شرایط سهل‌تری برای انحلال عقد مقرر کرده‌است. لذا با تحلیلی که از قهری بودن بیان شد باید قبول کرد که انحلال عقد هیچ‌گاه قهری به معنای خارج شدن از کنترل ذی‌نفع نیست بلکه قهری بودن وابسته به اراده ذی‌نفع است اگر او بخواهد عقد از زمان تحقق شرط منحل می‌شود و اگر او نخواهد عقد باقی است در این جا هم نکته ظریف اینجاست که طرفین با توافق می‌توانند صرفاً قبل از تحقق معلق علیه شرط فاسخ را اسقاط یا توافق دیگری بر آن بکنند ولی بعد از تحقق معلق علیه دیگر عقلی باقی نمی‌ماند تا در خصوص آن و نحوه پرداخت ثمن توافق به وجود بیاید یا به عبارتی اسقاط شرط فاسخ با توافق به نحو دیگر صرفاً قبل از تحقق معلق علیه امکان‌های فوق ذکر شد بر فرض این که گفته‌های وکیل خواننده مبنی بر توافق در خصوص نحوه پرداخت ثمن را صحیح تلقی نماییم ولی با توجه به توضیحاتی که نامبرده در صورت جلسه مورخ ۱۳۹۹.۱۰.۲۳ و تاریخ و میزان مبالغ واریزی بیان داشت بر فرض توافق هم این توافق بعد از حصول شرط و منفسخ شدن قرارداد صورت گرفته لذا دیگر عقدی باقی نمانده‌است که طرفین بتوانند در خصوص آن توافق بکنند چرا چون قرارداد در مورخه ۱۳۹۸.۰۸.۲۵ تنظیم شده توافق شده مبلغ ..... تومان در مورخه ۱۳۹۸.۰۸.۲۶ یعنی فردای معامله واریز شود برابر اظهارات وکیل مبلغ مذکور خرد خرد تا مورخه ۹۸/۹/۱۰ مبلغ تومان واریز شده لذا با عدم پرداخت ثمن اولین سررسید دیگر شرط محقق و معامله منفسخ گردیده‌است و با توجه به فاصله





زمانی یک‌روزه از تاریخ عقد تا تاریخ واریز اولین قسط امکان توافق به‌نحوی دیگر در این مدت بعید به‌نظر می‌رسد و بر فرض توافق هم تراضی بعد از انفساخ عقد صورت‌گرفته است. لذا همان‌طور که در فوق ذکر شد طرفین می‌توانستند قبل از حصول معلق علیه به‌نحوی دیگر توافق بکنند که در ما نحن فیه منتفی شدن شرط نمی‌گردد نتیجتاً با توجه به مراتب مذکور و این که شرط مندرج در ذیل سند به‌صورت شرط نتیجه و فاسخ بوده که به‌مجرد عدم تحقق شرط اثر آن محقق می‌شود و نظر به این که در اثر عدم شرط مذکور بیع به‌صورت قهری منفسخ می‌گردد نتیجتاً دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص و حکم بر تأیید انفساخ قرارداد موضوع خواسته صادر و اعلام می‌دارد.

(قاضی شعبه ۳ دادگاه عمومی و حقوقی ماکو: رسول کاظم زاده)

به‌موجب تجدیدنظر خواهی از رأی صادره شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی ماکو که به‌موجب آن حکم به تأیید انفساخ مبیعه‌نامه صادر گردیده است تجدیدنظر خواهی شده و در شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان رسیدگی می‌گردد.

تجدیدنظر خواهی به جهات زیر وارد نیست ۱- تجدید نظر خواه و تجدیدنظر خوانده با تنظیم مبیعه‌نامه دوم که آخرین اراده آن‌ها بوده است مبیعه‌نامه‌ی اولیه را به نوعی اقاله و باطل کرده‌اند

۲- در مبیعه‌نامه‌ی دوم که شماره آن با مبیعه‌نامه‌ی اول متفاوت است و به امضای طرفین رسیده است طرفین شرط کرده‌اند در صورت عدم پرداخت به‌موقع ثمن معامله و اقساط آن معامله منفسخ گردد که با توجه به تحقق شرط معامله منفسخ شده است

۳- تجدیدنظر خوانده متعاقب عدم وصول ثمن معامله مراتب منفسخ شدن معامله را به تجدیدنظر خواه اعلام کرده و تجدیدنظر خواه نیز بدون تعرض به مبیعه‌نامه و شرط یاد شده جواب اظهارنامه وی را داده است که بیانگر اطلاع وی از شرط مزبور بوده است مبیعه‌نامه‌ی اصلی تقدیمی توسط تجدیدنظر خوانده به‌عنوان مستند دعوا ارائه شده و به آن استناد کرده است که حاکی از پذیرش اصالت آن می‌باشد شکایت کیفری بعدی وی مبنی بر جعل مبیعه‌نامه و اضافه نمودن شرط مورد اشاره علیه تجدیدنظر خوانده منجر به صدور قرار منع تعقیب متهمین شده و این قرار نیز مورد تأیید دادگاه قرار گرفته است و اصل لزوم تبعیت محاکم حقوقی از محاکم کیفری اقتضای تأیید دادنامه را دارد. بنابراین دادگاه دادنامه تجدیدنظر خواسته را منطبق با قانون دانسته و با استناد به ماده ۳۵۸



قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۷۹ ضمن رد تجدیدنظرخواهی ایشان دادنامه تجدیدنظر خواسته را عیناً تأیید و اعلام می‌نماید این رأی قطعی است .

(مستشاران شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی: رحیم حسین‌پور، حسین مرتضی)

در خصوص انفساخ قرارداد و نقش اراده‌ی طرفین حتی بعد از تحقق شرط فاسخ که طبعاً انفساخ عقد را بدنبال دارد، طرفین می‌توانند همان عقد را ادامه دهند چه این که آن را انشاء تازه عقد سابق توصیف کنیم یا استمرار عقد پیشین با حذف اثر انفساخ بدانیم. که این تحلیل دوم را بیشتر می‌پسندیم و به حیات همه شروط و تضمین‌های عقد منتهی می‌شود بازگشت اقاله منتفی شدن اقاله و بازگشت قرارداد پیشین نیز با هیچ محذوری همراه نیست اراده را در خلق این امور آزاد بگذارید و مراقب باشید که اجحاف سوءاستفاده بی‌اخلاقی قراردادی و مانند آن را باعث نشود اگر پای بی‌نظم و بی‌اخلاقی و بی‌حسن‌گی نقض اخلاق حسنه نباشد اراده طرفین در خلق رابطه حقوقی به‌نحو پسینی می‌توان چنین باشد اذا اراد شیئاً ان یقول له کن فیکون.



## هشدارها و آموزه‌های انتظامی

فاطمه محسنی<sup>۱</sup>

نغمه فقیهیان<sup>۲</sup>

هیأت دادرسان: آقایان نورالدین صادقی (رئیس دادگاه)، کاظم صادقی و دکتر شهرام محمد زاده (مستشاران دادگاه)

تاریخ رسیدگی: بهمن ۱۴۰۰

خلاصه جریان پرونده:

به حکایت محتویات یک پرونده در مجتمع انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان، شخصی با تقدیم شکوائیه‌ای خطاب به رئیس کانون وکلای دادگستری اصفهان از دو وکیل دادگستری شکایت انتظامی کرد و به طور خلاصه مدعی شد وکلای مشتکی عنهما که در یک پرونده وکیل وی بودند، نشانی خوانده دعوی را به صورت مجهول‌المکان اعلام کردند و از این طریق اطاله دادرسی را سبب شده‌اند و احدی از وکلا وی را تهدید کرده است و... .

پس از انجام تحقیقات اولیه در دادرسی انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان، پرونده با صدور قرار منع تعقیب در خصوص قسمتی از تخلفات انتسابی (تخلف عدم حضور در جلسه دادگاه دادگستری) و صدور کیفرخواست در قسمت‌های دیگر (قصور در انجام وظایف وکالتی ناشی از عدم اعتراض به نظر کارشناس در پرونده محاکماتی و تخلف اعلامی توسط شاکی انتظامی مبنی بر مجهول‌المکان اعلام کردن خوانده دعوی در پرونده محاکماتی و مآلاً اطاله دادرسی و...) به دادگاه انتظامی حسب ارجاع ریاست کانون وکلای اصفهان، به

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.

۲. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان.



یکی از شعب دادگاه‌های انتظامی کانون ارجاع گردید.

سپس هیأت محترم دادرسان دادگاه با تشکیل جلسه‌ی دادرسی و شنیدن اظهارات شاکی انتظامی، احد از وکلای مذکور و نماینده دادستان، سرانجام با اعلام پایان رسیدگی چنین انشای رأی کردند:

«... محتویات پرونده حکایت از این داشته که شاکی، مدعی شده که به دلیل عدم اعتراض به نظریه‌ی کارشناس توسط مشتکی عنهما حقوق وی مورد تضییع قرار گرفته و با مجهول‌المکان اعلام نمودن نشانی خوانده توسط نامبردگان، یک رأی غیابی صادر و با آگاهی و اطلاع خوانده از مفاد رأی وخواهی می‌گردید که موضوع یاد شده صرفاً از طرف نامبردگان به قصد اطاله دادرسی و برخلاف اصول بوده است. احد از مشتکی عنهما به عدم اعتراض به نظریه کارشناس در صفحه ۲۸ پرونده اقرار نموده اما عنوان کرده که چون موکل، مدرکی جهت اعتراض به نظریه نداشته این کار صورت نگرفت و مجهول‌المکان اعلام نمودن را امری قانونی دانسته است و نیز مدعی گردیده که در پرونده مطروحه اعلام استعفا نموده است. طبق گزارشی که از پرونده تهیه شده، هیچ برگه‌ای دال بر استعفای نامبرده در پرونده‌ی شورای حل اختلاف وجود نداشته و برگه‌های ارائه شده از طرف ایشان دلالت بر استعفا در مهلت قانونی نیست. لذا با عنایت به شرح موارد فوق، تخلف مشتکی عنهما محرز صرف نظر از اعلام رضایت شاکی با توجه به سوابق متعدد تخلف انتظامی احد از وکلا با استناد به ماده ۵۷<sup>۳</sup> و بند ۴ ماده ۵۱<sup>۴</sup>

۳. هر گاه محاکم و مدعیان عمومی در اجراء مواد این قانون بی‌نظمی یا مسامحه مشاهده کرده یا متوجه شوند و کیلی از عهده انجام وظیفه وکالتی بر نمی‌آید و همچنین هر گاه از سوء اخلاق و اعمال و کیلی مطلع گردند مکلفند بدون تأخیر مراتب را به وزیر عدلیه گزارش دهند - در صورت تخلف به مجازات انتظامی تا درجه چهار محکوم خواهند شد.

۴. مجازات‌های انتظامی به قرار ذیل است:

۱. توبیخ شفاهی
۲. توبیخ کتبی با درج در پرونده
۳. توبیخ با درج در مجله رسمی



قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ محکومیت وی به یک سال ممنوعیت از شغل وکالت و با عنایت به اینکه احد دیگر از وکلا فاقد سابقه تخلف انتظامی است، دادگاه نامبرده را مستحق تخفیف دانسته و با استناد به ماده ۵۷ و بند ۳ ماده ۵۱ قانون وکالت، رأی به محکومیت وی به توبیخ با درج در روزنامه رسمی صادر می‌نماید...»

با تجدیدنظرخواهی وکلای مورد تعقیب از این رأی، پرونده برای رسیدگی به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال و توسط رئیس محترم دادگاه به این شعبه ارجاع شد. اینک جلسه دادگاه تشکیل است و اعضای آن پس از خواندن لوایح تقدیمی و انجام مشاوره، با اعلام پایان رسیدگی و یاری از خداوند متعال به شرح آتی انشای رأی می‌کنند:

### «رأی دادگاه عالی انتظامی قضات»

**یک.** تجدیدنظرخواهی وکیل مورد تعقیب نسبت به دادنامه مطروحه که به موجب آن نامبرده به سبب ارتکاب تخلفات قصور در انجام وظایف وکالتی و رفتار خلاف شأن وکالت با اعمال کیفیات مخففه به موجب اعلام گذشت شاکی انتظامی با یک درجه تخفیف، به مجازات توبیخ با درج در روزنامه رسمی محکوم شده است، همان گونه که هیأت محترم دادرسان دادگاه نخستین در رأی تجدیدنظرخواسته تصریح کرده‌اند، رأی دادگاه نسبت به ایشان قطعی است؛ چه

---

۴. ممنوعیت موقت از سه ماه الییک دو سال

۵. تنزل درجه

۶. محرومیت دائم از شغل وکالت.

وزیر عدلیه می‌تواند در صورت احراز سوء اعمال و رفتار یا تخلفات وکیلی یکی از مجازاتهای انتظامی تا درجه ۴ را درباره او مستقلاً اعمال نماید و رأی وزیر در این موضوع قابل شکایت نیست - در صورتی که حکم مجازات از طرف محکمه صادر شود تا درجه ۳ نسبت به محکوم علیه قطعی است.



آنکه به موجب ماده ۱۴<sup>۵</sup> لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۰۵ رأی دادگاه انتظامی کانون مبنی بر تحمیل کیفرهای انتظامی درجه ۱، ۲ و ۳ درباره وکیل مورد تعقیب قطعی است، بنابراین درخواست تجدیدنظرخواهی ایشان در این مرحله قابلیت استماع و رسیدگی نداشته و قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی مشارالیهها صادر می‌شود. شایان ذکر است که با نگرش به قانون حاکم بر ارتکاب تخلفات انتسابی، مجازات قانونی رفتارهای نامبرده درجه ۴ بوده که کیفر قانونی آن سه ماه تا دو سال ممنوعیت موقت از حرفه وکالت است و در صورت برخورداری مرتکب از نهاد ارفاقی تخفیف، دادگاه نخستین می‌بایست به استناد ماده ۸۳<sup>۶</sup> آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب آذر ماه ۱۳۳۴ به عنوان مقرر حاکم بر قضیه، مجازات انتظامی سه ماه ممنوعیت از حرفه وکالت دادگستری را به این جهت که کیفر اقل بود، اعمال و تحمیل می‌کرد. علی‌ایحال از آنجا که این دادگاه در این مرحله در مقام رسیدگی به درخواست تجدیدنظرخواهی وکیل محکوم علیهها است

۵. رسیدگی به تخلفات وکلاء و کارگشایان دادگستری به عهده دادگاه انتظامی وکلاء است دادگاه مزبور از ۳ نفر وکیل درجه یک که به انتخاب هیات مدیره کانون برای مدت دو سال تعیین می‌گردد تشکیل می‌شود و برای مدت مزبور هیات مدیره دو نفر عضو علی‌البدل از بین وکلاء پایه یک انتخاب می‌نماید که در مورد غیبت یا معذوریت اعضاء اصلی در دادگاه انتظامی شرکت نمایند مجازات‌های درجه ۱ و ۲ و ۳ نسبت به وکیل مورد تعقیب قطعی است ولی شاکی خصوصی که تعقیب به موجب شکایت او به عمل آمده از کلیه آراء صادره و همچنین دادسرای انتظامی وکلاء و رئیس کانون از حکم برائت و از مجازات‌های درجه ۴ به بالا می‌توانند ظرف مدت ده روز پس از ابلاغ با رعایت مسافت طبق قانون آیین دادرسی مدنی تقاضای تجدیدنظر نمایند.

مرجع تجدیدنظر دادگاه عالی انتظامی قضاات بوده و رای دادگاه مزبور قطعی است.

۶. هیچ تخلفی را نمی‌شود عفو کرد و اگر موجبی برای تخلف باشد دادگاه در موردی که مجازات دارای حداقل و اکثر است می‌تواند مجازات حداقل را تعیین نماید و در سایر موارد یک درجه تخفیف بدهد.



و تشدید کیفر با قواعد دادرسی و اصول دادرسی منصفانه و عادلانه سازگار نیست، فقط به یادآوری این مهم به دادگاه محترم بدوی بسنده می‌کند.

**دو.** تجدیدنظرخواهی وکیل مورد تعقیب دیگر نسبت به دادنامه مطروحه که به موجب آن، نامبرده به سبب ارتکاب دو فقره تخلف با عناوین قصور در انجام وظیفه و رفتار خلاف شأن، علی‌رغم اعلام گذشت شاکی انتظامی، با وصف محکومیت‌های انتظامی متعدد، به کیفر انتظامی یک سال ممنوعیت از حرفه وکالت دادگستری محکوم نموده است، وارد نیست و رأی تجدیدنظرخواسته متکی به دلایل جمع‌آوری شده در مرحله تحقیقات مقدماتی، خاصه گزارش نماینده دادرسی انتظامی از پرونده محاکماتی و ... است و با نگرش به قانون حاکم بر قضیه، ضمن رد تجدیدنظرخواهی مشارالیه از حیث نتیجه، رأی تجدیدنظرخواسته ابرام می‌شود. رأی صادره قطعی است.



## صفحه ادبی «رقعه»

سید حسین طهماسبی<sup>۱</sup>

این دفعه که رقعه را می‌نویسم، سومین بار است که جسارت کرده‌ام و بار کلامی را به دوش کشیده‌ام که جز اندکی از آن نمی‌دانم. اگر همین اندک نیز اغراق نباشد. [که مور هیچ از این آستان نمی‌داند].

صحبت بدان رسید که چه بهتر است، یک حقوق‌دان یا حقوق‌خوان، وارد جرگه ادیبان شود تا سایه ادب بر سر داشته باشد. چه بهتر است و رای قانون و کلمات با کلمات دم ساز باشد.

شروع می‌شود از یک قلم تمام حکایت

چه بهتر است که باشم دمی شریک عدالت

کلمات برای ما داستان‌های تازه نیستند. اما اگر هزار مرتبه این داستان‌ها را بخوانیم باز هم اشارت تازه‌ای به ما می‌دهند. حکم کلمات برای ما حکم آجر است برای معمار. اگر درست بچیند دیواری به استحکام کوه ساخته و اگر سست باشد و کج بنهد، خراب کرده است آن را بر سر طفل خردسالی.

گاهی در لایحه‌ای از بیان واقعه‌ای خودداری می‌کنیم و گاه تمام دادخواست شرح یک واقعه است. حال این میان، واژه‌ای را می‌نویسیم و چند مرتبه خط می‌زنیم؛ به این امید که معنی تازه‌ای بدهد. (هزار بار نوشتم فراق و خط زده‌ام - به این امید که روز وصال نزدیک است).

موکلی که از سر نادانی و به امید رهایی از بندگی که نیست، اقرار کرده به گناه ناکرده، اقرارش را کذب می‌خوانیم. گرچه اقرار کذب هنوز اقرار است.

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.





می‌خواهیم دست باز کنیم زنی را که از سر محبت شریک زندگی که نه، شریک جرم شوهر است، اما بعضی، محبت را از عوامل فشار روح نمی‌دانند. می‌نویسند زن نیز مانند شوهر مجرم است و هیچ اکراهی در انجام جرم مشاهده نشده است. (مرا محبت او می‌کشد به هر سویی). پس وای بر آن مرد که پشت دیوار مهربان زنی پنهان شده در حالی که وعده برآوردن آرزویی را به او داده است.

همه را گفتیم تا بدانیم کلمات هستند که کمک می‌کنند ما را و این ما هستیم که اعتلا می‌دهیم کلمات را تا حد دفاع از عدالت. رابطه ما با تمام جهان پیرامون رابطه کوه و صداست. (خویش را پنجره می‌دانم و او نوری)

شاید شروع و پایان این نوشته به یک سمت و سو نیست اما شاید هنوز پایانی بر این نوشته نیست. گاه آنچه که هست متنی در قانون و شرحی در محشا ندارد. این داستان‌ها هستند که می‌دانند سرگذشت بی‌گناهی که بالای دار رفته‌اند.

دیگر نوشتن یک کلمه با همان معنی قبل به سرانجام نمی‌رسد. باید معانی نو ساخت از آن کلمات کهنه.



## شعر

شعر زیر بنا به پیشنهاد جناب آقای اصغر صادقی<sup>۲</sup> از عارف نامی «شیخ اسدالله قمشه‌ای» این شماره از مجله را مزین نمود:

دگر ز سود و زیانم بود چه پروائی	مرا که غیر تو در سر نماند سودائی
مگر نخوانده ز آئین عشق فتوائی	شهید عشق که جز دوست خونبها طلبد
ز ملک هر دو جهانم جز این تمنائی	مرا زخیل گدایان خود شمار که نیست
امان نداد کسی را کند تماشائی	ز چهره پرده افکند و عاشقان را سوخت
وگر نه در خور مجنون نبود صحرائی	مگر ز سیر دل خود فراغتی یابد
زدیم در دم آخر دلی به دریائی	ز خویش نیست شدیم وبه دوست پیوستیم
لی که بوسه نکرده است بر کف پائی	به صحبت لب جانانه تا ابد مرساد
مگر که یافته دیوانه‌تر ز دل جائی	به جستجوی تو دیوانه رخ ز دل برتافت

(شیخ اسدالله قمشه‌ای)

مطلب زیر در خصوص «شیخ اسدالله قمشه‌ای»، نقل قولی است از «علامه شیخ محمدباقر الفت اصفهانی» فرزند شیخ محمدتقی نجفی معروف به آقا نجفی اصفهانی، روحانی معروف اصفهانی در عصر قاجار. علامه شیخ محمدباقر الفت اصفهانی در اوایل مشروطیت در عداد آزادی خواهان وارد شده، در سال ۱۳۰۷ خورشیدی از طرف مردم اصفهان به نمایندگی مجلس شورای ملی انتخاب گردید. ایشان دو دوره در مجلس حضور داشت و مدتی عهده‌دار مستشاری دیوان عالی کشور بود:

«آقا شیخ اسدالله از اهل بلده قمشه که در چهارده فرسخی جنوب اصفهان واقع است،

۲. از وکلای پیشکسوت کانون وکلا.



پدرش مشهدی جعفر. خود آن جناب از ابتدا و حد بلوغ به تحصیل علوم راغب گشته، با وجود فراهم نبودن اسباب، و اشتغال به شغل زراعت، علوم عربیت و منطق را در بلده قمشه به حد کمال رسانده و در خدمت حکیم یگانه، مرحوم آقا میرزا نصرالله قمشه که از شاگردان مرحوم حاجی سبزواری بوده، علوم کلام و حکمت الهی و غیره‌ها را بهر دو طریقه اشراق و طریقه اشراق و مشاء تکمیل فرموده، پس از آن به شهر اصفهان هجرت نموده، سال‌ها به درس حکمت و کلام و غیره‌ها مشغول و در مدرسه چهارباغ فیلسوفانه در کمال نزاهت آزادی و عفت به سر می‌برد و در ضمن انواع علوم ریاضی را به دو طریقه مرسومه قدیم و جدید بر فضایل خود افزوده، تدریس می‌نمود. لغت فرانسه را نیز بدون رجوع به استاد، به قدر کفایت می‌دانست و خط شکسته را در کمال خوبی می‌نوشت؛ ولی به اعتقاد بنده هرچند که در معلومات مسطوره و غیره‌ها همسری نداشت با این وصف مقام علو طبع، حدّ ذهن، قوه حافظه و جمیع فضایل اخلاقش به درجه‌ای بود که از روی انصاف می‌توان گفت چنین گوهری گرانبمایه کمتر زیب عالم انسانیت گشته، افسوس که در عنفوان جوانی، تقریباً به سن سی و شش سالگی در هجدهم شهر ذیقعد سنه ۱۳۳۴ در اصفهان دار فانی را وداع و دل دوستان را به داغ مفارقت خود گذاخت. قبر شریفش در پایین مزار مرحوم آخوند ملا محمد کاشانی در اراضی تخت فولاد، قرب لسان‌الارض معروف است. حکیم مزبور دارای یک مذاق عارفانه و طبع عاشقانه بسیار عالی بود که از این روی گاهی به نظم اشعار می‌پرداخت و «دیوانه» تخلیص می‌فرمود. نظر به اینکه آن مرحوم را حق صحبت و منت عهد دوستی و محبت بر ذمه این بنده ثابت است، به نشر چند غزلی از نتایج طبع موزونش مبادرت نمودم که یادگاری از او در عالم ادب و کمال باقی بماند. اگرچه نامش تا ابد ثبت دفتر آزادگان عالم است. (الفت)<sup>۳</sup>

۳. علائم نگارشی به متن اصلی اضافه شده است.



# گزیده مقالات کاربردی

## امیر مقدم<sup>۱</sup>

در مجلات علمی متعددی که در سرار کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از اینرو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی که روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آنرا در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند

## ۱- ماهیت اثباتی داده پیام‌های الکترونیکی به عنوان ادله اثبات دعوا

نویسندگان: عباس میرشکاری؛ صابر علائی

فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی دوره ۲۴، شماره ۹۶، بهمن ۱۴۰۰،

صفحه ۳۰۹-۳۳۶

امروزه یکی از پرکاربردترین ادله در دعاوی، دلایل الکترونیکی می‌باشند. با توجه به جدید بودن این شکل از ادله، این سوال به ذهن متبادر می‌شود که این نوع از دلایل، دلیل جدید محسوب می‌شوند یا قالب و صورتی برای ادله اثبات موجود (در ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی) می‌باشند. در صورت انتخاب فرض دوم، این سوال مطرح می‌شود که این نوع خاص از داده پیام الکترونیکی که در دعوی مورد استفاده قرار گرفته، صورت و قالب چه

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.



نوع دلیلی (اعم از سند، آماره و...) هستند؟ با تحقیق و تدقیق در متون قانونی و بررسی انواع داده پیامها می‌توان بیان نمود که ادله الکترونیکی، اصولاً به عنوان قالب و شکل ادله اثبات موجود می‌باشند که می‌توانند سند یا آماره محسوب شوند مگر داده پیامهای مطمئن غیر نوشتاری (از قبیل صوت ضبط شده در جعبه سیاه هواپیما) که در قالب ادله اثبات موجود نمی‌گنجد. یعنی دلیل جدید با بار اثباتی مخصوص به خود، در عین حال که «سند» محسوب نمی‌شود، به دلیل سابقه الکترونیکی مطمئن، قابل انکار و تردید نیز نمی‌باشد.

## ۲- تعدد وکلای دادگستری و چالش ابلاغ و احتساب مبداء مهلت‌ها و مواعد (نقد و بررسی چند رای دیوان عالی کشور و دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

نویسنده: حسن محسنی

فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی دوره ۲۴، شماره ۹۵، بهمن ۱۴۰۰،

صفحه ۳۵-۵۶

اصل ابلاغ به همه و نیاز شناسایی اثر برای ابلاغ به همه و منفعت یکنواخت کردن جریان دعاوی و رسیدگی‌ها، دفاع از دیدگاهی را نیرومند می‌نماید که بر ضرورت ابلاغ به همه وکلای دادگستری و شناخت حق اقدام ایشان تا زمانی که دیگری اقدامی ننموده است پای می‌فشارد. رویه قضایی عالی‌ترین مرجع قضایی کشور (شعب پنجم، هشتم و دهم دیوان عالی کشور) و نیز شماری از دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (شعب دهم و چهل و نهم)، چندگانه است و بر مواد و اصول گوناگونی پشتوانه دارد. برخی شعبه‌ها بر بنیاد اصول و تفسیرهای حقوق مدنی و برخی بر اساس تکالیف اخلاق حرفه‌ای وکلا به اثر و کفایت ابلاغ به وکیل اول یا وکیل دوم رسیده‌اند. این نوشته رای‌ها و استدلال‌هایشان را مورد ارزیابی و بررسی قرار می‌دهد و بر جدایی حقوق آیین دادرسی از حقوق مدنی تکیه می‌کند.

## ۳- بازتاب قاعده درء در عناصر سه‌گانه جرم

نویسنده: عباس شیری و رنامخواستی

فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی دوره ۲۴، شماره ۹۵، بهمن ۱۴۰۰،

صفحه ۲۲۷-۲۵۸



قاعده درء در جرم انگاری، تعیین مجازات، دلایل اثبات دعوا و کلیه موضوعات مرتبط با پدیده بزهکاری و مسؤولیت کیفری جریان داشته و از بنیان‌های اصلی حقوق کیفری اسلامی است. هرگونه تردید و شک در یافتن منظور قانونگذار موجب تغییرات بنیادی در باره عناصر قانونی، مادی و معنوی جرم خواهد شد و ممکن است سبب تجویز رفتار باشد. همچنین در تعیین نوع و میزان مجازات به طور اساسی تاثیرگذار بوده و ممکن است موجب سقوط یا تغییر نوع مجازات گردد. مسؤولیت کیفری نیز تحت تأثیر این قاعده بازخوانی شده و در مواردی موجب عدم مسؤولیت می‌گردد. قاعده درء در اکثر موضوعات شکلی و ماهوی حقوق کیفری مؤثر است. این قاعده، مرتبط با عدالت کیفری، تفسیر مضیق قوانین کیفری به نفع متهم، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، نتایج آن و سایر اصول کیفری است. این قاعده شامل کلیه مجازات‌های حدود، تعزیرات و قصاص می‌شود. حتی در اعمال قواعد مرتبط با دیات نیز این قاعده کاربرد دارد و محدود به حدود نمی‌باشد. در این نوشتار ابتدا بازتاب قاعده درء در عنصر قانونی جرم و سپس در عناصر مادی و معنوی مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### ۴- بررسی ماهیت ارش عیب

نویسنده: سعید منصوری

فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی دوره ۲۴، شماره ۹۵، بهمن ۱۴۰۰،

صفحه ۳۳۵-۳۵۵

اینکه ارش در خیار عیب درواقع ضمان نقص مبیع است تردیدی نیست. ولی ماهیت آن از آن جهت که ضمان معاوضی حقیقی باشد یا ضمان لبی در عالم عقل، چنانکه بعضی از فقها به آن اشاره کرده‌اند و یا اینکه ضمان ید است مطلب محل اختلاف است و ثمره آن، در مطابق اصل بودن یا استثناء بودن ارش عیب است که دراین تحلیل، به آن پرداخته شده است و از منظر قانون مدنی نیز مطلب از دیدگاه حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است. حاصل آن که اگر وصف سلامت مبیع از اوصاف اساسی و جانشین ذات باشد فقدان آن علامت آن است که بایع عملاً التزام خویش را ایفا ننموده است و عقد بیع هم در این حالت باطل تلقی می‌شود. و اگر وصف سلامت جزئی از مبیع باشد کشف عیب از باب ضمان معاوضی موجب تبعض صقعه است و بیع به نسبت فقدان وصف باطل شده و آن بخش از ثمن نیز که به ازای آن است به ملکیت بایع در نمی‌آید و کماکان در ملکیت



مشتری باقی می‌ماند امری که حسب ظواهر نصوص شرعی و مفاد قانونی نمی‌توان به آن ملتزم شد. بنابراین در این بین نظریه غرامت بودن ارش عیب با مبنای رفع ضرر موجه می‌نماید.

## ۵- ایقاع نامعین و تعهد یک‌طرفه چالش، ارزیابی، حاصل

نویسنده: عباس قاسمی حامد

فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی دوره ۲۵، شماره ۹۸، مرداد ۱۴۰۱،

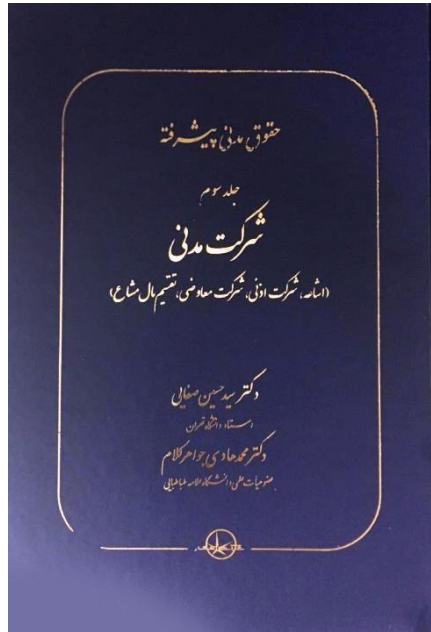
صفحه ۱۱-۳۳

عمل حقوقی «ایقاع» در صورتی که ضرری برای دیگری نداشته باشد (مگر در موارد مصرح قانونی مانند طلاق)، با اراده یک طرف اثر حقوقی خواهد داشت. در قانون مدنی، دسته‌ای از ایقاع‌ها، همانند «عقود معین» نام‌گذاری شده و دارای احکام خاص می‌باشند. لیکن، اعتبار «ایقاع نامعین» در حقوق ایران، محل بحث و مناقشه قرار گرفته است. اختلاف حقوق دانان ایرانی در خصوص اعتبار عام «تعهد یک‌طرفه» به عنوان منبع ایجاد تعهد نیز، به اختلاف در اعتبار «ایقاع نامعین» بازمی‌گردد. حال این پرسش مطرح است؛ آیا علاوه بر مواردی از «ایقاع معین» که مقررات آن صریحا در قانون پیش بینی شده، دلیل دیگری برای اثبات اعتبار عام «ایقاع نامعین» وجود دارد؟ به عبارت دیگر، همانگونه که برای صحت عقود نامعین به ماده ۱۰ قانون مدنی استناد می‌گردد، آیا مستندی برای صحت و اعتبار عام «ایقاع نامعین» و «تعهد یک‌طرفه» به عنوان مصداق آن در حقوق ایران وجود دارد؟ با توجه به مندرجات ماده ۳۰ قانون مدنی به نظر می‌رسد؛ در نظام حقوقی ایران، «ایقاع نامعین» در حوزه «حقوق مالی»، دارای ارزش و اعتبار حقوقی و قانونی است. براین اساس، «تعهد یک‌طرفه» راجع به «حقوق مالی» نیز که مصداق «ایقاع نامعین» است، صحیح و دارای اثر حقوقی خواهد بود.



# معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>



- حقوق مدنی پیشرفته (جلد سوم) شرکت مدنی: اشاعه، شرکت اذنی، شرکت معاوضی، تقسیم مال مشاع
- دکتر سید حسین صفایی، دکتر محمد هادی جواهر کلام
- شرکت سهامی انتشار
- چاپ اول ۱۴۰۱

## معرفی نویسندگان

دکتر سید حسین صفایی، شخصیتی نام آشنا که کمتر کسی از حقوقدانان، با وی و آثار گرانددرش ناآشناست. فارغ التحصیل لیسانس حقوق قضایی دانشگاه تهران که تحصیلات

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری اصفهان.





خود را در مقطع دکتری، در کشور فرانسه و تحت نظر رنه دیوید گذرانده است. پس از مراجعه به ایران از سال ۱۳۴۴ به عنوان عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران مشغول و هم اکنون استاد تمام بازنشسته دانشگاه تهران و استاد پاره‌وقت دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران است. از وی آثار گران سنگ زیادی موجود است. دکتر صفایی با کتاب برجسته اشخاص و محجورین، دین خود را به حقوق کشور ادا کرده و هم اکنون مشغول به نگارش دوره حقوق مدنی پیشرفته است.

دکتر محمد هادی جواهر الکلام، فارغ التحصیل دوره دکتری و عضو گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشگاه علامه طباطبایی تهران است. از وی میتوان به عنوان همراه همیشگی دکتر صفایی در تدوین دوره حقوق مدنی پیشرفته نام برد. علاوه بر این مقالات زیادی از این نویسنده به چاپ رسیده است که از میان آنها میتوان به تأثیر بطلان و انحلال عقد بر شرط ضمن آن، تسهیل در احراز رابطه سببیت در حوادث پزشکی (نقش سازنده رویه قضایی ایران و فرانسه) و تأثیر پرداخت بخشی از دین بر فک جزئی رهن (تحلیل حقوقی واقتصادی) اشاره کرد.

### معرفی کتاب

کتاب پیش رو، جلد سوم از دوره حقوق مدنی پیشرفته دکتر صفایی و دکتر جواهر الکلام است که مباحث اشاعه، شرکت اذنی، شرکت معاوضی، تقسیم مال مشاع را دربرمیگیرد. مطالب کتاب در چهار فصل اصلی به شرح ذیل طبقه بندی شده است:

فصل اول: مفهوم، اوصاف و اقسام شرکت؛ همانطور که از عنوان این فصل پیداست، نویسندگان در این فصل، قصد طرح مفاهیم کلی و زیربنایی را در راستای چارچوب بندی ذهن خواننده دارند. پس از آن در فصل دوم با عنوان: شرایط صحت عقد شرکت، مطالبی در خصوص شرایط طرفین عقد، موضوع عقد و شرایط صحت شرکت معاوضی را بیان میکنند. فصل سوم: آثار شرکت از جمله نحوه مداخله و تصرف شرکا در مال مشاعی، تقسیم سود و زیان حاصل از شراکت و نحوه اداره مال الشرکه را مورد بررسی قرار می‌دهد و در فصل نهایی، انحلال شرکت با دلایل مختلف، تقسیم مال مشاعی در انواع شرکت‌های اذنی و معاوضی و آثار این تقسیم مورد مطالعه قرار گرفته و به اشتراک گذارده میشود.

امید است که با معرفی این کتاب و دوره پیشرفته حقوق مدنی دکتر صفایی و دکتر جواهر الکلام، بتوانید همچون سابق، از زبان شیوا و کلام روان استاد بزرگ، دکتر صفایی بهره مند گردید.



## پند استاد

### زندگی نامه حقوق دانی نام آشنا

### استاد فقید مرحوم دکتر حسن دادبان

مهدی اعتمادیان<sup>۱</sup>

حقوق دان نام آشنا و استاد فقید گروه حقوق جزای دانشگاه تهران، مرحوم دکتر حسن دادبان در سال ۱۳۰۳ در محله ویجویه تبریز متولد شدند و تحصیلات ابتدایی را در دبستان سعدی و دوره متوسطه را در دبیرستان فردوسی در تبریز به پایان رساندند؛ سپس تحصیلات خود را در رشته ادبیات فارسی در دانشگاه تبریز ادامه دادند. در سال ۱۳۲۸ موفق به اخذ درجه لیسانس شدند و در سال ۱۳۳۳ نیز لیسانس حقوق گرفتند و پس از فارغ التحصیلی مدتی در اهواز و آذربایجان به عنوان قاضی تحقیق و بازپرس به خدمت پرداختند که در قضاوت بسیار دقیق و سخت گیر بودند.

در اواخر دهه ۱۳۳۰ برای تحصیل به فرانسه رفتند و از سال ۱۳۳۷ تا ۱۳۴۷ در دانشگاه پاریس تحصیل کردند و حدود سال‌های ۱۹۶۸ - ۱۹۸۸ میلادی به اخذ دانشنامه دکترای دولتی در رشته‌های حقوق جزا، علوم جزایی، حقوق خصوصی و اقتصاد توسعه نائل آمدند. مرحوم دکتر دادبان بعد از بازگشت به ایران به عنوان مستشار استتبیاف در دیوان عالی جنایی مشغول به کار شدند و در سال ۱۳۵۰ به گروه علوم جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران پیوستند. ایشان در سال ۱۳۷۴ جهت مطالعه و پژوهش راهی فرانسه شدند و یک سال و نیم در آنجا اقامت گزیدند. مرحوم دکتر دادبان دو کتاب ارزشمند و ماندگار در حقوق جزای عمومی و آیین دادرسی کیفری را که

۱. دانشجوی کارشناسی حقوق، دانشگاه پیام نور، واحد زرین شهر.



هر کدام دو جلد بودند، ترجمه کردند. این کتب جزء منابع اصلی تحقیقات در این دو رشته و نیز از منابع ورودی آزمون‌های کارشناسی ارشد و دکترای رشته حقوق جزا بوده و در چندین نوبت تجدید چاپ شدند. مرحوم دکتر دادبان بیش از ۱۸ سال مدیریت گروه علوم جزایی و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و در زمان تصدی دکتر محمد نصیری در ریاست دانشکده حقوق و علوم سیاسی، معاونت آموزشی و پژوهشی این دانشکده را نیز بر عهده داشتند و علی‌رغم بازنشسته شدن پس از سال‌ها تدریس در سال ۱۳۸۳، همچنان کار تدریس را دنبال کردند.

در پایان جلسه چهاردهمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران (اسکودا) در اردیبهشت ۱۳۸۹، دکتر دادبان به اتفاق آراء به همراه استادان دکتر کاتوزیان، دکتر جعفری لنگرودی و دکتر آزمایش به عنوان چهره‌های ماندگار انتخاب شدند.

استاد دکتر حسن دادبان سرانجام پس از سال‌ها خدمت در عرصه تعلیم و پژوهش در ۱۷ تیر ماه سال ۱۳۹۱ در سن ۸۸ سالگی دیده از جهان فرو بستند و به دیدار معبود خویش شتافتند.

### برخی از آثار استاد مرحوم دکتر حسن دادبان:

۱. ترجمه کتاب حقوق جزای عمومی، جلد یک و دو، از استفانی، لواسور و بولوک
۲. ترجمه کتاب آیین دادرسی کیفری، جلد یک و دو، از استفانی، لواسور و بولوک
۳. مقاله بازدارندگی و نقش آن در پیشگیری از جرم، ۱۳۸۸، به عنوان نویسنده دوم، فصلنامه حقوق
۴. مقاله نمونه‌ای از جریان اعمال ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی ۷۰ راجع به امر قانون و امر غیرقانونی امر قانونی، ۱۳۸۲، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی
۵. مقاله تعلیق مجازات در ایران و لزوم تجدید نظر در مقررات آن، ۱۳۳۸، مجله کانون وکلا
۶. مقاله تعلیق مجازات در ایران و لزوم تجدید نظر در مقررات آن (۲)، ۱۴۷



۱۳۳۸، مجله کانون و کلا

۷. مقاله تعلیق اجرای مجازات در ایران و لزوم تجدید نظر در مقررات آن،

مجله کانون و کلا ۱۳۳۷

## پند استاد مرحوم دکتر حسن دادبان

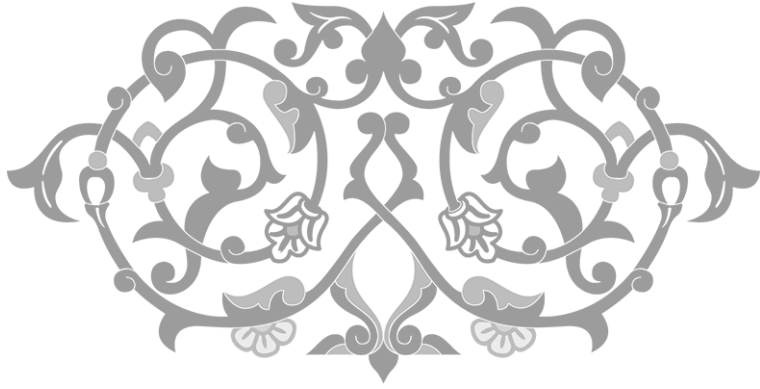
استاد مرحوم دکتر حسن دادبان، استاد پاک‌نهادی بودند که به اذعان شاگردانشان پیروی از قانون و روی برتافتن از تسامح در ظواهر و فروع شریعت را همیشه مدنظر داشته و در کنار تعبدگرایی، اصول‌گرایی و ضابطه‌مندی را همواره چون چراغی پرتوافشان در مسیر عدالت‌یابی و عادل‌پروری به کار می‌گرفتند.<sup>۲</sup>

استاد مرحوم دکتر حسن دادبان ابتدا به همراه قضاوت تدریس هم می‌کردند اما تأثیر قضاوت را در جلوگیری از نقض قوانین و تأمین نظم و امنیت و رعایت حقوق و آزادی‌های فردی ناچیز می‌دانستند و عقیده داشتند با آموزش، این اهداف به دست می‌آیند. از همین رو بعد از بیش از سه سال تلاش با جلب موافقت دادگستری به سلک مدرسین دانشگاه درآمدند.

استاد مرحوم دکتر حسن دادبان ضمن اهدای کتاب خود به فرزندشان، چنین توصیه می‌کنند که استعداد و نبوغ خدادادی خود را در راه تحقیق و تتبع به اقتضای عصر خود با هدف کمک به بشریت و دستگیری از ضعفا و دردمندان در راه خداوند متعال به کار گیر و هرگز از راه راست منحرف نشو و آنچه به خود می‌پسندی، به خلق خدا نیز بیسند و فراموش نکن که شکرانه بازوی توانا، گرفتن دست ناتوان است.

---

۲. ادبی، محمدجواد (۱۳۹۰). پیشگفتار. مجموعه مقالات بزرگداشت استاد دکتر حسن دادبان.



زنگ تفريح





## طنز

### دکتر امین تويسرکاني<sup>۱</sup>

در کتاب کمدی الهی اثر دانته آلیگیری، آقای دانته به همراه راهنمای خود آقای ویرژیل، بازدید سرزده‌ای از بخش‌های مختلف دوزخ، برزخ و بهشت دارند. طبیعی است که در قسمت دوزخ - که پر از هیولاها و شیاطین است - جلوی هر در و دروازه و بخش و گودال، یک غول بی‌شاخ و دمی ایستاده و به محض ورود این دو عزیز، یقه‌ی دانته را گرفته و می‌گوید: «داداش من! تو که هنوز زنده‌ای، کجا سرتو انداختی پایین داری میری توی جهنم؟!» و اینجاست که آقای ویرژیل به غول مذکور خاطر نشان می‌کند که این آقا می‌خواهد برود روح خانوم بتاتریس (معشوقه‌اش) را ببیند. غول فهیم هم بلافاصله یقه را ول کرده و تا کمر خم می‌شود و اجازه می‌دهد این دو بزرگوار از وسط دوزخ رد شوند و به بهشت برسند.

خیلی‌ها گمان می‌کنند که کارت قضاوت هم همین کارکرد روح خانم بتاتریس را دارد؛ یعنی همین که بگویی قاضی هستی، همه‌ی درها برایت باز می‌شود!

بارها از من این سوالات پرسیده شده:

- شما که خط ویژه میری!

- برای شما قضاوت که طرح ترافیک اجرا نمی‌شه!

- چه حالی می‌ده که شما قضاوت، سرعت آزاد رانندگی می‌کنید توی جاده‌ها!

- با تفنگتون توی منطقه حفاظت شده، چی شکار می‌کنید؟!

- توی فرودگاه، شما رو از پلویون می‌برند تا دمه پله‌ی هواپیما؟!

و من در جواب این پرسش‌ها این خاطره را تعریف می‌کنم: سال اول قضاوت‌تم بود که



مادر و خاله‌ام از اصفهان به تهران می‌آمدند و من رفتم ترمینال مسافربری سراغشان. ماشین را در پارکینگ گذاشتم. از ذوق دیدن مسافری، نمی‌دانم کارت پارکینگ را کجا و چطور گم کردم و همگی مجبور شدیم برای خارج کردن ماشین به قسمت مدیریت مراجعه کنیم. مسؤول پارکینگ کارت یا سند ماشین را خواست که از شانس بد، آن‌ها را هم نداشتیم! وقتی اصرارم جواب نداد و مسؤول، هیچ جور نگذاشت ماشین را خارج کنیم، روح بئاتریس (یا همان کارت قضاوت) را درآوردم و به او نشان دادم  
-من قاضی هستم

-هر پستانداری می‌خواهی باش (البته آن مسؤول، گونه‌ی خاصی از پستانداران را ذکر کرد که برای حفظ حرمت آن‌گونه، از نام بردن آن معذورم!) ماشین فقط با کارت پارک پارکینگ میره بیرون

-یعنی کارت قضاوت، اندازه‌ی یک کارت پارکینگ ارزش نداره؟!  
-شما اگر قاضی باشی، نباید انتظار داشته باشی من خلاف قانون عمل کنم.

خفت و خواری ای که آن شب، جلوی مادر و خاله‌ام کشیدم ارزشش را داشت، تا چنین درس بزرگی را بیاموزم که کارت سفید و بدون نوشته پارکینگ، ارزشمندتر از کارت قضاوتی است که بی‌جا استفاده شود.

