

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال هفدهم، شماره ۱۶۳، شهریور 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: نغمه فقیهیان

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، ساراسادات 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

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

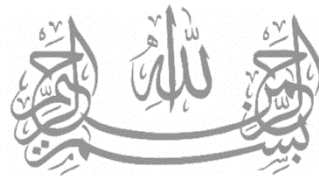
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شیرازه حقوق

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه‌ی 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 استفاده‌شده 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 **Mitra 13** تنظیم و به نشانی **madreseyhoghough@isfahanbar.org** الکترونیکی:
 - 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.



فهرست مطالب

علیرضا شمس

بایسته های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی ۹۲

آراء منتخب قضائی ۹۵

سارا سادات شجاعی

هشدارها و آموزه های انتظامی ۱۰۲

فاطمه محسنی

نغمه فقیهیان

«رأی دادگاه عالی انتظامی قضات» ۱۰۴

ادب و وکالت؛ حق الوکاله در آیین ادب

وکالت ۱۰۶

احمد صالحی

صفحه ادبی «رُقعہ» ۱۰۸

فاطمه محسنی

گزیده مقالات کاربردی ۱۱۳

امیر مقدم

معرفی کتاب ۱۱۷

مینا سالمی

زندگینامه استاد دکتر محمدعلی موحد ۱۱۹

و پند استاد ۱۱۹

نغمه فقیهیان

زنگ تفریح

طنز عمه جان ۱۲۶

دکتر امین تویسرکانی

سرمقاله؛ جمع پریشان (۲) ۴

مقالات

طرح تفسیری برای دخالت در وظایف

کانونهای وکلا ۱۰

دکتر سید محمود کاشانی

حقوق حاکم بر قراردادهای بانکی (به بیان

ساده) ۱۸

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

آیا کثرت شکات، دلالت بر ذی حقی

ایشان دارد؟ ۲۲

ساناز بیرژندی

منصور انجم شعاع

تعلیق تعهد در حقوق ایران و فرانسه ۳۵

دکتر آرمان زینلی

آشنایی با حقوق اقتصادی و جایگاه آن

در نظام حقوقی ایران ۵۴

افراسیاب کرمی مفرد

یادداشتی بر فیلم موریتانیایی و نقش

وکیل مستقل در تحقق عدالت ۶۵

علی یادگاری

مهران بهمن

امکان سنجی تملک اموال غیرمنقول

توسط بیگانگان در حقوق ایران ۶۸

ریحانه والیانی

گزیده سخنرانی ها

بررسی دعوای اثبات مالکیت ۸۰



سرمقاله

جمع پریشان^۱ (۲)

از خلاف آید عادت، بطلب کام که من
کسب جمعیت از آن زلف پریشان کردم
«حافظ»

آمارها کارها:

- از آنجا که عموم قانون با بر اثر مراجعات مکرر روزانه و کثرت به نگاه و دفعی تعداد وکلا و کارآموزان،
دچار روزمرگی شده و از آن گریز و گزیری ندارند، تشکل واحد قانون‌های وکلا به عنوان عقل منفصل
قانون‌ها باید به دوراندیشی و ترسیم نقشه راه قانون‌ها و نهاد وکالت بیایند و محصول آن را در اختیار قانون‌ها
قرار دهد.

۱. سرمقاله‌های مرداد ماه ۱۴۰۱ و شهریورماه ۱۴۰۱ مجله «مدرسه حقوق»، مقاله‌ای است که توسط مدیرمسئول این نشریه برای سومین اجلاس «کنگره ملی وکلا» با عنوان «جوشن وکالت» نوشته شده است.



- برای نیل به مقصود پیش گفته، نیازی نیست که تشکل واحد کانون ها، متشکل از رؤسا و هیأت های مدیره کانون ها باشد. چه اینکه آنان از یکسو گرفتار امور روزمره اند و فرصت کافی برای دوراندیشی و ترسیم برنامه های بلندمدت و چشم اندازهای دور وکالت ندارند و از سوی دیگر بسیاری اندیشمندان، دوراندیشان و صاحبان خرد جمعی وکالت که علاقه و ذوقی به شرکت در انتخابات هیأت مدیره کانون ها ندارند و چنانچه اعضای اسکودا و تشکل مرکزی کانون ها، تنها جمع هیأت های مدیره باشند، نهاد وکالت از بهره مندی از فکر و قلم و بیان این گروه عظیم که سرمایه واقعی نهاد وکالت اند، محروم خواهد ماند.

- انتخاب افراد کلور و دوراندیش به شرح فوق، باید به نحوی باشد که از لحاظ کمی و کیفی، اولاً موجب عدم امکان تصمیم گیری واحد و چالاکي و چابکی تشکل واحد کانون ها نگردد؛ چه آنکه گاه امکان جمع بین نظرات افراد صاحب نظر نیست و تصمیم گیری را با مانع جدی روبرو می کند و از سوی دیگر نباید چنان استراعی و دور از عمل و اجرا و واقعیات باشد که امکان تبدیل نظرات آنان به برنامه ای اجرایی و به اصطلاح «برنامه اقدام» وجود نداشته باشد.

- اقدامات متعارف کانون ها گاه منتهی به آثار کوتاه مدت یا بلندمدتی خواهد شد که با اساس کار کانون ها و احیاناً خدمانی که به وکلا و کارآموزان ارائه می دهند، مغایر و حتی با فلسفه وجودی کانون های وکلانیر مخالف خواهد بود. لیکن روزمرگی و دست و پنجه نرم کردن کانون ها با مشکلات اقتصادی و روزمره، آنان را از آثار دور و نزدیک این اقدامات غافل می سازد. اینجا است که تشکل واحد کانون ها در قالب اسکودا یا محضر نهاد

۵



مشابه دیگر، وظیفه دار رصد اینگونه اقدامات و گوشزد کردن آثار آتی اقدامات فعلی کانون هست تا کانون‌ها از روال اصلی خویش دور نیفتند و هرچه سریع‌تر خطای خویش را شناسایی و در مقام رفع آن برآیند.

- تبادل نظر جدی و واقعی و آگاه ساختن کانون‌ها از نقاط ضعف و قوت دیگر کانون‌ها به منظور استفاده از تجربه‌ی آنان، رفع خطاها، اصلاح امور و ارتقاء بهره‌وری، از اموری است که به دست اتحادیه و یا هر تشکل واحد کانون‌ها جامه عمل می‌پوشد و فقدان چنین تشکل و یا چنین کارکردی از این مجمع عمومی موجب خلل در امر کانون‌ها خواهد بود.

- از نظر تعداد نیز در عین امکان بهره‌مندی حداکثری از انکار مختلف، تعداد اعضا برای تصمیم‌گیری، باید به گروهی اندک محدود گردد که امکان اخذ تصمیم نیز فراهم باشد. در نشست‌های دوره‌ای اسکودا دیده ایم که حضور همه اعضا و هیأت‌های مدیره کانون‌ها، جلسات را از کیفیت تهی می‌سازد و به نشستی تشریفاتی و یا حداقل غیرمنفید مبدل می‌سازد. امکان طرح موضوعات و بررسی همه‌جانبه را از اعضا می‌گیرد و مباحث آشنجانه شایسته و بیایه آنند مورد مذاکره و تصمیم‌گیری قرار نمی‌گیرند. به علاوه که نمی‌توان رأی حاضران را رأی تمامی وکلا دانست. بر این اساس، نخبگان که به شرح پیش‌گفته الزاماً اعضای هیأت‌های مدیره نیستند، با محدودیت تعداد، بهتری خواهند توانست تصمیم‌گیری کنند.

- اقدام صحیح، تصمیم‌گیری مؤثر و نتایج مطلوب در یک زمان نباید موجب ادامه‌ی همیشگی آن در



تصمیم‌گیری‌های اسکودا باشد، چه اینکه مسائل اجتماعی در ظرف زمان و مکان خود به صفت مطلوب یا نامطلوب مصنف می‌شوند. پس چه با اقدامی که در یک زمان خوب یا بد جلوه کرده در ظرف زمان، مکان یا موقعیتی دیگر، تأثیری غیر از تأثیر قبل داشته باشد. پس اسکودا و یا هر شکل واحد کانون‌های و کلا نمی‌تواند صرفاً به دلیل سابقه تاریخی خوب یا بد یک اقدام، نتیجه حاصله را برای همیشه بر فعل واحد بار کند؛ بلکه باید با تشخیص به موقع نسبت به وظیفه خود که همانا حراست منطقی از کیان نهاد وکالت است، قیام نماید.

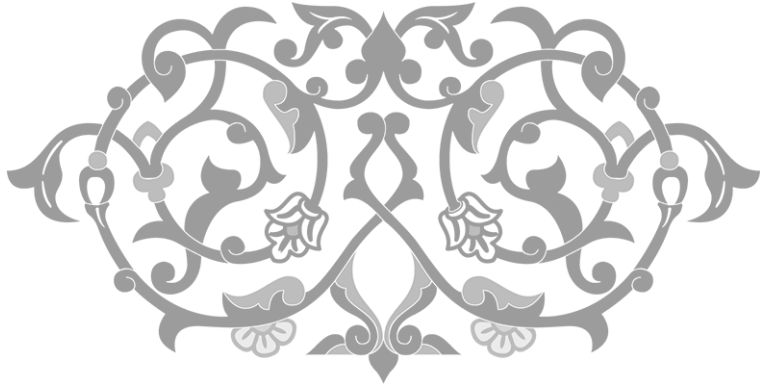
- برگزاری نشست‌های جمعی و کلا دو بار در هر سال و به صورت دوره‌ای در هر استان، آثار و برکات خود را دارد و به نظری رسد باید پایدار بماند، چه آنکه این امر علاوه بر آنکه جامعه وکالت را در انظار عمومی و در هر استان در بین دستگاه قضائی و مراکز دولتی و عمومی استان به منصفه ظهور و بروز خواهد رساند، موجب تعاملات بیشتر کانون هر استان با آنان خواهد شد و نهاد وکالت را نزد ایشان که با انواع مشغله‌ها روبرویند، مرکز توجه قرار خواهد داد. در عین حال کانون‌ها در اجرای مراسم خود نباید از شئون متعارف جامعه خارج شوند و گروهی اشرفانی، تشریفاتی و به اصطلاح به مرفهین بی‌درد و کسانی که فاقد دغدغه مردم و گرفتاری‌ها و رنج‌های آنانند، شناخته شوند. البته انتظار بر این نیست که رعایت شئون جامعه وکالت و وکلای دادگستری نشود، بلکه به دقت اسکودا یا هر شکل جمعی وکالت باید به آرامی و هوشمندانه موجب رعایت اعتدال در این زمینه و زمینه‌های مشابه گردد.



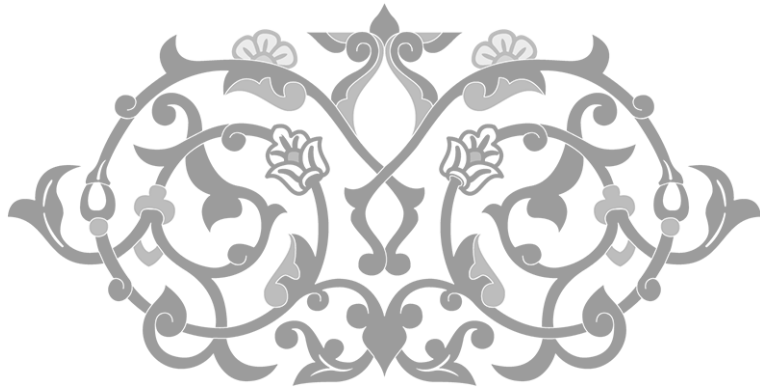
- نگاه به حوزه بین المللی وکالت همچگاه به عنوان یک هدف یا وظیفه اصلی، مد نظر وکلا و قانون دانان بوده است. اسکو و یا هر شکل واحد قانون نباید این امر را به عنوان یک وظیفه در دستور کار خود قرار دهد تا وکلا، نهاد وکالت، تجارت، صنعت و دستگاه های حقوق عمومی و خصوصی از این امکان بهره ببرند تا تأثیر جامعه وکالت را در پیشرفت کشور احساس کنند.

باشد که این جوشن بر تن سرباز وکالت راست آید و او را در خدمت به مبین اسلامی، قانون اساسی و شهروندان بیش از پیش استوار سازد، نام گذشتگان رازنده نگه دارد و برای خود آیندگان آبرو باشد...
بنازم به دستی که انگور چید میرزا دپایی که در هم فشرد

مدیر مسئول



مقالات





طرح تفسیری برای دخالت در وظایف کانون‌های و کلا

دکتر سید محمود کاشانی^۱

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۴ اسفند ۱۴۰۰، تصمیم هیأت موسوم به مقررات‌زدایی وابسته به وزارت دارایی را که به ناروا حرفه وکالت دادگستری را کسب و کار شمرده و خواستار بارگزاری! پروانه‌های وکالت دادگستری که از سوی کانون‌های وکلای دادگستری صادر می‌شوند در درگاه مجوزهای کسب و کار شده بود بیرون از حدود صلاحیت آن دانست و آن را ابطال کرد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این رأی، حرفه وکالت دادگستری را با داشتن قوانین دائمی و ویژه خود از چارچوب کسب و کارها بیرون دانست. حرفه وکالت دادگستری با تصویب قانون وکالت در سال ۱۳۱۵ جایگاه خود را در دادگستری نوین ایران به دست آورد و با تصویب قانون استقلال کانون وکلای دادگستری در پنجم اسفند ۱۳۳۳ همانند کشورهای پیشرفته از ارکان برگزاری دادرسی عادلانه شمرده شد. اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در همین راستا حق برخورداری از وکیل را برای دادخواهان در همه دادگاه‌ها الزامی ساخت. چنین وکیلی بر پایه قانون استقلال کانون و قوانین کشورهای پیشرفته باید دارای پروانه وکالت از کانون وکلا باشد تا هدف‌های اصل ۳۵ قانون اساسی و حق برخورداری از دادرسی عادلانه برای شهروندان کشور ما تضمین گردد.

با این حال مجلس شورای اسلامی در ۲۴ اسفند ۱۴۰۰ با نادیده‌گرفتن قانون استقلال کانون وکلای دادگستری و با تخلف آشکار از اصل ۳۵ قانون اساسی و نادیده‌گرفتن رأی

^۱ هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی و وکیل پایه یک دادگستری



الزام آور هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با تصویب طرح موهوم «تسهیل صدور مجوز کسب و کار»، حرفه شریف و کالت را که از پشتوانه قوانین دائمی کشور ما برخوردار است کسب و کار شمرد و در مقام قانونگزاری در زمینه پذیرش تعداد داوطلبان این حرفه برآمد. رییس جمهور نیز که بر پایه اصل ۱۱۳ مسئولیت اجرای قانون اساسی و احترام به استقلال کانون وکلای دادگستری و استقلال قوه قضاییه کشور را برعهده دارد به ناروا مصوبه بی اعتبار و ناسازگار با قانون اساسی مجلس را برای اجرا ابلاغ کرد.

پیرو مقاله ای که در اعتراض به طرح تسهیل صدور مجوز کسب و کار زیر عنوان «تجاوز به استقلال کانون وکلای دادگستری» در شماره ۲۶ مهر ۱۴۰۰ روزنامه «دنیای اقتصاد» منتشر کردم، روز ۲ تیرماه ۱۴۰۱ نیز در یک مقاله تفصیلی دیگر که در روزنامه اعتماد به چاپ رسید بر بی اعتباری مصوبه تسهیل صدور کسب و کار درباره کالت دادگستری و ناسازگاری آن با اصل ۳۵ و اصل ۲۲ قانون اساسی که امنیت شغلی وکلای دادگستری را مصون از تعرض دانسته است تأکید کردم و خواستار ایستادگی کانون های وکلا در برابر این مصوبه زورگویانه که دخالت آشکار مجلس در وظایف قوه قضاییه و کانون های وکلاست گردیدم.

۱- ضابطه پیش بینی شده در ماده ۵ مصوبه مجلس

مصوبه موسوم به «تسهیل صدور مجوز کسب و کار» با تخلف آشکار از آیین نامه داخلی مجلس و اصول قانون اساسی به دخالت در وظایف کانون های حرفه ای که دارای قوانین دائمی هستند پرداخته است. ماده ۳ این مصوبه به دخالت ناروا در وظایف سازمان ثبت اسناد و املاک که وابسته به قوه قضاییه است و کانون سردفتران اسناد رسمی و ماده ۴ آن به دخالت ناروا در وظایف کانون کارشناسان رسمی دادگستری و ماده ۵ آن به دخالت ناروا در وظایف کانون های وکلای دادگستری پرداخته است. در این سه ماده یک فرمول برای گزینش داوطلبان ورود به این حرفه ها پیش بینی شده که از حدود اختیارات مجلس در قانون اساسی بیرون است. در ماده ۵ این مصوبه در زمینه تعداد پذیرفته شدگان سالانه حرفه وکالت دادگستری چنین پیش بینی شده است:

«داوطلبانی که حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات یک درصد حائزان بالاترین امتیاز را کسب کرده اند قبول شده اعلام و جهت طی مراحل مقتضی به مرجع صدور مجوز [!] مربوط معرفی می گردند...».



این ضابطه که با تظاهر به اصلاح تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب سال ۱۳۷۶ تصویب شده تجاوز آشکار به صلاحیت‌های قوه قضاییه و کانون‌های وکلاست. پذیرش شمار داوطلبان در آزمون‌های سالانه از سوی کانون وکلا و رییسان کل دادگستری در هر استان یک امر موضوعی است نه قانون گذاری. دلیل روشن آن ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون استقلال کانون وکلا مصوب آذرماه ۱۳۳۴ است که گزینش شمار داوطلبان را از وظایف کمیسیونی متشکل از رؤسای دادگاه‌های استان مرکز، دادگاه‌های شهرستان و دادگاه‌های بخش و سه نماینده از سوی کانون وکلا به دعوت رییس کانون دانسته است. این ماده به درستی حق کانون وکلا و دادگاه‌ها در هر استان را در تعیین ظرفیت پذیرش داوطلبان برابر دانسته است. تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب سال ۱۳۷۶ نیز همین قاعده را چنین تکرار کرده است:

«تعیین تعداد کارآموزان وکالت برای هر کانون بر عهده کمیسیونی متشکل از رییس کل دادگستری استان، رییس شعبه اول دادگاه انقلاب و رییس کانون وکلای مربوط می‌باشد که به دعوت رییس کانون وکلای هر کانون حداقل یک‌بار در سال تشکیل و اتخاذ تصمیم می‌نماید».

با نادیده گرفتن این امر که دادگاه انقلاب آن چنان که در کتاب «استانداردهای جهانی دادگستری» توضیح داده‌ام جایگاهی برای کارآموزی وکالت ندارد ولی به هر حال تعیین ظرفیت پذیرش داوطلبان حرفه وکالت، وابسته به نیاز هر کانون وکلا و ظرفیت کارآموزی در دادگاه‌های همان استان است. بنابراین هرگونه دخالتی از سوی مجلس در وظایف و اختیارات کانون‌های وکلا و رییسان دادگستری‌ها در استان‌ها، آشکارا بیرون از وظایف آن و تجاوز به استقلال قوه قضاییه و استقلال کانون‌های وکلای دادگستری است.

از هنگام تصویب آیین‌نامه قانون استقلال کانون در سال ۱۳۳۴ و سپس تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری در سال ۱۳۷۶، کانون‌های وکلا و رییسان کل دادگستری هر استان، ظرفیت‌ها و نیازهای خود را به درستی و با محاسبات عملی تعیین کرده‌اند و هیچ اعتراضی هم از آن هنگام تاکنون وجود نداشته است. پس از دخالت ناروای مجلس در وظایف کانون‌های وکلا و تصویب فرمول پیش‌بینی‌شده در ماده ۵ مصوبه تسهیل کسب و کار برای تعیین ظرفیت پذیرش داوطلبان، هیچ روشن نبوده است که این فرمول به چه نتایجی خواهد انجامید. ولی چند ماه پس از تصویب این ماده هرج و مرج طلبانه، هنگامی که سازمان سنجش، آزمون سالانه وکالت را برگزار کرد روشن شد این



فرمول پُرابهام پیش‌بینی شده در ماده ۵ مصوبه مجلس، خواسته‌های حامیان آن را برآورده نساخته است. از این رو دست‌اندرکاران تصویب ماده مزبور خواستار آن شدند مرکز مشاوران قوه قضاییه و کانون‌های وکلا تعداد بسیار بزرگی از داوطلبان فراتر از متن و نص روشن این مصوبه را پذیرش کنند. در همین راستا رییس مجلس در نامه‌ای به رییس قوه قضاییه به ناروا خواستار نادیده گرفتن نص ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب‌وکار شد. ولی رییس محترم قوه قضاییه به درستی در پاسخ وی گفت:

«همکاران و معاون حقوقی و امور مجلس قوه قضاییه معتقد هستند قانون ابهامی ندارد و معیار پذیرش، نمره می‌باشد و لکن بعضی از نمایندگان با لحاظ مذاکرات در زمان تصویب قانون در مجلس خلاف این برداشت را دارند و ملاک را (تراز) می‌دانند. الفاظ مصوب قانون معتبر و دارای حُجیت است و استناد به صورت مذاکرات موجه نمی‌باشد...». (خبرگزاری فارس، یکم شهریور ۱۴۰۱).

این در حالی است که ادعای جدید دست‌اندرکاران تصویب ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب‌وکار بر این که در روند گفتگوهای این ماده که نص و عبارات آن روشن است قصد دیگری داشته‌اند کاملاً بی‌پایه می‌باشد.

۲- تقدیم طرح دو فوریتی برای تفسیر ماده ۵

با آن که فرمول پیش‌بینی شده در مواد ۳، ۴ و ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب‌وکار روشن بوده‌اند ولی از آن‌جا که اجرای این فرمول، هدف‌های دست‌اندرکاران تصویب آن را برآورده نکرده است، روز یکم شهریور ۱۴۰۱ یک طرح دو فوریتی برای تفسیر آن با تخلف از موازین حقوقی به مجلس تقدیم کردند. در حالی که رییس محترم قوه قضاییه بر روشن بودن متن ماده ۵ تأکید کرده بود ولی از شگفتی‌های قانونگزاری در این مجلس این است که سخنگوی کمیسیون اصل ۹۰ مجلس نیز در تأیید این طرح دو فوریتی به روشن بودن متن ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب‌وکار اعتراف کرد و افزود:

«قانون از نظر ما دارای ابهام نبوده و کاملاً واضح و روشن است. اما به سبب این که در حال حاضر حقوق بسیاری از فارغ‌التحصیلان مستعد کشور و منافع عمومی جامعه توسط عده‌ای خاص به گروگان گرفته شده، طرح دو فوریتی استفساریه مواد ۳، ۴ و ۵ قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار به ثبت رسیده و در دستور صحن علنی مجلس قرار گرفته است!» (خبرگزاری ایمن، ۱ شهریور ۱۴۰۱).



با روشن بودن متن ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب و کار، تفسیر آن جایگاهی در قانونگذاری ندارد. این یک قاعده شناخته شده در تفسیر است و از همین رو ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی فرانسه در بخش حقوق تعهدات، (رُفْرُم مصوب ۱۰ فوریه ۲۰۱۶) چنین مقرر کرده است:

«نمی توان شروط روشن و صریح یک قرارداد را تفسیر کرد مگر به بهای دگرگون ساختن ماهیت آن».

ماده ۵ مصوبه مزبور، داوطلبانی را که حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات یک درصد حائزان بالاترین امتیاز را کسب کرده باشند قبول شده شمرده است و این متن روشن نیاز به تفسیر ندارد. بنابراین انگیزه دست اندرکاران این طرح دو فوریتی، جایگزین کردن یک فرمول دیگر به جای آن است تا بتوانند گروه بزرگی از داوطلبان را به مرکز مشاوران و کانون های وکلای دادگستری تحمیل کنند و برای دستیابی به این هدف راه این تفسیر ناروا را در پیش گرفته اند. در نشست روز ۲ شهریور مجلس نیز مدافعان این درخواست تفسیر برای تصویب آن راه اتهام زنی به کانون های وکلا را در پیش گرفتند. محسن زنگنه در دفاع از این طرح دو فوریتی درخواست تفسیر در بخشی از سخنان خود گفت:

«هدف از قانون تسهیل صدور مجوز، رفع امضاهای طلایی و رفع انحصار است. بنابراین هر اقدامی که با روح قانون منافات داشته باشد پذیرفته نیست...».

ولی با روشن بودن نص این مصوبه، مجلس حق ندارد به دنبال روح موهوم آن برود. رییس کمیسیون اصل ۹۰ مجلس نیز در دفاع از این تفسیر ادعا کرد:

«مجلس امروز اصرار دارد انحصاری که موجب اذیت و فشار بر مردم است و فسادآور می شود شکسته شود چرا که انحصار ریشه بسیاری از فسادها در کشور است و به دلیل انحصارطلبی، حقوق مردم تضییع می شود».

این سخنان، توجیه کننده تفسیر ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور کسب و کار نیستند. کانون های وکلا و ریسان کل دادگستری های استان ها برپایه تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه و کالت دادگستری از سال ۱۳۷۶ تاکنون در برگزاری هر آزمونی، ظرفیت پذیرش داوطلبان در کانون ها و کارآموزی آنان در دادگاه ها را در چارچوب این قانون تعیین کرده و تصمیم گیری های کانون های وکلا در اجرای قانون را نمی توان انحصارطلبی توصیف کرد. سخن گفتن از امضاهای طلایی و یا انحصارطلبی نیز جایگاهی در اجرای قانون ندارند.



در حالی که کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی برای رسیدگی به شکایت‌ها از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه تشکیل شده است ولی این کمیسیون اعتراض‌های قانون‌های و کلا به دخالت نابجا و خلاف قانون اساسی مجلس در وظایف قانونی قانون‌های و کلاهی مستقل را نادیده گرفته و به جای آن که از قانون اساسی و قوانین لازم الاجرای کشور دفاع کند، ادعاهای بی‌پایه دست‌اندرکاران این طرح‌های ناسازگار با قانون اساسی را تکرار می‌کند. این در حالی است که به گفته رییس محترم قانون و کلاهی مرکز، هم‌اکنون ۴۰ درصد و کلاهی جوان بیکار هستند. (وکلاپرس، ۲۷ مرداد ۱۴۰۱).

با این حال تنی چند از نمایندگان در نشست ۲ شهریور به تفسیر ماده ۵ تسهیل صدور کسب‌وکار و تجاوز به استقلال قانون اعتراض کردند. آقای حسن محمدیاری نماینده مردم تالش در مجلس در مخالفت با این طرح دو فوریتی گفت:

«شغل تلقی کردن نهاد وکالت، ظلم به این نهاد است. مقرراتی که در این زمینه وضع کردیم خروجی آن جز زیان و خسارت نخواهد داشت...».

آقای محمدرضا دشتی‌اردکانی نیز با بیان این که با انحصار مخالف هستم افزود:

«تراز علمی باعث می‌شود افراد ناکارآمد وارد حوزه وکالت شوند. اگر با این روش، افراد وارد وکالت و سردفتری شوند مشکلاتی برای دستگاه قضا ایجاد می‌شود. اعتقاد داریم وکالت و سردفتری و کارشناسی شغل نیستند و نمی‌توان با ملاک قرار دادن تراز، افراد ناکارآمد را وارد این عرصه کرد و جان و مال و ناموس مردم را به دست آن‌ها داد.»

همچنین آقای جواد نیک‌بین و آقای سیدکاظم دل‌خوش‌ابتری مخالفت خود را با طرح استفساریه مواد ۳، ۴ و ۵ مصوبه صدور مجوز کسب‌وکار اعلام کردند (خانه ملت، خبرگزاری مجلس شورای اسلامی، ۲ شهریور ۱۴۰۱). ولی از آن جا که اکثریت نمایندگان این مجلس پای‌بند به اصول قانون اساسی که به آن سوگند یاد کرده‌اند نیستند این طرح دو فوریتی با ۱۸۴ رأی موافق به تصویب رسید.

۳- تناقض آشکار تفسیر مجلس با متن ماده ۵

سرانجام مجلس در پاسخ به درخواست تفسیر مواد ۳، ۴، ۵، مصوبه تسهیل صدور کسب و کار چنین اظهار نظر کرد:

۱۵

«منظور از عبارت «امتیاز میانگین نمرات» در مواد ۳، ۴، ۵ قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار مصوب ۱۴۰۰/۱۲/۲۴ مجلس شورای اسلامی، میانگین وزنی



نمرات تراز شده، مطابق شاخص‌های آماری در آزمون سراسری که توسط سازمان سنجش آموزش کشور اعمال می‌شود است». (خبرگزاری خانه ملت).

این در حالی است که مواد ۵،۴،۳ مصوبه تسهیل صدور کسب‌وکار مصوب ۲۴ اسفند ۱۴۰۰ با روشنی هرچه بیشتر ملاک پذیرش داوطلبان را به دست آوردن «حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات یک درصد حائزان بالاترین امتیاز» دانسته است. با چشم‌پوشی از روشن بودن متن این مصوبه و بی‌نیازی آن از تفسیر، در هیچ بخش از عبارات این ماده به دست آوردن «نمره تراز» که فرمول جداگانه‌ای است پیش‌بینی نشده است. دلیل آن نیز روشن است. زیرا «نمره تراز» از سوی سازمان سنجش هنگامی برای شمار پذیرفته‌شدگان به کار می‌رود که ظرفیت محدودی برای پذیرش داوطلبان به ویژه با تصمیم هر کانون و کلا و رییس دادگستری در هر استان بر پایه تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری تعیین شده باشد. ولی فرمول پیش‌بینی شده در ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب‌وکار با حذف ظرفیت پذیرش داوطلبان که در تبصره ماده ۱ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت پیش‌بینی شده است، تنها به نمره «۷۰ درصد امتیاز میانگین یک درصد حائزان بالاترین امتیاز» بسنده کرده است. بنابراین تفسیر مجلس و الزام سازمان سنجش در به کار بردن نمره تراز، با متن صریح ماده ۵ مصوبه تسهیل صدور مجوز کسب‌وکار ناسازگاری و تناقض آشکار دارد و نمی‌توان با توسل به تفسیر ناروای این متن روشن، سیستم تعیین ظرفیت و تراز نمره را جایگزین آن کرد.

سرانجام تعیین ظرفیت داوطلبان، آن چنان که در ماده ۲۹ آیین‌نامه قانون استقلال کانون وکلا و سپس در تبصره ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری پیش‌بینی شده، برآمده از استقلال کانون‌های وکلاست. دفاع از استقلال کانون نیز حق و تکلیف بی‌چون و چرای هیأت‌های مدیره کانون‌ها و تضمین استقلال وکیل در امر دفاع در چارچوب اصل ۳۵ قانون اساسی و تضمین‌کننده امنیت شغلی و کلاهی دادگستری در راستای اصل ۲۲ قانون اساسی است.

از سوی دیگر برپایه بند «الف» ماده ۶ قانون استقلال کانون وکلا مصوب سال ۱۳۳۳، «دادن پروانه وکالت به داوطلبانی که دارای شرایط قانونی باشند» از حقوق و وظایف هریک از کانون‌هاست. این ماده برآمده از استقلال کانون وکلا و دارای اعتبار کامل است و مجلس نمی‌تواند در وظایف کانون‌های مستقل دخالت کند و کانون‌های وکلا را الزام به صدور پروانه وکالت برای داوطلبانی بکند که دارای شروط علمی لازم نیستند.



بنابراین نه ماده ۵ مصوبه هرج و مرج طلبانه تسهیل صدور مجوز کسب و کار و نه تفسیر ناروا و خودسرانه مجلس از آن کمترین اعتباری برای کانون‌های وکلای دادگستری که باید نظم حرفه و کالت را پاسداری کنند و ریيسان دادگستری در استان‌ها که باید کارآموزی مؤثر کارآموزان و نظم دادگاه‌ها را برآورده سازند ندارند.

کانون‌های وکلای دادگستری نباید اجازه دهند گروهی از اشخاصی که با قانون انتخابات سال ۱۳۹۰ خورشیدی که هرگز با معیارهای انتخابات آزاد و عادلانه سازگاری ندارد وارد این مجلس‌ها شده‌اند و با راه‌انداختن تبلیغات یک‌سویه در صداوسیما که به ناروا به کنترل و انحصار آنان درآمده است به دنبال مداخله در وظایف قانونی کانون‌های وکلای دادگستری هستند، نظم حرفه و کالت دادگستری را که دستاورد قوانین دائمی کشور ماست به آشفته‌گی بکشانند.



حقوق حاکم بر قراردادهای بانکی (به بیان ساده)

دکتر محمدرضا محمدی جرقوبه‌ای^۱

مقدمه

در سلسله گفتارهایی که خواهیم داشت، به بیان ساده حقوق حاکم بر قراردادهای بانکی را بررسی می‌کنیم. علت ساده سازی این بحث تصور عمومی حقوقدانان به تبعیت قراردادهای بانکی از ماده ۱۰ قانون مدنی و عدم توجه به سیر تاریخی پیدایش این نوع قراردادها در حقوق ایران می‌باشد. این تصور باعث می‌شود تا این ایده در ذهن حقوقدانان شکل بگیرد که حمایت‌های غیرمنطقی صورت گرفته از بانک‌ها^۲ توسط قانونگذار به بانک اجازه انعقاد هر نوع قراردادی را ولو مجرمانه و خلاف شرع و قانون مانند ربا به بانک می‌دهد. حتی عده‌ای بر این باور و تصور هستند که بانک‌ها بموجب قانون

^۱ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان

^۲ بموجب ماده ۷ قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجراء طرحهای تولیدی و افزایش منابع مالی و کارائی بانک‌ها کلیه قراردادهای که بین بانک و مشتری در اجراء قانون عملیات بانک بدون ربا منعقد می‌گردد، در حکم اسناد رسمی می‌باشد و از کلیه مزایای اسناد تجاری برخوردار می‌باشد. این مطلب در ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا هم تاکید شده است که ضرورت این همه اهمیت داده به قراردادهای بانکی برای نویسنده این مقاله مبهم است که قانونگذار در دو محل به این موضوع تاکید می‌کند. در حالی که در مقامی دیگر اصل تجاری بودن عملیات بانکی را نادیده گرفته و می‌خواهد با قواعد حاکم بر عصر سنتی قانون مدنی از قبیل مزارعه و مساقات بانکداری نماید.



و حمایت های دولت بمعنای اعم اجازه گرفتن ربا را داشته و ربا برای بانک ها از نظر قانونی مجاز می باشد. در این سلسله مقالات سعی خواهد شد رفتار و جایگاه بانک به نحوی که در ذهن خواننده ایجاد مبنای شرعی و قانونی نماید، تبیین شود.

تمایز بنیادین حقوق مدنی و تجارت

باید ها و نباید های حاکم بر دنیای حقوق مدنی و حقوق تجارت با هم تفاوتی بنیادین دارد. اگر چه اشتراکاتی بین این دو رشته دیده می شود. حتی ممکن است این ایراد مطرح شود که حقوق مدنی مادر حقوق تجارت است که در این مطلب شکی نیست ولی اقتضائات حاکم بر جوامع انسانی ایجاب می کرد تا از کندی حاکم بر حقوق مدنی فرار کرده و قواعد جدیدی در قالب حقوق تجارت شکل گیرد والا اساساً نیازی به تولد حقوق تجارت نبود. امنیت، اعتماد و سرعت از مولفه های حقوق تجارت است که منجر به شکل گیری قواعدی در دنیای تجارت می شود که هضم آن از نگاه حقوق مدنی دشوار است. مثلاً پذیرش ضمانت تضامنی و یا اصل تجریدی بودن در اسناد تجاری و عدم توجه به منشاء به دلیل نیاز به سرعت عمل و یا سخت گیری در سررسید و عدم امکان اعطاء مهلت به مدیون در حقوق تجارت نمی تواند قاعده مقبولی در حقوق مدنی باشد. این تمایز بنیادین باید در بحث قانونگذاری مدنظر قانونگذار قرار گیرد و توجه داشته باشد که حل مشکلات دنیای تجارت با استفاده صرف از قواعد حقوق مدنی مولفه های امنیت، سرعت و اعتماد را می تواند خدشه دار سازد و چابکی و برون دادی که از رفتارهای تجاری انتظار می رود را در این حالت دیگر نمی توان از آن رویداد تجاری حقوقی انتظار داشت. زیرا بر خلاف قوانین مدنی، قوانین تجاری بطور مرتب در حال اصلاح و به روز رسانی است. از همین رو در برخی شاخه های پیرامونی تجارت همچون حقوق بانکی یا حقوق بورس، دستور العمل ها جایگزین قانون شده است.^۳ علاوه بر آن ظرافتی که قانونگذار در استخدام دقیق الفاظ در قانون مدنی به کار گرفته، در قوانین تجاری مشهود نیست. در قوانین تجاری و اقتصادی، قانونگذار پیش و بیش از دقت های حقوقی و ادبی به نیازهای مالی و بازرگانی جامعه نگاه کرده است.



اقسام بانکداری

در تاریخ حقوق ایران به یک اعتبار بانکداری را به بانکداری متعارف و بانکداری بدون ربا یا اسلامی می توان تقسیم نمود. در بانکداری متعارف بانکدار مبلغی وجه نقد به مشتری تخصیص داده و با احتساب سود متعلق به آن در پایان اصل وجه یا تسهیلات و سود متعلقه به آن را مطالبه می نماید. از زمان پرداخت وجه تا زمان تسویه دین بانک دخالت اجرایی در امور نمی نماید. بعد از پیروزی انقلاب و با شکل گرفتن این ایده که بانکداری متعارف عملاً ترویج رباخواری می باشد، این نوع بانکداری در قوانین کنار گذاشته شد و به جای آن بانکداری بدون ربا جایگزین شد. خوشبختانه ذهنیت حاکم بر بانک در عمل و رویه همچنان بانکداری متعارف ماند و قراردادهای و روابط بانکی خود را بصورت صوری براساس بانکداری بدون ربا بنا نهاد. لابد خواهید پرسید چرا خوشبختانه؟ بانک ها با تبدیل بانکداری متعارف به اسلامی پتانسیلی یافتند که به لحاظ تصورات و عملکرد قبلی نسبت به بانکداری متعارف از آن غافل بودند والا امکان قبضه قدرت اقتصادی کشور و ایجاد یک دولت قدرتمند اقتصادی در کنار بانک ها متصور بود که بعداً در صورت ضرورت به آن خواهیم پرداخت. تحولات صورت گرفته بعد از انقلاب در زمینه بانکداری عملاً بانکداری متعارف را نوعی ربا خواری تلقی نمود و معتقد بود صرفاً از طریق عقود اسلامی می توان بانکداری نمود. این در حالی است که در تاریخ بانکداری بانک ها برای این بوجود آمده اند تا از رباخواری های موجود در جامعه جلوگیری نموده و سودهای غیرمنطقی، غیرمنصفانه و بی رحمانه ای که در بازار غیرمتشکل پولی وجود دارد را حذف نموده و فعالان اقتصادی با مراجعه به بانک از شر رباخواران در امان باشند. در همین زمینه در جهان اسلام نظریات مختلفی در خصوص ربوی نبودن بانکداری متعارف توسط فقها بیان شده که در مقاله بعدی به آن خواهیم پرداخت. آنچه که درخور توجه است این نکته است که این راه حل یعنی استفاده از قواعد حاکم بر حقوق سنتی از قبیل عقد شرکت، مزارعه، مساقات و... باعث شده عمل بانک ها کند تر شده و قراردادهای صوری منعقد شود و سودی که در عمل گیرندگان تسهیلات پرداخت می کنند بمراتب از سودهای اخذ شده در بانکداری متعارف بیشتر باشد. نیم نگاهی بعنوان قانون « قانون تسهیل اعطاء تسهیلات بانکی و کاهش هزینه های طرح و تسریع در اجرای طرحهای تولیدی و افزایش منابع مالی و کارائی بانک ها مصوب ۱۳۸۶/۴/۵ موید این مطلب می باشد که در گفتارهای بعدی به آن خواهیم پرداخت.



منابع

- هدایتی، سیدعلی اصغر. سفری، علی اصغر. کلهر، حسن. بهمنی، محمود. عملیات بانکی داخلی، ۲ جلد، موسسه عالی بانکداری ایران.
- موسویان، سیدعباس. مصادیق پنهان و آشکار ربا در نظام بانکی ایران، مجله اقتصاد اسلامی سال دوم ۱۳۸۱، شماره ۶
- موسویان، سیدعباس. ربا در بانک های دولتی. فقه شماره ۲۷ و ۲۸. سال ۱۳۸۰
- معتمدی، جواد. روش تفسیر در حقوق تجارت. انتشارات شرکت سهامی انتشار ۱۳۹۸
- کاشانی، محمود. نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران، مجله تحقیقات حقوقی. سال ۱۳۸۴ شماره ۴۲



آیا کثرت شکات ، دلالت بر ذی حقی

ایشان دارد ؟

ساناز بیرژندی^۱

منصور انجم شعاع^۲

چکیده

از جمله معایب وکالت در پرونده های کثیر الشاکی آن است که جو حاکم بر پرونده مانع از استماع دفاعیاتی می شود که صرفا جنبه حقوقی داشته و باید فارغ از هرگونه حاشیه ای استماع شود. وکیل همواره وظیفه دارد مطالب و دفاعیات خویش را بیان کند و از دستگاه قضایی نیز این انتظار می رود تا فارغ از جو حاکم ، پرونده آن را بررسی کند. حساسیت خاص پرونده های کثیر الشاکی برای دستگاه قضا و لزوم رسیدگی سریع به آن به منظور جلوگیری از ایجاد نارضایتی در شکاتانی که ظاهرا مال باخته نیز بوده اند، بعضی مواقع موجب می شود قاضی رسیدگی کننده نتواند آنگونه که باید پرونده را در فضایی صرفا حقوقی بررسی کند. پرونده پیش رو تجربه ای عملی است که قضات معزز رسیدگی کننده به آن، تسلیم جو حاکم بر پرونده نشده و با رعایت اصول و موازین قانونی اقدام به صدور رای نموده اند.

خلاصه پرونده

خلاصه پرونده به این شرح است که تعداد قابل توجهی شاکی اقدام به طرح شکایاتی

^۱ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای تهران

^۲ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



دائر بر کلاهبرداری، تحصیل مال از طریق نامشروع و چند عنوان جزایی دیگر بطرفیت موکل نموده و پس از رسیدگی و ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری و استماع دفاعیات وکلای طرفین، دادگاه بدوی حکم بر محکومیت موکل به اتهام کلاهبرداری و رد مال صادر نموده است. پس از ابلاغ رای دادگاه بدوی، دادخواست تجدید نظر به شرح ذیل تقدیم گردیده است:

ریاست محترم محاکم تجدید نظر استان چهارمحال و بختیاری
با سلام

بوکالت از آقای و حسب اظهارات موکل و به شرح ذیل، نسبت به دادنامه شماره صادره از شعبه ی ... دادگاه کیفری دو بروجن که در تاریخ ۲۴ / ۳ / ۱۴۰۱ ابلاغ گردیده، به جهت مغایرت رای صادره با موازین قانونی و عدم توجه قاضی محترم شعبه ی بدوی به ادله ابرازی معترض بوده و تقاضای نقض آن و صدور حکم بر براءة موکل را دارد و به منظور جلوگیری از تضییع حقوق موکل، تقاضای برگزاری جلسه جهت استماع اظهارات شخص موکل و رویارویی ایشان با شکات نیز مورد استدعا است.

قبل از ورود به ماهیت پرونده و ارائه ادله دال بر براءة موکل، لازم به ذکر است که رای صادره دارای ایراد شکلی اساسی است که البته از ناقص بودن تحقیقات نشأت گرفته است. توضیح آنکه، ریاست محترم شعبه ی بدوی در حالی بزه کلاهبرداری را به موکل منتسب دانسته اند که به هیچ عنوان در رای صادره میزان رد مال مورد ادعا را مشخص ننموده و به همین سبب مبنای تعیین جزای نقدی نیز در رای صادره کاملاً مبهم است و مشخص نیست چگونه بموجب دادنامه اصلاحی، مجدداً افزایش پیدا کرده است و البته این ابهامات، به دلیل ایرادات و ابهامات جدی نظریه ی کارشناسی است که بارها بدان اعتراض شد اما توجهی به آن نشد و ظاهراً در زمان صدور رای، قاضی محترم نیز به این امر واقف شده و برای رهایی از این ابهامات، رقم رد مال را تعیین ننموده است که مسلماً چنین حکمی صرف نظر از ماهیت آن، منطبق با قانون نیست. اما صرف نظر از ایرادات شکلی فوق و صرف نظر از اینکه مجازات تعیین شده بر فرض محال بزهکاری موکل، تناسبی با جوانی و فقدان سابقه کیفری وی ندارد، به شرح ذیل اساساً بزه ادعایی به موکل منتسب نمی باشد:



الف- در خصوص اتهام موکل دائر بر کلاهبرداری موضوع شکایت آقایان و.م ، م.ا و م.م باستحضار می رساند:

لازمه تحقق بزه کلاهبرداری، توسل به وسایل متقلبانه و بردن مال دیگری آن هم با سوء نیت مجرمانه است. این در حالی است که با توجه به اظهارات متناقض شکات و شهود تعرفه شده ایشان و مستندات موجود، محرز می گردد هیچ گونه مانور متقلبانه ای از سوی موکل واقع نگردیده و مالی هم از شکات به نحو مجرمانه تحصیل نشده زیرا:

۱- شکایت شکات و ادعاهای ایشان دچار تناقضات فراوان است و این تناقضات به حدی است که نشان می دهد شکات در ابتدای امر، صرفا ادعایی را (صرف نظر از صحت و سقم آن) مطرح نموده که فاقد وصف کیفری بوده است و پس از اخذ مشاوره، درصدد آن برآمده اند تا با اصلاح شکایت و اضافه نمودن مطالبی خلاف واقع، اینگونه وانمود کنند که از سوی موکل مانوری متقلبانه صورت گرفته است و بدین منظور، برای ترسیم و القای تحقق مانور متقلبانه ادعا کرده اند، موکل مراسمی تحت عنوان جشن راه اندازی شرکت برگزار کرده و با ارائه مجوز فعالیت و با نیت تحصیل اموال دیگران، پیشنهاد سرمایه گذاری داده است. برای مثال آقای و.م در متن شکوائیه تقدیمی و مخصوصا اظهارات خود در صفحه ۳۸ پرونده (پیوست شماره ۱ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است)، صرفا مدعی شده است که موکل در شهریور ۱۳۹۸ (و البته جالب توجه است نامبرده در شکوائیه تقدیمی تاریخ این جلسه را شهریور ۱۳۹۸ عنوان داشته و در صورتجلسه مضبوط در صفحه ۳۸ پرونده، تاریخ جلسه را ۱۶ مرداد اعلام کرده است!!!) وی و تعدادی دیگر از دوستان قدیمی را در خانه شخصی خود در اصفهان دعوت نموده و ضمن اعلام این موضوع که مشغول فعالیت در زمینه تلفن همراه است، بیان نموده که با یک وارد کننده گوشی آشنا بوده و اگر شما دوستان قدیمی، در این امر سرمایه گذاری کنید، سود خوبی عایدتان می شود و در این اظهارات ابتدایی خود، کمترین اشاره ای به برگزاری مراسمی تحت عنوان جشن راه اندازی شرکت، ارائه مجوز فعالیت شرکت پرشین موبایل و برقراری جلسه دومی در بروجن ننموده اند و مسلما اگر چنین موضوعی حقیقت داشت، حداقل در توضیحات قبلی شکات، اشاره اندکی به آن می گردید، نه آنکه ناگهان پس از گذشت مدت زمان کوتاه، شکات و شهود ایشان سخن از برگزاری جشنی بزنند که نه تنها دلیلی بر آن وجود نداشته، بلکه ظاهرا خود ایشان هم تا مدتی پس از طرح شکایت، از چنین امری اطلاع نداشته اند!!! و جالب تر آنکه شکات و شهود ایشان در



بیان زمان و مکان ارائه مجوز فعالیت شرکت که ادعا کرده اند موکل به ایشان ارائه نموده و موجب فریب ایشان شده نیز دچار تناقض شده اند. به نحوی که آقای م.ا در صورتجلسه مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۳ (پیوست ش ۲ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) به عنوان شاهد آقای و.م دو مرتبه اعلام می کند که این مدرک در اصفهان ارائه شده و سپس در صورتجلسه مورخ ۱۳۹۹/۵/۳۰ (پیوست ش ۳ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) و به عنوان شاکی اعلام می کند این مدارک در جلسه ی دیگری که در بروجن تشکیل شده ارائه شده است! هم چنین آقای م.ک در صورتجلسه مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۵ (پیوست ش ۴ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) به عنوان شاهد اعلام نموده است که موکل برگه مجوز تاسیس شرکت را دو هفته بعد از جشن اصفهان، در بروجن به حضار نشان داده و آقای م.ک در صورتجلسه ی مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۲ (پیوست ش ۵ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) اعلام نموده است این برگه در همان جلسه اصفهان به همه نشان داده شده و جلسه ی بروجن هم در کافه برگزار شده است! و مهمتر از همه آنکه شکات مدعی هستند موکل به ایشان اعلام نموده است با یک فروشنده یا وارد کننده گوشی در تهران آشنا بوده و می تواند از وی گوشی ها را زیر قیمت بازار خریداری کند. بدیهی است اگر موکل حسب ادعاهای بعدی شکات، با این ادعا که دارایی یک شرکت واردات گوشی است موجب اغوای ایشان شده است! پس چگونه موکل به ایشان اعلام کرده قرار است گوشی ها را از فردی در تهران خریداری کنند؟ اگر موکل دارای شرکت و مجوز واردات گوشی بوده یا چنین ادعایی کرده است، دیگر این اظهارات چه جایگاهی دارد و اگر اظهارات شکات حقیقت داشت، آیا نباید موکل را بابت این امر بازخواست می کردند؟! و اگر قرار بوده است که گوشی ها از تهران و از یک عمده فروش خریداری شود و پول های ادعایی هم بابت همین کار داده شده است، دیگر مجوز تاسیس شرکت یا مجوز واردات چه تاثیری در تصمیم شکات داشته است! و مهمتر از همه، شکات که خود را از دوستان قدیمی موکل اعلام کرده اند، باید بخوبی بدانند که موکل کارت پایان خدمت ندارد و کسی که کارت پایان خدمت ندارد نمی تواند مجوز واردات گوشی اخذ کند و مسلما شکات هم از این امر به خوبی مطلع هستند و دیگر چگونه ممکن است به چنین اظهاراتی که البته مورد ادعای ایشان است، اعتماد کرده باشند!



۲- صرف نظر از بی اعتباری ادعای شکات، مستندات ارائه شده توسط شکات مخصوصاً پرینت های بانکی مضبوط در پرونده و هم چنین نظریه ی کارشناسی ارائه شده (صرف نظر از ایرادات متعدد آن که بارها به آن اشاره شد)، دلالت بر وجود نوعی شراکت و سرمایه گذاری بین شکات و موکل و فقدان تحقق هرگونه بزه دارد و این قرائن نشان می دهد شکایت شکات ناشی از نوعی اختلاف حساب با موکل است که مرجع رسیدگی به آن محاکم کیفری نخواهد بود. طبق اظهارات موکل ، وی و دوستانش با راه اندازی کسب و کاری به نام پرشین موبایل (که صرفاً اسم این کسب و کار پرشین موبایل بوده و هیچ زمان صحبت از تاسیس شرکت با این عنوان نشده است) اقدام به خرید و فروش تلفن همراه نموده اند و کسی صرفاً سرمایه گذار یا صرفاً خریدار و فروشنده کالا نبوده است و بیشتر وجوه نیز پس از تعیین آقای ا.ح به عنوان امین، به حساب ایشان واریز شده است و اجناس نیز در بیشتر مواقع از آقایان ن.ت خریداری گردیده است که این مهم در نظریات کارشناسی مضبوط در پرونده تایید شده است و بررسی حسابها و جداول ارائه شده در نظریه نشان می دهد که موکل و آقایان مذکور به طور مشترک وجه دریافت و پرداخت نموده، لکن این موضوع در خصوص سایر اشخاص صدق نمی کند و نسبت به دیگران این اشتراک وجود ندارد. برای مثال فردی نظیر ا.ا، صرفاً از بین شکات به حساب ا.ح پول پرداخت کرده و هیچ گاه پولی از ایشان یا سایرین دریافت نکرده و صرفاً موبایل تحویل گرفته است. در واقع افرادی نظیر آقایان م ، غ.ح، ع.ا، ا.ا و د.ر به حساب بانک ملی ا.ح (که هیچ ادعایی در خصوص این که کارت آن نزد فرد دیگری باشد مطرح نشده) مبالغ قابل توجهی واریز نموده اند، ولی به حساب سایر شکات مبلغی واریز نکرده اند و حجم قابل توجه وجوه رد و بدل شده بین شکات فوق الذکر با یکدیگر و مدت زمان آن نشان می دهد ایشان به همراه موکل در شراکتی سهیم بوده اند که محوریت آن نه تنها با موکل نبوده، بلکه موکل نیز همانند ایشان عضوی از این شراکت و سرمایه گذاری بوده است به نحوی که برخی از شهود تعرفه شده ی شکات به وجود این شراکت اذعان نموده اند و پیام های رد و بدل شده بین آقای ا.ح (به عنوان مسئول اصلی این شراکت) با موکل و مشتریان و هم چنین صورتجلسات ارائه شده توسط شکات (صرف نظر از انتساب و ماهیت آن)، کاملاً موید این مطالب است (پیوست ش ۷ که قبلاً در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است).

۳- در بررسی های میدانی انجام شده در نظریه ی اولیه کارشناس محترم (ص ۱۲ نظریه) گردش پرداخت وجه و خرید موبایل از موبایل فروشی ن.ت جمعا ۰۰۰،۵۹،۹۵۵،۶۴۰ ریال و از موبایل آقای ر ۱،۸۶۹،۷۵۰،۰۰۰ ریال برآورد گردیده است (ص ۱۳) و حسب ادعای کارشناس جمعا تعداد ۲۰۹۰ گوشی از هر دو موبایل فروشی توسط موکل و آقای ا.ح دریافت گردیده و این به غیر از گردش مالی و خرید موبایل از موبایل ن است که کارشناس محترم نسبت به آن به ذکر کلی مرادوات مالی (ص ۱۳) اکتفا کرده اند. بنابراین از مبلغ ۷۴/۱۹۶ میلیون ریالی که کارشناس محترم به عنوان وجه پرداخت شده از سوی شکات برآورد کرده اند (ص ۱۵) حداقل مبلغ ۶۱،۸۲۵،۳۹۰،۰۰۰ ریال به حساب های موبایل ن.ت و روحانی واریز شده و گوشی موبایل خریداری شده است. بنابراین حتی اگر مشارکتی در بین نبود و صرفا موکل طرف حساب همه شکات بوده است، طبق نظر کارشناس محترم به ازاء وجهی که ادعا شده به طور مستقیم و غیر مستقیم به حساب موکل واریز گردیده، ایشان و آقای ا.ح موبایل خریداری و دریافت نموده اند و ظاهر نیز دلالت بر آن دارد که این گوشی ها تحویل شده است و دلیل این مدعا نیز اقرار مکرر شکات در پرونده به شرح لویح قبل و ادامه همکاری ایشان از سال ۹۸ تا تیر ۹۹ بوده است که اگر موبایل ها تحویل داده نمی شد، این همکاری تا تیر ۹۹ ادامه نمی یافت و گردش مالی میان افراد خاتمه می یافت. در واقع حتی اگر مشارکتی نیز در میان نباشد، عنصر اصلی برای جرم کلاهبرداری یعنی مانور متقلبانه برای بردن مال غیر وجود ندارد. زیرا مال غیر برده نشده و ادعای غیر منطقی شکات مبنی بر عدم دریافت گوشی های مورد ادعا نیز، دلالت بر تحقق جرمی نداشته و ندارد. زیرا لازمه تحقق بزه کلاهبرداری آن است که موکل شکات را با وعده شراکت یا خرید گوشی همراه فریفته و وجوه دریافتی از ایشان را صرف امور مربوط به شراکت یا خرید گوشی ننموده و به نفع خود برداشت کرده باشد اما وقتی که کارشناس محترم با وجود تمام ایرادات نظریه وی، صراحتا اظهار می دارد وجوه رد و بدل شده صرف خرید گوشی شده است، دیگر تصور تحقق جرم کلاهبرداری عملا غیر ممکن خواهد بود. آن هم با در نظر گرفتن این نکته مهم که از نظر کارشناس محترم، علاوه بر خرید این گوشی های همراه، چند میلیارد تومان وجه نقد بابت سود در حساب شکات منظور شده است و با یک حساب و کتاب ساده به این نتیجه می رسیم که شکات نه تنها طلبی در این شراکت نداشته، بلکه بیشتر از مطالبات مورد ادعا وصول کرده و نظریه ی کارشناسی گواه بر این مطلب است که



ادعای شکات صرف نظر از صحت و سقم آن، صرفا دلالت بر اختلاف حساب بین طرفین دارد که مرجع رسیدگی به آن محاکم کیفری نخواهد بود.

۴- صرف نظر از دفاعیات فوق، نکته بسیار مهمی که از اظهارات شکات و شهود ایشان و نظریه ی کارشناسی استنباط می شود آن است که جملگی اذعان داشته اند موکل در ابتدای کار چند نوبت به ایشان سود پرداخت کرده است به نحوی که آقای ع.م شاهد تعرفه شده آقای م.ا در صفحه ۷۳ پرونده (پیوست شماره ۸ که قبلا در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) اعلام می کند ((... بعد ها شنیدم حجم مبادلات زیاد شده و سود خوبی پرداخت شده است اما بعد از کرونا پولی به آقایان داده نشد)) و شخص آقای م.ا نیز در شکوائیه خود اعلام نموده است ((...تا چند بار هم به ما سود می داد و در بیماری کرونا از پرداخت سود امتناع کرد)) و آقای ا.ح نیز حسب محتویات پرونده کلاسه ی مطروحه در شعبه ی اول بازپرسی دادسرای عمومی و انقلاب بروجن اعلام داشته است ((...آقای ح در سه نوبت به ما سود پرداخت نمود...)) و آقای م.ک به عنوان شاهد آقای و.م (پیوست ش ۹) اعلام نموده است ((...آقای و.م در کار خرید و فروش عمده گوشی است و از حقیقی گوشی می خرید و گوشی های موبایل را به مشتری در بازار می فروخت. من با وی کار می کردم و از نیمه اسفند دیگر باری به ما تحویل نداد و آخرین بار خریداری شده در اسفند ۹۸ بود...)) و صرف نظر از صحت و سقم ادعای شکات، جملگی اذعان دارند که موکل سود شراکت را به ایشان پرداخت کرده و فقط از زمان شیوع بیماری کرونا نتوانسته به ایشان سود بدهد و بدیهی است همین اظهارات شکات و البته صرف نظر از صحت و سقم آن نشان می دهد حتی از نظر خود شکات نیز شراکت بین موکل ایشان و سایر دوستانشان، صرف نظر از مبالغ واریزی طرفین، یک مشارکت مدنی است که موضوع آن نیز تحقق یافته است و هیچ مانور متقابلانه ای صورت نگرفته است و اگر بر فرض محال ایراد و مشکلی در شراکت مدنی حادث شود، شرکا باید از طریق مراجع حقوقی، حقوق ادعایی خود را مطالبه کنند و البته این اظهارات را باید در کنار نظریه ی کارشناسی گذاشت که فی الجمله تایید نموده است آقایان موصوف، جمعا مبلغ ۱۰۱۶۲۹۴۰۰۰۰ ریال در اثر این سرمایه گذاری وجه نقد دریافت نموده اند که البته این وجوه غیر از گوشی های است که خریداری و تحویل شده است. هم چنین حسب اظهارات موکل، فردی به هویت ع.ه که از مشتریان آقای و.م بوده است، دعوایی در



شهر اراک بطرفیت موکل طرح نموده و در این دعوی صراحتاً اعلام نموده است از طریق واسطه وی بالغ بر ۳۰۰ عدد گوشی دریافت نموده که این امر نشان می دهد شکات نه تنها سود قابل توجه دریافت نموده اند، بلکه وجوه رد و بدل شده صرف خرید گوشی شده و گوشی های تلفن مورد ادعا نیز تحویل شده است که در صورت صلاحدید با مطالبه پرونده مذکور این امر مشخص می گردد.

۵- همانطور که پیش تر بیان شد، عمده مبالغ مورد ادعای شکات به حساب موکل واریز نشده و ایشان و کارشناس محترم مبالغ واریزی به حساب سایر شرکا یا خریداران گوشی را نیز به پای موکل گذاشته اند که صرف نظر از اینکه چنین محاسباتی وجاهت قانونی ندارد، با توجه به دفاعیات موکل و انکار مصرانه ایشان بر انجام بزه، در تحقق رکن دیگر بزه کلاهبرداری (تحصیل مال) تردید جدی وجود داشته و دلیل قطعی نیز بر نفی آن وجود ندارد و مستنداً به ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی، بزه فوق ثابت نمی باشد.

۶- در شکواییه های تقدیمی، دلیل وقوع جرم شهادت شهود ذکر شده است. با توجه به این که وفق ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شاهد در زمان ادای شهادت نباید با طرفین یا یکی از آن ها خصومت داشته باشد، شهادت آقایان و که خود دقیقاً با همین ادعا به طرح شکایت یا دعوای حقوقی علیه موکل پرداخته اند، فاقد وجاهت شرعی و قانونی است.

۷- در خصوص خودروهای خریداری شده لازم به توضیح است، به طور کلی خرید و فروش خودروهای سواری با اطلاع شکات و با مشارکت ایشان صورت گرفته است. برای مثال وفق نظر کارشناس، آقای ا.ح مبلغ ۶۷۰،۰۰۰،۰۰۰ ریال از حساب بانک ملی خود و آقای م.م مبلغ ۱،۷۷۰،۰۰۰،۰۰۰ ریال به حساب آقای ع.ا. (اتو گالری) واریز نموده و حتی آقای ع.ا. مبلغ ۱،۳۰۰،۰۰۰،۰۰۰ ریال به حساب آقای ا.ح پرداخت کرده است. علاوه بر مراودات مالی شکات با بنگاه فروش خودرو که حاکی از مشارکت ایشان در خرید و فروش ماشین است، توجه به پیام های ارسال شده از سوی آقای و.م با محتوای عدم فروش خودروی زانتیا، نشان از مشارکت و دخالت شرکا در این خرید و فروش ها داشته است که مستندات آن قبلاً ارائه شده است و برای روشن شدن حقیقت امر، با استعلام



شماره پلاک خودروهای مورد ادعا و اخذ توضیح از متصرفان کنونی آن و بررسی ایادی سابق، مشخص می گردد این خودروها توسط چه کسانی معامله شده و وجوه حاصل از فروش آن چه شده است.

ب- در خصوص اتهام موکل دائر بر کلاهبرداری موضوع شکایت آقایان ف، ا و ب باستحضار می رساند:

عموم دفاعیات مطرح شده در بند الف این لایحه، نسبت به شکایت شکات فوق نیز جریان داشته و دلیلی بر انتساب این بزه به موکل وجود ندارد، لیکن علاوه بر مطالب معروضه لازم به توضیح است:

۱- در خصوص آقای ف: موکل اساساً نامبرده را نمی شناسد و علت شکایت وی برای ایشان کاملاً مجهول است، لیکن نکته مهم آن است که کارشناس محترم در صفحه سوم نظریه ی کارشناسی خود (پیوست ش ۱۰ که قبلاً در آخرین لایحه تقدیمی در مرحله بدوی ارائه شده است) اعلام نموده اند به جهت وکالتنامه ای که وی به آقای م.ا (شاکی دیگر پرونده) داده است، مبالغ مورد ادعای ایشان را در مطالبات وب منظور نموده اند که صرف نظر از ماهیت این اقدام عجیب! اظهارات کارشناس مویید این مطلب است که شاکی محترم اصیل نبوده و به همین دلیل مطالبات وی در مطالبات شاکی دیگر منظور شده است و طرح شکایت مستقل از طرف وی معنا ندارد و مهمتر از همه آنکه، اظهارات کارشناس محترم نشان می دهد مشارالیه به هیچ عنوان طرف حساب موکل نبوده و همانطور که گفته شد موکل وی را نمی شناسد و زمانی که موکل و شاکی محترم با یکدیگر مواجه ای نداشته و یکدیگر را نمی شناسند، چگونه شاکی مدعی است در اثر مانور متقلبانه از سوی موکل فریفته شده است!

۲- در خصوص آقای ا: طبق نظر کارشناس محترم، مشارالیه جمعاً مبلغ ۱۶۵۳۵۰۰۰۰۰۰ ریال بابت خرید تلفن همراه به حساب آقایان واریز نموده و وجهی مستقیم به حساب موکل واریز نموده است و از طرف دیگر، طبق اظهارات شاکی که در نظریه ی کارشناسی منعکس شده است، مشارالیه صراحتاً اذعان نموده که بابت واریز این وجوه تلفن همراه دریافت نموده و قیمت گوشی های دریافتی را حدود هفت میلیارد ریال اعلام کرده است که البته کارشناس محترم پس از بررسی مدارک وی، این قیمت



گذاری را قبول ننموده و ارزش گوشی های دریافتی توسط ایشان را معادل تقریبی ۰۸۱۳۰۰۰۰۰۰ ریال اعلام نموده و مدعی شده است ظاهراً شاکی محترم الباقی گوشیهای خریداری شده (معادل ریالی ۵۷۲۲۰۰۰۰۰۰۰) را دریافت ننموده است. از طرف دیگر موکل اعلام می نماید مشارالیه وجهی مستقیم به حساب وی واریز ننموده و وجوه مذکور به حساب سایرین واریز شده و تا جایی که موکل اطلاع دارد گوشی های مورد درخواست وی نیز خریداری و تحویل ایشان داده شده است و حتی در جلسه ای که با حضور موکل و شاکی و چند نفر دیگر تشکیل شده و ایشان حاضر به اداء شهادت هستند، شاکی موافقت نموده لیست گوشی های دریافتی را به موکل اعلام کند که پس از اعلام این لیست که با خط شاکی نوشته شده و نسخه ای از آن در دادسرا تقدیم شد، مشخص گردیده شاکی بیشتر از وجوه پرداختی گوشی دریافت نموده و ادعای وی وجاهت ندارد. در هر حال اکنون اختلاف بر سر این مساله است که آیا شاکی به عنوان یک مشتری تمام گوشی های خریداری شده را دریافت نموده یا تعدادی از آن دریافت نشده است و مسلماً چنین اختلافی جنبه مجرمانه نداشته و مرجع رسیدگی به آن دادگاه کیفری نخواهد بود و اساساً ادعای شاکی مبنی بر خرید گوشی و مطالبه تعدادی از آن با تحقق بزه کلاهبرداری هم خوانی ندارد. زیرا زمانی شاکی می تواند مدعی مطالبه تلفن همراه شود که معامله ای صحیحاً واقع شده و ایشان در صدد مطالبه تعهدات آن باشد و این در حالی است که در صورت وقوع بزه کلاهبرداری، دیگر تحقق معامله معنا ندارد و این معامله در بهترین حالت صرفاً یک وعده واهی خواهد بود که موجب فریب شاکی شده و شاکی در این فرض صرفاً می تواند وجهی که داده (وجه نقد) را مطالبه کند و این در حالی است که شاکی ضمن اذعان به وقوع معامله، تعهدات آن را مطالبه دارد و صرف نظر از انتساب یا عدم انتساب این تعهدات به موکل، چنین امری فاقد وصف مجرمانه است.

۳- در خصوص آقای ب : همانطور که حسب محتویات پرونده شماره مطروحه در شعبه ی ۱ دادگاه تجدید نظر استان چهار محال و بختیاری مشهود است، شاکی محترم قبلاً بابت مجموع مطالبات مورد ادعای خود دعوای بخواسته مطالبه وجه چند فقره سفته بطرفیت موکل طرح نموده که پس از رسیدگی لازم و انجام کارشناسی، دادگاه محترم بدوی دعوی وی را صرفاً به میزان ۱۴۴۰۰۰۰۰۰ ریال وارد تشخیص و حکم بر محکومیت موکل صادر و نسبت به مابقی خواسته وی (معادل ریالی ۱۳۳۰۰۰۰۰۰)



حکم بر بی حقی وی صادر نمود که اکنون پرونده به دلیل اعتراض طرفین در شعبه ی ۱ دادگاه تجدید نظر استان در حال رسیدگی است. صرف نظر از مسائل حقوقی مطرح در پرونده فوق، اقدام شاکی در واخواست نمودن سفته و مطالبه وجه آن (صرف نظر از ماهیت سفته ها) گواه بر حقوقی بودن اختلاف مالی طرفین و فقدان وصف مجرمانه آن است که در صورت صلاحدید با مطالبه پرونده مذکور این مهم احراز می گردد

ج- در خصوص اتهام موکل دأثر بر جعل و استفاده از سند مجعول که البته ریاست محترم شعبه بدوی در نهایت این بزه را در راستای کلاهبرداری اعلام نموده اند، باستحضار می رساند:

همانطور که قبلا بیان شد، موکل مصرانه منکر ارائه برگه مورد نظر به شکات بوده که دقت در تعارض اظهارات شکات در تاریخ و مکان ارائه این برگه موید صحت این امر است و همانطور که قبلا بیان شد، از نظر موکل این برگه توسط شکات ساخته و ارائه شده تا بتوانند جریان پرونده را به نفع خویش سوق دهند و جالب توجه آنکه شکات در ابتدا هیچ گاه شکایت جعل و استفاده از سند مجعول علیه موکل طرح ننموده اند و مسلما اگر چنین برگه ای وجود داشت و توسط موکل ساخته و ارائه شده بود، در همان ابتدا در کنار بزه کلاهبرداری نسبت به بزه جعل نیز طرح شکایت می نمودند و این تعارض ها و سایر ادله ای که در بند های فوق بیان شد، دلالت بر عدم انتساب بزه مذکور به موکل دارد. مضافا آنکه ظاهرا شکات مدعی هستند برگه ای که به ایشان ارائه شده یک کپی بوده و بدیهی است ارائه کپی دلالت بر تحقق بزه مذکور ندارد، اگرچه موکل به هیچ عنوان چنین برگه ای را به شکات ارائه ننموده است.

لذا نظر به جمیع مراتب فوق ، تقاضای نقض دادنامه بدوی و صدور حکم بر براءت موکل را دارد.

پس از تقدیم دادخواست تجدید نظر ، نهایتا شعبه ی سوم دادگاه تجدید نظر استان چهارمحال بختیاری به شرح ذیل اقدام به صدور رای نموده است که به جهت طولانی بودن رای ، صرفا قسمت منطوق آن ذکر می گردد:.....

الف- روابط معاملاتی (تجاری) بین شکات و متهم مسلم است که نحوه اظهارات



شکات، فاکتور های خرید گوشی تلفن همراه، قرارداد تنظیمی بین آقای و م. و متهم و تحویل سفته جهت تضمین معاملات، رونوشت سند های واریز وجه به حساب طرفین ناشی از معاملات انجام گرفته و اقدامات قانونی انجام گرفته به روی سفته ها موید صحت این موضوع است. ب- شهود تعرفه شده توسط شکات خود در مراحل بدوی رسیدگی در همین پرونده به عنوان شاکی طرح شکایت نموده و یا ذی نفع در معاملات انجام گرفته بوده و بنابراین اظهارات ایشان نمی تواند منشا اثر حقوقی در جهت احراز علم دادگاه و صحت ادعای شکات باشد. پ- از جمله ویژگی های مهم رکن مادی کلاهبرداری، متقلبانه بودن وسایل مورد استفاده کلاهبردار و اغفال و فریب قربانی است که وجود یکی از این دو شرط لزوماً به معنی وجود شرط دیگر نیست. در پرونده حاضر رفتار متقلبانه ای از متهم ارائه نگردیده است تا موضوع اغفال قربانی مطرح گردد. چراکه در دوره فعالیت تجاری متهم و شکات، در مدتی معاملات به نحو صحیح انجام و متهم به تعهدات خود عمل نموده و لیکن پس از مدتی که در اظهارات شکات نیز همواره تکرار و بر آن تاکید شده است، با بروز و همه گیری بیماری کرونا حجم معاملات کاهش یافته و متهم به تعهدات خود در مقام شکات عمل ننموده است و ارائه کارت تبلیغی با عنوان شرکت پرشین موبایل و یا مجوز غیر اصیل مرتبط با شرکت موصوف صرف نظر از اینکه ایجاد و انتشار آن توسط متهم مسلم نیست و ساخت این قبیل نوشته ها با ابزارهای یارانه ای امری بدیهی است، با توجه به حجم معاملات انجام گرفته نمی تواند توسل به وسایل متقلبانه تلقی گردیده تا موجب اغفال و فریب شکات گردد. ت- شکات و شهود همواره تکرار و تایید می نمایند که متهم به بهانه بیماری کرونا و شیوع آن در کشور و تاثیر آن بر معاملات تجاری پس از مدتی از انجام تعهدات خود امتناع می نماید از جمله اظهارات شهود در صفحات ۵ الی ۱۱ پرونده و اظهارات شاکی و م. در صفحات ۵۰ و ۵۱ پرونده، اظهارات شاهد ع م در صفحه ۶۹ پرونده که شیوع بیماری کرونا در کشور در محدوده زمانی ادعایی شکات (بعد از اسفند ماه ۱۳۹۸) و تاثیر آن بر معاملات تجاری موضوعی غیر قابل انکار است. ث- در مورد شکایت های مشابه علیه متهم (تجدید نظر خواه) حاضر به شرحی که تشریح گردید، در دادسرای شهرستان اصفهان و بروجن به لحاظ عدم تحقق بزه کلاهبرداری، قرار منع تعقیب صادر گردیده است بنابراین از منظر این دادگاه اقدامات انجام گرفته توسط متهم حقوقی بوده و فاقد وصف کیفری است. با پذیرش درخواست تجدید نظر خواهی تجدید نظر خواه و وکلای ایشان و در اجرای مقررات بند پ ماده ۴۵۵



قانونی آئین دادرسی کیفری، دادانامه تجدید نظرخواسته نقض و با استظهار از اصل برائت مستندا به اصل ۳۷ قانونی اساسی رای بر برائت تجدید نظرخواه از اتهام انتسابی صادر و اعلام می دارد. رای صادره قطعی است.



تعليق تعهد در حقوق ايران و فرانسه

دکتر آرمان زینلی^۱

چکیده

در نظام حقوقی ایران در ماده‌ی ۱۸۴ قانون مدنی ایران که اقسام عقود و معاملات را برشمرده است از عقد معلق به عنوان یکی از عقود صحیح و قانونی نام می‌برد و در ماده‌ی ۱۸۹ همین قانون عقد منجز را تعریف نموده و در انتهای ماده مذکور تنها در قالب ۴ کلمه‌ی «و الا معلق خواهد بود» اشاره‌ای مختصر به بحث عقد معلق کرده است و اساساً هیچ مبحثی در مورد تعلیق تعهد مطرح نمی‌نماید، در حالی که قانون مدنی فرانسه در اصلاحات اخیر سال ۲۰۱۶ در اقسام تعهدات و در محبت اول آن صراحتاً از تعهد معلق نام برده است و در ماده‌ی ۱۳۰۴ آن بالغ بر ۷ بند را به این بحث اختصاص داده و تعلیق در تشکیل تعهد و انحلال آن را پذیرفته است و به بیان آثار تعهدی که تشکیل آن معلق شده و همچنین آثار تعهدی که انحلال آن معلق است پرداخته که این مواد قانونی غنی بستری را فراهم می‌سازد که آثار عقدی که انحلال یا تشکیل آن معلق شده در سه دوره - ی زمانی شامل قبل از حصول معلق‌علیه، پس از حصول معلق‌علیه و پس از قطعیت بر عدم امکان حصول معلق‌علیه مورد بررسی قرار گیرد و تفاوت‌های بسیار آن‌ها تبیین گردد. با عنایت به آن که در قانون مدنی ایران تنها اشاره‌ای مختصر به بحث تعلیق شده است تبعاً تعلیق در انواع آن و آثار هر یک در سه دوره‌ی زمانی گفته شده، بعضاً مختصراً بیان شده و یا اساساً بیان نشده است ولی همین که قانون مدنی ایران عقد معلق را یکی از اقسام عقود صحیح می‌داند بررسی و مطالعه‌ی انواع تعلیق تعهد و آثار آن را توجیه‌پذیر نموده و حتی ضرورت آن را نیز اقتضاء می‌نماید، چرا که در عمل به دلیل وجود نهاد

^۱ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان، دانش آموخته دکتری حقوق

خصوصی.



حقوقی تعلیق باید جوانب مختلف آن را سنجید تا در صورت برخورد با چنین نهاد حقوقی با توجه به سایر مواد قانون مدنی و وحدت ملاک گرفتن از آن‌ها حکم قضیه را کشف، استنباط و بر قضیه‌ی مطروحه حاکم نمود، در این مقاله به بررسی این مهم پرداخته شده است.

طرح مساله

ماده‌ی ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه تعهد معلق را تعریف کرده و بیان داشته است «تعهد معلق است در صورتی که وجودش منوط به واقع‌های در آینده و نامعلوم باشد» و در ادامه تعلیق در انعقاد و تعلیق در انحلال تعهد را در قالب دو عنوان شرط معلق و شرط فاسخ بیان نموده و قانون‌گذاری کرده است.

«شرط معلق است در صورتی که تحقق آن (شرط) تعهد را منجز و مطلق نماید.»
«شرط فاسخ است در صورتی که تحقق آن تمام تعهد را (به صورت شرط کاشف) ساقط نماید.»

در قانون ایران در تعهد معلق مطلبی نیست (کاتازیان، ۱۳۷۱، ۲۰۰) اما در مورد عقد معلق ماده‌ی ۱۸۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد «عند منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود» که از این ماده می‌توان تعلیق در انعقاد و تشکیل معلق عقد را استنباط کرد ولی در خصوص این که از چنین ماده‌ای بتوان تعلیق در انحلال عقد را نیز استنباط نمود محل تأمل است که دکترین حقوق ایران با وحدت ملاک از مواد ۳۹۹ در خیار شرط و ۴۵۸ در بیع شرط بیان کرده‌اند که می‌توان انحلال معلق را نیز تصور کرد و در تالیفات خود عنوان نموده‌اند که به جای فسخ اشکالی ندارد که انحلال عقد ظرف مدت معین موکول به امری در آینده شرط شود. (دکتر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۵۳)

با عنایت به آن که ماهیت این شرط یک شرط نتیجه معلق است و در حقوق ایران شرط نتیجه پذیرفته شده و تعلیق در شرط هم مثل تعلیق در عقد پذیرفتنی است، در نتیجه می‌توان گفت که در حقوق ایران مشکلی از جهت پذیرش تعلیق در انحلال عقد وجود ندارد.

بنابراین هر دو نوع تعلیق در حقوق ایران قابل تصور است ولی بر خلاف حقوق فرانسه که از برخی مواد قانونی مدنی می‌توان وضعیت تعهدات معلق در روابط طرفین را استنباط نمود در قانون مدنی ایران، آثار تعلیق مورد اشاره قرار نگرفته است، در حالی که آثار



نهاد حقوقی که تشکیل آن معلق باشد با تعهدی که انحلال آن معلق شده باشد متفاوت است و مخصوصاً هر یک در فاصله انشاء تا حصول معلق علیه که دوره‌ی تزلزل است، آثار و احکام خاص دارد که با آثار و احکام آن پس از حصول معلق علیه یا پس از اطمینان بر عدم حصول معلق علیه که دوره‌ای قطعی است متفاوت بوده و اقتضاء دارد تا هر دو نوع تعلیق در سه مرحله جداگانه شامل قبل از حصول معلق علیه، پس از حصول معلق علیه و پس از قطعیت بر عدم امکان حصول معلق علیه مورد مطالعه قرار گیرد.

گفتار اول: آثار عقد قبل از حصول معلق علیه

در فاصله انشاء تا حصول معلق علیه، نهاد حقوقی معلق (خواه تعلیق در تشکیل آن باشد یا تعلیق در انحلال آن) از یک عدم ثبات و از نوعی تزلزل رنج می‌برد. قبل از حصول معلق علیه اگر تشکیل تعهد معلق شده باشد معلوم نیست تعهد به وجود خواهد آمد یا نه و اگر انحلال آن معلق شده باشد زوال یا بقاء آن روشن نیست روابط طرفین نیز تحت الشعاع این ناپایداری است.

این ناپایداری و عدم ثبات در حقوق و تکالیف طرفین آثار زیادی بر جای نهاده که بعضاً در مواد قانون مدنی فرانسه اشاره شده است بر عکس در حقوق ایران، در قانون مدنی هیچ مبحثی در این زمینه وجود ندارد و قانون مدنی از میان همه آثار و احکامی که بر تعلیق بار است در ماده‌ی ۱۸۹ قانون مدنی فقط در چهار کلمه به صورت «والا معلق خواهد بود» به بیان تعریف آن اکتفا کرده است. در این گفتار دو نوع تعلیق شامل تعلیق در انعقاد و تعلیق در انحلال تعهد مورد بررسی قرار گرفته و آثار متفاوت آن‌ها در دوره‌ی تزلزل یعنی قبل از حصول معلق علیه بیان می‌شود.

مبحث اول: تشکیل معلق

ماده‌ی ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه در تعریف تعهد معلق بیان داشته است که وجودش منوط به واقعه‌ای در آینده و نامعلوم باشد و تشکیل معلق تعهد را با عنوان شرط معلق تعریف کرده و بیان می‌دارد در صورتی است که تحقق آن (شرط) تعهد را منجز و مطلق نماید و ماده‌ی ۱۸۹ قانون مدنی ایران نیز تشکیل معلق عقد را پذیرفته است و آن را صحیح می‌داند ولی باید به این نکته توجه داشت که طبق ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد عقد محقق می‌شود به قصد انشاء و با لحاظ این امر که در تعلیق در انشاء قصدی وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۷۶) تعلیق در انشاء عقد در قانون ایران قابل-



پذیرش نبوده و باطل است ولیکن تعلیق در منشأ صحیح است و در عرف نمونه‌های زیادی دارد همان‌گونه که ذکر شد قانون مدنی تا همین اندازه یعنی به تعریف آن بسنده نموده و آثار و احکام آن را مطرح ننموده است که در قسمت‌های بعد مطرح می‌نمائیم.

۱- وضعیت عقد قبل از حصول معلق علیه

در خصوص این امر که اگر تشکیل عقدی معلق بر واقعه‌ای شود برای طرفین در این مرحله چه حقی به وجود می‌آید قانون ما ساکت است و پاسخ به این سوال منوط به تعیین وضعیت عقد است.

در خصوص تعیین وضعیت عقد در چنین حالتی حقوق‌دانان به سه دسته تقسیم شده‌اند.

دسته اول: به طور مطلق عقد معلق را صحیح دانسته‌اند بدون اینکه بین عقد با تعلیق در انشاء و عقد با تعلیق در منشأ تفاوتی بگذارند (امامی، ۱۳۷۰، ۱۶۷ به بعد) منظور از صحت عقد معلق پیش از حصول معلق علیه را باید صحت ایجاب و قبول عقد یعنی عقد به معنی مصدری و منظور از بطلان آن را کان لم یکن بودن آن به طوری که در صورت تحقق معلق علیه، ماهیتی به وجود نخواهد آمد دانست و در واقع این دسته از نویسندگان حقوقی تعلیق در انشاء را هم باطل نمی‌دانند و به نوعی آن را پذیرفته‌اند.

دسته‌ی دوم: عقد معلق را به نحو مطلق نپذیرفته‌اند و تعلیق در انشاء را باطل و تعلیق در منشأ را صحیح می‌دانند با این قید که منشأ اثر عقد می‌دانند و قائل به چیزی تحت عنوان ماهیت حقوقی که در عالم اعتبار خلق می‌شود نیستند و منشأ از منظر این دسته از نویسندگان اثر عقد است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۲۷) و تعلیق در انشاء را همان توافق و قصد انشاء طرفین می‌دانند که باید بر هم منطبق باشد و از حالت اخباری و قصد اخبار خارج باشد و چنانچه قصد انشاء منجزی در عقد معلق وجود نداشته باشد اساساً آن تعلیق را باطل می‌دانند.

دسته‌ی سوم: بین عقد در معنای مصدری و عقد در معنای اسم مفعولی و اثر عقد تفکیک قائل شده‌اند و در واقع انشاء را همان عقد در معنای مصدری می‌دانند که طرفین توافق کرده‌اند و فعل ایجاد کردن عقد را انشاء می‌کنند.

منشأ را عقد در معنای اسم مفعولی یا همان ماهیت حقوقی که در عالم اعتبار ایجاد

می‌شود، می‌دانند که وقتی ایجاد شد آثاری برش بار می‌شود و به عبارت دیگر از نظر این دسته از نویسندگان حقوق مدنی ایران منشاء می‌شود ماهیت خلق شده (شهیدی، ۱۳۷۷، ۷۳).

به نظر می‌آید که نظر دسته‌ی سوم حقوق‌دانان از قوت بیشتری برخوردار است و تفکیک صحیحی است چرا که وقتی شخص انشاء می‌کند، اثر عقد را انشاء نمی‌کند و خود عقد را انشاء می‌کند یعنی در عالم اعتبار، ماهیت حقوقی را انشاء می‌کند و آثاری را قانون-گذار برش مترتب می‌کند و وقتی قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۸۹ بیان می‌دارد، تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد، تاثیر وصف موثر است و قانون‌گذار نگفته است آثار آن بلکه بیان داشته تاثیر آن و تاثیر وصف است، وصف موثر است و تا وقتی که موثری نباشد تاثیری هم نیست و معلق بودن تاثیر عقد را می‌توان تعبیر دیگری از معلق بودن ماهیت عقد تلقی کرد. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۷۴).

بنابراین باید منشاء را ماهیت حقوقی عقد بدانیم یا عقد در معنای اسم مفعولی و انشاء را عقد در معنای مصدری یا فعل ایجاد کردن عقد بدانیم که تقسیم‌بندی دقیق‌تری است. در نهایت در خصوص وضعیت عقد معلق در حقوق ایران همانطور که گفته شد اگر تعلیق در منشاء باشد باید به صحت عقد معلق اعتقاد داشت البته یک تردید بسیار فریبنده به ذهن می‌رسد زیرا صرف نظر از تعلیق در انشاء که محکوم به بطلان است در تعلیق در منشاء نیز این ایراد را می‌توان مطرح نمود که اگر منشاء معلق است پس چه چیزی در عالم اعتبار به وجود آمده است؟ به عبارتی اگر در تعلیق در منشاء ماهیت عقد به عنوان منشاء معلق شده است پس چه چیزی در عالم اعتبار پدید آمده که بتوان گفت تعلیق در منشاء صحیح است؟ در پاسخ این ایراد جواب داده‌اند که در تعلیق در منشاء نه عقد بسیط بلکه «عقدی منوط به حصول معلق علیه» پدید می‌آید، معنای تعلیق هم یعنی این که عقدی پدید آید منتها تمام و کامل شدن عقد موقوف به حصول معلق علیه باشد، به همین دلیل قانون مدنی عقد معلق را از اقسام عقد صحیح دانسته و مشمول اصل صحت و اصل لزوم بوده و بین طرفین و قائم مقام ایشان لازم‌الاتباع است و تابع شرایط عمومی صحت عقد (ماده ۱۹۰ ق.م) و شرایط اختصاصی خواهد بود.

در حقوق فرانسه با عنایت به آن که تفکیکی بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء در عقد معلق به عمل نیامده و عقد معلق صحیح معرفی شده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۵۵) طبق نظر دکترین در این مرحله عقد وجود دارد ولی تعهدات ناشی از عقد موجود نیست



یعنی در تشکیل معلق تنها تعهدات معلق شده است و عقد تشکیل شده است ولیکن عقدی که تشکیل شده است کامل نیست و تعهدات آن معلق است یعنی یک حق خاصی پدید می‌آید ولی کامل نیست چنان چه در ماده‌ی ۱۳۰۴ - ۵ قانون مدنی فرانسه در همین راستا مقرری دارد: «تا قبل از این که شرط تعلیقی محقق شود متعهد مکلف است از هر گونه اقدامی که مانع حسن اجرای تعهد است استنکاف نماید، متعهدله نیز می‌تواند کلیه اقدامات احتیاطی را اتخاذ نماید و نسبت به اعمال متقلبانه‌ای که متعهد علیه حقوق متعهدله انجام می‌دهد متعرض شود...» بنابراین تردیدی نیست که در این مرحله حقی به وجود می‌آید ولی غیرکامل است (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ۳۹).

در حقوق ایران نیز با توجه به صحت تعلیق در منشأ و به جهت وجود فعلی انشاء می‌توان قائل به وجود یک «حق موجودی ولی ناقص» شد که در مطالب بعدی آثار مترتب بر موجود بودن و آثار مترتب بر کامل نبودن این حق بررسی خواهد شد.

۲- آثار مترتب بر حق موجود در عقد معلق

گفته شد که طبق حقوق ایران و فرانسه عقد معلق یکی از اقسام عقد صحیح می‌باشد (امامی، ۱۳۷۰، ۱۶۷) و صحیح و لازم بودن عقد نشان‌دهنده این است که در تعلیق حقی پدید می‌آید ولی کامل نیست. بدین ترتیب در عالم اعتبار حقی هر چند ناقص پدید آمده و آثاری را بر جای خواهد نهاد. بنابراین بر موجود بودن این حق آثار زیر بار می‌گردد:

الف) در عقد تملیکی منجز به محض انعقاد عقد موضوع عقد به ملکیت طرف دیگر درمی‌آید و در عقد عهدی منجز نیز به سود متعهدله بر ذمه متعهد، دینی ایجاد می‌گردد. در عقد تملیکی معلق، با تشکیل عقد، حقی پدید می‌آید ولی این حق، مالکیت نیست و در عقد عهدی نیز عقد، پدید می‌آید ولی تعهدی قابل مطالبه و اجرا وجود ندارد. حق مزبور نوعی حق مالی بوده و با مرگ اصل بر این است که تمام جنبه‌های مثبت دارایی به وارث منتقل می‌گردد و می‌توان گفت که این حق ناقص به ارث می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۱۴). وانگهی طبق ماده ۲۱۹ ق.م، عقد بین طرفین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه از طبع عقد برآید که عقد با مرگ متعهدله خاتمه می‌پذیرد مانند عقدی که در آن قید مباشرت شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۶۶)

ب) حقی که در عقد معلق بوجود می‌آید جنبه مالی داشته و متعهدله عقد معلق می‌تواند تمام احتیاطات لازمه را جهت صیانت از موضوع حق خویش به عمل آورد (ماده

۱۳۰۴-۵ ق.م. فرانسه) مثلاً در حقوق فرانسه متعهدله می‌تواند از طرف مقابل تقاضای رهن یا معرفی ضامن نماید.

در حقوق ایران نیز طبق مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» تقاضای ضامن و رهن نباید اشکالی داشته باشد. به عبارتی اگر عقد معلق بتواند سببی برای دین باشد ضمان از چنین دینی ضمانت مالم یجب نبوده (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۰۷) و صحیح می‌باشد و در مقابل متعهد چنین حقی نمی‌تواند عملی انجام دهد که در زمان تحقق معلق علیه، حق متعهدله را منتفی سازد. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۷۸)

نکته‌ای که باید در اینجا به آن پرداخت وضعیت عقد ناقل **عین معین** است که مثلاً مورد عقد معلق ناقل دیگر قرار داشته است، پس از انشای عقد معلق ناقل مربوط به عین معین و پیش از وقوع معلق علیه، وضعیت حقوقی نهایی هر نوع معامله موجب انتقال عین یا منفعت یا حق مربوط به عین مزبور که به وسیله مالک منعقد شود، نامعلوم است. اگر معلق علیه تحقق پیدا کند، ماهیت عقد معلق نیز محقق می‌شود و مورد معامله به مالکیت طرف عقد معلق درخواهد آمد و در نتیجه عقد دوم باید غیرنافذ دانسته شود، که با تنفیذ مالک فعلی نافذ می‌گردد و هر گاه معلق علیه واقع نشود، عقد معلق نیز تحقق پیدا نمی‌کند و عقد دوم در این صورت، نافذ است، اما صرف نظر از سرنوشت نهایی عقد دوم، باید دید عقد دوم پیش از حصول معلق علیه عقد اول از نظر حقوقی چه وضعیتی دارد.

نایباً بودن وضعیت نهایی عقد معلق ملازمه با مجهول بودن وضعیت فعلی عقد دوم ندارد. تحقق ماهیت عقد معلق را به علت وابسته بودن تحقق آن به امر دیگر، باید پیش از وقوع معلق علیه، منتفی دانست که بر این اساس نمی‌توان آن را نافذ یا غیرنافذ تلقی کرد. اما عقد دوم که به طور منجز انشا شده است، در هر حال باید، از نظر حقوقی وضعیتی داشته و صحیح، نافذ یا باطل باشد. روشن است که آن را نمی‌توان باطل دانست. زیرا در صورت بطلان، حتی پس از معلوم شدن عدم حصول معلق علیه عقد معلق نخست نیز عقد معلق دوم کان لم یکن خواهد بود و نمی‌تواند اعتبار پیدا کند. همچنین بی‌تردید عقد مزبور نافذ هم نمی‌تواند باشد چون پس از حصول معلق علیه عقد معلق اول، مورد عقد متعلق به منتقل الیه آن عقد معلق خواهد بود که بر اساس قول کشف نسبت به منافع و نمائات مورد معامله در فاصله بین انشا تا تحقق معلق علیه، هیچ قسمت از منافع مورد معامله را نمیتوان متعلق به خریدار دوم دانست.



بنابراین، عقد دوم را در حالت پیش از تحقق معلق علیه عقد نخست، باید غیرنافذ تلقی کرد. زیرا عدم نفوذ وضعیت هر عقدی است که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۰۱) حتی به نظر برخی از حقوقدانان اگر بائع مال خویش را به صورت معلق به فروش برساند فروشنده نمی‌تواند تا حصول معلق علیه تصرف مادی یا ناقل عین و منفعت انجام دهد و خریدار حق دارد تا فروشنده را از هر گونه تصرف مادی یا حقوقی بازدارد. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۷۸) در غیر این صورت با تحقق ضرر و اثبات تقصیر مسئولیت مدنی وی به جبران ضرر محقق شده و ملزم به جبران خسارت خواهد شد که این مسئولیت مدنی به نظر می‌رسد که در ایران با فرانسه متفاوت است. در حقوق فرانسه از سوی برخی از حقوقدانان در این موارد حکم به تحقق مسئولیت مدنی قراردادی داده شده است. هم‌چنان که به حکم ماده ۱۳۰۴-۳ ق.م. فرانسه اگر شخصی که از اجرای شرط تعلیقی منتفع می‌شود مانع تحقق آن شرط شود، شرط تعلیقی اجرا شده فرض می‌شود، اگر شخص منتفع (از تحقق شرط) باعث تحقق شرط فاسخ شود، شرط فاسخ زایل شده تلقی می‌شود، پس در هر دو حالت فرض بر تشکیل عقد خواهد بود و در نتیجه مسئولیت مدنی قراردادی قابل تصور است.

در حقوق ایران در این موارد حکم به مسئولیت طبق مقررات تسبیب اقوی به نظر می‌رسد. زیرا اگر یکی از طرفین عملی انجام دهد که از تشکیل تعهد ممانعت به عمل آورد با فقدان رابطه قراردادی در صورت ورود ضرر فقط می‌توان حکم به جبران خسارت از باب ضمانات قهری داد، زیرا شرط تحقق مسئولیت قراردادی وجود رابطه قراردادی صحیح بین طرفین است که با ممانعت از ایجاد عقد این رابطه منتفی است و در نتیجه مسئولیت مدنی قهری بوجود می‌آید نه قراردادی.

نکته دیگر این که بدیهی است که طرف عقد می‌تواند در جهت حفظ حق خود در دعوایی که بین طرف وی و دیگران مطرح است طبق ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به عنوان ثالث وارد شود یا در تقسیم ترکه‌ای که موضوع حق وی در آن است طبق ماده ۳۰۹ قانون امور حسبی مداخله نماید. در فرض ورشکستگی نیز این حق قابل تأمین است، به عنوان مثال ماده ۴۷ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مقرر می‌دارد: «... اگر طلبی معلق باشد و یا به اقساط می‌بایست تادیه گردد سهمیه مربوط با آن در صندوق دادگستری گذاشته خواهد شد...».



۳- آثار ناشی از کامل نبودن حق در عقد معلق

در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه حقی پدید می‌آید ولی این حق کامل نیست. به همین جهت نمی‌تواند مزایای یک حق کامل را داشته باشد. آثار این نقصان در اعمال حقوقی طرفین عبارتند از:

الف) در عقد تملیکی معلق قبل از حصول معلق علیه، مالکیت منتقل نمی‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۱۱) و تملیک منوط به حصول معلق علیه است و در عقد عهدی معلق نیز قبل از حصول معلق علیه، ذمه‌ای مشغول نیست. بنابراین در عقد تملیکی متعهدله نمی‌تواند بائع را ملزم به تسلیم مبیع نماید و اگر هم بائع خود مبیع را تحویل دهد، می‌تواند استرداد آن را از مشتری مطالبه نماید و اگر این نظر را اختیار نماییم که اذن ید را امانی نمی‌نماید، ید مشتری طبق ماده‌ی ۳۰۳ قانون مدنی ضمانتی است. در عقد عهدی نیز متعهدله نمی‌تواند متعهد را ملزم به انجام تعهد نماید و اگر متعهد نیز خود وفای به عهد نمود، این ایفاء، ایفای ناروا بوده و طبق ماده ۳۰۲ ق.م.ایران و ذیل ماده‌ی ۱۳۰۴-۵ قانون مدنی فرانسه قابل استرداد می‌باشد. در ذیل ماده‌ی مذکور در قانون مدنی فرانسه صراحتاً قید گردیده «مادام که شرط تعلیقی محقق نشده باشد، آن چه که ایفاء شده است قابل استرداد است».

ب) قبل از حصول معلق علیه در صورت تاخیر در وفای به عهد مسئولیت مدنی در مورد خسارت ناشی از تاخیر در انجام تعهد قابل تصور نیست، زیرا متعهد قبل از حصول معلق علیه مکلف به وفای به عهد نیست.

ج) با فقدان تعهد بین طرفین هیچ کدام از اسباب دیگر سقوط تعهدات مانند ابراء، تبدیل تعهد، تهاتر و مالکیت مافی‌ذمه قابل استناد نخواهد بود.

د) به جهت عدم تکامل حق، طلبکاران متعهدله نمی‌توانند حق مزبور را قبل از تحقق معلق علیه توقیف کنند. زیرا با فقدان تعهد بر ذمه متعهد، این حق عنصر اجبار مدیون را نداشته و نمی‌توان مدیون آن را اجبار به انجام تعهد کرد.

ه) در بیع تملیکی معلق اگر مبیع عین معین بوده و قبل از حصول معلق علیه و قبل از تسلیم مبیع تلف گردد ماده ۳۸۷ ق.م.حاکم نبوده و مساله تابع حکم تلف مبیع قبل از قبض و ضمان معاوضی نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۷۹). زیرا مال هنوز جزء دارایی بائع بوده و طبق قاعده، ریسک بر عهده وی می‌باشد.

همچنین اگر قبل از تحقق معلق علیه مال تسلیم شده و تلف گردد تلف بر عهده



خریدار است ولی باز مشمول ماده ۳۸۷ نیست، زیرا مالکیتی حاصل نشده و ید مشتری ضمانی است و مبنای مسئولیت وی ید ضمانی است نه عقد بیع، به عبارتی ضمان وی ضمان قهری است نه ضمان معاوضی. در این فرض مشتری باید مثل یا قیمت مال را از باب ید ضمانی به بایع بدهد. (ماده ۳۱۵ ق.م.)

نکته دیگر اینکه در این فرض یعنی قبل از تحقق معلق علیه اگر بایع قبل از تسلیم یا بعد از آن، خود مبیع را تلف نماید مال غیر را تلف ننموده بلکه مال خویش را تلف نموده است و مکلف به رد بدل به خریدار نیست. ولی با توجه به تلف موضوع عقد، تشکیل عقد منتفی است بر عکس یعنی اگر مشتری، خود، مبیع را تلف نماید با توجه به اینکه مالکیت مبیع هنوز به وی منتقل نشده مال غیر (بایع) را تلف نموده و باید مثل یا قیمت آن را از باب اتلاف یا تسبیب به بایع بدهد (مواد ۳۳۱ و ۳۲۸ ق.م.) به عبارتی ضمان قهری بر وی بار خواهد شد.

(و) اگر سهم مشاع از ملکی به صورت معلق به فروش رود، قبل از حصول معلق علیه حق افراز و تفکیک بوجود نمی‌آید.

مبحث دوم: انحلال معلق

انحلال معلق تعهد در ذیل ماده‌ی ۱۳۰۴ ق.م.فرانسه به این شکل مطرح شده است: شرط فاسخ است در صورتی که تحقق آن تمام آثار تعهد را (به صورت شرط کاشف) ساقط نماید. بنابراین، شرط فاسخ عبارت از این است که انفساخ عقد معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده گردد. مثلاً اگر ضمن بیع، شرط گردد که در صورت بازگشت فرزند از مسافرت ظرف یک سال آتی عقد منفسخ گردد، با تحقق معلق علیه یعنی بازگشت فرزند از مسافرت، بیع خود به خود منفسخ می‌گردد. این نهاد در قانون مدنی ایران مطرح نشده ولی همان‌گونه که گفته شد انحلال معلق ماهیت شرط نتیجه معلق را دارد که هم شرط نتیجه و هم تعلیق در شرط به مانند تعلیق در عقد در حقوق ایران پذیرفته شده است و می‌توان این نهاد را در حقوق ایران تصور کرد.

۱- وضعیت عقد قبل از حصول معلق علیه

عقدی که انحلال آن معلق به امری شده است، عقد صحیحی است و بر خلاف تعلیق در انعقاد عقد که حق موجود بوده ولی ناقص می‌باشد، در انحلال معلق، حق ناشی از



عقد بین طرفین کامل و موجود است. منتها این حق، متزلزل بوده و در معرض زوال است، به عبارتی در عقد معلق «حق موجود ولی ناقص» پدید آمده اما در انحلال معلق «حق موجود و کامل ولی متزلزل» بوجود می‌آید. وجود حق و کامل بودن آن بین طرفین منشاء آثاری است که در مطالب بعدی آثار مترتب بر وجود کامل حق و آثار مترتب بر متزلزل بودن آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- آثار مترتب بر حق موجود در انحلال معلق

در عقدی که انحلال آن معلق شده حق موجود و کاملی پدید می‌آید که بر این کلمل بودن آثاری بار می‌شود؛

الف) اگر عقدی که انحلال آن معلق شده است، تملیکی باشد با انعقاد عقد مالکیت کامل به منتقل‌الیه منتقل می‌گردد و بایع طبق ماده ۳۶۲ ق.م.مکلف به تسلیم مبیع به خریدار بوده و ید خریدار نیز مالکانه است و اگر عقدی که انحلال آن معلق شده، عهدی باشد با انعقاد عقد، بر ذمه متعهد تعهد کاملی مانند دین موجود در عقد خیاری ایجاد می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۱۸) و متعهدله می‌تواند تقاضای اجبار متعهد به انجام تعهد را بنماید. در این وضعیت اگر متعهد خود وفای به عهد نماید این وفای به عهد صحیح می‌باشد و سبب سقوط تعهد از ذمه متعهد شده و مشمول مقررات ایفاء ناروا نیست.

ب) با توجه به وجود تعهد بر ذمه متعهد، تاخیر در وفای به عهد یا عدم انجام تعهد، سبب تحقق مسئولیت مدنی قراردادی خواهد شد.

ج) به جهت وجود دین در ذمه متعهد، تعهد با اسباب دیگر سقوط تعهد از قبیل تهاتر، ابراء، تبدیل تعهد و مالکیت ما فی الذمه می‌تواند ساقط شود.

د) قبل از حصول معلق‌علیه در انحلال معلق عقد، حق کاملاً موجود است و با توجه به این که مدیون آن موظف به انجام تعهد است طلبکاران می‌توانند آن را توقیف کنند. به عنوان مثال اگر بایع اتومبیل خویش را به مشتری فروخته و در آن شرطی درج شود که اگر فرزند بایع ظرف یکسال موفق به اخذ ليسانس گردد بیع منفسخ شود طلبکاران مشتری باید قادر بر توقیف مال باشند (سنه‌وری ۱۹۹۸، ۴۳).

ه) اگر عقدی که انحلال آن معلق شده است تملیکی باشد مشتری در مثال فوق مالک می‌گردد. حال اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود تلف مبیع بر عهده بایع است (ضمان معاوضی ماده ۳۸۷ قانون مدنی) یعنی بیع منفسخ شده و بایع باید ثمن را مسترد دارد و



اگر بعد از تسلیم تلف گردد از دارایی مشتری است. اگر بعد از تسلیم یا قبل از آن بایع خود اقدام به تلف مبیع نماید، مال غیر را تلف کرده و تابع ماده ۳۲۸ ق.م. بوده و موظف به رد بدل است نه ثمن (ضمان قهری) و اگر مشتری قبل از تسلیم، خود آن را تلف نماید در حکم قبض می‌باشد (ماده ۳۸۹ ق.م.)

نکته قابل توجه اینکه اگر از احوال برآید که شرط فاسخ به نفع یکی از طرفین درج شده و وی عملی منافی با شرط انجام داده یا در مال دخل و تصرفی نماید که حاکی از اسقاط شرط باشد عقد به حیات خود ادامه می‌دهد به عنوان مثال، اگر در عقد بیعی بایع این شرط را درج نماید که اگر ظرف یک هفته برادر وی از مسافرت برگردد عقد منحل شود سپس خود با برادرش تماس حاصل نموده و وی را از بازگشت منصرف نماید، به نظر می‌رسد از شرط، صرف نظر کرده و عقد ثبات می‌یابد، چنان چه در صدر ماده‌ی ۱۳۰۴-۳ قانون مدنی فرانسه بیان شده است: «اگر شخصی که از اجرای شرط تعلیقی منتفع می‌شود مانع تحقق آن شرط شود، شرط تعلیقی اجراء شده فرض می‌شود» یعنی از آن صرف نظر کرده است اما اگر مشروط‌الهُ شرط باعث تحقق آن شود در حقوق فرانسه طبق ذیل ماده‌ی ۱۳۰۴-۳ قانون مدنی فرانسه شرط فاسخ زایل شده تلقی می‌شود و فرض بر عدم تحقق معلق علیه بوده و عقد از تزلزل خارج شده و ثبات می‌یابد و عقد تشکیل شده با ثبات و بدون هیچ خدشه‌ای به حیات خود ادامه می‌دهد یعنی در مثال فوق شخص بایع با برادرش تماس بگیرد و او را به هر نحوی که هست ظرف یک هفته حاضر نماید، در حقوق ایران با توجه به عدم قانون‌گذاری در این مساله باید موضوع را تابع فوت شانس به حساب آورد و وی را ملزم به پرداخت خسارت کرد. (یزدانیان، ۱۳۸۸، ۲۰۵)

(و) اثر دیگر مترتب بر حق در انحلال معلق این است که در بیع سهم مشاعی که انحلال آن معلق شده خریدار حق تقاضای افراز و تفکیک آن را دارد (سنهوری، ۱۹۹۸، ۴۴)

۳- آثار ناشی از متزلزل بودن حق در انحلال معلق

در انحلال معلق تعهد، حق کامل پدید می‌آید ولی این حق متزلزل بوده و در خطر زوال قرار دارد. نتایج این تزلزل عبارتند از:

الف) در عقد تملیکی بعد از عقد، مالکیت متزلزل مبیع به خریدار انتقال می‌یابد و مشتری قادر بر انحاء تصرفات خواهد بود (ملاک مواد ۳۶۴ و ۳۰ ق.م.) ولی با توجه به



حق طرف دیگر (مشروطاً له شرط فاسخ) به نظر منتقل‌آلیه نمی‌تواند در مبیع تصرفی نماید که منافی حق طرف دیگر باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۱۹) (ماده ۴۶۰). بنابراین مشتری نباید بتواند مبیع را به غیر منتقل نماید، همچنین طبق ماده ۴۵۴ ق.م «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است».

یکی از مواردی که مشتری ضمناً از تصرفات ناقله منع شده تعلیق در انحلال عقد است. به همین جهت ماده ۵۰۰ ق.م مقرر می‌دارد: «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد بوسیله جعل خیار یا نحو آن حق با بیع را محفوظ دارد و الا اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد باطل خواهد بود». در قانون مدنی فرانسه نیز همین امر مورد پذیرش قرار گرفته و در ماده‌ی ۱۳۰۴-۵ بیان می‌دارد:

تا قبل از این که شرط تعلیقی محقق شود، متعهد مکلف است از هر گونه اقدامی که مانع حسن اجرای تعهد است استنکاف نماید که به نظر می‌آید این قید (مانع حسن اجرای تعهد) دامنه‌ی انحاء تصرفات خریدار را محدود می‌نماید.

ب) در عقود تملیکی، تلف بعد از قبض و قبل از تحقق معلق‌علیه ضمانی بر دوش کسی قرار نمی‌دهد. ولی تزلزل حق این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که در صورت تحقق معلق‌علیه عقد منحل شده و به عنوان مثال در بیع، با بیع باید ثمن را به مشتری داده و مشتری مکلف به رد بدل مبیع به با بیع خواهد شد.

گفتار دوم: آثار عقد بعد از حصول معلق‌علیه

بعد از تحقق معلق‌علیه مرحله تزلزل به اتمام رسیده و سرنوشت پدیده معلق روشن خواهد شد. اگر تشکیل تعهد معلق شده باشد با تحقق معلق‌علیه معلوم می‌گردد که عقد بوجود آمده و بین طرفین رابطه قراردادی ایجاد می‌گردد. اگر هم انحلال تعهد معلق شده باشد با تحقق معلق‌علیه معلوم می‌شود که عقد منحل شده و رابطه قراردادی طرفین پایان پذیرفته است. بنابراین وضعیت طرفین و آثار نهاد حقوقی در دو فرض تشکیل تعهد و انحلال بعد از پایان دوره تزلزل و در دوران قطعیت بعد از حصول معلق‌علیه به شرح ذیل خواهد بود.



مبحث اول: تشکیل معلق

بعد از حصول معلق علیه در عقود عهدی تعهدات ناشی از عقد به وجود می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۱۶) و متعهدله می‌تواند تقاضای اجبار متعدد به انجام تعهد را بنماید و در عقود تملیکی نیز تملیک حاصل می‌شود.

در حقوق فرانسه ماده‌ی ۱۳۰۴-۶ قانون مدنی بیان می‌دارد «تعهد به محض تحقق شرط تعلیقی، منجز و مطلق می‌شود، با این همه طرفین قرارداد می‌توانند مقرر دارند که در صورت تحقق شرط تعلیقی، از روز انعقاد قرارداد، اثر قهقروایی داشته باشد».

پس معلوم است که قانون‌گذار فرانسه اصل را در شرط تعلیقی و تشکیل معلق بر ناقلیت قرار داده است مگر آن که طرفین قراردادی از آن اصل عدول کرده و اصل کاشفیت را برگزینند و با حصول معلق علیه برای آن اثر قهقروایی قائل شوند، به نحوی که گویا عقد را از زمان انعقاد کامل شده بدانند، نه از زمان حصول معلق علیه.

رویگرد پذیرش اصل ناقلیت در تشکیل معلق مبنایی است که نظام حقوقی ایران نیز از آن بیگانه نیست چنان چه طبق ملاک ماده‌ی ۲۵۴ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله‌کننده فصولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود»، یعنی قبل از حصول معلق علیه تصرفات متعهدله غیرنافذ بوده و بعد از تحقق معلق علیه نه تنها عدم نفوذ استحصای می‌گردد بلکه با حصول معلق علیه متعهدله مالک می‌شود ولی عقد هنوز غیرنافذ است و نافذ نمی‌گردد.

بنابراین اگر قبل از حصول معلق علیه خریدار نسبت به مبیع، عقد اجاره‌ای منعقد نماید با تحقق معلق علیه عقد اجاره هنوز فصولی و غیرنافذ است و بعد از تحقق معلق علیه گر چه خریدار مالک مبیع می‌شود اما این مالکیت سبب نفوذ عقد اجاره نبوده و عقد اجاره نیازمند تنفیذ مالک جدید یعنی خریدار است و این یعنی اثر ناقلیت قائل شدن برای معلق-علیه در شرط تعلیقی یا تشکیل معلق تعهد، که در هر دو نظام حقوقی پذیرفته شده است و تنها تفاوتی که موجود است آن است که در نظام حقوقی فرانسه طبق ماده‌ی ۱۳۰۴-۶ می‌توان خلاف آن را شرط کرد ولی در نظام حقوقی ایران شرط خلاف اصل کردن در توافق طرفین قرارداد محل تأمل است و عدم پذیرش آن اقوی به نظر می‌رسد چرا که نص قانونی بر پذیرش آن وجود ندارد و ایجاد اصل توسط قانون‌گذار در نظام حقوقی ایران نشان از امره بودن آن است مگر خلافش در قانون تصحیح گردد.



با تحقق معلق علیه اگر متعهد قبل از حصول معلق علیه به تعهدات خویش عمل کرده باشد به نظر می‌رسد در صورت وجود شرایط، دین مورد تهاتر قرار می‌گیرد زیرا وفای به عهد قبل از حصول معلق علیه ایفاء ناروا بوده و طبق ماده‌ی ۳۰۳ قانون مدنی سبب اشتغال ذمه متعهدله به استرداد مبلغ دریافتی به متعهد خواهد شد و با حصول معلق علیه متعهد مکلف به ایفاء دین ناشی از عقد به متعهدله بوده و در صورت وجود شرایط دیگر استناد به تهاتر بدون اشکال است.

رویه‌ی قضایی فرانسه به تبع از اواسط ماده‌ی ۱۳۰۴-۶ قانون مدنی، اعمال مربوط به اداره مال را از زمان انعقاد عقد تا حصول معلق علیه در تشکیل معلق پذیرفته است و بیان می‌دارد که تا زمان تحقق شرط تعلیقی، متعهد حق امور اداری و استفاده از منافع موضوع تعهد را دارد، این امر بالاخص در بحث اجاره‌ی ملک مطرح می‌شود یعنی اگر مالک قبل از حصول معلق علیه مبیع را به دیگری اجاره دهد تا حدی که دارای حسن نیت بوده و منافی حق خریدار نباشد صحیح به شمار می‌آید (Mazeud.1985.T.2.p.1090) که رویه‌ی قضایی فرانسه نیز تأکیدی موکد بر پذیرش اصل ناقلیت است.

این امر در حقوق ایران نیز همین نتیجه را به بار می‌آورد به عنوان مثال در بیع معلق اگر بابع قبل از حصول معلق علیه مبیع را به اجاره داده باشد (و به فرض خریدار نیز راضی باشد) با تحقق معلق علیه مشتری مالک مبیع می‌گردد، ولی طبق ماده‌ی ۴۹۷ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر عین مستاجر به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است مگر این که موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد» عقد اجاره باقی خواهد ماند. منتها در صورت جهل خریدار به عقد اجاره به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاک ماده‌ی ۵۳ قانون مدنی خریدار حق فسخ خواهد داشت.

مبحث دوم: انحلال معلق

در عقدی که انحلال آن معلق گردیده بعد از حصول معلق علیه عقد منحل شده و طرفین ملزمند آن چه را با عقد به دست آورده‌اند به طرف مقابل مسترد دارند (Stark.1972.p.548et) بنابراین مبیع به ملکیت بابع برگشته و ثمن اگر عین معین باشد به ملکیت مشتری بازمی‌گردد اگر کلی باشد بر ذمه بابع قرار می‌گیرد تا به مشتری مسترد دارد. در این فرض تلف یکی از عوضین مانع از حصول معلق علیه و در نتیجه مانع از انحلال عقد نبوده و به جای آن بدل داده می‌شود.



در حقوق فرانسه ماده‌ی ۷-۱۳۰۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: «تحقق شرط فاسخ موجب سقوط تعهد با اثر قهقرایی (به نحو کاشفیت) می‌شود، البته حسب مورد اقدامات احتیاطی و اداری به قوت خود باقی می‌ماند (مصون از تاثیر شرط فاسخ است) در صورتی که طرفین در قرارداد چنین مقرر داشته باشند و یا در صورتی که تعهدات موضوع عقد، کارایی و مقصودشان را در اجرای متقابل قرارداد بیابند اثر قهقرایی و مفروض نیست».

روشن است که قانون‌گذار فرانسه اصل را در شرط فاسخ و انحلال معلق بر کاشفیت قرار داده است مگر آن که طرفین قراردادی از آن عدول کرده و اصل ناقلیت را برگزینند و با حصول معلق علیه برای آن اثر قهقرایی قائل نشوند، به عبارت دیگر می‌توان گفت که در حقوق فرانسه برای نهاد شرط فاسخ و انحلال معلق رویکرد تعلیق بطلان عقد در نظر گرفته شده است و گویی عقد از ابتدا تشکیل نیافته است (Mazeud, 1985.T.2.p1091).

رویکردی که با نظام حقوقی ایران در تعارض آشکار است و نسبت به قواعد و اصول حقوقی کشور ما یک تاسیس نامأنوس و بیگانه است. این وضعیت که عقدی به وجود آید و آثار حقوقی خود را ایجاد کند ولی پس از حصول معلق علیه، عقد و آثار آن از ابتدا کان لمن یکن شود با هیچ یک از تاسیسات سیستم حقوقی ایران قرابت ندارد. (شمهیدی، ۱۳۸۶، ۶۴) و در ایران نهایتاً تعلیق انحلال عقد پذیرفته می‌شود و از زمان عقد تا حصول معلق علیه تصرفات مشتری صحیح بوده و بعد از تحقق معلق علیه تصرفات مزبور منفسخ می‌گردد. (ملاک ماده‌ی ۵۰۰ ق.م.)

شایان ذکر است علاوه بر آن که نظام حقوقی ایران و فرانسه در انحلال معلق دارای دو مبنای متفاوت هستند، طبق ماده‌ی ۷-۱۳۰۴ می‌توان خلاف نظریه‌ی کاشفیت را شرط کرد ولی در نظام حقوقی ایران شرط خلاف اصل ناقلیت کردن قابل پذیرش نبوده و خلاف میناو سیستم حقوقی ایران است.

تنها موردی که در این قسمت میان نظام حقوقی ایران و فرانسه مشابهت وجود دارد عبارات مندرج در اواسط ماده ۷-۱۳۰۴ است که قانون‌گذار فرانسه بیان داشته است که اقدامات احتیاطی و اداری به قوت خود باقی می‌ماند و مصون از تاثیر شرط فاسخ می‌باشند که در حقوق ایران نیز همین امر مطابق با اصل ناقلیت است و مثلاً اگر انحلال بیع سهم مشاع معلق به امری گردد و خریدار پس از بیع تقاضای افراز ملک را نماید پس از تحقق معلق علیه تقسیم باطل نشده و سهم مفروز به دارایی بایح می‌پیوندد. (سهنوری ۱۹۹۸،



گفتار سوم: آثار عقد پس از اطمینان بر عدم حصول معلق علیه

اگر در ظرف مدت تعیین شده معلق علیه حاصل نشده یا معلوم شود که هیچ زمان رخ نخواهد داد دوره تزلزل به پایان رسیده و قطع و یقین حاصل خواهد شد. در این صورت اگر تشکیل عقد معلق شده باشد با اطمینان بر عدم حصول معلق علیه معلوم خواهد شد که هیچ زمان تعهد معلق بوجود نخواهد آمد. اگر هم انحلال عقد معلق شده باشد عقد از حالت تزلزل خارج شده و رابطه قراردادی ثبات یافته و به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد. بنابراین آثار نهاد حقوقی معلق در دو فرض تشکیل تعهد و انحلال آن به شرح ذیل خواهد بود.

مبحث اول: تشکیل معلق

در تشکیل معلق عقد اگر ظرف مدت مندرج در عقد معلق علیه حاصل نشود یا معلوم شود که هیچ زمان محقق نخواهد شد، عقد معلق که صحیحاً هم تشکیل یافته کان لم یکن شده (Stark. 1972.p.548) و معلوم می‌شود هیچ زمان تملیکی صورت نپذیرفته و تعهدی هم بار نشده است و اگر متعهدله اقداماتی را جهت حفظ حقوق خود بکار برده باشد آن اقدامات باطل می‌گردد (Mazeaud. 1985.T.2.p1090) و چنانچه ضامنی بوده یا رهنی وجود داشته باشد ضامن بری و رهن فک می‌شود. چنانچه قانون‌گذار فرانسوی در آخرین خط ماده‌ی ۱۳۰۴-۶ به صراحت بیان می‌دارد: «در صورت عدم تحقق شرط تعلیقی، چنین فرض می‌شود که تعهد هرگز به وجود نیامده است».

مبحث دوم: انحلال معلق

در عقدی که انحلال آن معلق شده حق کامل به وجود می‌آید ولی متزلزل است. اگر معلق علیه در مدت مقرر بین طرفین محقق نگردد یا معلوم شود که هیچ زمان رخ نخواهد داد، حق موجود مبدل به حق ثابت و استواری شده (Stark.1972.p.548) و تصرفاتی که متعهدله در عین انجام داده استقرار می‌یابد، عقد نیز از حالت تزلزل رهایی یافته و ثابت می‌گردد.



نتیجه گیری

با بررسی وضعیت تعلیق در حقوق مدنی فرانسه این نتیجه به دست می‌آید که قانون مدنی ایران در خصوص تعلیق به احکام و انواع آن اشاره‌ای نکرده در حالی که در حقوق فرانسه نه تنها دو نوع تعلیق در تشکیل تعهد و تعلیق در انحلال آن را پذیرفته‌اند بلکه احکام و آثار متفاوت هر یک از این دو نوع تعلیق در سه مقطع زمانی شامل آثار تعلیق قبل از حصول معلق‌علیه، پس از حصول معلق‌علیه و پس از اطمینان بر عدم حصول معلق‌علیه را مطرح کرده و به عبارتی نوعی قواعدی عمومی برای تعلیق بوجود آورده‌اند. در حالی که در حقوق ایران با این که ماده ۱۸۹ ق.م. در باب اول از قسمت دوم قانون مدنی یعنی «در عقود و تعهدات بطور کلی» (صدر ماده ۱۸۳) درج شده و شایسته می‌بود به همه احکام و آثار تعلیق اشاره می‌کرد ولی به ذکر جمله کوتاهی بسنده شده و قواعدی کلی در احکام و آثار آن به چشم نمی‌خورد. ماده ۱۸۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «عقد منجز آنست که تاثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد «والا معلق خواهد بود». البته این ایراد منطقی به ظاهر ماده ۱۸۹ ق.م. وارد است که ظاهر عبارت بیشتر با تعلیق در تاثیر سازگار است نه تعلیق در منشاء. ولی شارحین قانون مدنی معتقدند منظور نویسندگان قانون مدنی به تبع از فقه، تعلیق در منشا یا خود عقد بوده نه تعلیق در اثر (شهیدی، ۱۳۷۷، ۶۷) که به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۸۴ ق.م. که در مقام تقسیم بندی عقود، سخن از عقد معلق به میان آورده است نه اثر عقد و با توجه به بدهت بطلان تعلیق در انشاء باید عقد معلق قانون مدنی را منصرف به تعلیق در منشاء دانست. وانگهی اگر چه تعلیق در تشکیل عقد مطرح گردیده ولی با عنایت به آن که نظام حقوقی ایران ماهیت شرط نتیجه و تعلیق در شرط را به مانند تعلیق در عقد پذیرفته است و انحلال معلق، ماهیت شرط نتیجه معلق دارد می‌توان تعلیق در انحلال عقد را نیز در نظام حقوقی ایران پذیرفت. به هر حال با توجه به پذیرش نهاد تعلیق در قانون مدنی، تجزیه و تحلیل آثار آن در حقوق تعهدات امری ضروری است و می‌تواند که قانون‌گذار در صدد آن باشد که یک قواعد عمومی منسجم در خصوص بحث تعلیق تصویب نماید و در قالب موادی از قانون مدنی احکام و آثار تعلیق تعهد تعیین و تبیین گردد تا در عمل نیز قضات و سیستم قضایی کشور در مواجهه با پرونده‌هایی که در آن‌ها محبت تعلیق مطرح است دچار سردرگمی نشده و به جای وحدت ملاک گرفتن از مواد دیگر به صراحت به مواد تصویبی در خصوص بحث تعلیق تعهد استناد نمایند. بدین ترتیب انتظار از مقنن می‌رود تا غبار



از چهره‌ی نهاد تعلیق در تعهد که یکی از نهادهای حقوقی پرکاربرد است بزداید تا نه تنها بر غنای قانونی مدنی افزوده شود بلکه توجیه برخی از مواد قانون مدنی آسان‌تر گردد.

منابع و مأخذ الف: فارسی

- امامی، سیدحسن، (۱۳۷۰) حقوق مدنی، ج ۱۰، چاپ ۸، انتشارات اسلامیه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷) تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، چاپ ۱، نشر حقوقدان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶) سقوط تعهدات، چاپ ۸، انتشارات مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱) تعلیق در تعهدات، مندرج در کتاب تحولات حقوق خصوصی، ایران، تهران، چاپ ۲، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲) حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، ایران، تهران، چاپ ۲، انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴) حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، ایران، تهران، چاپ ۱، نشر یلدا.
- یزدانیان، علی‌رضا (۱۳۸۸) تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)، ۸۲/۱.

ب: عربی

- خوانساری (۱۴۰۵) ه ق، جامع المدارک، ج ۳، چاپ ۳، مکتبه‌الصدوق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸) م. الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. ج ۳، چاپ ۳، بیروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقیه.
- موسوی بجنوردی، محمدحسین (۱۴۱۹) ه ق، القواعد الفقیه، جلد ۶، چاپ ۱، نشرالهدای.

ج: فرانسوی

- Mazeaud (Henri. Leon.Jean) Chabas (Francois) (1985).Lecons de Droit Civil.Obligations.9.ed.
- Starck.Boris (1972).Droit Civil.Obligation. Librairie Technique.



آشنایی با حقوق اقتصادی و جایگاه آن

در نظام حقوقی ایران

افراسیاب کرمی مفرد^۱

مقدمه

حقوق اقتصادی از مجموعه قواعد و عرف های حقوقی، ساختارها، تشریفات، نهادها و روش هایی تشکیل یافته که پاسخگوی افزایش قابل ملاحظه نفوذ سیستم اقتصادی در جوامع امروزی است. حقوق اقتصادی، با به کارگیری اصول و قواعد حقوقی، زمینه قانونمند شدن موضوعات مهم اقتصادی نظیر قیمت کالا و خدمات، سرمایه گذاری خارجی، ارز، دستمزد، صادرات و واردات، بانک، بیمه، اوراق بهادار، اعتبار، مالیات ها، رقابت، تولید، توزیع، مصرف و بسیاری از عناوین دیگر اقتصادی را فراهم می سازد. حقوق اقتصادی، قواعدی حقوقی با ماهیت عمومی، خصوصی و حتی کیفری را در اجتماع (اعم از ملی و بین المللی) و حوزه های اقتصاد خرد و کلان وضع می نماید. حقوق اقتصادی، در بسیاری از موارد امرانه و مداخله جو است و قواعد آن در بسیاری از موارد دارای اوصاف قواعد حوزه حقوق عمومی است. حقوق اقتصادی، تنظیم کننده تولید، توزیع و مصرف کالا و خدمات است. حقوق اقتصادی، به کمک دولت (حاکمیت) و به همراه ابتکارات بخش خصوصی با سازمان بخشیدن به جامعه، اداره کننده زندگی اقتصادی و به خصوص تولید و گردش ثروت است.

کلید واژگان: حقوق اقتصادی، اقتصاد حقوق، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق و اقتصاد، تعادل.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق عمومی و وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



رابطه حقوق و اقتصاد

وضع و پردازش قواعد حقوقی با استفاده از داده های اقتصادی از قدیم رواج داشته است. حقوق با وضع قواعد خود بر روابط اقتصادی تأثیر می گذارد. برای مثال، قواعد حقوق قراردادهای و مسئولیت مدنی که ظاهراً ارتباطی با اقتصاد ندارند، هر یک به شکلی امور اقتصادی را سازماندهی می نمایند. قرارداد بیع در مبادلات اقتصادی، قرارداد اجاره در استفاده از اموال، قرارداد قرض در تحصیل اعتبار، قرارداد کار در روابط کارگر و کارفرما و قواعد مسئولیت مدنی در محاسبه زیان وارده از جانب فعالان اقتصادی، نقش مهمی ایفا می نمایند. بر همین اساس، اقتصاددانان برای تبیین یک سیاست اقتصادی سودمند، توجه به نظام حقوقی و قواعد حاکم بر آن را توصیه می نمایند. مطالعات آنها نشانگر این واقعیت است که «وجود یک نظام حقوقی کارآمد می تواند برای توسعه و پیشرفت اقتصادی بسیار مؤثر باشد. (دادگر، ۱۳۸۹: ۱۳) قواعد حاکم بر داد و ستد، پس از آشنایی با قراردادهای بیع، هبه، اجاره و ... میسر خواهد بود. همچنین، شناسایی آثار نوسانات پولی پس از آشنایی با قانون حاکم بر تبدیل ارز ممکن است.

تبیین حقوق اقتصادی^۲

حقوق اقتصادی را می توان حقوق مربوط به مداخلات دولت در اقتصاد، حقوق مربوط به هدایت، نظارت و تنظیم فعالیت های اقتصادی های اقتصادی و توسعه و سازمان دانست. در این فعالیت ها، مجموعه قوانین، عرف ها، رویه قضایی و کلیه فعالیت های اقتصادی در قلمرو یک کشور را می توان در زمره حقوق اقتصادی دانست. به زعم حقوقدانان امروزی، حقوق اقتصادی رشته ای مستقل است و تمام ویژگی ها و ضوابط و خصوصیات یک رشته مستقل، که باید در آن باشد، را دارا است و تنها شامل حقوق مداخله دولت در اقتصاد نیست، بلکه روابط و فعالیت های اشخاص بخش خصوصی را نیز تحت تأثیر قرار می دهد.

شاید به تعبیری بتوان اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را (صرف نظر از موارد ضعف یا قوت آن) که مبحث خصوصی سازی است، ثمره حقوق اقتصادی دانست. در واقع، حقوق اقتصادی را باید یک پارادایم حقوقی در این حوزه دانست که امید به



فراگیر شدن آن می رود.

پیشینه حقوق اقتصادی

حقوق فرانسه شاهد انتشار تدریجی تألیفات ارزشمندی در زمینه «حقوق اقتصادی» میباشد. (Hamel, 1951) به نظر میرسد تدریس حقوق اقتصادی، نخستین بار، توسط متخصص صاحب نام این رشته، پروفیسور ژرار فرژا مقارن ۱۹۷۰ میلادی در فرانسه آغاز شد. در سال ۱۹۸۰ میلادی، هفده دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت و حقوق اقتصادی و دوره های کارشناسی ارشد دیگر در زمینه مباحث مختلف حقوق اقتصادی برای آموزش دانشجویان دایر بوده است. امروزه، حقوق اقتصادی به عنوان رشته ای جدید از دانش حقوق در فرانسه کاملاً شناسایی شده است. در حال حاضر، این رشته کاربردی در دانشگاه های پاریس در مقاطع کارشناسی و کارشناسی ارشد تدریس می شود. اهمیت و شکل گیری «حقوق اقتصادی» در فرانسه باعث شد که «فصلنامه حقوق تجارت» به «فصلنامه حقوق تجارت و حقوق اقتصادی» و شعبه «تجارت دیوان عالی کشور» به شعبه «تجارت، مالی و اقتصادی» تغییر نام دهند. پس از شناسایی رشته «حقوق اقتصادی» به عنوان یک تخصص جدید، آشنایی با این دانش حقوقی برای وکلای دادگستری آموزش «حقوق اقتصادی» در فرانسه به حدی اهمیت یافته که به تخصص های چهارده گانه پیشین افزوده شد. (آیین نامه ۸ ژوئن ۱۹۹۳) در سمیناری لزوم فراگیری آن برای قضات، وکلای دادگستری، حقوقدانان بنگاه های اقتصادی بخش های خصوصی و عمومی، کارکنان عالی رتبه وزارت اقتصاد، سردفتران اسناد رسمی، دانشجویان مدارس ملی تربیت قضات و علوم اداری ... توصیه شد رشته «حقوق اقتصادی» از اروپا به دانشگاه های کشورهای دیگر مانند: آرژانتین، برزیل، مکزیک و ... نیز راه یافت و توسعه پیدا نمود. در برخی دیگر از کشورها همچون آمریکا، بریتانیا، کانادا، هلند ... مفهوم «حقوق اقتصادی» تبیین نشده و رشته ای به نام «حقوق اقتصادی» بوجود نیامده است. در این کشورها، قواعد حقوقی مربوط به فعالیت های اقتصادی در کنار راه حل های سنتی و در رشته های مربوطه مورد مطالعه قرار می گیرند. با وجود این، هرگز نمی توان گفت: در کشورهایی که رشته «حقوق اقتصادی» به عنوان یک رشته مستقل شناسایی نشده، مباحث مختلف مطروحه در «حقوق اقتصادی» تدریس نمی شوند. برای مثال، در آمریکا بیش از یک قرن است،



«حقوق رقابت» که مرکز و قلب «حقوق اقتصادی» را تشکیل می دهد، تدوین شده و آموزش داده می شود. در این خصوص، کلایو ام.اشمیتوف، حقوق دان بزرگ انگلیسی می گوید: ضرورت تعریف حقوق اقتصادی از لحاظ آکادمیک در بریتانیا احساس نشده است. ولی وی معتقد است: اگر قرار باشد یک حقوق دان انگلیسی «حقوق اقتصادی» را تعریف کند، او بدون شک خواهد گفت که «حقوق اقتصادی مجموعه قواعدی است که به دخالت دولت در زمینه تجارت، صنعت و امور مالی سر و سامان میدهد» بنابراین، مباحث «حقوق اقتصادی» در کشورهای مختلف، خواه در قالب رشته ای مستقل به نام «حقوق اقتصادی» یا به طور متفرقه و در دروس مختلف نظیر: حقوق کیفری، حقوق بین الملل، حقوق عمومی و حقوق خصوصی مورد مطالعه قرار گرفته و تدریس می شوند.

اهمیت حقوق اقتصادی

اینک باید به این پرسش پاسخ داد که چرا حقوق اقتصادی اهمیت دارد؟ اهمیت حقوق اقتصادی از آن منظر واجد ارزش خواهد بود که دانسته شود حقوق اقتصادی برخالف حقوق سنتی، قابلیت انطباق با شرایط جدید اجتماعی و اقتصادی را دارد و از آنجا که حقوق سنتی، قابلیت حل مسائل مستحدثه جدید در تحولات تکنولوژی و اقتصادی روز را ندارد، اهمیت آن دو چندان می شود؛ البته این ایده نافی ارزش حقوق سنتی ما نخواهد بود، بلکه اعتقاد به ناکافی بودن آن با توجه به ، پیشرفت علم و تکنولوژی است که دولت ها را به فکر استفاده از علم حقوقی و اقتصادی روز انداخته است. به عبارت دیگر، تکنولوژی جدید نیازمند حقوقی جدید است. در یک مثال کوتاه، می توان این ایده را اینگونه اظهار داشت که آیا امروزه می توان خیار مجلس را در موضوع قراردادهای گونه الکترونیکی بکار گرفت؟ یا جایگاه اهلیت در این قراردادها کجا قابل بررسی و راستی آزمایی است؟ یا در قراردادهای الکترونیکی صیغه ایجاب و قبول از چه زمانی، ماهیت حقوقی پیدا خواهد نمود؟ در واقع، حقوق اقتصادی به دنبال ایجاد و تطبیق علم حقوقی با شرایط جدید اقتصادی است و دلیل ایجاد آن، مثل دلیل ایجاد سایر رشته های حقوق است. لذا با همان دلایلی که حقوق کار از حقوق مدنی جدا شد یا این که یک سری ضرورت ها موجب شد تا حقوق بشر به صورت یک رشته مستقل ایجاد شود یا به دلیل حرکت و رشد سریع حقوق تجارت و حرکت لاکپستی و کُند حقوق مدنی، موجب تفکیک این دو رشته را فراهم نموده، همه از دلایلی است که در ایجاد یک رشته مستقل حقوق



اقتصادی جدید مؤثر بوده است. (نجات خواه و همکاران، ۱۳۸۹: ۲۸)

ضرورت تبعیت از نهضت مقررات و مقررات زدایی

در حقوق اقتصادی، یکی از ابزارهای مهم حقوقی، مقررات است. مقررات با ویژگی انعطاف پذیری تحولات و تغییرات اقتصادی منطبق است. لذا مهمترین ابزار دولت در حقوق اقتصادی، مقررات می باشد. اهمیت آن، چگونگی شکل گیری، آیین تدوین مقررات، چرایی مقررات در این مقوله مورد نظر است که با لحاظ نمودن آن در قراردادها، به نوعی اهداف دولت در حمایت از منافع عمومی و بخش خصوصی حفظ خواهد شد. علیرغم این که در تعابیر حقوقی، مقررات را ریل گذاری قوانین معرفی نموده اند، مقررات به عنوان یک محدودیت قانونی است که توسط مقامات دولتی و اتحادیه ها صادر می شود و یک نوع قانونگذاری تکمیلی تلقی می گردد، یعنی قانون اولیه توسط مجلس قانونگذاری تصویب می شود و آیین نامه اجرایی آن، توسط مقامات اجرایی. با اندکی مذاقه می توان دریافت که گاهی در متن قانون پیشبینی می شود که آیین نامه اجرایی این قانون با همکاری سایر دستگاه های متولی امر به صورت کامل مشخص می شود البته باید در نظر داشت که یک نقطه قوت و یک نقطه ضعف در اینجا وجود دارد.

حقوق اقتصادی در قانون اساسی

با کنکاشی در قانون اساسی ایران ملاحظه می شود که مطابق اصل ۴۵ قانون اساسی، انفال و ثروت های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است و اصل ۸۱ هم تأکید دارد امتیاز تشکیل شرکت ها و مؤسسات در امور تجارتي و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجی ها مطلقاً ممنوع است. همچنین اصل ۱۵۳، عقد هرگونه قرارداد که سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی کشور را موجب شود، منع کرده است و اصولی دیگر از این قبیل، که همگی از تعیین تکالیف دولت ها در انجام تعهدات محوله حکایت دارد و این که در هنگام عقد قرارداد، به خطوط قرمز ترسیم شده، توجه کافی داشته باشند. اینها همه نمونه هایی از تدوین سازوکار اقتصاد توسط دولت تلقی می گردد، که رد پای از حقوق اقتصادی نیز در آنها مشاهده می شود. در واقع، با بیان جزئیات فوق الاشاره، دولت با استفاده از حقوق اقتصادی، در پی تبیین تعهدات خود با بخش غیردولتی (بخش خصوصی) یا همان بازار است.



در قانون اساسی، اصل بر آزادی اقتصادی و احترام به مالکیت خصوصی است و قواعدی نیز در این خصوص وجود دارد و آزادی رقابت را مورد تأکید قرار می دهد، لیکن در پاره ای از موارد، اصل آزادی خصوصی، به دلیل تبعیت از شرایطی ممکن است محدود شود. این محدودیت در قالب استثنائات اصل آزادی قابل بررسی است و به مواردی که به حوزه پژوهش حاضر برمی گردد، اشاره خواهد شد:

الف - یکی از این استثنائات اصل آزادی، رعایت منفعت و مصلحت عمومی است؛

ب - دیگر استثناء اصل ملی کردن و خصوصی سازی است.

در اینجا است که حقوق اقتصادی باید یک فرمول روشن های برای آزادی اقتصادی، سازوکارهای توزیع و محدودیت از آن ناشی را ارائه نماید؛ البته در کنار این موارد، باید به های بحث مشارکتی بودن اقتصاد، مداخله دولت و محدودیت رقابت، انحصارگرایی در برخی حوزه ها، اصل منفعت عمومی و مصلحت عمومی نیز توجه داشت، یعنی دولت برای حفظ ارزش های اخلاقی، کارایی اقتصادی بازار، عدالت اجتماعی و... کند و در اقتصاد، مداخله از مصادیق حکمرانی است. حکمرانی به معنی هماهنگی میان دولت، بازار و جامعه مدنی و مدیریت بر منابع، اعم از منابع انسانی، منابع مالی، منابع طبیعی و سرمایه اجتماعی است (نجابت خواه و همکاران، ۱۳۸۹: ۲۹). مثلاً اصل ۴۵ قانون اساسی ایران منافع عمومی و مصالح عمومی را بیان می نماید و برای تبیین این مصالح و منافع عمومی و جلوگیری از هرگونه اختلاف نظر و با اختیارات حاصل از اصل ۱۱۲ قانون اساسی، تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام را موجب شده است. چنین به نظر می رسد که تا حدود زیادی شبیه مجلس لردها در انگلیس است؛ با این تفاوت که مجلس لردها فقط نظر مشورتی میدهد، اما مجمع تشخیص مصلحت، هم در تدوین برنامه های ۵ ساله و هم در بسیاری از موارد قانون گذاری می کند.

یکی از اصول کلی در هر نظام حکومتی، اصل بر آزادی اقتصادی است که در کلیه اقتصادهای دنیا دارای محدودیت و چارچوب های مشخص می باشد. بدیهی است می توان این محدودیت ضرورت رعایت منافع و مصالح عمومی را که اساس عدالت بر آن استوار است، توجیه نمود. در این راستا کشور ایران نیز به تاسی از برخی دول اروپایی و تجربه حاصل از عملکرد آنان، با ایجاد مجمعی به نام تشخیص مصلحت نظام، در پاره اوقات، با قانون گذاری و در اکثر مواقع، با رفع اختلاف بین مجلس شورای اسلامی شورای نگهبان، در خط اهداف کلی نظام و انقلاب و بر پایه قرآن کریم و شریعت محمدی (ص) آن



گونه که توسط معمار کبیر انقلاب تبیین گردیده است، اعمال قدرت می نماید. اصل آزادی اقتصادی در مواردی، برای منافع عمومی محدود می شود؛ هرچند این موارد از استثنائات میباشند، اما امروزه به دلیل اولویت تأمین منافع عمومی گسترده شده است.

ویژگی های منحصر به فرد حقوق اقتصادی

در زمینه حقوق اقتصادی دیدگاه هایی متفاوت وجود دارد که به بیان چند مورد از آنها می پردازیم:


طرفداران این نظریه چند ویژگی را برمی شمارند:

برخی معتقدند حقوق اقتصادی یک شاخه جدید از حقوق است که قابل تقسیم به حقوق عمومی و خصوصی است و شرایطی جدید حادث شده که شیوه مطالعه شاخه های جدید را ضروری می نماید. همچنین بر این نظر هستند که اگر حقوق اقتصادی یک رشته جدید است، چه ویژگی هایی باید برای آن در نظر گرفته شود؟

— ویژگی اول: رشته حقوق اقتصادی ویژگی های خاص خود را دارد و این که نهادهایی جدید در حقوق اقتصادی وجود دارد، که این نهادها در حقوق سنتی وجود نداشته است و این نهاد جدید، نهادی مشورتی است که به حقوق اقتصادی عمومی اختصاص دارد، لیکن به جای تعیین جهت دهی اقتصادی، و به جای تصمیم سازی و تبیین خط مشی کلی، در پاره ای از موارد دیده شده که این شوراهای مشورتی و این اصناف و اطاق ها، بیشتر محل تصویب پیمانکاری ها و پروژه ها شده است.

در گذشته، این گونه روال بود که وقتی مجلس، قانونی را تصویب می کرد نیازی به مشورت مردم در خصوص آن قانون وجود نداشت، لیکن اینک در اکثر کشورهای جهان، قبل از تصویب قانونی به عنوان مثال که ممکن است بخش کارگری یا کشاورزی جامعه را مورد تأثیر قرار دهد، با آن بخش از اتحادیه های کارگری و کشاورزی و ... که موجد مشکلاتی هستند، به مشورت می نشینند تا قانون مورد تصویب، قبل از تصویب و اجرا، بهترین کارآمدی را داشته باشد.

لذا این نهاد مشورت یا نهاد مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی می تواند از این ایده گرفته شده باشد. با توجه به این که هدف مقنن از تصویب قانون رفع برخی تنگناها و تسهیل امور مردم است، ایده و اندیشه بسیار خوبی بوده که با اتکا به نظریات



کارشناسانه این مراکز مشورتی در جهانی که هر روز آن با مسائل مستحدثه و بعضاً پیچیده‌ای مواجهه میشود، در عمل به ایصال نتیجه مطلوب، موفقیت حاصل گردد؛ البته می‌بایست با تقویت این نهاد، دسترسی به نظریات مردم و کارشناسان و اهل خبره تسهیل گردد؛

— ویژگی دوم: باید اذعان نمود که ماهیت حقوق اقتصادی، عمومی است چون نظارت بر بازار به وسیله دولت است. حال آن که امروزه دولت‌ها برای وصول به اهداف اقتصادی و اجتماعی خود، ضرورت‌هایی جدید را الزم دارند. مثلاً دولت‌ها امروزه صرفاً فکر امنیت داخلی و مرزها نیستند، بلکه به دنبال نظام اقتصادی کارآمدی هستند که جواب‌گوی توسعه و تحقق اهداف خود باشند و این مهم، خود نیازمند ابزار حقوقی جدید است و ابزارهای فعلی مورد استفاده دولت، با قوانین و مقررات فعلی موفقیت‌چندانی حاصل نخواهد نمود. همچنین در دهه‌های اخیر، چالشی به نام توزیع عادلانه ثروت، وجود دارد. امروزه دولت‌ها به کاهش فاصله طبقاتی موظف هستند که قطعاً یکی از آرمان‌های اصلی انقلاب اسلامی ایران نیز دفاع از حقوق مستضعفین در مقابل مستکبران بوده، تا فقیر فقیرتر نشود و غنی، غنی‌تر. لذا مفاهیم عدالت اجتماعی در حمایت از مستضعفان، زنان، کودکان و دفاع از حقوق آنان در قانون اساسی ایران اسلامی، دارای وزنی سنگین هستند. کارآیی بازار و توزیع عادلانه ثروت با ابزارهای سنتی حقوق خصوصی و عمومی سنتی، امکان برآورد کردن این دو هدف را ندارند و به ناچار حقوق اقتصادی قابل توجیه خواهد شد؛

— ویژگی سوم: باید دانست در پیشرفت روزافزون اقتصاد امروز مداخله دولت در اقتصاد و رویه آن تغییر کرده است. در گذشته مداخله دولت به صورت دستوری و آمرانه بود، ولی امروزه علاوه بر آمرانه بودن بر مشارکت نیز استوار است، یعنی دولت و بخش خصوصی با یکدیگر مشارکت می‌کنند تا با مشورت، خدمات عمومی بهتری که از اهداف حقّ بر یک اداره خوب است، ارائه شود. (هداوند، ۱۳۹۳: ۴۵) در این برهه، جلسات مشترک دولت با بخش خصوصی چشم‌اندازی روشن از این تعاملات و همکاری‌ها است که نتیجه مؤثر آن به هر دو طیف خواهد رسید؛ گرچه مداخله دولت ممکن است مبتنی بر قرارداد باشد، لیکن ضروری است که این قرارداد با قراردادهای حقوقی سنتی و قواعد آن بر قراردادهای متفاوت باشد، زیرا قراردادهای حقوق اقتصادی فراتر از قراردادهای سنتی و



فرمت است، یعنی ممکن است دولت‌ها در یک قرارداد حقوقی اقتصادی امتیازاتی را بدهند و امتیازاتی را نیز برای ملت بگیرند. این در حالی است که در قراردادهای سنتی، همه مفاد به صورت یک طرفه توسط دولت تحمیل می‌شد، مثلاً اعطای بنزین یارانه‌ای به تاکسی‌ها یا اعطای سهمیه لاستیک به اتوبوس‌های درون شهری یا برون شهری، همه تابع امتیازاتی است که دولت‌ها در جهت ارائه خدمات بهتر در نظر می‌گیرند و این موارد موجب می‌شود تا تاکسی‌ها و سایر ناوگان خدمت‌رسانی، خدمات عمومی مستمری را با قیمت مناسب ارائه نمایند. قراردادهای امتیازی؛ موافقت اصولی؛ یارانه‌ها؛ همگی نوعی از قراردادهای عمومی هستند که ناشی از حقوق اقتصادی است؛ البته باید در نظر داشت که موضوع مشارکت در تقنین و قانون‌گذاری نیز واجد اهمیت است، مثلاً در انگلیس قبل از تصویب قانونی در مجلس، این موضوع در نشریات و رسانه‌های عمومی، به منظور قضاوت مردم، به صورت بیان دیدگاه‌ها ارائه می‌شود تا با جمع‌آوری نقطه نظرات مردم و سایر صاحب‌نظران، بهترین گزینه را که حاکمی از نفع عمومی باشد، در مجلس تصویب نمایند؛

— ویژگی چهارم: انعطاف‌پذیری، ویژگی دیگر حقوق اقتصادی است. در پدیده‌های اقتصادی، عوامل غیرقابل پیش‌بینی وجود دارد. لذا قواعد حقوقی ساده نمی‌توانند پاسخگوی این عوامل مهم مستحدثه و پیچیده باشند. بنابراین، با ابزارهای حقوق اقتصادی، این عوامل قابل پیش‌بینی، قابل حل می‌گردند و کلید واژه حل آنها «مقررات» است. لذا مقررات، مهمترین ابزار حقوق اقتصادی است که می‌تواند شرایط جدید را وفق دهد، چون یکی از دلایل ایجاد حقوق اقتصادی همگام و همسو بودن با نیازها و قواعد روز اقتصادی است و عدم انعطاف‌پذیری، مانع از برقراری این ارتباط خواهد شد. حقوق مالیاتی، حقوق اساسی اقتصادی، حقوق انرژی، حقوق کار، حقوق بورس، حقوق بیمه و ... مواردی است که ضرورت ایجاد انعطاف و تحول را بیان می‌کنند.

— ویژگی پنجم: حقوق اقتصادی، حقوق سازماندهی و توسعه اقتصادی است. در گذشته دستورات دولت‌ها بیشتر جنبه سلبی داشتند و صرفاً به انجام کارهایی نهمی می‌کردند، ولی امروزه دولت‌ها با سازماندهی و توسعه اقتصادی، خواه مربوط به دولت‌ها و شرکت‌های دولتی باشد یا شرکت‌های خصوصی یا ترکیبی از آنها، سازماندهی آن مربوط به دولت است و این‌گونه در عرصه اقتصادی نقش‌آفرینی می‌کنند.



البته برخی معتقدند حقوق اقتصادی نباید بر اساس موضوع تعریف شود، بلکه باید بر اساس قواعد آن تعریف، و حدودمرز آن مشخص شود، مثل حقوق حمایت از مصرف کننده و حقوق اقتصادی در تمام رگه های حقوقی از جمله مسؤولیت مدنی، حقوق مالکیت و نیز مالکیت اقتصادی و حتی حقوق اقتصادی در حقوق خانواده، از جمله مقررات مربوط به ارث نیز قابل شناسایی است.

نتیجه گیری

حقوق اقتصادی، شاخه ای نو در علم حقوق و در موازات آن، علم اقتصاد است و در واقع، به نوعی، حقوقی کردن اقتصاد با پارامتر دخالت دولت تلقی می گردد. این رشته مهم حقوقی، که با هدف افزایش ثروت و رفع موانع و ناکارآمدی بازار پا به عرصه گذارده است، دیر زمانی است که در اکثر کشورهای پیشرفته، جایگاه و موقعیت خویش را بازشناخته است. در حقوق اقتصادی، حقوق با ابزار و مفاهیم اقتصادی مورد ارزیابی قرار می گیرد. در حقوق اقتصادی، مفاهیمی بکار گرفته شده است که در شکل گیری نهادهای خصوصی و در تدوین و تفسیر قوانین و مقررات و قواعد، نقش اساسی دارد و مقررات از زمره آن مفاهیم است. مقررات با ویژگی انعطاف پذیری تحولات و تغییرات اقتصادی منطبق می باشد و از آنجا که یکی از ابزارهای حقوقی دولت ها در تنظیم روابط در هر نظام اقتصادی، برای اعمال مقررات، قراردادها است، به این منظور، قراردادهای اقتصادی، که وسیله اعمال اراده حکومت ها در بازار است، در حقوق اقتصادی شکل گرفته است تا به تکامل و مدرنیزه کردن قراردادهای سنتی کمک نماید. مضافاً این که در کنار ملی کردن، خصوصی سازی و دموکراتیزه کردن اقتصاد و ...، اصل مهم آزادی اقتصادی وجود دارد. این اصل در پاره ای از موارد، در جهت حفظ منافع عمومی محدود می شود و به این ترتیب، استثنایی بر اصل آزادی خصوصی اعمال می شود. با این استدلال، حقوق اقتصادی، شاخه ای درهم تنیده بین حقوق و اقتصاد، در ایجاد تعادل و کارایی بازار و بسط عدالت اجتماعی است. بنابراین، حقوق اقتصادی را باید حقوق سازماندهی و توسعه دانست که در کنار سایر ویژگی های خود، افزایش ثروت و کارایی بازار و توسعه همه جانبه عدالت اقتصادی در جامعه را موجب خواهد شد.

فهرست منابع

منابع فارسی:

- کاتوزیان، دکتر ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در حقوق خصوصی ایران، انتشارات



- اقبال، چاپ پنجم، ۱۳۶۲، ص ۳۵
- خداداد کاشی، فرهاد؛ اقتصاد خرد، انتشارات طلایی پویندگان دانشگاه، دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۵، ص ۴
 - تاجداری، دکتر علی؛ اقتصاد و مالیه عمومی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۳.
 - دادگر، دکتر یداله و رحمانی، دکتر تیمور؛ مبانی و اصول علم اقتصاد، کلیاتی از اقتصاد برای همه، مؤسسه بوستان کتاب، چاپ هفتم، قم، ۱۳۸۶، ص ۳۸ و دادگر، دکتر یداله؛ اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، نشر آماره، تهران ۱۳۹۱، ص ۵۰
 - میرمحمدصادقی، حسین، برنامه درسی جامع دوره کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۷، ۱۳۸۵
 - دادگر، دکتر یداله؛ مؤلفه ها و ابعاد اساسی حقوق و اقتصاد، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۳.
 - فرشاد یکتا، دکتر محسن؛ مفهوم حقوق اقتصادی در ایران، انتشارات مدرسه عالی بازرگانی، ۱۳۵۶، ص ۶
 - هداوند، مهدی (۱۳۹۳) حقوق اداری تطبیقی، تهران: انتشارات سمت
 - نجابتخواه، مرتضی؛ هداوند، مهدی؛ همتی، مجتبی؛ آقایی طوق، مسلم؛ شمس، عرفان؛ یزدانی، هرمز؛ مشهدی، علی و جم، فرهاد(۱۳۸۹) آیین های تصمیمی گیری در حقوق اداری، تهران: انتشارات خرسندی؛
 - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران(۱۳۹۱)، تهران، انتشارات ریاست جمهوری
 - قوانین و مقررات خصوصی سازی جمهوری اسلامی ایران

منابع خارجی:

- 1-Rudolf Piepenbrock, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg* (Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis. Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abteilung. Hft 7), Cologne 1964.
- 2-Justus Wilhelm Hedemann, *Grunzüge des wirtschaftrrechts*, J. Bensheimer, 1922
- 3-H. Eichler, *Wirtschaftsechts*, Nürnberg, 1950
- 4- F. de Kiraly: *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son systeme*, Etudes Geny, 1934.
- 5-Hamel, *Vers un droit économique*, Economie contemporaine, nov. – déc. 1951
- 6-Alexis Jacquemin et Guy Schrans, *Le droit économique*, Que sais-je ? puf, 3e éd., 1982, p.72



یادداشتی بر فیلم موریتانیایی و نقش و کیل مستقل در تحقق عدالت

علی یادگاری^۱

مهران بهمن^۲

در این یادداشت سعی خواهد شد با روایت و تحلیل یک فیلم مبتنی بر واقعیت چهره ای ملموس تر از نقش استقلال و کیل دادگستری در دستیابی به عدالت حفظ حقوق متهم و پاسداشت حکومت قانون، به مخاطبان محترم ارائه شود. موریتانیایی^۳ یک درام حقوقی بریتانیایی آمریکایی است که به کارگردانی کوین- مک دانلد در سال ۲۰۲۱ ساخته شده است. این فیلم با اقتباس از کتاب پرفروش گوانتانامو^۴ ساخته شده و روایتگر داستان واقعی محمد ولد صلاحی است که توسط دولت آمریکا دستگیر و بدون هیچ اتهام و برگزاری دادگاهی به مدت ۱۰ سال در بازداشتگاه گوانتانامو زندانی می شود.

وجود قوانین مداخله گر در حقوق شهروندان همچون قانون میهن دوستی آمریکا (پاتریوت ۳)^۵ بعد از حادثه یازده سپتامبر حوادثی این چنینی را در نظام حقوقی ایالات متحده پدید آورده است. شخصیت اصلی فیلم هنگامی که تمام امیدش را برای آزادی از

^۱ کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق

تجارت بین الملل

^۲ کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، پژوهشگر دکتری حقوق کیفری و

جرم شناسی، مدرس دانشگاه

^۳ The Mauritanian

^۴ Guantanamo Diary

^۵ USA PATRIOT Act



دست می دهد با دست یاری دو وکیل مدافع مستقل مواجه می شود و این دو فرشته عدالت در جستجوی ناامیدانه برای عدالت با موانع بی شماری روبرو می گردند که از جمله می توان به عدم ارائه مستندات، جوسازی عمومی، پروپاگاندای شدید رسانه ای و تهدید اشاره کرد.

تماشای این فیلم متناوب دیدنی و البته دلخراش است، زیرا بیننده در این اثر شاهد شکنجه و آزار محمد و اولاد الصلاحی به دست سیا، اف بی آی^۶ و دیگر آژانس های دولتی ایالات متحده است که ادعا می کردند صلاحی یک عضو القاعده بوده و در حملات «۱۱ سپتامبر» در نیویورک شرکت داشته است. پس از حادثه ۱۱ سپتامبر و قبل از اینکه دولت ایالات متحده صلاحی را در سال ۲۰۰۲ به خلیج گوانتانامو منتقل کند، او ابتدا در خانه خود در موریتانی مورد بازجویی قرار گرفت و بعداً در اردن و بگرام نیز زندانی شد. صلاحی در زندان امنیتی و مخوف گوانتانامو توسط ارتش آمریکا «یک پروژه ویژه» در نظر گرفته شد و بدون مدرک واقعی توسط افسران اطلاعاتی آمریکا و مورد آزار، شکنجه و تجاوز قرار گرفت. او به طور مداوم و مستقیم ۷۰ روز شکنجه شد و سرانجام مجبور به اعترافات دروغ شد، آن هم پس از اینکه بازجویان وی، او را تهدید به بازداشت، تجاوز و مجازات مادرش کردند. علی رغم همه اینها، و علی رغم یک سال تحقیق در ارتش ایالات متحده، هرگز حتی یک اتهام نیز علیه صلاحی مطرح و قطعی نشد.

فیلم «موریتانیایی ۶» بر اساس کتاب خاطرات صلاحی تحت عنوان خاطرات گوانتانامو، دست به نمایش دوران سکونت صلاحی در زندان گوانتانامو و ماجرای پرونده جنجالی او تا آزادی اش زده است. با مشاهده روند فیلم متوجه می شویم که حتی با وجود استقلال کامل وکیل در نظام حقوقی ایالات متحده وکیل پرونده با چالش های بسیاری در راستای مطالبه حقوق موکل خود مواجه می شود حتی تهدیدهای مکرر، عدم همکاری و کارشکنی عوامل امنیتی ایالات متحده نیز وی را از تعقیب حقوق حقه موکل خویش در این مسیر باز نداشت چه اینکه اگر همین میزان استقلال وجود نداشت وکیل اصلاحی هرگز موفق نمی گردید.

بهترین صحنه ها از نظر نگارنده این یادداشت، تلاش های وکیل برای قانع کردن

⁶ CIA

⁷ FBI



خطرپذیری همکاران در پذیرش پرونده محمدمو ولد اصلاحی برای به دست آوردن عدالت واقعی است. هرچه که در این فیلم دیدنی سخنان تأثیرگذار کم به چشم نمی آید اما صحنه تأثیرگذار دیگر در این فیلم سخن وکیل است که می گوید دیگر نمی خواهم موکلم را در غل و زنجیر ببینم. استقلال سخت کوشی و استفاده از ظرفیت های حقوق بشری نظام حقوقی ایالات متحده نظیر قانون آزادی اطلاعات باعث می شود تا امری محال اتفاق افتد و از زندانی که تا به امروز هیچ کس راه بازگشت آن را به چشم ندیده محمد ولد اصلاحی به خانه بازگردد و کتاب نگارش شده خویش که در زندان حق مطالعه آن را نداشت را مطالعه کند.

فیلم فوق الذکر با امتیاز بالای منتقدان و جوایز متعدد کسب شد، دیدنی و برای جامعه وکلای دادگستری جذاب و آموزنده به نظر می رسد و در این خصوص تشکیل برنامه ای با محتوای بررسی و نقد این فیلم به صواب نزدیک است.



امکان سنجی تملک اموال غیر منقول توسط بیگانگان در حقوق ایران

ریحانه والیانی^۱

چکیده

سلب مالکیت، فی نفسه، حقی است مشروع و سلطه و اختیاری است که حقوق بین الملل به دولت به عنوان شخص حقوق عمومی با به رسمیت شناختن اصل حاکمیت اراده اعطا می کند؛ لکن چنانچه به موجب قوانین داخلی اصل حاکمیت اراده نادیده گرفته شود، چنان چه فاحش نباشد، اثر آن بطلان نیست ولی ضمانت اجرای اخلاقی و نزاکتی دارد. چنانچه دامنه‌ی این تجاوز به حدی فاحش باشد که عرف بین الملل آن را نپذیرد، مسئولیت بین المللی دولت، نه از حیث سلب مالکیت از بیگانه، بلکه از حیث حقوق بین الملل بشر است که تحقق خواهد یافت.

کلید واژگان: تملک، اموال غیر منقول، نظام های حقوقی

مقدمه

با گسترش روابط در عرصه بین الملل، مسئله بیگانگان از مسائل بسیار مهم حقوق بین الملل خصوصی شده و برخورداری آنان از حقوق مدنی در کشورهای مختلف اهمیت ویژه ای پیدا کرده است؛ به طوری که در کشور ما، براساس قوانین خاص و آیین نامه ها و مواد قانونی متعدد، حدود مالکیت را مشخص نموده است و این حدود مالکیت براساس عهدنامه‌ها و مقاله نامه‌ها، اصل حسن نیت و روابط متقابل متفاوت خواهد بود. باید به این توجه داشت که مال، در کشورهای مختلف تعریف خاصی دارد و در سراسر دنیا به

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



صورت یکسان نیست. ممکن است از نظر یک نظام حقوق ملی، شخص مالک یک مال شناخته شود در حالی که نظام حقوقی دیگری عنوان مالکانه این شخص را به رسمیت نشناسد؛ یا آنکه یک نظام حقوقی در بطن خود دچار یک تناقض باشد؛ مثلاً در قانون اساسی خود، در صورت سلب مالکیت از بیگانگان، قائل به جبران خسارت برای آنان باشد در حالی که به موجب قوانین عادی هیچ غرامتی به آنان نپردازد؛ در این مقاله بر آنیم که ضمن تعریف مختصری از مال در نظام‌های حقوقی مختلف نگاه اجمالی و تطبیقی به نوع و حدود ممنوعیت تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان در نظام‌های حقوقی کامن لا و رومی - ژرمنی در مقایسه با ایران داشته باشیم.

تعریف مال در حقوق بین الملل خصوصی

در رأی داوری بین المللی، مورخ ۱۳ اکتبر ۱۹۲۲، راجع به دعوای کشتی‌داران نروژ با ایالت آمریکا، واژه مال را در قانون اساسی ایالت متحده آمریکا دارایی و همانند نظام کامن لا در انگلیس برشمرده که شامل تمامی انواع مال منقول، غیرمنقول و حقوق عینی و دینی می‌شود.

در قانون مدنی فرانسه، به عنوان نظام رومی - ژرمنی، در مواد ۵۱۷ و ۵۲۷، و مواد بعدی آن، ملاک مال بودن اشیاء را یا ماهیت فیزیکی آنها یا احصای قانون گزار قرار داده است؛ و از نظر حقوق آلمان، مال یعنی چیزهایی که به زعم قانون گزار و اصول کلی، حقوق مادی یا عینی هستند و مفهوم مالکیت در مورد هر چیزی است که ارزش مادی و قابلیت تملک را دارا باشد (عابدی، ۱۳۷۹، ص ۵۹).

در ایران، مال، براساس ماده ۱۱ قانون مدنی، بر دو قسم منقول و غیرمنقول تقسیم شده و در م. ۳۰ همان قانون گفته است هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر به موجب قانون استثنا شده باشد؛ و نیز صراحتاً در ماده ۸ قانون مذکور، حدود مالکیت بیگانگان را در اموال غیرمنقول تعیین و طبق قوانین دیگر، شرایط خاصی برای آنان قرار داده است.

مفهوم واژه بیگانه

در ترمینولوژی حقوق واژه بیگانه چنین آمده است:

«کسی که فاقد تابعیت کشور معینی نسبت به دولت آن کشور و افراد آن است، بیگانه



نامیده می شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۱۴).

فرهنگ لغت **Black's** در این زمینه بیان می دارد: «یک نفر خارجی کسی است که متعلق به ملت یا کشور دیگری است و یا تحت صلاحیت کشور دیگری قرار دارد.» بنابراین واژه بیگانه یک مفهوم کاملاً نسبی است و وابسته به نحوه ارتباط او با یک کشور خاصی است و نداشتن تابعیت یک کشور موجب بیگانه شناخته شدن شخص است (قاسمی شوب، ۱۳۸۳، ص ۵).

مفهوم تابعیت

تابعیت عبارت است از یک رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی که فردی را به دولتی معین مرتبط می سازد و آن فرد جزو عناصر اساسی و دائمی دولت مزبور می گردد. اثبات وجود رابطه تابعیت بین شخص و دولت معین بر مبنای قانون گذاری همان دولت است و یا با توجه به شرایط و خصوصیات خاص خود در حیطه ای که معاهده تعیین می کند تابعیتش را به بیگانگان بدهد (همان، ص ۶).

چگونگی تملک در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

در یونان و روم، عقود با شکل گرایی عجیب بودند و آزادی اراده به مفهوم امروزی برای طرفین عقود شناخته شده نبود؛ مالکیت با تسلیم یا تحویل محقق می شد و صرف تراضی و توافق برای این منظور کافی نبود. در قرون وسطی آزادی اراده بیشتر شکل امروزی پیدا کرد و حقوق رومی - ژرمنی که ضلعی از حقوق قرون وسطی را تشکیل می داد عهد را اصولاً شکلی فهم می نمود که تعارضی بین شکل و رضایی بودن عقود حاصل شد و البته در اواخر دوره، عقود بیشتر شکل رضایی پیدا کردند و براساس نظر کانت (پایه گذار ریشه اصل حاکمیت اراده در فلسفه حقوق) انسان به مثابه موجودی عاقل و مختار و دارای اراده است و اراده مستقل او مکفی در ایجاد تعهد است. این نگاه منجر به شکل گیری عدالت و تساوی طرفین و اصالت رضا و عدم دخالت دولت در روابط طرفین (اعم از بیگانگان و تابعین) شد و اراده به عنوان مهم ترین عنصر تعهدات (لیبرالیسم حقوقی و اقتصادی) و... قرار گرفت و مهمترین مقیدات اصل آزادی، دو عنصر نظم عمومی و اخلاق حسنه شد. (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص ۳)



حقوق مالکیت در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

در نظام حقوقی آمریکا، این دسته از حقوق به وظایفی اطلاق می‌شود که هر یک از شهروندان در قبال یکدیگر دارند. مالکیت ملکی در آمریکا شامل زمین، خانه و مستغلات است و حقوق فرد را برای واگذاری‌های خود، آن گونه که مایل است، به رسمیت می‌شناسد؛ در نتیجه، در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، یک شخص می‌تواند مالک مالی بر مبنای انصاف باشد؛ همان گونه که در ماده دوم از اصل سوم قانون اساسی ایالت متحده بر می‌آید. ایالت متحده آمریکا مساوات را در محدوده این قانون رعایت می‌کند که شامل معاهدات منعقد شده، معاهداتی که بعداً منعقد می‌شود، اختلافاتی که یکی از طرفین آن ایالات متحده است، اختلافات میان شهروندان ایالات مختلف یا شهروندان یک ایالت که ادعای مالکیت زمین‌های تحت اختیار ایالاتی دیگر را دارند و یا اختلافات میان یک ایالت و شهروندان آن با دول خارجی اعم از شهروندان یا تبعه‌ی آن می‌شود (کلارک، ۲۰۰۴، ص ۱۲۴ و خراسانی، ۱۳۷۹، ص ۵۹).

آن گونه که از قانون اساسی ایالت متحده آمریکا بر می‌آید، تملک اموال غیرمنقول می‌تواند میان شهروندان خود (و نه لزوماً تبعه) و حتی شهروندی که ممکن است تابعیت آن کشور را دارا نباشد، بر اساس عدل و انصاف و مساوات صورت پذیرد، چرا که به صراحت در ادامه از معامله با تبعه خارج یاد کرده است؛ ضمن این که امکان دارا شدن بر اثر ایجاد معاهدات، چه قبلاً منعقد شده باشد و چه در آینده تنظیم گردد، را به طور کلی فراهم نموده است.

مبانی حقوق بیگانگان در حقوق بین الملل عمومی

برای تعیین حقوق بیگانگان معیارهای مختلفی در نظر گرفته می‌شود که مهم‌ترین آن رفتار ملی برابر و حداقل بین المللی در مراودات بین المللی است. براساس نظریه رفتار ملی برابر، بیگانه به جای برخورداری از رفتار یا وضعیت ویژه، از همان حقوق و امتیازات اتباع کشور میزبان برخوردار می‌گردد. این دیدگاه از مفاهیم برابری کشورها و حاکمیت سرزمین نشأت گرفته است که نظر اخیر از ناحیه کشورهای آمریکایی مورد حمایت قرار گرفته است. نظریه مذکور مخالفینی دارد؛ از نظر آنان با بیگانه نمی‌توان به مثابه یک تبعه رفتار کرد؛ چرا که ممکن است امنیت ملی دچار مخاطره گردد و یا آن که کشورهای



دیگر نیز ممکن است نتوانند متقابلاً همین رفتار را با یکدیگر داشته باشند. در پاسخ می‌توان گفت اولاً برخورداری از یک امتیاز مستلزم برخورداری از امتیازات دیگر نیست؛ به عنوان مثال چنانچه اشخاص بیگانه بتوانند در کشورهای دیگر از حقوق مدنی برخوردار شوند، می‌توان آنان را نسبت به حقوق سیاسی به لحاظ ارتباط مستقیم آن با امنیت محدود کرد؛ ثانیاً داشتن رفتار متقابل غیرانسانی و محرومیت کلی بیگانگان، نسبت به دارا شدن، مخالف حقوق بشر است و کشورها بایست حداقل رفتار شایسته را با بیگانگان داشته باشند؛ در نتیجه لازم است قوانین داخل یک کشور که حداقل حقوقی را که مطابق با اصول کلی حقوق بشر است برای بیگانگان مشخص و تعیین نماید، که البته در این خصوص بین مسافران عادی و بیگانگان مقیم و غیرمقیم تفاوت وجود دارد؛ لذا دولت‌ها می‌توانند حتی برای استملاک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان مقیم یا غیرمقیم شروطی مانند پرداخت مالیات قرار دهند (قاسمی، ۱۳۸۳، ص ۱۳۴).

حقوق خصوصی راجع به اموال غیرمنقول اتباع بیگانه در ایران

اصل بر این است که اتباع بیگانه، بر طبق م ۹۶۱ ق. م، از حقوق مدنی متمتع خواهند بود مگر موارد مصرحه قانونی؛ در نتیجه حقوقی که به طور مشخص می‌توان به آنان اعطا کرد، نخست، حقوقی هستند که به موجب معاهدات به اتباع بیگانه داده شده که مهم‌ترین آن حق مالکیت اموال غیرمنقول است که به طور محدود برای بیگانگان شناخته شده؛ یعنی تنها جهت سکونت یا شغل یا صنعت می‌توانند تحصیل و تملک نمایند؛ مانند ماده ۶ قرارداد اقامت دولتین ایران و آلمان، که به منظور ایجاد صلح و دوستی تنظیم کرده‌اند، مقرر می‌دارد: اتباع هر یک از طرفین متعاهدین حق دارند با متابعت از قوانین، در خاک طرف متعاهد دیگر، هر قسم اموال منقوله نقل و انتقال نموده....

همچنین راجع به اموال غیرمنقول با اتباع هر یک از طرفین در خاک طرف متعاهد دیگر، در هر حال معامله اتباع دولت کامله الوداد می‌شود و فقط آنچه مربوط به سکونت و شغل و یا صنعت آنان لازم است تحصیل یا تملک یا تصرف نمایند.

لکن با وجود معاهدات و قراردادها، این حق برای دولت‌ها وجود دارد که هر گاه بخواهند از اتباع بیگانه سلب مالکیت کنند، اما با توجه به حقوق بشر، استفاده از این حق منوط به پرداخت خسارات و غرامات است؛ مانند ذیل ماده ۷ قرارداد اقامت ایران و بلژیک که مقرر می‌دارد: اتباع هر یک از طرفین متعاهد، حق خواهند داشت براساس مقررات



جاریه، اموال غیرمنقول یا منقول یا هر قسم حق دیگری را تحصیل و تملک کنند یا به معرض فروش و انتقال گذارند و حاکمیت آنان را، حتی به طور موقت، نمی‌توان سلب کرد؛ مگر در مقابل ادای غراماتی که در قوانین محلی برای اتباع داخله مقرر شده است. دوم، حقوقی که بیگانگان به موجب قوانین با شرط رفتار متقابل حاصل می‌نمایند؛ مانند ماده ۷ قانون مدنی در خصوص احوال شخصیه بیگانگان. لازم به ذکر است که همیشه باید دو استثنا را در نظر داشت: یکی آن که باید مخالف نظم عمومی و مخالف اخلاق حسنه قوانین ایران نباشد و سوم، در مورد حقوق خصوصی، مشروط بر معامله متقابل است؛ مانند استفاده از مزایای قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ و چهارم، آن دسته از قوانین که صراحتاً برای اتباع بیگانه در نظر گرفته شده مانند م. ۹۷۰ قانون مدنی. (نصیری، ۱۳۸۱، ص ۱۱۶).

به طور کلی می‌توان گفت کشور ایران، با کسب اجازه از ماده ۸ قانون مدنی، تاکنون براساس عهدنامه‌های مودت دو جانبه با دولت‌های متعددی مانند لهستان، فرانسه، آلمان، مصر، سوئد، بلژیک و چکسلواکی، به دلیل وجود روابط سیاسی متقابل، اجازه تملک و تصرف و نقل و انتقال اموال غیرمنقول را با شرایط خاصی به اتباع بیگانه داده است (شریعت باقری، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵). ناگفته نماند در قوانین داخلی، مواد پراکنده‌ای را به این امر اختصاص داده است؛ به طوری که ما، در قانون اساسی، در اصل ۲۲ و ۴۷، مصونیت از تعرض به جان، حیثیت، مسکن، شغل و مالکیت مشروع افراد را داریم و این مصونیت تا جایی است که موجب سلطه بیگانه بر اقتصاد کشور نگردد (اصول ۱۵۳ و ۴۸ قانون اساسی در بند هشتم، تبصره ۲ م ۹۸۷ قانون مدنی). همچنین آیین نامه چگونگی تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجه غیرمقیم، مصوب ۷۴، و در تبصره ۷ ماده ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت، موکداً مورد اشاره واقع شده است.

با توجه به آیین نامه مذکور، در ماده ۱، اتباع خارجی غیرمقیم، جهت سکونت شخصی خود، می‌توانند مال غیرمنقول را با شرایط خاصی که در آیین نامه ذکر شده خریداری نمایند، لکن به موجب قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی، مصوب ۱۳۱۰، املاک مزروعی خود را باید به اتباع ایران انتقال دهند (همان، ص ۱۲۶).

البته آیین نامه تملک امور غیر منقول توسط بیگانگان، مصوب ۱۳۷۴، به شرحی که در آتی خواهد رفت باطل اعلام شده؛ در حالی که دیگر آیین نامه‌های مشابه ظاهراً به قوت خود باقیست. حال آن که دلیل آن روشن نیست.



حق استملاک غیرمنقول راجع به ایرانیان ترک تابعیت غیرقانونی و قانونی

مفاد ماده ۹۸۹ قانون مدنی در مورد ایرانیانی است که تابعیت خارجی خود را با ترک تابعیت از ایران به طور غیرقانونی حاصل کرده‌اند. وفق ماده مذکور، تابعیت خارجی آنان کان لم یکن است و تبعه ایران شناخته می‌شوند اما حق تملک مال غیرمنقول را ندارند و این امر با نظارت مرجع ذی صلاح به فروش خواهد رسید. حال مسئله‌ای که قابل طرح است چشم انداز بین المللی این قاعده است.

مفاد ماده ۹۸۹ قانون مدنی، با نظرات علمای حقوق بین الملل نیز سازگار است. پروفیسور نیکلا باریاکوف، که یکی از صاحب نظران عالی رتبه در زمینه مباحث تابعیت مضاعف است، می‌گوید:

«کشورها حق دارند شرایط کسب تابعیت خارجی توسط شهروندان را تعیین کنند؛ چنانچه فردی بدون انجام آن شرایط تابعیت خارجی کسب کند آن کشور حق دارد نتایج آن تابعیت را به رسمیت نشناسد و آن شهروند را از شهروندان خود تلقی کند.»

ماده ۹۸۹ منعکس کننده همین نظرات و همچنین رویه دولت‌ها از جمله آمریکا، یونان و ترکیه است؛ چرا که ترک تابعیت غیرقانونی، مخالف مصالح سیاسی و امنیتی کشور است و این گونه افراد ممکن است برای حفظ منافع خود یا انجام مقاصد بعضی از دول مرتکب اعمالی شوند که با مصالح ایران منطبق نیست (نیای، ۱۳۷۷، ص ۲۸۲).

البته این حکم در خصوص ایرانیانی که به طور قانونی تابعیت خود را ترک نموده‌اند نیز جاری است؛ با این تفاوت که ایرانیانی که قانونی تابعیت خود را ترک گفته‌اند، سند ترک تابعیت داشته و دولت ایران تابعیت خارجی آنان را به رسمیت می‌شناسد، لکن باید در ظرف مدت مقرر قانونی (مذکور در م. ۹۵۸ ق. م) اموال خود را به فروش برسانند؛ همچنان که در ماده ۴۴ مقررات و دستورالعمل وزارت دادگستری مورخ ۱۳۱۷، که به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ گردیده، تصریح شده است که: «تنظیم و ثبت اسناد معامله غیرمنقول اتباع ایرانی، که ترک تابعیت نموده‌اند و مطابق قانون صلاحیت خرید اموال غیرمنقول در ایران را ندارند، ممنوع است». این ماده فقط در خصوص ایرانیانی است که ترک تابعیت نموده‌اند و معلوم نیست چرا در آینده باید از حق تملک محروم شوند. (نیای،

ص ۳۲۸)



محرومیت براساس آیین نامه استملاک اتباع بیگانه

اگرچه براساس آیین نامه چگونگی تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجی غیرمقیم، مصوب ۱۳۷۴، شرایط تملک توسط بیگانگان مشخص شده و این حق به آنان داده شده، لکن مشروط به شرایطی است:

الف) شرط عمل متقابل

این شرط یکی از مهمترین شروط آیین نامه است و تا زمانی که این شرط محقق نشود تبعه بیگانه مقیم ایران حق خرید ملک برای محل سکونت یا کسب نخواهد داشت. به عنوان مثال در خصوص عهدنامه مودت ۱۹۵۵ ایران و آمریکا، صریحاً در ضمن یادداشت‌های متعدد به وزارت امور خارجه ایران، عنوان داشته که قوانین تعدادی از ایالات کشور ایالات متحده آمریکا مالکیت اتباع بیگانه نسبت به اموال غیرمنقول را محدود ساخته و برای دولت آمریکا دشوار است که شرط عمل متقابل را در عهدنامه مودت بپذیرد. در واقع در هیچ یک از بندهای عهدنامه مودت اشاره به عمل متقابل نشده مگر در ۲ مورد؛ مورد اول احتراز از اخذ مالیات مضاعف و مورد دوم راجع به رفتار با نمایندگان کنسولی.

ب) شرط عدم مخالفت با مقررات عهدی ایران

شرط مذکور، هم در ماده ۸ قانون مدنی آمده است و هم در آیین نامه استملاک به آن اشاره شده است. اگرچه قبول تقاضا را موقوف به وجود عهدنامه ندانسته و همین قدر که با مقررات عهدنامه مخالفت نداشته باشد را کافی دانسته، اما در خصوص اتباع آمریکا، تقاضای اتباع جهت خرید ملک برای سکونت یا کسب خود باید حتماً موافق عهدنامه باشد. عهدنامه مذکور، اگرچه نشان دهنده این است که ایران حاضر بوده است با وجود شرط متقابل حق تملک غیرمنقول را به اتباع آمریکایی مقیم ایران اعطا کند، لکن دولت آمریکا موافق نبوده است؛ به همین دلیل حق تملک منظور نگردیده و تنها اجاره، آن هم برای مدت مناسب، اکتفا شده است (نیای، ۱۳۷۷، ص ۲۶۵).

جلب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی بیگانگان

به موجب اصل ۸۱ قانون اساسی، دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات تجارتنی



و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجی‌ان مطلقاً ممنوع است. در این خصوص دو نظر وجود دارد؛ عده‌ای معتقدند منظور از دادن امتیاز به تبعه بیگانه اداره یک خدمت عمومی یا بهره برداری از منبع درآمد عمومی در مدت معین است که از آن منبع درآمد به حساب خود بهره برداری کند و در مقابل خدمات از دولت یا مصرف کنندگان وجوهی دریافت کند (سنجایی، ص ۲۳۷)؛ عده‌ای نیز معتقدند آنچه از اصل ۸۱ بر می‌آید آن است که دولت حق ندارد قراردادی منعقد کند که به موجب آن، آن گونه امتیازات به خارجی‌ان داده شود (به عبارتی حق انعقاد قرارداد امتیاز ندارد)؛ بنابراین از حق داشتن امتیاز شرکت ها و ... محرومند نه اداره شرکت ... (شریعت باقری، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲).

همچنین براساس بند ۴ تبصره ۲۰ تصویب نامه بودجه ۱۳۸۰، صدور مجوز هر گونه فعالیت اقتصادی از سوی سازمان‌ها به شرکت‌های تابعه یا وابسته و یا سرمایه گذاران داخلی یا خارجی که مفاد آن متضمن اجازه انحصاری فعالیت باشد ممنوع است؛ در نتیجه مطابق تبصره ماده ۲ قانون حمایت از سرمایه گذاران خارجی، مصوب ۱۳۸۰، قانون مربوط به تملک اموال غیرمنقول مصوب ۱۳۱۰ پابرجاست و تملک هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه گذار خارجی در چهارچوب این قانون مجاز نیست (ابراهیمی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۹). به طور کلی امروزه تمام کشورها سرمایه گذاری خارجی را تا حدودی پذیرا شده‌اند و در خصوص حل دعاوی مایل به پذیرش داوری بین الملل هستند. در ایالات متحده آمریکا و همچنین آلمان و سوئیس و ژاپن، با حمایت از سرمایه گذاری خارجی، برنامه تضمین سرمایه گذاری تعیین و اجرا می‌گردد؛ که شامل بیمه خطر ویژه، بیمه خطر گسترده، حمایت در برابر خطر گسترده در مناطق ویژه است (خراسانی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۰).

نتیجه گیری

در همه کشورها محدودیت‌هایی برای حقوق بیگانگان مقرر شده که مبتنی بر مصالح ملی است؛ این محدودیت‌ها موجب می‌شود بیگانگان به طور کامل از کلیه حقوق شهروندی متنفع نگردند؛ لکن گسترش رو به رشد روابط بین الملل و حقوق بشر را نباید دور از نظر نگاه داریم. در حقوق کشورهای نظام کامن لا، خصوصاً در کشور آمریکا، همان گونه که بررسی کردیم، تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، فقط تحت نظارت دولت و گذر از فیلترهای خاصی امکان پذیر است که می‌توان به پرداخت مالیات مضاعف و یا عدم وجود تحریم‌ها اشاره نمود. البته این قاعده در خصوص بیگانگان غیرمقیم است؛



حال آن که تبعه بیگانه‌ای که به هر علت (چه شغلی، چه تحصیلی و ...) ساکن و یا شهروند محسوب شده باشد را شامل نمی‌شود. در کشورهای نظام رومی - ژرمنی، اصل بر حاکمیت اراده است و می‌توان گفت قوانین، به طور شفاف و به دور از تفسیرهای گوناگون، مسیر را مشخص نموده است. در کشور ایران قوانین متعدد و مواد پراکنده‌ای در قانون مدنی، مانند مواد ۸ - ۹۶۱ - ۹۶۷ - ۹۸۷، به این موضوع اشاره شده و همچنین قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع بیگانه، مصوب ۱۳۱۰ را داریم که پس از آن، آیین نامه‌های متعددی در طول این سالیان تصویب شد که آیین نامه اخیر مصوب ۱۳۷۴/۹/۱۹ بوده است. ظاهراً دیوان عدالت اداری، با این توضیح که اعطای هر گونه امتیاز به اتباع خارجه نیاز به حکم صریح قانون گذار دارد، و بند ۱۷ ماده ۲ قانون وظایف امور خارجه، اختیار وضع این گونه قوانین را به قوه مجریه نداده است و وضع آیین نامه مذکور را خارج از حدود اختیارات قوه مجریه قرار داده و آن را ابطال نموده است؛ در نتیجه در حال حاضر غیر از وجود معاهدات، بیگانگان در ایران اهلیت تملک ندارند لیکن نسبت به دیگر آیین نامه‌ها اظهار نظری ننموده است. با توجه به ضرورت برقراری ارتباط با جهان، که مقدمه‌ی توسعه یافتن کشورها است، از طرفی و حفظ تمامیت ارضی کشور و جلوگیری از سلطه بیگانگان براساس بند ۸ اصل ۴۳ قانون اساسی، از طرف دیگر، با وجود اصل ممنوعیت حق تملک غیرمنقول توسط بیگانگان و با توجه به پراکندگی مواد و خلأ قانونی در خصوص استملاک اتباع خارجی و عدم وجود رویه‌ی خاص در این خصوص، تصویب یک قانون جامع و فراگیر و عاری از تفسیرهای متعدد، ضروری به نظر می‌رسد.

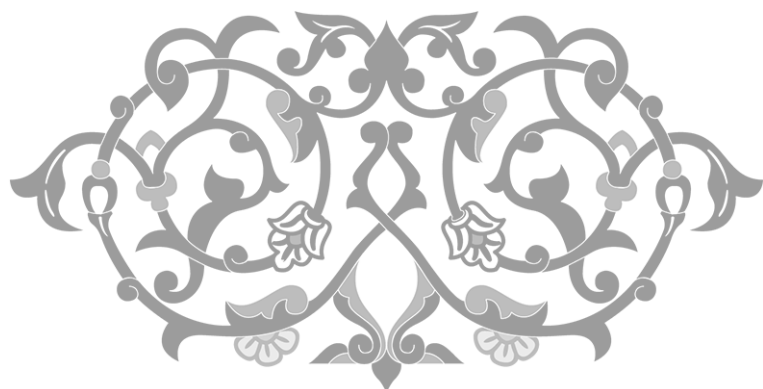
منابع

- قانون مدنی
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، ۱۳۸۳.
- شریعت باقری، محمدجواد، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۳.
- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، نشر آگاه، چاپ نهم، ۱۳۸۱.
- عابد خراسانی، محمودرضا، سلب مالکیت در حقوق بین الملل، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ابراهیمی، نصراله، حقوق بین الملل خصوصی، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳.



- توسلی، منوچهر، مقاله مفهوم بیگانه از دیدگاه قوانین ممنوعیت یا محدودیت استملاک بیگانه در ایران، ۱۳۸۶.
- بیگدلی، عطاله، مقاله حاکمیت اراده در فقه امامیه نظام رومی - ژرمنی و حقوق ایران، ۱۳۹۴.
- قانون راجع به اموال غیرمنقول توسط بیگانگان مصوب ۱۳۱۰.
- آیین نامه منع تملک اموال غیر منقول توسط بیگانگان غیر مقیم مصوب ۱۳۷۴ .
- روزنامه ایران، سال هجدهم، شماره ۵۱۳۵، ۱۳۹۱.
- فدوی، سلیمان، استملاک اتباع بیگانه در ایران.
- فدوی، سلیمان، بررسی استملاک اموال غیرمنقول توسط اتباع بیگانه در ایران (۲)
- نیاکی، جعفر، مقاله ممنوعیت استملاک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، ۱۳۷۷.
- مؤیدی، عیسی، مقاله حدود مالکیت.
- معبودی نیشابوری، رضا، موسوی، سید جمال الدین، مقاله تفسیری بر ماده ۹۶۱ قانون مدنی، ۱۳۹۲.
- قاسمی شوب، احمدعلی، مقاله نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین الملل با تأکید بر اسناد بین المللی حقوق بشر، شماره ۳۱، ۱۳۸۳.
- طرقی، طالبکی، مزروعی، اکبر، مقاله بررسی لزوم قانون گذاری جدید در خصوص تملک اموال غیرمنقول توسط بیگانگان، شماره ۲، ۱۳۹۱.
- صفایی، سیدحسین، مقاله محدودیت های مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران، شماره ۱، ۱۳۶۸.

- **DLA Piper , ownership restrictions in united Estate, 2018.**
- **F.Hinkel- Danial – Practical Real Estate LAW, Fifth Edition.**
- **J. Alberts Robert- Real Estate LAW- south – western legal student in business- seventh Edition.**
- **Dla piper – Ownership restrictions in united Estate- 2018**
- **US-legal-system-2004**



کنزیده مخترانی ما





بررسی دعوای اثبات مالکیت^۱

علیرضا شمس^۲

دعوای اثبات مالکیت از قدیمی‌ترین دعوای مطروحه در دادگستری نوین ایران و قبل از آن در محاکم شرعیه و قبل از آن در محاکم سلطانیه یا سایر محاکم می‌باشد. این دعوا در مورد اموال غیرمنقول با توجه به تصویب مقررات مختلف دچار تحولاتی شده است که اگر ما آن مقررات جنبی را شناسیم نمی‌توانیم این دعوا را در جای درست مطرح نماییم. اثبات به معنای ثبت کردن، احراز کردن و کتابت و تسجیل یک امری است و برابر فارسی آن نوشتن و ثابت گردانیدن است.

ما برای هر امری دو مرحله ثبوت و اثبات می‌توانیم داشته باشیم؛ مرحله اثبات مرحله علم و آگاهی از وجود خارجی یک چیز است اما مرحله ثبوت مرحله تحقق و تقریر یک امر است در ظرف وجودی اش بدون این که علم و جهل ما در آن مؤثر باشد که متأسفانه قانون‌گذار در مقرراتی که داشته مثل قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی کلمه ثبوت و اثبات را جابه‌جا بیان کرده است چراکه مرحله اثبات بعد از مرحله ثبوت است. مرحله ثبوت مرحله شکل‌گیری و ایجاد است درحالی که مرحله اثبات آن آگاهی یا جهل بر آن ایجاد است مثلاً در قانون فوق‌الاشاره مقرر داشته «پس از ثبوت دین» درحالی که منظور اثبات دین بوده است.

تعریف دعوی اثبات مالکیت:

امری که قبلاً در مرحله ثبوتی محقق شده است و شخص بخواهد این امر تحقق یافته را با ادله اثبات دعوا احراز نماید. دعوای اثبات مالکیت با توجه به این که احراز یک موضوع است با ادله اثبات دعوا درهم‌تنیده است یعنی وجود و ارائه ادله موجب تحقق خود دعوا می‌شود

^۱ پیاده‌سازی: علی اکبر محمدی، وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان

^۲ مستشار دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان

راه‌هایی که در رویه قضایی ما وجود دارد در ۳ قسم قابل تقسیم است :

۱ - اثبات مالکیت در غیر دادگاه:

شخص درخواست (و نه دعوا) احراز مالکیت خود را به اداره ثبت اسناد و املاک ارائه دهد لکن این اداره به هر درخواستی رسیدگی نمی‌کند.

شیوه‌های ثبت املاک (اثبات غیرقضایی مالکیت):

۱ - ثبت عادی : مراجعه اشخاص به اداره ثبت و درخواست ثبت ملک که بدون اقدام

شخص اقدامی در مورد ثبت ملک به عمل نمی‌آید و عدم ثبت فاقد ضمانت

اجراست و برای هر ملکی به طور مستقل اقدام و آگهی مستقل منتشر می

گردد

۲ - ثبت عمومی : مراجعه مامورین ثبت و انجام عملیات ثبت و اظهارنامه و اجبار

مالکان به ثبت و تعیین ضمانت اجرای عدم ثبت و اقدام یکپارچه در انجام

عملیات مقدماتی ثبت املاک ؛ قانون ثبت ۱۳۱۰

۳ - ثبت فوق العاده : ثبت املاک با عدول از مقررات و مهلت های ثبت عمومی و

رسیدگی به درخواست در مرجع شبه قضایی (هیات حل اختلاف ثبت) و صدور

سند مالکیت پس از گذشت مهلت اعتراض

هدف از ثبت فوق العاده این بود که عملیات مقدماتی ثبت که بسیار زمان بر می‌باشد (

مانند آگهی نوبتی در نوبت اول و دوم ، آگهی تحدیدی ، تنظیم صورت مجلس تحدیدی

حدود ، اعتراض به حدود ، تطبیق حدود و ...) را از آن عدول کند و در یک روند خلاصه

تری انجام شود که این کار از سال ۱۳۵۱ با الصاق موادی به قانون ثبت بیان شد (مواد

۱۴۶ تا ۱۴۸) که این کار از سال ۱۳۵۱ تا ۱۳۸۳ انجام صورت پذیرفت لکن قانون‌گذار

دید که با این روند ثبت فوق العاده نیز باز ثبت تمامی املاک صورت نپذیرفته لذا در قانون

برنامه دوم توسعه ماده ۷۱ آن را مقرر داشت و سپس در برنامه سوم توسعه ماده ۱۴۰

آورده شد و بعد از اتمام زمان آن ، در برنامه چهارم توسعه ماده ۱۳۳ با تغییراتی نسبت به

برنامه دوم و سوم توسعه مطرح گردید که راه‌گشا تر بوده و بسیاری از املاک در روستاها

با این ماده سنددار شدند و سپس در سال ۱۳۸۸ قانون سامان‌دهی حمایت از تولید و

عرضه مسکن تصویب گردید که یک سال پس از تصویب این قانون ، قانون الحاق

موادی به قانون سامان‌دهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن در سال ۱۳۸۹ به تصویب

رسید که در آن بیان گردید که روستاهای بالای ۲۰ خانوار و شهرهای زیر ۲۵ هزار نفر



جمعیت می‌توانند به‌موجب این قانون ثبت فوق‌العاده املاکشان را بخواهند که این ماده دقیقاً به موازات ماده ۱۳۳ قانون برنامه سوم توسعه بوده است. پس از این قانون، قانون تعیین تکلیف اراضی و ساختمان‌های بدون سند تصویب گردید که همچنان هم پابرجاست که طبق آن در خصوص اراضی شهری، رئیس اداره راه و شهرسازی و در خصوص اراضی روستایی، رییس جهاد کشاورزی به‌جای رئیس بنیاد صالح به صدور رأی و نظر در این خصوص می‌بودند که پس از ابلاغ، این رأی ۳ ماه زمان برای اعتراض داشت که پس از آن ثبت سند صادر می‌شد.

تفاوت ثبت فوق‌العاده و ثبت عمومی :

در ثبت فوق‌العاده هر سندی که به استناد این قوانین فوق‌الاشاره صادر شده تا ابد قابل اعتراض است و مشمول مرور زمان نمی‌شود همان‌طور که جمله‌ای در ذیل تمام این قانون آمده که نوشته است « ثبت و صدور سند مانع مراجعه متضرر به دادگاه نیست » و این ثبت فوق‌العاده یک تسجیل موقت به‌نظر می‌رسد

بنابراین در اسناد مالکیتی که موکلین به شما ارائه می‌دهند باید توجه کرد که موضوع ملک مشمول کدام طرق ثبت است چراکه هر کدام احکام خاص خود را دارد.

حسن ثبت عمومی این است که با گذشت مهلت اعتراض دیگر اعتراض قابل پذیرش نیست البته یک سری استثنائاتی در این خصوص بیان شده است، مضافاً این که ثبت ملک نیز باید مطابق قانون باشد، پس ثبت عمومی بنیانش محکم است لکن می‌توان با ادله قانونی محکم آن بنیان را زیر سوال برد که این ادله قانونی محکم عبارت است از عدم رعایت قوانین (قانون ثبت و آیین‌نامه آن) در ثبت عمومی؛ پس اگر در ثبت عمومی مقررات قانون ثبت رعایت نشده باشند ولو ملک ثبت سند صادر شده باشند امکان تعرض و اعتراض به این سند به شیوه قانونی وجود دارد.

به این نکته نیز باید توجه داشت که شیوه ثبت فوق‌العاده فقط ناظر به موارد احصایی در همان قانون است و استثنایی است بر ثبت عمومی.

شیوه‌های طرح دعوای اثبات مالکیت در دادگاه :

۱ - شیوه اصلی : خواهان در ستون دادخواستش خواسته‌اش را اثبات مالکیت بیان نماید

۲ - شیوه طبعی (ضمنی یا طاری) : این‌جا موضوع خواسته خواهان ما اثبات مالکیت نیست اما برای اثبات مدعای خواهان ها، دادگاه ناگزیر است وارد بحث اثبات مالکیت



بشود و باید مالکیت مدعی را احراز نماید (خواسته به نحو غیرمستقیم اثبات مالکیت است و دادگاه تا زمانی که در خصوص اثبات مالکیت اظهار نظر نکند نمی‌تواند خواسته شخص را چه قبول و چه رد کند)

در موارد ذیل دادگاه مجاز نیست قرار توقف رسیدگی صادر کند تا شخص مدعی برود و دعوای اثبات مالکیت مطرح نماید بلکه بایستی به تبع رسیدگی به خواسته دعوای اصلی به خواسته اثبات مالکیت هم رسیدگی کند :

۱ - اعتراض به ثبت و حدود و حقوق ارتفاقی : اعتراض به ثبت عمومی موضوع ماده ۱۶ و ۱۷ قانون ثبت که شخص معترض چه کلاً و چه جزء مدعی مالکیت معارض است یا شخص معترض معترض به حقوقی است که در سند مالکیت مستدعی ثبت بیان نشده است یا اضافه بیان شده است که در این حالت برای اعتراض به دعوای اعتراض به ثبت وارد مالکیت معترض و اثبات آن شوند به نحو غیرمستقیم و امکان صدور قرار اناطه یا توقف رسیدگی وجود ندارد

۲ - ابطال رأی هیأت حل اختلاف ثبت در ثبت فوق‌العاده

۳ - دعوای اعتراض ثالث اجرایی (موضوع مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون ثبت) : که متأسفانه در این خصوص در رویه قضایی برخی شعب دیده می‌شوند که قرار اناطه یا قرار عدم استماع صادر می‌شود چراکه معترض ثالث حکم اثبات مالکیت ندارد درحالی که خود باید وارد بحث اثبات مالکیت شوند همچنین است در خصوص اعتراض ثالث اجرایی ثبت موضوع ماده ۱۶۹ رأی وحدت رویه ۷۸۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مصوب ۰۵/۱۱/۱۳۹۸ که اگر ملکی از ناحیه اداره ثبت توقیف شده و شخص ثالث اعتراض دارد ولی سند در سند رسمی نیست اما باید اعتراضش را در دادگاه مطرح نماید چراکه موضوع ترافی است و مطابق رأی وحدت رویه دادگاه باید رسیدگی کند و دادگاه باید دعوای اثبات مالکیت را به صورت ضمنی رسیدگی نمایند

۴ - اعتراض رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری

نکته قابل توجه این که در مورد فوق مواردی همچون اعتراض به رأی کمیسیون ماده واحده یا اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۵۶ بیان نشده است چراکه آن‌جا بیشتر موضوع اعتراض نوعیت زمین است و دادگاه وارد بحث احراز مالکیت نمی‌شود و همین که ذی‌نفعی را احراز نماید کفایت می‌کند هرچند که در رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری هم می‌توانیم همین بحث را بیان کنیم که اثبات مالکیت لازم نیست و صرفاً احراز ذی‌نفعی



ملاک است اما این رویه در مورد دعوی اعتراض به کمیسیون ماده واحده و کمیسیون ماده ۵۶ غالب تر است که دادگاه وارد اثبات مالکیت نمی‌شود چرا که شخص با قانون ملی شدن مراتع و جنگل‌ها ابطال مالکیت شده است (اسناد مالکیت ممکن است به حکم قانون باطل شود که مصادیق آن عبارت است از قانون ملی شدن مراتع و جنگل‌ها، قانون زمین شهری و قانون اراضی موات که در این موارد با ابطال مالکیت شخص در دفتر املاک شخص ذی‌نفع است لذا دیگر دادگاه با این پارادوکس مواجه نمی‌شود که مالکیت را احراز نماید).

بحث دیگری که داریم در مورد معاملات اموال غیرمنقول و تلقی حقوق دانان از مواد ۴۶ تا ۴۸ قانون ثبت است که این تلقی نادرست منتهی به صدور نظریه‌ای خطرناک از ناحیه شورای نگهبان شد که در این خصوص چند نظریه وجود دارد :

نظر نخست : می‌گوید که معاملات اموال غیرمنقول تشریفاتی است و این تشریفات لازم و اجباری است و اگر انجام نشود معامله بی‌اعتبار است چنانچه قانون ثبت می‌گوید ملکی که ثبت شده چنانچه معامله‌ای نسبت به آن انجام شود ، این معامله باید در اداره ثبت یا در دفتر اسناد رسمی انجام شود و چنانچه مطابق این روال معامله ثبت نشوند، نزد ادارات و محاکم « قابلیت ترتیب‌اثر » ندارد که در این خصوص دکتر کاتوزیان می‌فرماید این عبارت ترتیب اثر نداشتن به معنای بی‌اعتبار بودن است ؛ این در حالی است که این نظر بسیار خطرناک است چراکه شورای نگهبان در پاسخ به استفساریه جمعی از کسبه بازار تهران از شورای نگهبان در مورد اعتبار مواد ۴۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت بیان داشته : « بی‌اعتباری معامله ثبت نشده در دفتر اسناد رسمی و ادارات ثبت خلاف شرع است » که این نظریه بر مبنای تفسیر دکتر کاتوزیان صادر شده است درحالی‌که ما باید از قانون تفسیری بکنیم که منجر به این نظریه‌های خطرناک نشود.

نظر دوم : نظریه‌ای که نظر اساتیدی همچون دکتر شهیدی ست و مطابق با شرع نیز می‌باشند ، نظریه رضایی بودن تمامی معاملات غیرمنقول است که مرحوم شهیدی در مقاله‌ای که در مجله تحقیقات حقوق دانشگاه شهید بهشتی در دهه ۷۰ نوشته‌اند بیان داشتند که منظور از این که قابل ترتیب‌اثر نیست یعنی این که در ادارات و دادگاه به آن ترتیب‌اثر نمی‌شود لکن در بین خودشان معتبر است و اگر شخص دارنده سند عادی معامله مال غیرمنقول در دادگاه بیاید و طرف اقرار نماید یا با شهادت شهود یا حتی با سایر ادله از جمله کارشناسی ، معاینه محل یا تحقیقات محلی یا سایر امارات قانونی و قضایی



دعوی خود را ثابت نمایند دادگاه هم باید این سند را بپذیرد ولی این سند را تدریجاً و به صورت مجرد ادارات و محاکم به آن توجهی نمی کنند لکن این بی توجهی به معنای بی اعتباری نیست.

که به نظر می رسد این نظریه دوم جهت جلوگیری از آن تفسیر استفساریه شورای نگهبان و جهت حفظ مصالح جامعه مفیدتر به نظر می رسد. در خصوص جمع این ۲ نظریه نیز جناب آقای دکتر منصور امینی مقاله ای نوشته اند که به خواندن آن توصیه می شود
ما ۳ نوع وضعیت ثبتی در خصوص املاک داریم (چه وضعیت املاک درخواست شده باشد وجه درخواست نشده باشد):

- ۱ _ ملک ثبت شده: یعنی ملکی که در دفتر املاک ثبت شده چه پیش نویس سند مالکیت آن تهیه شده باشند و چه تهیه نشده باشد یعنی عملیات مقدماتی ثبت تمام شده و در دفتر املاک ثبت ملک ذکر شده باشند
- ۲ _ ملک جریان ثبتی: ملکی که در درخواست ثبت شده اما عملیات ثبتی آن خاتمه پیدا نکرده است

۳ _ ملک ثبت نشده مجهول المالک

حال جهت طرح دعوی اثبات مالکیت باید بررسی گردد که ملکی که قصد طرح اثبات مالکیت آن را داریم کدام یک از این سه وضعیت بر آن حاکم است .
اگر ملک ثبت شده باشد به طور مطلق دعوی اثبات مالکیت در خصوص آن قابل پذیرش نیست و در این خصوص در رویه قضایی نیز هیچ تردید و اختلافی وجود ندارد بنابراین در چنین دعوایی در جلسه اول رسیدگی پس از وصول پاسخ استعلام از اداره ثبت مبنی بر ثبت ملک یا در مواقع پیوست تصویر سند مالکیت از ناحیه خوانده دعوا یا با کارشناسی و احراز این موضوع که ملک ثبت شده است بلافاصله می بایست قرار عدم استماع صادر گردد که در این خصوص ماده ۲۲ قانون ثبت صراحت دارد که بیان می دارد «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسیده دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت».

اشکالات پذیرش طرح دعوی اثبات مالکیت املاک ثبت شده:

- ۱ _ حکم اثبات مالکیت با سند مالکیت دچار تعارض می گردد و این تعارض



صحیح نیست چرا که احکام نباید با اسناد رسمی تعارض داشته باشد و هیچ
مقرره‌ای نداریم که در صورت تعارض سند رسمی و حکم دادگاه کدام یک
مقدم است

۲ - رسیدگی و صدور حکم باعث ایجاد نهادهای موازی در صدور سند رسمی می
شود و این موجب بی‌خاصیت و بی‌اثری اسناد و احکام با توجه به تعارض
می‌گردد.

۳ - صدور حکم متعارض، خالف فلسفه تاسیس اداره ثبت اسات که وظیفه دارد
مالکیت بر املاک را احراز و سند مالکیت املاک را صادر کند.

اثبات مالکیت ملک مجهول‌المالک یا ثبت‌نشده :

تعریف ملک مجهول‌المالک:

در قانون مدنی مجهول‌المالک یعنی ملکی که مالکی ندارد و مالک آن شناسایی
نمی‌شوند اما در ملک مجهول‌المالک ثبتی ملک مالک دارد اما شخص اظهارنامه ثبتی آن
را پر نکرده و به اداره ثبت نداده است و در دفتر توزیع اظهارنامه یا در دفتر جمع‌آوری
اظهارنامه نام شخص قید نشده و به همین جهت ملک مجهول‌المالک تلقی می‌شود.
یعنی ملک پلاک خورده است ولی معلوم نیست چه کسی مالک است چراکه فرم
درخواست ثبت پر نشده است البته ممکن است که مجهول‌المالک ثبتی مشتمل بر
مجهول‌المالک در قانون مدنی نیز باشد و اصلاً ملک مالکی نداشته باشد.

امکان طرح دعوی اثبات مالکیت در خصوص ملک مجهول‌المالک :

در این خصوص دو فرض وجود دارد

۱ - متصرف ملک یا شخصی که سبق تصرف مالکانه داشته است به‌عنوان مالک

است و هیچ شخصی این حق مالکیت او را انکار یا تضییع نکرده است؛ که در
این فرض طرح دعوی اثبات مالکیت بی‌وجه است چرا که دادگاه مرجع احراز
مالکیت اشخاص نمی‌باشد بلکه دادگاه مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و فصل
خصومت و رسیدگی به مرافعات است و این فرض مرافعه‌ای وجود ندارد و
اختلافی مطرح نیست لذا این دعوا قابلیت استماع ندارد. حال در موردی که فرد
به اداره ثبت اظهارنامه داده است ولی رئیس اداره ثبت این اظهارنامه را نپذیرفته
است، این‌جا مشمول بند یک ماده ۲۵ قانون ثبت است که می‌گوید هر گاه بین
مستدعی ثبت و رئیس اداره ثبت در مورد پذیرش درخواست ثبت اختلافی حادث



شود موضوع در هیات نظارت رسیدگی می‌شود.

۲_ در صورت وجود اختلاف و ترافیعی بودن موضوع که اداره ثبت هم طرف دعوا نیست و استدعای ثبت نیز نداده‌است که اختلاف پیش بیاید؛ در خصوص این ملک دعوی اثبات مالکیت قابلیت استماع و پذیرش دارد.

اثبات مالکیت ملک در جریان ثبت :

در خصوص امکان طرح دعوی اثبات مالکیت در خصوص املاک در جریان ثبت نظرات مختلفی بیان گردیده اما باید براساس قانون سخن گفت لذا اگر آگهی نوبتی اول منتشر شده باشد و مهلت اعتراض به ثبت (۹۰ روز از تاریخ انتشار نوبت اول آگهی نوبتی) سپری شده باشد (در خصوص اصل مالکیت) و در موارد حقوق ارتفافی اگر آگهی تحدیدی منتشر شده باشد، صورت‌مجلس تحدید حدود منتشر شده باشند و مهلت ۳۰ روز از تاریخ تنظیم صورت‌مجلس سپری شده باشد (در مورد اعتراض و ادعای مالکیت نسبت به حدود و حقوق ارتفافی) دعوا قابلیت پذیرش ندارد چرا که موجب موازی‌کاری می‌شود چراکه اگر ملکی که مهلت اعتراض مطرح شود در ثبت ملک تأثیری ندارد و صرفاً یک اقدام موازی با اداره ثبت در حال انجام است. حال اگر قبل از انقضای مهلت اعتراض به انتشار آگهی نوبتی (در خصوص اعتراض به کل ملک) یا قبل از انقضای مهلت اعتراض به آگهی تحدیدی (در مورد اعتراض به جزئی از حدود) یا قبل از انقضای مهلت اعتراض به تنظیم صورت‌مجلس (در مورد حدود ارتفافی) باشد این‌جا اگر مهلت سپری نشده باشد شخص هم می‌تواند اعتراض به ثبت کند و هم این‌که می‌تواند دعوی اثبات مالکیت مطرح نماید و گواهی جریان دعوی را به دادگاه ارائه دهد (از طرق اعتراض به ثبت: اعتراض مستقیم، طرح دعوی اعتراض به ثبت، اعتراض به ثبت در اداره ثبت و ارائه گواهی دعوی سابق که ماده ۱۷ قانون ثبت در این زمینه راه‌گشاست).

ادله‌ای که ما بعد از انتشار آگهی و صورت‌مجلس دعوا را نمی‌پذیریم همان ادله سه‌گانه‌ای است که قبلاً مطرح شد، همین‌طور رأی وحدت رویه ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ که بیان می‌دارد: «الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند» که ما این رأی وحدت رویه را در پرتو ماده ۲۴ قانون ثبت نیز تفسیر می‌کنیم و می‌گوییم چرا پس از گذشت مهلت اعتراض، دعوی اثبات مالکیت قابل پذیرش نیست؟ در پاسخ می‌گوییم



به دلیل وجود صراحت قانونی در ماده ۲۴ قانون ثبت در عدم پذیرش دعوا، که این ماده چنین بیان می‌دارد که «پس از انقضای مدت اعتراض، دعوی اینکه در ضمن جریان ثبت ترضیح حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد، نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی» و هیچ‌کس آن را خلاف شرع معرفی نکرده و آن قدر هم صراحت دارد که هیچ‌کسی تفسیر دیگری از آن ارائه نداده است لذا دعوی اثبات مالکیت به حکم ماده ۲۴ قانون ثبت پس از گذشت مهلت اعتراض قابلیت استماع ندارد (این ماده ۲۴ در رأی وحدت رویه لحاظ نشده است). این رأی وحدت رویه متضمن دو معناست: الف: ملکی که آگهی عمومی شده است، که دعوی اثبات مالکیت قابل پذیرش است.

ب: ملکی که ثبت شده است، که دعوی اثبات مالکیت آن قابل پذیرش نمی‌باشد؛ که ما در این جا می‌گوییم بله کاملاً حرف شما درست است ولی علاوه بر آن، ماده ۲۴ هم می‌گوید که ملکی که مهلت اعتراض سپری شده دعوی اثبات مالکیت قابل پذیرش نیست و باید ماده ۲۴ را نیز به ذیل این رأی وحدت رویه اضافه کرد. ماده ۸۷ آیین‌نامه قانون ثبت نیز بیان می‌دارد که «هر گاه راجع به ملک مورد تقاضای ثبت بین تقاضاکننده و دیگری قبل از انتشار اولین اعلان نوبتی دعوایی اقامه شده و در جریان باشد کسی که طرف دعوی با تقاضاکننده است باید از تاریخ نشر اولین اعلان نوبتی تا ۹۰ روز تصدیق محکمه را مشعر به جریان دعوی اداره ثبت تسلیم نماید و الا حق او ساقط خواهد شد. تبصره - در مواردی که اداره ثبت تشخیص دهد تصدیق مزبور خارج از مدت به اداره ثبت تسلیم گردیده موافق ماده ۱۶ عمل خواهد شد» یعنی می‌گوید که صبر کن تا من عملیات مقدماتی را بپریم جلو و اظهارنامه را آگهی نوبتی کنم و بعد شما بیایید اعتراض کنید.

ذی‌نفعی در دعوی اثبات مالکیت:

۱ - تصرف مالکانه: تصرف غیر مالکان ممکن است مأذون و مجاز باشد (مثل تصرف امین، وکیل و مستأجر) یا ممکن است غیرمجاز باشد (تصرفاتی که یا غاصبانه است یا در حکم قصر). شخصی که متصرف غیر مالکانه است نمی‌تواند طرح دعوی اثبات مالکیت کند.

۲ - واگذار شونده قهری قراردادی از ناحیه متصرف قانونی.

۳ - شخص غیر متصرف دارای سبق تصرف قانونی: که پیچیدگی دعوی اثبات مالکیت عملاً ناظر بر این مورد است چراکه شخص الان یدی بر ملک ندارد و سابقاً ید داشته است که در این حالت، هم باید ید سابقش را ثابت کند و هم



این که ثابت کند ید سابق خود مالکانه بوده است و هم این که ثابت کند که ید فعلی غاصبانه است

دادگاه صالح برای طرح دعوی اثبات مالکیت :

دعوی اثبات مالکیت یک دعوی مالی غیر منقول است پس در دادگاه محل وقوع مال غیر منقول باید مطرح شود و دادگاه محل وقوع مال ، صالح است

این خواسته مالی و غیرمنقول است باید تقویم و بر اساس قیمت منطقه ای ملک تمبر ابطال شود و تقویم ان جهت تشخیص قابلیت تجدیدنظرخواهی یا فرجام خواهی می باشد ارکان دعوی اثبات مالکیت :

۱ - وجود مال غیر منقول

۲ - ادعای خواهان بر مال و انکار حق توسط خواننده و ائتلاف خواهان و خواننده چه عین باشد یا منافع عرصه باشد یا اعیان یا حقوق ناشی از مالکیت (ترافعی بودن موضوع)

۳ - ثبت نشدن ملک و خاتمه نیافتن مهلت اعتراض

۴ - ملک از زمره اراضی عمومی و دولتی نباشد : ماده ۴۱ آیین نامه قانون ثبت بیان می دارد «نسبت به امالکی که مالک خاص ندارد مانند طرق و شوارع و اراضی و جبال موات و مباحه نیزارها ، بیشه ها ، مراتع و جنگلها و قبرستان های عمومی و بستر مسیر ها و آب رودخانه ها و نه‌رهای منشعب از آن ها و انه‌ار طبیعی و هر مسیر طبیعی دیگر اعم از سطحی و زیرزمینی و چشمه سارها، از افراد درخواست ثبت پذیرفته نخواهد شد.»

۵ - وجود دلایل قانونی در اثبات رابطه مالکیت خواهان که متضمن رد ادعای خواننده هم باشد.

دعوی تنفیذ معامله و مبیعه نامه :

تعریف ادعا: گفته ای که مخالف اصل عدم یا استصحاب یا براءت یا سایر اصول حقوقی و اماره ها و فرض های قانونی است یا خالف ظاهر و جریان طبیعی و متعارف امور است، ادعا است و بدون دلیل پذیرفته نمی شود . به نظر عرف مدعی کسی است که انشاء دعوا منوط به او است ؛ خواه انشاء برای اثبات حقی باشد (مانند ادعای ملکیت مالی برای خود) یا برای برون رفت از حقی علیه خود (مانند ادعای بازپس دادن امانت از سوی امین) دعوی تنفیذ به معنای اعتبار بخشی و نفوذ بخشی به قرارداد عادی معامله و اثبات



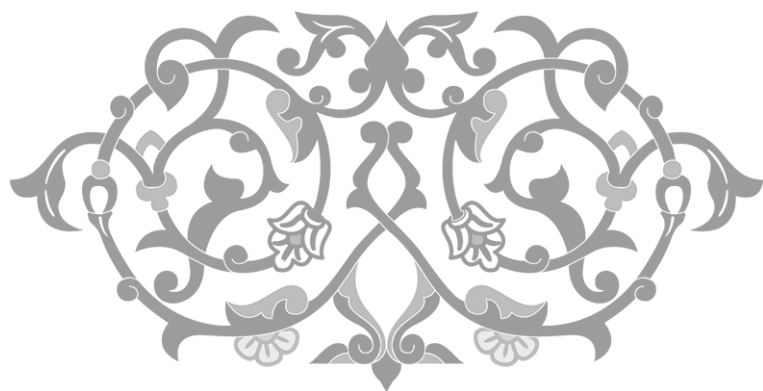
درستی معامله مال غیر منقول است؛ اصل بر صحت معامله است و صحت و اعلام صحت معامله، دعوی موافق اصل صحت است در حالی که مدعی حرفش باید خالف اصل باشد پس مدعی که حرفش موافق اصل است دعوایش قابلیت طرح و استماع ندارد و آن کس مدعی است که حرفش خلاف اصل است و طرفی که مدعی بطلان است باید طرح ادعا کند و صدور عدم استماع در این مورد موجه است.

موارد استثناء:

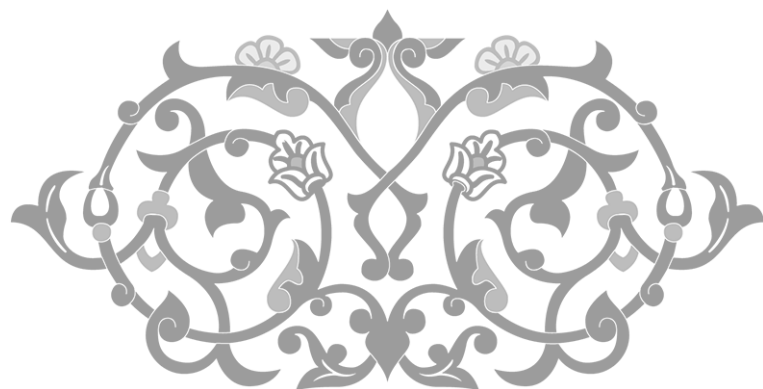
۱ _ دعوی تنفیذ وصیت نامه؛ اثبات وصیت، عهدهی یا تملیکی، اثبات وصایت، اثبات تنفیذ ورثه مازاد بر صلح

۲ _ دعوی تنفیذ قرارداد منعقدہ قبل از ۰۵/۰۴/۱۳۵۸ موضوع تبصره ماده ۷ قانون زمین شهری که بیان می دارد: در مورد کسانی که به تاریخ قبل از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری مصوب ۰۵/۰۴/۱۳۵۸ با اسناد عادی دارای زمین بوده و در مهلت های تعیین شده قبلی از طرف مراجع مربوطه تشکیل پرونده داده اند و یا در شهرهایی که تاکنون مهلت های مذکور برای تشکیل پرونده اعلام نشده است در صورتی که تاریخ تنظیم سند عادی و صحت معامله از طرف مراجع قضایی ذی صالح تأیید گردد برابر ضوابطی که در آیین نامه اجرایی این قانون تعیین می شود اجازه عمران داده خواهد شد.

۳ _ دعوی اثبات انعقاد قرارداد: اصل عدم انعقاد است و مدعی انعقاد، درخواست اثبات انعقاد عمل حقوقی موضوع قرارداد را با طرفی که منکر آن است را دارد بهتر است و کلاً به جای طرح دعوی به خواسته تنفیذ قرارداد از خواسته دعوی اثبات انعقاد قرارداد استفاده نمایند.



بایسته‌های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

رأی وحدت رویه شماره ۸۲۳ - ۱۴۰۱/۴/۲۸ هیأت عمومی دیوان

عالی کشور

با توجه به اینکه فلسفه وضع ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، کاهش یک مرحله دادرسی و تسریع در قطعی شدن حکم است و در ماده ۴۳۳ همین قانون برای شاکی حق تجدیدنظرخواهی، به طور مطلق، پیش‌بینی شده و رسیدگی به درخواست تجدیدنظر شاکی، بعد از صدور حکم قطعی بر تخفیف مجازات در اجرای ماده صدرالذکر، نقض غرض و معارض با قطعی بودن حکم است و صدور دو حکم در موضوع واحد موجب اشکال در اجرا نیز می‌شود، بنابراین اعمال تخفیف مجازات در موارد عدم تجدیدنظرخواهی دادستان و اسقاط حق تجدیدنظرخواهی توسط محکوم‌علیه مطابق ماده ۴۴۲ قانون یادشده، در صورت فقدان شاکی و یا عدم تجدیدنظرخواهی وی در مهلت و یا استرداد درخواست تجدیدنظر از سوی وی، امکان‌پذیر است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو اراک که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. 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 لازم‌الاتباع است.

نظریه مشورتی کانون وکلا

پرسش: انجام عمل منافی با وکالت توسط موکل (مثل فروش مالی که وکالت در فروش آن به وکیل داده است) منافاتی با بلاعزل بودن وکالت دارد یا منافات نداشته و در نتیجه وکیل برای جلوگیری از اقدام موکل نیاز به شرط سلب حق عمل موضوع وکالت از سوی موکل دارد؟

۹۲

ملی
حقوق



نظر اکثریت: در بحث وکالت بلاعزل یا وکالت ضمن عقد لازم سه فرض را باید از هم تفکیک نمود: فرض نخست که فرض ساده مساله است فرضی است که در آن رابطه طرفین صرفاً رابطه وکیل و موکل است لکن طرفین خواسته اند این رابطه بین آنها لازم باشد و لذا آن را در ضمن عقد لازمی شرط کرده اند یا در ضمن عقد لازمی موکل ملتزم به عدم عزل وکیل شده است. فرض دوم فرضی است که برای وکیل علاوه بر لازم بودن وکالت و غیر قابل عزل بودن، انجام موضوع وکالت از سوی خود وی نیز موضوعیت داشته و بر این اساس صراحتاً یا ضمناً شرط شده که موکل خود اقدام به انجام موضوع وکالت نماید. فرض سوم فرضی است که پس از وقوع بیع عادی، به دلیل اینکه سند رسمی همچنان بنام فروشنده است، وکالتنامه بلاعزلی از سوی فروشنده به خریدار اعطاء می گردد که به اصطلاح به آن وکالت در مقام بیع گفته می شود.

اما در فرض نخست که صرفاً با یک قرارداد وکالت بلاعزل مواجه هستیم صرف شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم، ملازمه ای با سلب حق موکل مبنی بر انجام موضوع و التزام وی به عدم انجام موضوع وکالت ندارد. به تعبیر دیگر بلاعزل بودن وکالت، صرفاً امکان عزل وکیل را از سوی موکل را منتفی می سازد و اثر دیگری مبنی بر سلب حق وی به انجام موضوع وکالت ندارد هر چند با انجام موضوع وکالت، وکالت به دلیل انتفای موضوع منتفی می گردد کما اینکه با توجه به اطلاق ماده ۶۸۳ قانون مدنی حق انجام عمل منافی با وکالت برای اصیل محفوظ است خواه وکالت جایز یا لازم باشد. در فرض دوم که قرائن و امارات در کنار شرط عدم عزل وکیل حکایت از التزام ضمنی اصیل به عدم انجام اقدامات منافی با وکالت دارد، پاسخ مساله بستگی به مبنای منتخب در خصوص وضعیت تصرفات منافی با شرط فعل منفی حقوقی دارد و در این جهت فرقی بین شرط صریح یا شرط ضمنی التزام موکل به عدم انجام مورد وکالت وجود ندارد. هر چند اغلب اساتید حقوق تصرفات حقوقی مخالف با شرط فعل منفی حقوقی را صحیح می شمارند و صرفاً برای مشروط له حق فسخ عقد اصلی را قائل هستند اما با توجه به ماده ۴۵۴ قانون مدنی و نیز رأی وحدت رویه اخیر یعنی رأی شماره ۸۱۰ که بطور ضمنی از آن برداشت می شود که دیوانعالی کشور ضمانت اجرای تصرفات منافی شرط فعل منفی حقوقی را اگر چه شرط ضمنی باشد، بی اعتباری تصرفات منافی می شمارد، می توان گفت اگر در مورد وکالت بلاعزلی احراز گردید که انجام عمل از سوی وکیل برای وی موضوعیت داشته و لذا شرط ضمنی وجود دارد که موکل خود اقدام به انجام



مورد وکالت یا تصرف منافی با آن نکند، باید تصرفات منافی موکل را غیر نافذ اعلام کرد. به بیان دیگر اگر نتیجه شرط صریح عدم انجام وکالت از سوی موکل یا عدم تصرف منافی از سوی وی را بی اعتباری و عدم نفوذ تصرف منافی بدانیم نه صرفاً حق فسخ عقد اصلی، باید به همین نتیجه در مورد شرط ضمنی نیز ملتزم باشیم و تفاوت دو فرض صرفاً جنبه اثباتی داشته و مربوط به کیفیت احراز شرط است.

در مورد فرض سوم که فرض رایجی است نیز از آنجا که در واقع وکیل بموجب معامله مقدم، مالک موضوع مورد وکالت شده است، طبعاً انجام عمل منافی با وکالت، به دلیل تعارض با مالکیت واقعی وکیل، فاقد اعتبار بوده و غیر نافذ است. این پاسخ در مواردی که در کنار وکالتنامه رسمی قولنامه نیز وجود دارد کاملاً روشن است اما در مواردی که قولنامه ای وجود نداشته و طرفین در ضمن تنظیم سند وکالت قصد خود مبنی بر انتقال را ابراز نموده اند به شرط احراز قصد واقعی بیع، همین حکم صادق است. معمولاً در مواردی که وکالت بلاعزل بوده و میزان ثمن در وکالتنامه مشخص شده و در آن قید شده که وکیل می تواند مورد وکالت را به هر کس ولو به خود منتقل نماید این قصد قابل احراز است.

نظر اقلیت: با توجه به آنکه در عرف کنونی جامعه اکثر وکالت های بلاعزل در مقام بیع منعقد می گردد، حتی چنانچه صرفاً با یک قرارداد وکالت بلاعزل مواجه باشیم، طبق قاعده غلبه (الظن يلحق الشی بالاعلم الاغلب) که بنظر می رسد طبق تبصره ۳ ماده ۱۸۷ قانون مالیات های مستقیم مورد نظر مقنن قرار گرفته است، درج شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم، حمل بر وقوع بیع و یا حداقل التزام اصیل بر عدم انجام اعمال منافی با وکالت می گردد.



آراء منتخب قضائی

سارا سادات شجاعی^۱

در مورد دعوی مطروحه از ناحیه آقای الف به وکالت از خواهان‌ها خانم یک..... دو..... به طرفیت خواندگان آقایان یک..... دو..... با وکالت آقای.... دایر به خواسته ابطال سند رسمی ملک..... ابطال سند رسمی ملک..... ابطال سند ملک..... ابطال سند رسمی ملک..... با این استدلال که

۱_ تشریح اجمالی خواسته و سبب دعوا ادعا خواهان‌ها بر این امر استوار است که مورث آن‌ها یعنی مرحوم... مالک یک ونیم دانگ مشاع از شش دانگ گاراژ اصلی... شهرستان کرمانشاه بوده است و از آن جایی که در کشور آمریکا ساکن بود اقدام به اعطای وکالت به مرحوم م... وکیل دادگستری و پیرو آن وکالت‌نامه رسمی نموده است. متعاقباً فرزند آقای م.. بنام آقای الف علی‌رغم وجود سند رسمی برای ملکه مابه‌النزاع مبادرت به اخذ سند رسمی از طریق مقررات ماده ۱۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک نموده است در حالی که مرحوم در مورخه ۱۳۷۹/۰۱/۱۸ فوت نموده است و متعاقباً واگذاری‌هایی در خصوص مورد وکالت انجام شده و اسناد دیگری هم صادر شده که جملگی من غیرحق صادر شده‌اند مع الوصف از آن جاکه براساس مقررات ماده ۶۴۳ قانون مدنی عقد وکالت با فوت هر یک از متعاقدين منفسخ می‌شود فلذا اعمال وکالت توسط وکیل وجاهت قانونی نداشته است مضافاً این که باوجود سابقه ثبتی و سند رسمی برای گاراژ موضوع وکالت اخذ سند رسمی براساس مقررات ماده ۱۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک وجاهت قانونی نداشته است. فلذا خواهان‌ها با مفروض دانستن انفساخ وکالت‌نامه تنظیمی به علت فوت موکل تقاضای ابطال تمامی اسناد و مدارکی را نموده‌اند که متعاقباً در خصوص یک ونیم دانگ از شش دانگ گاراژ مختلف فیه صادر شده است. در مقابل و در مقام دفاع وکیل یکی از



خوانندگان اجمالاً چنین اظهار داشته که وکالت نامه مورد نظر وکالت محض نبوده و به نوعی دلالت بر واگذاری ملک مابه‌النزاع توسط مرحوم داشته است و لذا با فوت ایشان خللی به این سند رسمی به ظاهر وکالت نامه وارد نخواهد شد رویکرد زیبایی‌شناسی و حق محور مبتنی بر، استحاله مقررات شکلی در مقررات ماهیتی، با تأکید بر معرفت دادرسی، نسبت به واقعیات پرونده، التفات به قوانین مبانی فقهی، اصول فلسفه، به عنوان ابزار عدالت گستری و گرایش به انصاف به عنوان مصحح قوانین کلی و غیر عادلانه را می‌توان عرفان حقوقی نامید. نخستین مرحله در وادی عرفان حقوقی، گذار از شکل‌گرایی محض، در عنوان خواسته و پرهیز از موکول نمودن دعوی مطروح به اقامه‌ی دعوی دیگر است. چرا که وقت و هزینه متداعیین برای دادگاه قابل احترام است. کما این که دادرسی، قانون آیین دادرسی مدنی و کلا مقررات شکلی حاکم بر دادرسی را ابزار احقاق حق می‌داند و نه مانعی برای تعطیلی موقت آن و فلذا عادات احتمالی و البته اختلافی خواسته دعوا مشتمل بر بزرگ‌نمایی ۱- تفاوت بین الفاظ ابطال و بطلان عقود و اسناد مثبت آن‌ها در رویه قضایی ۲- موکول نمودن صدور رأی در دعوی حاضر به دعوی دیگر نظیر ابطال رأی صادره از هیئت موضوع ماده ۱۴۷ قانون ثبت. ۳- ضرورت اخذ حکم انفساخ وکالت نامه ما به النزاع به عنوان شرط اولیه ابطال اسناد موضوع خواسته و جملگی ایرادات قابل اغماض و چشم‌پوشی است.

کما این که ظهور اصول مترقی چون (اصل ترمیم دادرسی) و تفوق آن بر (اصل تغییرناپذیری دعوا) با لحاظ (اصل استماع دعوی) مانع از توجه حداکثری دادرسی به ظواهر الفاظ است. از طرفی اقتضای اصل حاکمیت خواهان بر دعوا به‌ویژه در تعیین عنوان خواسته به عنوان جلوه‌ای از (اصل تسلط اصحاب دعوا بر جهات موضوعی) مانع از دلیل تراشی دادرسی در فرآیند رسیدگی ماهیتی است. مضافاً این که اقتضای قاعده فقهی [نفی اختلال نظام] از حیث حفظ نظم حقوقی، و دست‌یازی به حقیقت و عداوت و احقاق حق، رفع تخاصم و قلع نزاع، جملگی بر رفع اختلافات موجود در عنوان خواسته و رسیدگی به ادعای خواهان تحت هریک از الفاظ پیش گفته است. بنابراین باید پذیرفت که چنین ایراداتی در مقابل هدف والای دادرسی رنگ‌باخته و مجال کوچک‌ترین توجهی ندارند.

مرحله دوم از وادی عرفان حقوقی، دائر مدار این سؤال اساسی است که در مقام قضا اتکال دادرسی صرفاً بایستی بر قانون و قواعد حقوقی باشد؟ یا می‌توان با مبانی دیگری حکم نمود؟ به عبارتی ابزار احقاق حق محدود به نصوص قانونی است و یا می‌تواند

دامنه بیشتری داشته باشد؟

حضرت حق به عنوان مقصد و مقصود عرفا در عرفان حقیقی تصریحاً چنین می‌فرماید که (فحکم بین الناس بالحق آیه شریفه ۲۶ سوره مبارکه ص)
(فحکم بینهم بالقسط آیه شریفه ۴۲ سوره مبارکه مائده) بنابراین در لسان حضرت حق آن چه موضوعیت دارد احقاق حق و عدالت گستری است فارغ از ابزار آن به باور دادگاه دادرسی دل در گروی حق دارد و حق نه ظواهر قانونی بلکه از زوایای پنهان موضوع قابل استقصا است و لذا احقاق حق علاوه بر منابع و ابزار رایج آن بر تعقل و تفکر و منطق استوار است. از طرفی دادرسی بایستی خود را مقید به اصول و مبانی عرفان حقوقی دانسته و سیر در این وادی را تکلیف خود بداند تنها در این سو و نیاز به اعاده به وضعیت حقیقی خود دارد. مبنای مبنای، جامعیت، صراحت و وضاحت قانون عدم تعارض، حکمت قانون‌گذار و... جمله‌گی از اصول مؤثر بر فرایند تقنین است که حداقل سعی، در جامعه عمل پوشاندن به چنین هدفی دارند بر اساس همین رویکرد مقنن در خصوص برخی از روابط مؤثر در سرنوشت تابعان خود وضعیت شخصی را به رسمیت می‌شناسد که رفتار وی متصف به وصف عقلانیت و منطق باشد.

بنابراین دادرسی باید ببیند بیاندهد و عاقلانه حکم کند کما اینکه در اندیشه‌ی هگل شناخت وجود در گرو ادراک غایت وجود است چه آن که اگر دانستیم وجود برای چه موجود است معقول گذشته و طبع قانع می‌گردد. چرا که آن چه واقعیت دارد نمی‌تواند خلاف عقل باشد و آن چه عقل بر او حکم می‌کند نمی‌تواند واقعی نباشد. فارغ از این که عقل در کنار قرآن سنت و اجماع یکی از ادله اجتهادی است التفات به عقل و ادراکات آن قبل از اندیشه هگل از لسان فقها قابل استفاده است. مباحثی نظیر مستقلات عقلیه و استلزامات عقلی و بنای عقلا جهت تمسک به حکم کاقعی است. عارف نامی و فقید در معراج السعاده ملکه عدالت انقیاد و اطاعت آدمی از عقل می‌داند. به نحوی که هیچ عملی از آدمی نزنند مگر به فرموده عقل.

ایشان معتقد است اگر قوه عاقله بر سایر قوا غالب شود و همه را مقهور و مطیع خود گرداند تصرف و افعال جمیع قوا بر وجه صواب و صلاح خواهد بود و در نهایت منجر به عدالت خواهد شد.

گفته می‌شود اصول حقوقی حتی آن‌هایی که ریشه در قواعد محض حقوقی دارند بدون زمینه‌های واقعی و اجتماعی اثر مطلوب نخواهند داشت و همسو با اصولی که



ریشه در اجتماع دارند باید وجه معقولیت آن‌ها حداقل دچار تردید از نوع شک در مقتضی نشود در غیر این صورت قابلیت استناد را نخواهند داشت.

همه امور را اگر در غایت امر بتوان بین عین (ظاهر قرارداد در دعوای حاضر) و ذهن (ذهنیت و خواسته طرفین عقد) وحدت، را تصور نمود و تصدیق کرد می‌توان پذیرفت که چه عقدی واقعاً بین طرفین شکل گرفته است بنابراین اگر بر مبنای متعارف چنین تصدیقی احراز شد نوبت به اکتفا به عنوان عقد نمی‌رسد به عبارتی در برخی موارد دادرسی در مواردی که در قانون دارای ابهام بوده و حکم مشخصه‌ای ندارد آن چه را که به صورت فهم مشترک از روح قانون قابل استنباط است در تفسیر و مالند در تصمیم خود لحاظ نموده تا به راهکاری دست یابد که شایسته نظام حقوقی بوده و تضمین‌کننده عدالت باشد. بالاتر دید چنین رویکردی منتهی به خیر خواهد شد. چرا که ناشی از حکومت عقلانیت و واقعیت‌نگری بر روابط حقوقی است بر اساس مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ و ۱۹۴ قانون مدنی وقوع عقد و مآلاً ترتب آثار قانونی بر آن مستلزم قصد انشاء برای متعاملین بوده، فرع بر وقوع واقعی آن‌هاست. به نحوی که بعد از انعقاد عقد مقصود متعاقدين مترصد بهره‌مندی از آثار واقعی عقد باشند العقود تابعه للقصد بدیهی است کشف اراده باطنی به عنوان تکلیف دادرسی از طریق تطبیق آن چه در بیرون رخ داده با ذهن و باطن متعاملین تحصیل می‌گردد بدین معنا که آن چه در بیرون حادث شده (قرائن و امارات خارجی) هر انسان نوعی، به سمت و سوی وضعیت حقیقی عقل رهنمون سازد. به عبارت دیگر اراده که متشکل از مراحل مختلفی است به موضوعی تعلق می‌گیرد که فاعل از طریق تجربه و حس به بخش فاهمه ذهن منتقل می‌کند و فاهمه نیز از طریق مقولات پیشینی که در ذهن است به بخش عقل یا خرد سوق می‌دهد این مراحل هرچند در عالم واقع رخ می‌دهند و در بسیاری از دعوای نیازی به اثبات ندارند لیکن وقتی پای اختلاف به میان آید نظام حقوقی از بازرسی هر یک از این مراحل نیز غافل نخواهد بود برای دادگاه آن چه ظاهر است و ثابت شده و تحلیل آن چه ادعا می‌شود می‌پردازد و در دعوای حاضر علی‌رغم ظاهر سند که وکالت‌نامه می‌باشد باطن سند گویای وضعیت حقوقی دیگری است احراز قصد واقعی متعاقدين زمانی که متعاملین فوت نموده‌اند و نزاع بین وراثت آن‌هاست، حساسیتی دو چندان دارد و تکلیف محکمه است. به باور دادگاه احراز قصد واقعی متعاقدين بر مؤلفه‌هایی موضوعی استوار است که به علت ارتباط با اوضاع و احوال عینی حاکم بر تنظیم اسناد مثبتة قراردادها به صورت قرائن و اماراتی قابل استفساص است این مؤلفه‌ها



گاهی از مندرجات و الفاظ خود سند کتبی قابل استخراج است چرا که از لحاظ اصولی استفاده از سیاق کلام جهت ترکیب و ارتباط بین صدر و ذیل کلام به منظور کشف مرجع یا مصداق الفاظ یا احراز قصد متعاملین یکی از شیوه‌های طبیعی عبارات است و گاهی از کیفیات جانبی که شاید به نوعی مرتبط با سند تنظیمی باشد احراز می‌گردد. انتظار حکم عادلانه از قانون اگر چه انتظاری بجاست ولی اجرای قانون محض همیشه تأمین‌کننده اجرای عدالت نیست اینجاست که ارسطو سخن از انصاف می‌کند و ضمن انطباق عدالت طبیعی با مفهوم انصاف بر این باور است که انصاف تکمیل‌کننده و در مواردی تصحیح‌کننده عدالت قانونی است چرا که قانون جواب‌گوی همه مسائل و مشکلات موجود نبوده و همه امور به وسیله قانون منظم نمی‌گردد بلکه موضوعاتی وجود دارد که قانون حکم روشنی ندارد و یا ساکت است یا دارای حکم اشتباه است در این‌جا انصاف مداخله کرده و از خشکی قانون می‌کاهد قبای قانون سرتاسر قامت روابط بشری را نمی‌پوشاند و همیشه بخشی از مشکلات از شمول قانون خارج می‌ماند. لذا بایستی نقص قانون را با انصاف مرتفع ساخت. فارغ از نزاع موجود در دکنترین حقوقی در خصوص تحلیل عقد وکالت و امکان تحقق آن در قالب عقود دیگر از جمله بیع موسوم به وکالت منضم به حقوق دیگر یا وکالت طبعی که به دلایلی از جمله فقدان کارایی مناسب قالب‌های سنتی عقود دور زدن محدودیت‌های قانونی برخی عقود رهایی واگذارکننده از تشریفات انتقال رسمی و تفویض انجام آن‌ها و غیره صورت می‌پذیرد. نمی‌توان آن را حمل بر وکالت محض نمود و متعاقباً تابع مقررات عقد وکالت دانست کما این که یکی از شعب دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۲ مورخ ۵۸/۳/۱۰ وکالت بلاعزل را تابع احکام بیع دانسته است و فوت طرفین در انحلال آن بی‌تاثیر دانسته است.

در عین حال حضور مجدد متعاقدين در دفترخانه اسناد رسمی و تنظیم وکالت‌نامه محضری، گذشت زمان ۳۰ سال از تنظیم وکالت‌نامه، و قرائن درون متنی که عبارت‌اند از:

- ۱- دادن اختیارات فراوان به وکیل و سپردن چگونگی انجام وکالت به صلاح‌دید وکیل
- ۲- درج شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم ۳- امکان انتقال مورد وکالت به غیر ولو به وکیل ۴- واگذاری مورد وکالت به هر مبلغی و امارات جانبی تحویل همه‌جانبه مورد وکالت به وکیل از جمله اسناد و مدارک مورد وکالت جملگی می‌تواند مفید قصد باطنی متداعیین بر واگذاری مورد وکالت باشد نه صرف وکالت محض بدانیم اگر وکیل از فوت موکل اطلاع نداشته باشد که جملگی می‌تواند قصد باطنی متداعیین بر واگذاری مورد



وکالت باشد و نه صرف وکالت محضی

رکن احراز وکالت در قالب بیع رد و بدل شدن ثمن بیع بین متعاقبین است که در مانحن فیه حدود ۳۰ سال از تاریخ تنظیم سند و فوت وکیل و موکل بررسی وضعیت ثمن بین طرفین غیرممکن است بر این اساس محکمه به سایر قرائن و امارات دیگر متمسک شده است اگر عقد تنظیمی را وکالت محض بدانیم و نه وکالت در قالب بیع، اگر وکیل از فوت موکلبی خبر باشد که اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل را درحق موکل نافذ دانسته است در خصوص فوت موکل هم تا قبل از رسیدن خبر فوت درحق موکل نافذ است در فوت موکل اراده‌ای بر رجوع از اذن ندارد و فقط فوت به‌عنوان واقعه‌ای خارجی باعث قطع شده است بنابراین قائل به تسری حکم می‌شویم تا وقتی که عزل وکیل به‌عنوان یکی از طرق انحلال عقد وکالت به وکیل ابلاغ نگردد تمام اقدامات او نافذ است در خصوص فوت موکل وضعیت به‌همین منوال است حکم ماده ۶۸۰ محدود به عزل وکیل نخواهد بود و می‌توان شامل خبر فوت موکل هم بشود و حکم ماده ۶۸۰ را به مورد فوت موکل هم تسری داد با توجه به تاریخ فوت موکل یعنی ۱۳۷۹/۰۱/۱۸ در آمریکا و تاریخ درخواست اخذ سند ۱۳۷۹/۳/۴ در ایران که وصول خبر فوت موکل به وکیل قبل از انجام وکالت بعید و به‌دور از ذهن است.

جواب استعلام مأخوذه از اداره ثبت اسناد استان کرمانشاه با ارائه وکالت‌نامه رسمی و قولنامه عادی مورخه ۶۸ تنظیمی بین وی و وکیل در وکالت‌نامه رسمی متنازع‌فیه مبادرت به اخذ سند رسمی ای برای یک‌وونیم دانگ از گاراژ مابه‌النزاع نمود حتی اگر وکالت مختلف فیه را وکالت محض بدانیم مرحوم به‌عنوان وکیل در وکالت‌نامه موردنظر سال ۶۸ با تنظیم مبیعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۶۸/۲/۱ موضوع وکالت را انجام داده و آن را به پسرش واگذار کرده است بنابراین موضوع وکالت قبل از فوت موکل انجام شده و فوت بعدی وی تأثیری در انحلال عقد وکالت نخواهد داشت توضیح این‌که فقدان امضای خریدار در مبیعه‌نامه به معنای فقدان آثار قانونی ب آن نیست. براساس مواد ۱۹۲، ۱۹۳، ۱۹۴، ۱۹۲ قانون مدنی عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید و این چیز لزوماً امضای سند نیست و می‌تواند مصادیق دیگری از جمله قبض و اقباض مبیع و غیره باشد و ارائه این مبیعه‌نامه توسط خریدار به اداره ثبت اسناد و املاک جهت اخذ سند به معنای پذیرش مبیعه‌نامه و آثار قانونی بر آن است. ارائه این سند توسط وی به اداره ثبت التزام عملی وی به مبیعه‌نامه تنظیمی که مبرز قصد وی



می‌باشد خواهد بود

لذا فقدان امضاء برای خریدار مصادف با بی‌اعتباری مبیعه نامه ۱۳۶۸/۲/۱ نمی‌باشد
اخذ سند رسمی در خصوص ابنیه و مستحقات گاراژ متنازع‌فیه با رأی هیئت موضوع
ماده ۱۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک علی‌رغم وجود سابقه ثبتی و سند رسمی برای ملک
به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند سبب قانونی برای ابطال اسناد موضوع خواسته باشد. مضافاً این‌که با
همین سند موسوم به وکالت‌نامه امکان اخذ سند رسمی برای آن‌ها وجود داشته است. با
توجه به فقدان هر گونه حقوق قابل حمایتی برای خواهان‌ها که واجد اثر قانونی جهت
ابطال وکالت‌نامه رسمی و سایر اسناد موضوع خواسته باشد دادگاه دعوی خواهان‌ها را
شایسته اجابت و پذیرش ندانسته و نمی‌داند فلذا به استناد مقررات ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی
حکم بر بطلان دعوی خواهان‌ها صادر و اعلام می‌گردد.

رئیس شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کرمانشاه حمزه داوودی
شماره دادنامه ۱۵۷۹۴۸۸/۱۵۰۳۹۰۰۰/۱۴۰۱۵۰۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۴/۳۰



هشدارها و آموزه‌های انتظامی

فاطمه محسنی^۱

نغمه فقیهیان^۲

هیأت دادرسان: آقایان سید عبدالرضا طباطبایی (رئیس دادگاه)، محمد دیوسالار و کاظم صادقی (مستشاران دادگاه)

تاریخ رسیدگی: تابستان ۱۴۰۱

خلاصه جریان پرونده:

قاضی شعبه دادگاه انقلاب اسلامی دادگستری یکی از شهرستان‌های اصفهان طی گزارشی به کانون وکلای دادگستری اصفهان اعلام می‌نماید که احدی از وکلای این کانون که وکیل تسخیری بوده‌اند در جلسه رسیدگی اتهام موکل حضور نیافته و لایحه‌ای مبنی بر عذر یا غیره ارسال نداشته که این موضوع موجب اطاله دادرسی و تجدید جلسه گردیده است. دادیار دادرسی انتظامی کانون با ارجاع پرونده به احدی از وکلای شاغل در حوزه آن شهرستان، ایشان را مأمور می‌نماید تا گزارشی از پرونده مربوطه تهیه و ارسال دارند. وکیل اخیرالذکر با مراجعه به دادگاه انقلاب و ملاحظه پرونده مربوطه، چنین گزارش می‌دهد:

«حسب درخواست ریاست دادگاه انقلاب این شهرستان، همکار گرامی به عنوان وکیل تسخیری تعیین شده و ایشان از طریق سامانه خودکاری اعلام وکالت نموده‌اند. سپس ابلاغیه تعیین جلسه رسیدگی از طریق سامانه ثنا ابلاغ و توسط ایشان مشاهده گردیده است. جلسه رسیدگی در تاریخ موعود تشکیل و به جهت نوع جرم و میزان مجازات قانونی و عدم حضور همکار محترم و عدم ارسال لایحه یا اعلام عذر موجه تجدید گشته است.»

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

^۲ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



وکیل متشاکی انتظامی بیماری خود را علت عدم حضور در جلسه رسیدگی اعلام داشتند که این عذر توسط دادسرای انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان پذیرفته نمی‌شود و تعقیب انتظامی ایشان به لحاظ عدم حضور در جلسه رسیدگی صادر و متعاقباً کیفرخواست مربوطه تنظیم می‌گردد. با ارجاع پرونده به یکی از شعب دادگاه عالی انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان، شعبه مربوطه وقت رسیدگی تعیین می‌نماید. در جلسه رسیدگی دادگاه عالی انتظامی، نماینده دادستان و وکیل یاد شده حضور به هم رسانیده و وکیل مزبور علت عدم حضور خود در وقت مقرر دادگاه را بیماری و مشکل گوارشی اعلام داشتند. دادگاه انتظامی کانون وکلا به این شرح مبادرت به صدور رأی نموده است:

«حسب گزارش دادگاه محترم انقلاب، همکار وکیل در جلسه دادگاه در موعد معین شرکت ننموده و در نتیجه جلسه رسیدگی مزبور تجدید شده است. گرچه در همان روز پزشک گواهی یک روز استراحت برای وی صادر نموده، لیکن ایشان می‌توانسته بلافاصله مراتب را طی یک لایحه به دادگاه اعلام بدارد که چنین نکرده است. از سوی دیگر با نگرش به سوابق متعدد ایشان و محکومیت‌های سابق، تخلف ایشان محرز است. لذا مستند به ماده ۱۳ و ۱۵ قانون وکالت با عنایت به سوابق منطبق با بند ۴ ماده ۵۱^۳ موصوف، وکیل یاد شده به ممنوعیت موقت از اشتغال به وکالت به مدت سه ماه محکوم

^۳ مجازات‌های انتظامی به قرار ذیل است:

۱- توبیخ شفاهی

۲- توبیخ کتبی با درج در پرونده

۳- توبیخ با درج در مجله رسمی

۴- ممنوعیت موقت از سه ماه الی دو سال

۵- تنزل درجه

۶- محرومیت دائم از شغل وکالت.

وزیر عدلیه می‌تواند در صورت احراز سوء اعمال و رفتار یا تخلفات وکیلکی از مجازات‌های انتظامی تا درجه ۴ را درباره او مستقلاً اعلام نماید و رای 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.



می‌گردد. این رأی قابل اعتراض در دادگاه عالی انتظامی قضات است.»
با ابلاغ رأی، وکیل یاد شده نسبت به دادنامه صادره اعتراض نموده است. اینک شعبه‌ای از دادگاه عالی انتظامی قضات با حضور رئیس و مستشاران دادگاه تشکیل است. با ملاحظه کلیه اوراق و محتویات پرونده و قرائت گزارش تهیه شده و انجام مشاوره و با اعلام ختم دادرسی و استعانت از خداوند متعال به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

«رأی دادگاه عالی انتظامی قضات»

تجدیدنظرخواهی وکیل متشاکی انتظامی از دادنامه صادره از یکی از شعب دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان است که به لحاظ عدم حضور وکیل یاد شده در جلسه رسیدگی دادگاه انقلاب اسلامی یکی از شهرستان‌های اصفهان موجب تجدید جلسه رسیدگی شده است. از توجه به محتویات پرونده و گزارش دادگاه انقلاب اسلامی یاد شده، وکیل مزبور عذر موجه بیماری خود را تا روز رسیدگی به دادگاه اعلام نکرده است. لذا اعتراض نامبرده به نحوی نیست که موجب نقض و بی اعتباری دادنامه معترض عنه را ایجاب نماید. بنابراین با رد اعتراض به عمل آمده و با توجه به اینکه تخلف انتظامی با بند ۶ ماده ۱۲۲^۴ آئین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۴۰۰/۰۴/۰۲ انطباق دارد، با استناد به ماده مرقوم و بند ۳ ماده ۵۱ قانون وکالت و

^۴ هر وکیلی که مرتکب یکی از رفتارهای زیر شود، به مجازات انتظامی درجه ۳ محکوم می‌شود:

...

۶ - در صورتی که طبق قانون حضور در دادگاه الزامی است، بدون عذر موجه در دادگاه حاضر نشود و به واسطه عدم حضور او کار دادگاه به تاخیر افتد و یا در صورت عدم انجام وظیفه وکالتی در مدت متعارف یا عدم پیگیری امور موکل بدون معاذیر قانونی و یا عدم دفاع از حقوق موکل پس از قبول وکالت و انجام تعهدات از سوی موکل، به نحوی که حق موکل یا فرصت و امکان دفاع از موکل تضییع شود؛

...



ماده ۱۱۳^{هـ} آئین نامه اجرایی مرقوم (ماده ۷۵ آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری) با اصلاح مجازات انتظامی از ممنوعیت موقت و اشتغال به وکالت به مدت سه ماه به مجازات انتظامی توبیخ با درج در مجله رسمی دادنامه تجدیدنظرخواسته را با اصلاح به عمل آمده در نهایت تأیید و استوار می نماید. این رأی قطعی است.»
دادگاه عالی انتظامی قضات

دادگاه عالی به درخواست تجدیدنظر رسیدگی کرده، در صورت پذیرش تجدیدنظرخواهی، حکم مقتضی صادر و الا حکم تجدیدنظر خواسته را تأیید می کند.

۱۰۵

مجلس
حقوق



ادب و کالت

حق الوکاله در آئینه ادب و کالت

احمد صالحی^۱

یکی از چالش‌های اساسی در حرفه وکالت موضوع روابط مالی بین وکیل و موکل و حق الوکاله و اختلافات ناشی از آن است.

مهمترین امر در موضوع حق الوکاله، تعیین میزان آن مطابق موازین قانونی و اخلاق و انصاف است این مختصر، محل بحث کارشناسی در مورد میزان صحیح و قانونی حق الوکاله نیست، بعلاوه در این خصوص آیین نامه مورخ ۹۸/۱۲/۲۸ مصوب ریاست محترم وقت قوه قضائیه تعیین تکلیف کرده است. مع الوصف پرونده‌های مختلف ویژگی‌های خاص خود را دارند و امکان توافق بین وکیل و موکل می‌تواند طیف وسیعی از حق الوکاله را در پرونده‌های مشابه مطرح کند. در اینجاست که آگاهی وکیل به شرایط پرونده از یک سو و ناآگاهی احتمالی موکل از سوی دیگر می‌تواند زمینه تخلف وکیل از مقررات و عدالت و انصاف را موجب شده و هزینه غیر عادلانه‌ای را به موکل تحمیل نماید. پاشنه آشیل وکالت همین جاست وکیل مودب به آداب وکالت هرچند امکان دریافت مبالغی افزون بر استحقاق خود را داشته باشد به سبب شخصیت شکل یافته و ایمان درونی و اخلاق انسانی قدمی پرافراختر از حق خود نخواهد گذارد. زیرا ایمان دارد برکت حق الوکاله مشروط به منصفانه بوده آن است و اهل تجربه به خوبی در یافته‌اند که دریافت‌های ناعادلانه خیری به وکیل نرسانده است.

وکیل باید صریحاً به موکل اعلام کند، وجوهی که موکل می‌پردازد دقیقاً بابت

^۱ وکیل پایه یک دادگستری



چیست؟ مثلاً آیا بابت هزینه دادرسی است یا هزینه کارشناسی یا حق الوکاله باید به شیوه‌ای معقول و عادلانه و با توجه به عوامل زیر تعیین شود:

۱. ارزش واقعی خواسته موکل ۲. دشواری کار و پیگیری آن ۳. اهمیت موضوع و منافع
- یا امتیازات مادی یا معنوی که خدمت او برای موکل به دنبال دارد ۴. مدت زمان لازم
- برای اجرای موضوع وکالت ۵. عرف امر وکالت ۶. تجربه، سابقه کار، شهرت، مهارت و تخصص عملی وکیل ۷. موقعیت و وضعیت مالی موکل به گونه ای که دشواری کار سبب امتناع وکیل از ارائه خدمت به موکلی که توان مالی کافی ندارد نشود.

موضوع روابط مالی وکیل و موکل شایسته گفتگویی بسیار تفصیلی و گسترده تر با نگرش به ابعاد و سویه های مختلف آن است و این مختصر تنها فتح بابی است جهت ورود همکاران و صاحب نظران عزیز به این موضوع مهم به امید استفاده از دیدگاه های نو و ارائه تجربه های مفید از سوی خیر اندیشان قلمرو امر وکالت و خدمات حقوقی.



صفحه ادبی «رقعه»

فاطمه محسنی^۱

فرستی یافتیم تا از زبان شیرین استاد سخن، شیخ اجل، «سعدی» که شهید کلام ایشان را حلاوتی دیگر است، نثری را که اطلاع از مضامین آن برای اصحاب حقوق نیز درس آموز است، برگزیده، در معرض دید مخاطبان ادب دوست نشریه مدرسه حقوق قرار دهیم. به دلیل طولانی بودن متن، آن را در سه شماره تابستان ۱۴۰۱ (۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۳) در صفحه ادبی «رقعه» تقدیم همراهان فرهیخته مجله می‌نماییم. در این شماره، قسمت سوم این نثر و آخرین قسمت، آمده است. برای ترجمه و توضیح لغات دشوار از دو کتاب گلستان سعدی، تصحیح و توضیح دکتر غلامحسین یوسفی، چاپ اول، ۱۳۶۸، تهران و گلستان سعدی، به کوشش دکتر خلیل خطیب رهبر، چاپ نهم، ۱۳۷۳، تهران؛ استفاده شده است.

جدال سعدی با مدعی در بیان توانگری و درویشی^۲ (۳)

گفتا: نه، که من بر حال ایشان رحمت می‌برم، گفتم: نه، که بر مال ایشان حسرت می‌خوری. ما در این گفتار و هر دو به هم گرفتار؛ هر بیدقی^۳ که براندی به دفع آن بکوشیدمی و هر شاهی که بخواندی به فرزین^۴ بپوشیدمی تا نقد کیسه‌ی همت درباخت و

^۱ کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان

^۲ سعدی، «گلستان»، باب هفتم، «در تأثیر تربیت»

^۳ پیاده شطرنج، مناظره طرفین به صفحه شطرنج تشبیه شده است: پیاده (بیدق)، شاه و وزیر (فرزین). خانه مهره شاه حریف که در معرض خطر قرار گیرد با کیش دادن به او اعلام خطر می‌شود و دستوری است به برخیزاندن شاه از آن خانه. معنی جمله‌ها: هر پیاده‌ای که بر صحنه مناظره پیش می‌آورد، به راندن آن می‌کوشیدم و هر بار که به شاه کیش می‌داد، با وزیر، شاه را از حمله او محفوظ می‌داشتم، خلاصه آنکه در برابر هر دلیل او دلیلی می‌آوردم.

^۴ وزیر در بازی شطرنج



تیر جعبه‌ی حجت همه بینداخت.

هان تا سپر نیفکنی از حمله‌ی فصیح
 کاو را جز آن مبالغه‌ی مستعار^۵ نیست
 دین ورز و معرفت که سخندان سَجَع گوی^۶ بر در سیلاح دارد و کس در حصار نیست
 تا عاقبت الامر دلبلش نماند، ذلیلش کردم. دست تعدی دراز کرد و بیهده گفتن آغاز؛ و
 سنت جاهلان است که چون به دلیل از خصم فرو مانند سلسله‌ی خصومت بجنبانند، چون
 آزر بت تراش^۷ که به حجت با پسر برنیامد، به جنگش برخاست که: لَئِن لَّمْ تَنْتَه
 لَأَرْجُمَنَّكَ^۸. دشنام داد، سَقَطَش^۹ گفتیم، گریبانم درید زَنَخْدَانَش^{۱۰} گرفتیم.

او در من و من در او فتاده خلق از پی ما دوان و خندان
 انگشتِ تعجبِ جهانی از گفت و شنید ما به دندان

القصه، مرافعه این سخن پیش قاضی بردیم و به حکومت عدل راضی شدیم تا حاکم
 مسلمانان مصلحتی بجوید و میان توانگران و درویشان فرقی بگوید. قاضی چو حیلت ما
 بدید و منطلق ما بشنید، سر به جیب تفکر فرو برد و پس از تأمل بسیار برآورد و گفت: ای
 آن که توانگران را ثنا گفتی و بر درویشان جفا روا داشتی، بدان که هر جا که گل است خار
 است و با خمر، خُمار است و بر سر گنج، مار است و آنجا که دُرُّ شاهوار است، نهنگ مردم
 خوار است؛ لذت عیش دنیا را لدغه‌ی^{۱۱} اجل در پس است و نعیم بهشت را دیوارِ مَکاره^{۱۲}
 در پیش.

^۵ اغراق‌گویی عاریتی، اغراق‌گویی آموخته از دیگران
^۶ آوردن کلماتی در دو قرینه که هم‌وزن باشند.

^۷ پدر یا عموی حضرت ابراهیم علیه‌السلام

^۸ قسمتی از آیه ۶۶ سوره مریم: « چنانچه دست (از مخالفت بتان) برنداری بی‌گمان تو را
 سنگسار کنم».

^۹ یاره و ناسزا

^{۱۰} چانه، شاید در اینجا به طور مجازی منظور موی چانه است.

^{۱۱} نیش زدن و گزیدن مار و عقرب

^{۱۲} جمع مکره، ناپسندا



جور دشمن چه کند گر نکشد طالبِ دوست؟

گنج و مار و گل و خار و غم و شادی به همنند

نظر نکنی در بوستان که بیدمشک است و چوب خشک؟ [همچنین] در زمره توانگران، شاکرند و کفور و در حلقه درویشان، صابرند و ضجور^{۱۳}.

اگر ژاله هر قطره‌ای دُر شدی چو خرْمهره^{۱۴} بازار از او پُر شدی

مقربان حضرت حق، جَلَّ و علا، توانگرانند درویش سیرت^{۱۵} و درویشانند توانگر همت، و مهین^{۱۶} توانگران آن است که غم درویش خورد، و بهین^{۱۷} درویشان آن است که کمِ توانگر گیرد^{۱۸}. وَ مَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ. پس روی عِتَاب^{۱۹} [از من] به جانب درویش آورد و گفت: ای که گفتی توانگران مُشْتَغِلند و ساهی^{۲۰} و مستِ مَلاهی^{۲۱}؛ نَعَمْ، طایفه‌ای هستند بر این صفت که بیان کردی: قاصر همت^{۲۲}، کافر نعمت^{۲۳} که ببرند و بنهند و نخورند و ندهند و اگر به مَثَل باران نبارد یا طوفان جهان بردارد، به اعتمادِ مُکَنَّتِ^{۲۴} خویش از محنتِ درویش نپرسند و از خدای، [عَزَّ وَ جَلَّ]، نترسند و گویند: گر از نیستی^{۲۵} دیگری شد هلاک مرا هست، بَطَّ^{۲۶} را ز طوفان چه باک؟

^{۱۳} ناشکیب و نالان و ملول

^{۱۴} مهره‌های بزرگ کم بها

^{۱۵} دارای اخلاق و رفتار درویشان، پسندیده خوی و متواضع

^{۱۶} بزرگترین

^{۱۷} بهترین

^{۱۸} کم کسی یا چیزی گرفتن: نادیده انگاشتن

^{۱۹} خشم گرفتن و ملامت

^{۲۰} غافل، فراموشکار

^{۲۱} جمع مَلْهی، بازی‌ها، سرگرمی‌ها، اشتغال به کارهای بیهوده و لذات نفسانی

^{۲۲} کوتاه همت

^{۲۳} ناسپاس

^{۲۴} جاه و رتبه، توانگری

^{۲۵} افلاس و تهیدستی



و رَاكِبَاتٌ نَبِيْقًا فِى هَوَادِجِهَا
 لَمْ يَلْتَفِتْنَ اِلَى مَنْ غَاصَ فِى الْكُتُبِ^{۲۷}
 دونان^{۲۸} چو گلیم خویش بیرون بردند گویند: چه غم گر همه عالم مُردند
 قومی بر این نَمَط^{۲۹} [که] شنیدی و^{۳۰} طایفه‌ای خوانِ نعمت نهاده و دستِ کَرَم گشاده،
 طالب نامند و مغفرت و صاحبِ دنیا و آخرت، چون بندگانِ حضرتِ پادشاهِ عالمِ عادلِ مؤبَد
 [مظفر] منصور، مالکِ اَزْمَه^{۳۱} اَنام^{۳۱}، حامیِ تُغُوْرِ اسلام^{۳۲}، وارثِ مُلْکِ سلیمان، اعدلِ ملوکِ
 زمان، مظفرِ الدُّنْیا و الدِّین، اتابکِ ابی بکر سعد، اَدَامِ اللهُ اَیَّامَهُ وَ نَصَرَ اَعْلَامَهُ^{۳۳}.
 پدر به جای^{۳۴} پسر هرگز این کرم نکند که دستِ جودِ تو با خاندانِ اَدَم کرد
 خدای خواست که بر عالمی بیخشاید تو را به رحمتِ خود، پادشاهِ عالم کرد
 قاضی چون سخن بدین غایت رسانید و از حدِّ قیاس ما اسبِ مبالغه^{۳۵} درگذرانید، به
 مُقتضای حکمِ قضا رضا دادیم و از مامُضی^{۳۶} درگذشتیم و بعد از مُجارا^{۳۷} طریقِ مُدارا
 گرفتیم و سر به تدارک^{۳۸} بر قدم یکدگر نهادیم و بوسه بر سر و روی [هم] دادیم و ختم
 سخن بر این بود:

^{۲۶} مرغابی

^{۲۷} معنی بیت عربی: زنان شترسوار کجاوه نشین به آن کس که در زیر توده‌های ریگ روان فرو رفت، نمی‌نگرند.

^{۲۸} جمع دون، فرومایگان

^{۲۹} روش و طریقه

^{۳۰} ولی

^{۳۱} اَزْمَه جمع زمام، صاحب سررشته اختیار مردم

^{۳۲} نگهبان مرزهای اسلام

^{۳۳} خداوند روزگار پادشاهی او را پاینده بدارد و درفش‌های وی را پیروز گرداند.

^{۳۴} در حق، درباره

^{۳۵} افزون اندیشی در موضوع مورد بحث

^{۳۶} آنچه گذشت

^{۳۷} مناظره کردن در سخن

^{۳۸} دریافتن و به دست آوردن، برای جبران و دریافتن خطا



مکن ز گردش گیتی شکایت، ای درویش
که تیره بختی اگر هم بر این نَسَقِ^{۳۹} مردی
توانگرا، چو دل و دستِ کامرانت^{۴۰} هست
بخور، ببخش که دنیا و آخرت بردی

پایان

^{۳۹} روش و سیاحت

^{۴۰} دست توانا

۱۱۲

ملی
حقوق

شماره ۱۶۳ / شهریور ۱۴۰۱



گزیده مقالات کاربردی

امیر مقدم^۱

در مجلات علمی متعددی که در سراسر 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 به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

۱- ایقاع نامعین و تعهد یک‌طرفه چالش، ارزیابی، حاصل

نویسنده: عباس قاسمی، حامد

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران دوره ۲۵، شماره ۹۸، مرداد ۱۴۰۱، صفحه ۱۱-۳۳

عمل حقوقی «ایقاع» در صورتی که ضروری 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 به‌نظر 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.

۲- چالش‌های ناشی از تأمین مالی هزینه‌های رسیدگی قضایی توسط ثالث برای تأمین‌شونده، تأمین‌کننده (ثالث) و طرف مقابل دعوا

نویسندگان: حسین سیمایی؛ زیور دواشی

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران دوره ۲۵، شماره ۹۸، مرداد

۱۴۰۱، صفحه ۱۷۱-۱۹۶

افزایش هزینه‌های دادخواهی مشتمل بر هزینه‌های دادگاه، حق‌الوکاله و کلاه، حق‌الزحمه کارشناسان و ... دسترسی به دادگاه و عدالت را برای شماری از اشخاص با چالش روبه‌رو می‌سازد. از همین‌رو، خواهان‌های بالقوه به‌منظور تأمین این هزینه‌ها، به ابزارهای موجود از جمله تأمین مالی هزینه‌های دادخواهی توسط ثالث (تماث) روی می‌آورند. در «تماث»، ثالث یا همان تأمین‌کننده که از طرفین دعوا نیست، تأمین هزینه‌های دادخواهی یک طرف دعوا را در برابر سهمی از وصولی‌های ناشی از حکم دادگاه یا سازش برعهده می‌گیرد. در کنار اینکه این روش می‌تواند نیاز برخی اشخاص برای تأمین هزینه‌های دادخواهی را برآورده نماید، اما با توجه به نوپا بودن آن و حساسیت سیستم قضایی، چالش‌های عمده‌ای را با خود به همراه دارد. این چالش‌ها ابعاد مختلفی داشته، سیستم قضایی و نیز کنشگران تأمین مالی دادخواهی از جمله تأمین‌کننده، تأمین‌شونده (خواهان) و طرف مقابل دعوا (خوانده) را درگیر می‌نماید. از جمله می‌توان به تحمیل نرخ بازگشت بالا بر تأمین‌شونده، تأمین مالی دعاوی واهی، خروج کنترل دعوا از ید تأمین‌شونده، مشکلات پیرامون موضوع ابراز، نقض تعهد محرمانگی و عدم کفایت



سرمایه اشاره نمود. ج.ا.ایران نیز مستثنی از این چالش‌ها نیست، مجاز بودن تأمین مالی هزینه‌های دادخواهی در فقدان نهادهای ناظر و مقررات حاکم، علاوه بر ایجاد چالش‌های اساسی فوق برای تأمین شونده و طرف مقابل دعوا، می‌تواند منجر به افزایش معضلات سیستم قضایی شود.

۳- مدل اضطراری دادرسی مدنی در روزگار کرونا

نویسنده: حسن محسنی

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران دوره ۲۵، ویژه نامه حقوق و کرونا شماره ۲، خرداد ۱۴۰۱، صفحه ۳۱-۵۲

مدل اضطراری دادرسی مدنی موقتی، حیاتی، سریع و بهینه است. برای تحقق این راهکار، مدیریت بحران کرونا در دستگاه قضایی، بایسته است برخی ابهامات که در نتیجه برداشت از اصول قانون اساسی و وظایف ذاتی دستگاه قضایی پدیدار می‌شود، زوده گردد و هر گمانی شکسته شود. اصل همیشگی بودن دادگستری با تعطیلی موقتی و تعلیق ذات عمل قضایی و توسعه ابزارهای الکترونیک و غیرحضور ناسازگاری ندارد. سامانه قضایی ایران باید به آموزه‌های جهان درگیر با کرونا برای بازاندیشی در برخی قواعد و آیین‌های دادرسی بهره‌بردار و خود را برای جهان پسا کرونا و تدوین آیین دادرسی چابک، کم‌هزینه، سریع و غیرحضور آماده کند. این مقاله در اوج همه‌گیری کرونا در جهان و کشور ما نوشته شده است. زمانی که میلیاردها نفر در قرنطینه بودند و چند صد میلیون کودک و دانشجو از دبستان و دبیرستان و دانشگاه دور بودند که هنوز برخی آثار آن پابرجاست. از این رو، بسیاری از راهکارها در این نوشته برای روزگار قرنطینه کرونا نوشته شده است. امروز می‌بینیم برخی گشایش‌ها پدید آمده است و قرنطینه به آن معنا در کشور ما نیست.

۴ - تاثیر همه‌گیری کووید ۱۹ بر روابط کار (کارگر و کارفرما)

نویسنده: محمد شریف شاهی

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران دوره ۲۵، ویژه نامه حقوق و کرونا شماره ۲، خرداد ۱۴۰۱، صفحه ۷۱۱-۷۳۲



روابط کار مانند سایر عرصه‌های زیست انسانی، متأثر از پیشامدهای طبیعی، ضرورت‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است. در یک نظام حقوقی کارآمد، متناسب با وضعیت‌های مختلف حادث شده یا پیش‌روی، بر اساس پیش‌بینی‌های قانونی و احیاناً قراردادی امکان کار بست تدابیری است که می‌تواند پاسخگوی نیازهای حادث شده باشد. جهانگیری کووید ۱۹ و همه‌گیری آن در ایران را می‌توان پیشامدی طبیعی و البته نه چندان قابل پیش‌بینی دانست که جنبه‌های مختلف زیست سیاسی، اجتماعی، اقتصادی را در کشور متأثر نمود. این همه‌گیری در عرصه روابط کار نیز تأثیر جدی و البته مخربی از جمله کاهش اجباری ساعات کار و از بین رفتن فرصت‌های شغلی بر جای گذاشته و می‌گذارد. این گزارش با اتخاذ رویکردی توصیفی ابتدا به تحلیل حقوقی همه‌گیری کرونا و تأثیر آن بر رابطه کار پرداخته می‌شود. سپس با توجه به ظرفیت‌های نظام حقوقی ایران، از جمله وضعیت‌های پیش‌بینی شده در قوانین کار و تأمین اجتماعی، راه‌حل‌ها و ضرورت‌های حقوقی ناظر بر این وضعیت را فراروی طرفین رابطه کار شامل دولت، کارگران و کارفرمایان قرار می‌دهد و حقوق و تکالیف هر یک را تبیین می‌کند.

۵- تأثیر کرونا ویروس بر مسئولیت مدنی متعهدین

نویسنده: رسول ملکوتی

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران دوره ۲۵، ویژه نامه حقوق و کرونا شماره ۲، خرداد ۱۴۰۱، صفحه ۷۳۳-۷۴۸

آغازین روزهای سال ۲۰۲۰ میلادی مصادف شد با همه‌گیری ویروسی مهلک با عنوان کرونا که یکی پس از دیگری کشورهای جهان را درنوردید. اگر چه علم پزشکی در مصاف لحظه‌ای با آن است، تأثیراتی که این ویروس ناشناخته بر تمامی شئون بشر باقی گذاشته یا خواهد گذاشت، نیز از مستحدثاتی است که باید سایر رشته‌های علوم نسبت به تعیین تکلیف آن اقدام نمایند. یکی از این مسائل، تبعات مربوط به عدم یا تأخیر اجرای تعهدات ناشی از کاهش تردد و تعطیلی مراکز یا اجتماعات است. در این مقاله سعی شده است ضمن شناسایی ماهیت حقوقی این بیماری، بررسی گردد که آیا این ماهیت بر مفهوم معاف‌کننده قوه قاهره تطبیق دارد یا خیر. در پایان مسئولیت مدنی دولت نسبت به جبران خسارات جانی و مالی وارده بر شهروندان امکان‌سنجی شده است.



معرفی کتاب

مینا سالمی^۱



- مباحث حقوق شهری در رویه قضایی
- امید محمدی، فاطمه رضائی
- انتشارات جاودانه
- چاپ اول، ۱۴۰۱

معرفی نویسندگان

آقای امید محمدی، دارنده مدرک دکتری تخصصی در گرایش حقوق خصوصی و وکیل پایه دادگستری هستند که حوزه تخصصی تحقیقاتی ایشان، حقوق شهریست و تا کنون بیش از ۵۰ عنوان کتاب در حوزه

حقوق شوراها و شهرداری ها منتشر نموده اند. از جمله آثار ایشان میتوان به تفکیک و افراز در حقوق شهری، اصول و قواعد حاکم بر تعیین عوارض، حق مکتسب در مباحث شهرداری ها و ... اشاره نمود. همچنین مقالات تخصصی زیادی از ایشان منتشر شده تحت عناوین: تغییر کاربری، جهات ابطال وضع عوارض شوراها، اسلامی با تکیه بر اصول حقوق اداری و

سرکار خانم فاطمه رضایی، کارشناس ارشد معماری و عضو سازمان نظام مهندسی که از آثار و تألیفات ایشان علاوه بر کتاب پیش رو، می توان به پرسش و پاسخ مردمی در نظام اداری شهرداری ها، عقب نشینی و تجاوز به معابر شهر، تملک رایگان با مصوبات کمیسیون های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری توسط شهرداریها

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



و ... اشاره کرد.

معرفی کتاب

یکی از مسائل روز در حوزه املاک، مسائل حقوقی فیما بین مالک و شهرداریست که گاهی از کمیسیون های شهرداری فراتر رفته و پا به دیوان عدالت اداری می گذارد. به همین دلیل به نظر می رسد یکی از حوزه های تخصصی وکالت، پرداختن به پرونده های حقوق شهریست که کمتر مورد توجه قرار گرفته اما با پیشرفت حقوق شهری تعداد پرونده ها رو به افزایش است. بنابراین معرفی کتبی در این زمینه میتواند راه گشا باشد.

کتاب پیش رو، بررسی مباحث مرتبط با حقوق شهری در رویه قضایی است که آراء کمیسیون های بدوی، تجدیدنظر و دیوان عدالت اداری را دربرمی گیرد. مباحث کتاب در ۹ فصل به شرح ذیل طبقه بندی شده است:

۱ - پروانه و پایان کار، ۲- تغییر کاربری، ۳- جبران خسارت، ۴- طرح، ۵- عوارض و کمیسیون ماده ۷۷، ۶- کمیسیون ماده ۵ و ۷، ۷- کمیسیون ماده ۱۰۰، ۸- مالکیت ۹- متفرقه.

در این کتاب به جزئی ترین موارد در حوزه ساخت و ساز و تخلفات ملکی و مواجهه با شهرداری و کمیسیون های آن پرداخته شده و بسیار جامع و کامل است. علاوه بر آشنایی با مسائل روز در این حوزه، با مطالعه و بررسی این کتاب می توانید در قالب دفاع از نمونه آراء صادره در شعب، استفاده کنید و از استدلال های موجود در آراء بهره ببرید. به عنوان مثال، تغییر کاربری یکی از مباحث روز در حوزه املاک میباشد که یکی از فصول این کتاب را به خود اختصاص داده و انواع تغییر کاربری در رویه قضایی را مورد مطالعه و بررسی قرار داده است. امید است که با معرفی این کتاب در ابتدا دین خود را به نویسندگان محترم آن ادا نموده و پس از آن بتوانیم گره کوچکی از پرونده های همکاران محترم باز کنیم.



زندگینامه استاد دکتر محمدعلی موحد

و پند استاد

نغمه فقیهیان^۱

دکتر محمدعلی موحد ۲ خرداد ۱۳۰۲ در تبریز زاده شد. تحصیل را در مدارس تدین و اتحاد نو تبریز آغاز کرد و در سال ۱۳۱۹ پس از اخذ دیپلم متوسطه در رشته ادبی به تهران رفت اما به واسطه مشکلات پس از درگذشت پدر (در سال ۱۳۱۷) به تبریز بازگشت و سرپرستی خانواده را برعهده گرفت و به مدت ده سال در تبریز و تهران همزمان اقامت گزید. در سال ۱۳۲۹ به شرکت نفت آبادان رفت و پس از خلع ید انگلیسی‌ها در سال ۱۳۳۲، سردبیری روزنامه شرکت نفت را به عهده گرفت و در همین سال به تهران انتقال یافت و تا کنون نیز ساکن تهران است. وی در سال ۱۳۳۲ کار بر روی ترجمه سفرنامه ابن بطوطه را انجام داد که در سال ۱۳۳۶ منتشر شد و به واسطه قدرت قلم و شیوایی ترجمه، توجه ارباب فضل را به خود جلب کرد و نام موحد بر سر زبان‌ها افتاد؛ چنانکه با تشویق و تفقد کسانی همچون مجتبی مینوی و محمدعلی جمال‌زاده همراه شد.

دکتر موحد تحصیلات خود را در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ادامه داد و موفق به اخذ دانشنامه دکترای حقوق خصوصی از این دانشگاه شد و در سال ۱۳۳۸ پس از دانش‌آموختگی، برای آشنایی بیشتر با مباحث حقوق بین‌الملل به انگلستان رفت و مطالعات خود را زیر نظر پروفسور جینگز در دانشگاه کمبریج و پروفسور شوارتزبرگ در لندن ادامه داد.

همچنین در این دوران با ایران‌شناسانی همچون آرتور آربری، ولادیمیر

^۱ وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



مینورسکی و لاکهارت هم‌نشین بود و به پژوهش بر روی نسخه‌های خطی موجود در موزه بریتانیا پرداخت و از این میان نسخه سلوک‌الملوک تألیف فضل‌الله روزبهان خنجی متخلص به «امین» را برای تصحیح برگزید.

استاد محمدعلی موحد پس از اینکه به ایران بازگشت افزون بر وکالت پایه یک دادگستری، از آغاز برپایی شرکت ملی نفت ایران در بدنه حقوقی شرکت نفت وارد شد و تا بالاترین درجات (مشاور عالی رئیس هیأت‌مدیره، مشاور ارشد و عضو اصلی هیأت‌مدیره) انجام وظیفه کرد و در ابتدای تأسیس اوپک^۲، به مدت شش ماه معاونت اجرایی آن سازمان در ژنو را عهده‌دار بوده‌است. استاد موحد به تدریس حقوق مدنی و حقوق نفت در دانشکده حقوق دانشگاه تهران و دانشکده حسابداری و علوم مالی شرکت ملی نفت ایران نیز پرداخت. دکتر موحد در رشته حقوق نیز صاحب‌نظر بوده و دو کتاب «درس‌هایی از داوری‌های نفتی» و «نفت ما و مسائل حقوقی آن» به عنوان کتاب درسی در دوره کارشناسی ارشد حقوق بازرگانی به عنوان منبع درسی معرفی شده‌است. وی نخستین بار مسائل حقوقی نفت را وارد متون درسی دانشگاه کرد.

در پژوهش‌های تاریخی کتاب «چهارگانه خواب آشفته نفت» اثری مهم تلقی شده است. استاد موحد از جمله عرفان‌پژوهانی است که مدفون بودن شمس تبریزی در خوی را به دلیل وجود مقبره‌ای با یک مناره در بیرون از شهر خوی که دست کم از سده نهم هجری به «مناره شمس تبریزی» نامدار بوده، معتبر می‌داند. کتاب ارج‌نامه استاد محمدعلی موحد نیز با نام «با قافله شوق» دربرگیرنده مجموعه مقالاتی از دوستان و همکاران و شاگردان وی درباره زندگی و آثار دکتر موحد در دانشگاه تبریز به کوشش محمد طاهری خسروشاهی، از پژوهشگران حوزه ادبیات فارسی در آذربایجان، تدوین و منتشر شده است.

در سال ۱۴۰۰ گرامیداشت جایگاه علمی و ادبی استاد موحد با توجه اهل علم و ادب همراه بوده است. از جمله آنکه محمدرضا شفیعی کدکنی سروده‌ای را به مناسبت زادروز دکتر موحد منتشر کرد.

^۲ سازمان بین‌المللی کشورهای صادرکننده نفت، OPEC



برخی آثار استاد دکتر محمدعلی موحد

- حذیقہ الحقیقہ، از ابوالفتح محمدبن شیخ الاسلام احمد جام (ژنده پیل) (تصحیح و تعلیق)، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۴۳
- به گود گیتا (ترجمه)، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، انتشارات خوارزمی، ۱۳۴۴
- نفت ما و مسائل حقوقی آن (تألیف)، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۴۹
- عدالت و انرژی، از ایوان ایلیچ، (ترجمه)، تهران: انتشارات علمی دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۵۶
- سفرنامه ابن بطوطه (ترجمه)، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۶۱
- خزران، از آرتور کستلر (ترجمه)، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۱
- سلوک الملوک، از فضل الله روزبهان خنجی (تصحیح و تعلیق)، انتشارات خوارزمی ۱۳۶۲
- چهار مقاله درباره آزادی، از آیزایا برلین، (ترجمه)، تهران: انتشارات خوارزمی (برنده جایزه کتاب سال)، ۱۳۶۹
- مقالات شمس تبریزی (تصحیح و تعلیق)، تهران: انتشارات خوارزمی، (برنده جایزه کتاب سال)، ۱۳۶۹
- خمی از شراب ربانی، گزیده مقالات شمس (تصحیح و تعلیق)، تهران، سخن، ۱۳۷۳
- اصطلاب حق، گزیده فیه مافیہ (تصحیح و تعلیق)، تهران: سخن، ۱۳۷۵
- ابن بطوطه (تألیف)، تهران: طرح نو، ۱۳۷۸
- شمس تبریزی (تألیف)، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹
- گفته‌ها و ناگفته‌ها، تحلیلی از گزارش عملیات پنهانی سیا در کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲، تعلیقی بر کتاب خواب آشفته نفت (تألیف)، تهران: نشر کارنامه (برگزیده کتاب سال)، ۱۳۷۹
- مبالغه مستعار، بررسی اسناد وزارت خارجه بریتانیا درباره مالکیت جزایر تنب و ابوموسی (تألیف)، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۰
- مختصر حقوق مدنی (تألیف) با تجدیدنظر کامل، تهران: مرکز تحقیقات تخصصی حسابداری و حسابرسی، ۱۳۸۲
- درس‌هایی از داوری‌های نفتی، دفتر اول: قانون حاکم (تألیف)، تهران: نشریه دفتر



- ملی ایران (تألیف)، (برنده جایزه کتاب سال)، ۱۳۸۴
- خواب آشفته نفت، دکتر مصدق و نهضت ملی ایران (تألیف)، تهران: نشر کارنامه (برنده جایزه کتاب سال)، ۱۳۸۴
- ملی کردن و غرامت: درس‌هایی از داوری‌های نفتی، (تألیف)، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۴
- در هوای حق و عدالت (تألیف)، تهران: نشر کارنامه (برنده جایزه اندیشه)، ۱۳۸۴
- فصوص‌الحکم، ابن عربی ترجمه و تعلیق، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۵
- مالیات سرانه و تأثیر آن در گرایش به اسلام، از دانیل دنت، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۸۵
- شمس پرده: ۴۸ غزل دیوان شمس تبریزی، (مقدمه)، تهران: نشر نظر، ۱۳۸۷
- باغ سبز: گفتارهایی درباره شمس و مولانا تألیف، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۷
- قصه قصه‌ها، کهن‌ترین روایت از ماجرای شمس و مولانا تألیف، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۹
- دیباچه‌ای بر حقوق مدنی (تألیف)، تهران: جامعه حسابداران رسمی ایران، ۱۳۸۹
- ابتدا نامه از محمدبن محمد سلطان ولد تصحیح همراه علیرضا حیدری، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۹۰
- در خانه اگر کس است: همراه اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های آن (تألیف)، تهران: نشر کارنامه ۱۳۹۰
- در جستجوی آینه: گزیده مقالات شمس تبریزی، (گردآورنده) تهران: نشر معین همراه با لوح شنیداری با خوانش هوشنگ آزادی‌ور، ۱۳۹۲
- تماشای خورشید: گزیده‌ای از مقالات شمس تبریزی (مقدمه)، تهران: نشر ثالث، ۱۳۹۳
- یاد گذشته و اندیشه آینده در تاریخ ایران و صنعت نفت ایران، (تألیف)، تهران: نشر نگاره‌ی آفتاب، ۱۳۹۴
- شاهد عهد شباب (اولین مجموعه شعر)، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۵
- رساله در مناقب خداوندگار از فریدون بن احمد سپهسالار (تصحیح)، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۵



- سفرنامه ابن بطوطه، دوجلدی (ترجمه)، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۵

پند استاد دکتر محمدعلی موحد

چون و چرا نخستین منزل در سفر دانش است، اما مسافر این راه باید بداند که بسیاری از چون و چراها پاسخی سر راست ندارند یا اصلاً پاسخ ندارند. طرح سوال در هر حال خوب است، آنجا که ما با قصورهای خود آشنا می‌شویم، امری مبارک است و آن قصورها را رفع می‌کنیم و آنجا که با محدودیت خود آشنا می‌شویم نیز می‌آموزیم که بلندپروازی‌ها و اوج‌طلبی‌های خود را با امکانات و مقدوراتی که در اختیار داریم، هم‌ساز گردانیم و توان و وقت و عزت و امنیت خود را با آب‌سایبی‌ها و باد در غربال کردن‌ها ضایع نکنیم. سیاه و سفید به آن معنا وجود ندارد، آدمیزاد در هر وضعی هست، می‌خواهد خودش را توجیه کند. هیچ دزدی حاضر نیست بگوید من دزدم. سلطان محمود شبی سرد را به ناچار نزد آسابانی می‌گذراند. آسیابان اول شب به او گفته بود لحاف و بالاپوشی ندارم، فقط یک پالان دارم. در سرمای شب، سلطان محمود گفت آن را که گفתי بیار، ولی اسمش را نیار. چون سردش بود، ولی نمی‌خواست شرایط بد را به روی خودش بیاورد. آدمیزاد می‌خواهد خودش را توجیه کند. در هر گندی که باشد حاضر نیست قبول کند که این گند است. این از ویژگی‌های موجود انسانی است که می‌خواهد خودش را طیب و طاهر قلمداد کند. گرایش به پاکی، طهارت و کمال چیزی است که انسان را نگه داشته و این خصوصیت انسان است که او را بالا می‌کشد.

شعر از استاد دکتر محمدعلی موحد

شکار سایه

دکتر محمدعلی موحد سال‌ها نیز شعر سروده‌اند و در کتابی با عنوان «شاهد عهد شباب» در دو بخش «شطیات» و «شطحیات» به چاپ رسانده‌اند. دکتر موحد در مورد این کتاب گفته است: این اشعار را به دو قسمت تقسیم کردیم. یکی «شطیات» به اعتبار اینکه در کنار شط سروده شده و در مورد سیاست و نفت و ... است. قسمت دوم آن «شطحیات» است. شطیات ارزش ادبی که چه عرض کنم اما ارزش تاریخی دارد. تاریخ و ادبیات همواره دست در دست هم دارند. چون کسی که بخواهد تاریخ دوره غزنوی را بنویسد و دیوان اشعار آن دوره را نداند، این امر برایش میسر نخواهد بود. روحیه، دید و نگرش مردم

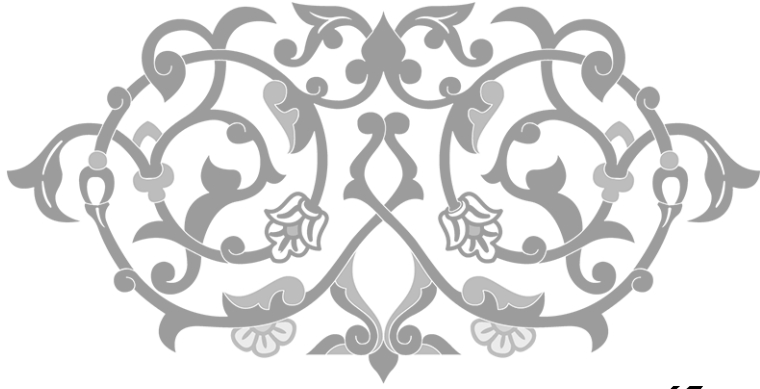


و عکس‌العمل‌های ایشان در ادبیات منعکس است؛ همانطوری که حقه‌بازی‌ها و پرونده‌سازی‌ها و دیوان‌سالاری و ... در تاریخ بیهقی انعکاس دارد.

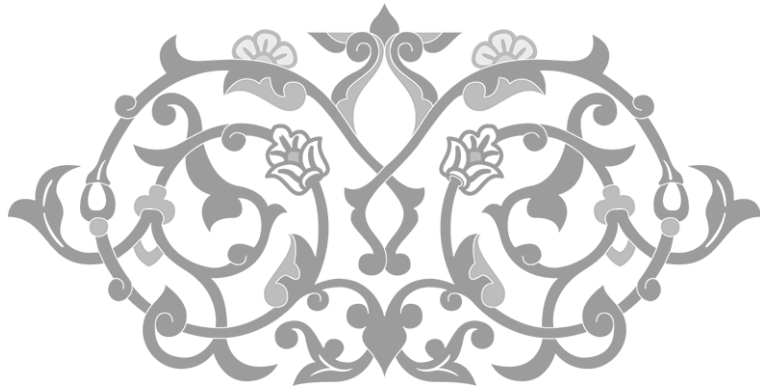
کشتی رَوَد، ولیک ندانم کجا رود
کشتی رود، همین و، فزون‌تر ز من می‌پرس
این ناتمام قصه‌ی خواب‌آورِ شگفت
بر بادپایِ تیزتکِ منطق و شهود
رازی که پیرِ فلسفه نگشود از آن گره
جایی که بازمانده بُراق^۳ یقین و علم
وهمی به دل نشست و دمامد نهیب زد
دنبالِ سایه‌های گریزنده مدعی
ای سایه‌ی رمنده‌ی بی‌رنگِ بی‌قرار
من خاکیم، زمینیم، آخر و رای خاک
یا چون رود، چگونه رود، یا چرا رود
کز بهرِ چیست کشتی و زین ره کجا رود
صدبار گفته‌اند و تمامش نکرده‌اند
بس رفته‌اند و راه به جایی نبرده‌اند
ای طفلِ مکتبی ز تو دعوی نمی‌خرند
مسکین خرِ گرسنه‌ی بی‌جان نمی‌برند
عقلِ ضعیف رفت و به غربال باد بیخست^۴
عمری دوید و سایه جلوتر همی گریخت
بگذار تا به زندگی خویش خو کنم
از بی‌نشان چگونه نشان جست‌وجو کنم

۳. اسب تیز رو

۴. غربال کردن، الک کردن



زنک تفریح





طنز

عمه جان

دکتر امین تویسرکانی^۱

یکی از دردسرهای حل نشدنی ما در دادسرا، گرفتن تماس تلفنی با شکات و قربانیان کلاهبرداری‌های تلفنی است. مال‌باخته‌ای که قبلاً یک‌بار به او تلفن زده شده و فریب خورده و حساب بانکی‌اش خالی شده، به هیچ صراطی راضی نمی‌شود که ما از دادسرا به او تلفن می‌کنیم. بارها شده که متهم قصد داشته پول شاکی را پس دهد و رضایت بگیرد. در این موارد به کارمند شعبه دستور می‌دهم برای طی تشریفات با شاکی تماس بگیرد، اما نتیجه یک چنین چیزی شده:

- از دادسرا تماس می‌گیرم
- ایشالله از قبرستون تماس بگیری کلاهبردار
- باور کنید از دادسرا تماس می‌گیرم می‌خوایم پولتون رو پس بدیم
- دفعه‌ی قبلی که می‌گفتی از صداوسیما هستم شارلاتان

یا مثلاً:

- در رابطه با شکایت کلاهبرداری تون تماس می‌گیرم
- چیه! نکنه باید دوباره برم پشت عابربانک؟!
- نه بیایید دادسرا کلاهبردار دستگیر شده
- خودتی! مردی یه آدرس بده تا پیام پار... (کارمند ما آموزش دیده است و سریعاً با شنیدن لفظ پاره تلفن را قطع می‌کند)

^۱. قاضی دادگستری



در دوران کرونا برای رعایت پروتکل‌ها و راحتی شاکی، فقط از او می‌خواهیم یک شماره حساب بدهد تا متهم پول را به حسابش واریز کند:

- به شماره حساب لطف کنید
- این جوریه؟ برو شماره حساب عمه ات رو بگیر دزد بی شرف (خوشبختانه کارمند به عمه حساسیت خاصی ندارد)
- شما پولت رو نمی‌خوای؟
- اگه راست می‌گی پول نقد بده! چرا باز شماره حساب می‌خوای؟
- آدرس بدید متهم بیاد نقدی پرداخت کنه
- عجب رویی داری تو. می‌خوای بیای سر وقتم؟
- بیخشید مزاحم شدم!
- ببین شکایتت رو کردم دادسرا. همین روزاست که بگیرنت جر... (کارمند ما با شنیدن کلمه جر... تلفن را از دو شاخ می‌کشد)

مورد داشته‌ایم وقتی به شاکی زنگ زدیم او سریع تلفن را قطع کرده و شماره‌ی ما را داده است به پلیس صد و ده! لحظاتی بعد تلفن ما زنگ خورده و پلیس صد و ده از ما به‌عنوان کلاهبردار تلفنی، تحقیق کرده‌است! در آخرین شاهکار هم چندی پیش کارمند شعبه با شاکی تماس گرفت و برای استرداد وجه از شاکی شماره حساب خواست که مثل اکثر موارد فحشی نثار و تلفن قطع شد! فردایش شاکی مضطرب و آشفتنه به شعبه آمد و به همان کارمند گفت: "باورتون نمی‌شه کلاهبردار وقیح دیروز دوباره به من زنگ‌زده شماره حساب می‌خواد. پس شما دارین چی کار می‌کنید؟!"

گرفتاری شدیم به خدا دادسرا که نیست ورژن جدیدی از شنگول و منگول و حبه انگور و گرگ ناقلا است!

