

بسم الله الرحمن الرحيم
ماهنامه خبری آموزشی

مدرسه حقوق

سال چهاردهم ، شماره ۱۲۶ ، مرداد ۱۳۹۸
صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سردبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: علی جلالی

امور اجرایی: نادر فهمی

دبیر تحریریه این شماره: مهناز دره شیری

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، فرزاد جوادی نژاد،

وحییه جاوید مقدم، آرمان زینلی، داریوش سپنتا، مینا سالمی، محمد فلاح‌پور، نغمه فقیهیان،

دکتر محسن قجاوند، نفیسه مستقل، محسن متین، مریم‌السادات مدرسی

و با تشکر از: دکتر شیما وفادار نیا، مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مدرسه حقوق نیست.

نشریه مدرسه حقوق در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در

دسترس است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شیوه‌نامه «مدرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- 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 world 2013 با فونت B Zar 14 تنظیم و به نشانی الکترونیکی مدرسه حقوق.
- 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 و کالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.



فهرست مطالب

سرمقاله؛ گردی در پی کاروان غدیر ۴

مقالات

حفظ ارزش پول ملی ۱۲

دکتر سید محمود کاشانی

تحلیل فقهی، حقوقی لزوم یا جواز عقد شرکت با

نگاهی به رویه قضایی ایران ۲۸

مهدی جلیلی، دکتر علیرضا فصیحی زاده،

دکتر محمد صادق طباطبایی

مشروطه ناتمام ۴۶

دکتر علی رادان

مراقبه های وکالت (با رویکرد متون اخلاقی) ۵۲

حسن وثیق زاده انصاری

فرنچایز و لزوم قانون گذاری در قانون تجارت:

فرنچایز و نگرش به آینده ۵۷

سید محی الدین خدائی

نقد رای: تغییر غیر مجاز کاربری اراضی زراعی و

باغ ها ۶۳

فریده محمدی سرپیری، فاطمه لای

یک وکیل، هزار سودا، هزار تبعیض ۶۸

مرتضی پناهی

بررسی رویه قضایی احتساب خسارت تاخیر تادیه در

صورت عدم تقویم خواسته ۷۶

سمانه سادات احمدی

مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت و دادگاه: معایب و

مزایای آن ۸۴

زینب محمدی

مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
چهاردهم

شماره
۱۲۶

کانون وکلای دادگستری اصفهان

تحلیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی در رویه قضایی ۹۹
مائده عزیزان

گزیده سخنرانی‌ها

ثبت املاک ۱۱۴

محمد محمدی

بایسته‌های حرفه وکالت

نظریه‌های کمیسیون مشورتی کانون وکلای

دادگستری استان اصفهان ۱۲۲

آرای وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه

قضائیه ۱۲۳

پند استاد؛ درسی از استاد دکتر سید محمود

کاشانی ۱۲۷

دکتر سید محمود کاشانی

گزیده مقالات کاربردی ۱۲۹

هاجر قاسمی

معرفی کتاب ۱۳۷

نسیم پرستگاری

هشدار انتظامی ۱۴۰

روح‌اله محمدی

زنگ تفریح

همه چیزمان به همه چیزمان می خورد! ۱۴۴

محمد رضا محمدی جرقویه ای



سرمقاله باسمه تعالی کردی در پی کاروان غدیر

ایام غدیر و حال و هوای این روز بزرگ به یاد ماندنی است و نقل بهانه ای برای نقل یک خاطره و تکرار مقدمه ای:

اولین سال ورود به رشته حقوق (۱۳۶۳) بود و مجله دانشکده با نام نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی از چاپ خارج شد و بر خلاف مرسوم یکی از مقاله های آن «پیام غدیر» نام داشت.

این مقاله ترجمه خطابه مفصل پیامبر اکرم (ص) در روز غدیر خم در نصب علنی امام امیر المومنین علی (ع) به خلافت و جانشینی - بر اساس متن مرحوم طبرسی در کتاب احتجاج - با ترجمه شیوای استاد گرانقدر و فرهیخته حقوق آیت الله دکتر علی اکبر صادقی بود.

آن روز - چنانکه شاید اکنون نیز برای برخی خوانندگان چنین باشد - چندان ارتباطی بین مجله حقوق و ترجمه پیام غدیر جز آنکه بالاخره مترجم یکی از اساتید گروه حقوق این دانشگاه اند، نیافتیم. بعدها و بعدها و به اقتضای ارتباط تنگاتنگ با عالم حقوق و وکالت، ارتباط مجله حقوق و پیام غدیر بیش از پیش آشکار شد؛ تا همراهان گرامی مدرسه حقوق را نظر چه باشد؟

ما اهالی حقوق به ویژه در فضای وکالت، تزییع حقوق فردی یا اجتماعی مردم را بر نمی تابیم و فلسفه وجودی خود را دفاع از آن می دانیم. حرفه ما به یمن دفاع از حق، شرافت یافته است و طنین کلمه «حق» و «ظلم» برای اصحاب وکالت

حسی آشنا در پی داشته، شناخت حق، احقاق و اعمال آن به خودی خود برای این گروه موضوعیت دارد و به دنبال آن قاعدتاً هرچه «حق» از اهمیت بیشتری برخوردار باشد، در اولویت بیشتری هم قرار خواهد گرفت. عموم حقوقی که ما و کلا در مقام دفاع از آن بر می آئیم، حقوق متعلق به اشخاص و حقوقی جزئی است؛ خواه حق خصوصی و فردی باشد و خواه حق عمومی و اجتماعی. در عین حال و با دقتی بیشتر می توانیم در یابیم که این حقوق هرچند در حد خود بزرگ اند، اما به اصطلاح «حقوق مضاف» اند و حقوق بزرگتر از این دسته حقوق نیز متصور است؛

اگر وصول و قرب به کمال مطلق، بزرگترین حق انسان باشد - که چنین است - و اگر جز ولیّ مطلق توان ایصال انسان به چنین مراتبی را نداشته باشد - که ندارد - و هیچکس و هیچ جهان بینی و ایدئولوژی را حتی چنین ادعائی نبوده و نیست، پس حذف محوریت و سرپرستی ولیّ مطلق در عالم، محروم ساختن خیل عظیمی از قافله بشریت از پیمودن سیر کمال از طریق دست نهادن در دست ولیّ الله است و این نادیده گرفتن «حق» اساسی بشر و بالاترین «ظلم» به اوست. بنا براین شناخت و پاسداری از غدیر و رساندن پیام غدیر، که موضوع آن معرفی ولیّ مطلق در رساندن انسان به کمال قرب الهی است، بالاترین حق انسان بوده و طرح آن در عالم حقوق و وکالت بی مناسبت و نا مربوط نخواهد بود:

مر تو را عقلی است جزوی در نهان کامل العقلی بجوی اندر جهان
جزو تو از کل او کلی شود عقل کل بر نفس، چون غلی شود
دست او را حق چو دست خویش خواند تا یدالله فوق ایدیهم براند

در این باب سخن بسیار و استدلال فراوان است. اما هدف این سرمقاله بیش از هرچیز ذکر از استاد فقیه و فقیه مرحوم آیت الله دکتر علی اکبر صادقی و نقل مقدمه ایشان در مقاله پیام غدیر، به عنوان اداء حق استادی این استاد فرزانه بر عالم حقوق و به ویژه دانش آموختگان دهه های اخیر در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی از یک سو و ادای کمترین وظیفه در پاسداشت از «حق» غدیر و عرض ارادت به ساحت مقدس صاحب غدیر از سوی دیگر است و تا همین حد مقدمه بر مقدمه پیام غدیر کافی است.



آنچه در ادامه خواهد آمد. مقدمه خطابه است که در آن با متنی رسا و قلمی شیوا همراه با جهانی شیدائی به مولا، تصویری بسیار زیبا و معنوی از غدیر ترسیم و دل نوشته ای علمی، معنوی و خواندنی تقدیم خوانندگان شده است. عبارات نهائی این مقدمه مشق عشقی است که خواندن و تکرار آن به تمامی دوستان و ارادتمندان به ساحت خداوند علم و شمشیر و حق و عدل و حقیقت، امیر بیان و امیر مومنان (ع) توصیه می شود.

شاید در آینده متن خطابه نیز به مناسبت در اختیار همکاران عزیز قرار گیرد.^۱
روح استاد شاد و همواره قرین رحمت علوی (ع) باد.

مدیر مسئول

۱. استاد را این خواسته بود که پیام غدیر به نحو مستقل و با کیفیت مناسب چاپ و نشر شود. این خواسته به لطف الهی برای نوبت دوم در همین ایام به همت برخی دانشجویان ایشان جامه عمل پوشید و به همین نام چاپ و توزیع شد؛ پیام غدیر، متن خطبه غدیر، مترجم مرحوم دکتر علی اکبر صادقی، خط نستعلیق: استاد عباس اخوین، خط نسخ: استاد عبدالصمد حاج محمدی، تذهیب: استاد مجید فیضی راد، به اهتمام خانه نهج البلاغه اصفهان شهریور ماه ۱۳۹۸



* * *

پیامبر بزرگ اسلام پس از قریب به بیست و سه سال تلاش سخت و توان فرسا در راه انجام وظایف رسالت، اکنون از ملکوت اعلاء ندای «ارجعی» می شنود؛ در حالی که هنوز پیامش جهانگیر نگردیده و «مدینه ای» را که براساس اصول و تعالیم نورانی اسلام و یکتاپرستی بنیاد نهاده است. در معرض هجوم دشمنان و بداندیشان و دنیا طلبان می بیند، دشمنانی که سینه هاشان از کینه این مکتب الهی نو بنیاد و بنیانگزار آن می جوشد تا به هر نحو که ممکن باشد آن بنا را بر سر اهلش ویران ساخته و امتیازات جاهلی از دست رفته را دوباره تجدید نمایند.

این نگرانی مدت‌ها بود که به قلب پیامبر چنگ می زد و او را نسبت به آینده مکتب و پیروان آن پریشان خاطر می داشت.

او برای تداوم اسلام و اداره امور مسلمانان، به امر خُداوند متعال، پسر عم خود، علی را که از کودکی در دامان خویش پرورده بود، در نظر داشت و به همین جهت و علی رغم میل این و آن، در هر مناسبتی، موضوع جانشینی وی را به اُمت خود گوشزد کرده بود. لیکن در این اواخر تهدید مخالفان و داعیه داران، نسبت به پیامبر رنگ جدی تری به خود گرفته و خاطر او را بیش از پیش دچار دغدغه و تشویش ساخته بود.

پیامبر در واپسین ماههای زندگیش، دستور داد تا مسلمانان برای انجام عبادت حجّ آماده سفر گردند تا در کنار رهبر و راهنمای آسمانی خود، راه و رسم این نیایش بزرگ را یک بار و برای همیشه بیاموزند.

در اجرای چنین هدفی بود که پیشاپیش قریب یکصد و بیست هزار و به قولی هفتاد هزار نفر از مسلمانان و پیروان خود، راهی آن سفر شده و در طول این مسافرت، آنچه از مناسک حجّ که باید به آنان بیاموزد، آموخت و آنچه باید به آنها بگوید، گفت.

اما به اظهار خود او، در طی این سفر عبادی، از سوی حق تعالی، مکرر فرمان یافت که یک بار دیگر و در حضور انبوه عظیم مسلمانان حجّ گزار، رسمی تر و قاطع تر از هر بار، علی را به خلافت و امامت بر اُمت اسلام تعیین کند؛ اکنون مناسک حجّ پایان یافته است و پیامبر به قصد مراجعت به مدینه و پس از وداع آخر با خانه خدا و با شهر زادگاهش همراه کاروان عظیم مسلمانان به راه افتاد. روز هیجدهم ماه ذی الحجّه بود که به بیابان «جحفه»



رسیدند؛ آنجا که کاروانیان از هر دسته و از هر قبیله راه د یار خود می گرفتند و از دیگر همسفران جدا می گشتند.

در همین بیابان بود که فرشته امین وحی خداوند، در گوش پیامبر فرمان حق را نجوی کرد که:

«یا ایها الرسول بلغ ما انزل الیک من ربک و ان لم تفعل فما بلغت رسالته واللّٰه یعصمک من النّاس.»

(ای پیامبر آنچه از سوی خدا بر تو نازل گردید به مردم ، بازرسان و گرنه رسالت پروردگارت را انجام نداده ای و خداوند، ترا از بدسگالی مردمان ، محافظت خواهد کرد.) دستور قاطع پروردگار و پیام تهدید آمیز او، مجال هیچ درنگ و تأمل برای پیامبر باقی نگذاشت؛ چه اگر در اجراء آن دستور و از ابلاغ آن پیام، کوتاهی کند همسنگ آن است که اساساً رسالتی انجام نداده است و با این وعده که خدا در مورد حفظ و حمایت او داده است ، دیگر بدون هیچ دغدغه و نگرانی تصمیم گرفت که آن پیام و دستور را به مرحله اجرا در آورد. مگر این دستور چه بود که به این درجه از اهمیت قرار داشت که عدم ارائه آن همسنگ نابودی اساس رسالت و آن همه کوشش و رنج پیامبر بود؟

حضرتش ، لختی دیگر، خود در مورد محتوای این پیام آسمانی توضیح خواهد داد و به همین منظور، فرمان داد تا رفتگان، باز پس گردند و واپس ماندگان در محل فراهم آیند و بالاخره در آن بیابان که جز خار مگیلان کمتر بوته و درختی دیده می شد، کاروانیان فرود آمدند و در کنار آن آبگیر کهن که «غدیرخم» نام داشت ، انجمن کردند.

زمین و هوا از لهیب خورشید نیمروزی، چنان داغ و تفته بود که گروهی از رنج حرارت، جامه ها، زیر پای نهاده بودند. هیچ کس به درستی نمی دانست که منظور پیامبر از اجتماعی چنین و به ویژه در آن محل نا مساعد و شرایط نامطلوب آن چیست؟ و هر کس در ذهن خود می کاوید که راهی به مقصود او بگشاید. آری پیامبر می خواست که بر حسب فرمان تهدید آمیز و قاطع پروردگار ، سرنوشت و مسیر آینده مکتب و امت خود را تعیین کند؛ همان مکتبی که برای تأسیس و پایداری آن، به شمار هر سر مویش، رنجی جانکاه دیده و بردباری و استقامت نموده بود.

انکون سهمگین ترین و سرنوشت ساز ترین نقطه عطف تاریخ اسلام و حیات معنوی و مادی انسان در آستانه وقوع است.

نزدیک پنج ساعت از طلوع خورشید بر آن صحرا می گذشت و آبگیر کهن و تهی با همان وضع طبیعی اش همچون میدانهای بزرگ نمایش و ورزش، پذیرای آن انبوه انسانها

بود.

با نزدیک شدن لحظه ابلاغ، سکوتی سنگین بر مرد و زن آن انجمن افتاد، حتی زنگ و جرس اشتران و ستوران نیز بی صدا و خاموش گشتند. پیامبر گرامی با چهره ای نورانی و مصمم که از فرط گرما و شاید از گرانی بار رسالت و ابلاغ آن پیام بزرگ، افروخته و عرق کرده بود، بر چند پاره سنگ و به قولی بر چهار شتران فراز آمد. مردم او را چونان نگین پر بهاء انگشتی در میان گرفته بودند و به سیمای جذاب و خواستنی او که گذشت شصت و سه بهار بر آن سایه افکنده بود، چشم دوخته و به دیدار او خستگی راه و گرمای طاقت سوز خورشید را یکسره از یاد بردند. اکنون نه تنها کاروانیان، که همه هستی گوش سپرده بودند تا گفتار رهبر محبوب خود و آن مخلوق برتر و در حقیقت پیام آسمانها را بشنوند.

از ماجرای آن روز غدیر که به سال دهم هجری و با حضور آن گروه عظیم از مردم جزیره العرب اتفاق افتاد، بیش از هزار و چهارصد سال گذشته است، اما هنوز آن واقعه همچنان زنده و غیر قابل تردید باقی است و پیام آن روز هنوز در گوش انسانیت طنین خو را حفظ کرده است؛ چرا که آن ماجرا، داستان تنها آن روز و آن پیام، پیام تنها آن روزگار نبود. بلکه در حقیقت طرح مدینه فاضله ای بود که اگر تشکیل یافته و رئیس آن مدینه در خانه اش زندانی نشده بود، عمل به اسلام اصیل، ادامه می یافت و با پیگیری روش پیامبر و گسترش تعالیم نورانی قرآن و عادت کردن و تربیت شدن تدریجی نسلهایی چند، راه تاریخ تصحیح می گشت و آن نا مردمان پست که به دست اسلام کوبیده شده بودند، دوباره جان نمی گرفتند و مسیر انسان به تعالی و تکاملی که شایسته بود می افتاد و به روایت جماعت، پیامبر خود فرموده بود که :

«و ان ولتیموها علیاً وجدتموه هادیا مهدیا یسلک بکم علی الطریق المستقیم».

(اگر خلافت و ولایت را به علی بسپارید، خواهید یافت که او رهبری راه دان است که شما را در راه راست و صراط مستقیم، رهسپار خواهد ساخت.)

و امروز که ما از آن ماجرا یاد می کنیم، نه به منظور بدگویی و سرزنش این و آن است، بلکه به حقیقت ابراز تأسفی بزرگ، به بزرگی انقراض معنویت در این نسل از آدم است که از عدم اجرای پیام آن روز «غدیر» بشریت را می گذارد. سخن از حق همیشه ضایع شده علی نیست؛ بلکه تذکر انحرافی است به عمق تاریخ و به گستردگی زمان و به وسعت دامنه حق در همه کائنات و به دیگر سخن: مصدوم کردن حق و خشکانیدن سرچشمه آب



حیات است در همه پهنه های زیست عینی و ذهنی انسان.^۱

باری، واقعه غدیر و خطابه ای که پیامبر گرامی اسلام در آن روز بر آن گروه عظیم از مسلمانان القاء فرمود به تواتر، نقل گردیده: بلکه کثرت طرق و اسناد آن روایت چند برابر حد تواتر است و با گذشت چندین قرن هنوز قطعی بوده و تردید را به حریم آن راهی نیست و به گفته ضیاء الدین مقبلی دانشمند سنی مذهب: «اگر حدیث غدیر مسلم نباشد هیچ امر مسلمی در اسلام وجود ندارد»^۲

در میان اهل سنت صدها دانشمند و مورخ و حافظ حدیث و مفسر قرآن و متکلم و حتی ادیب و لغوی، حدیث غدیر را روایت کرده و در کتب خود نوشته اند.

حال که واقعه غدیر و پیام آن روز، از مهم ترین وقایع تاریخ اسلام است و اکنون که بیش از یکصد میلیون مسلمان در جهان، براساس فرمان حق و بر طبق وصیت لازم الاطاعه پیامبر خود، اسلام و معارف و احکام دینی را از ناحیه نورانی علی، امیر المومنین و ائمه طاهرین صلوات الله علیهم اجمعین، تلقی می کنند. دریغ است که بسیاری از این پیروان راستین اسلام و تشیع، از خطابه غراً و پیام انسان ساز پیامبر خود، در روز غدیر به قدر شایسته آگاه نباشند و یا به سبب نا آشنایی با زبان تازی، از درک و استفاده از آن محروم بمانند و به همین جهت ترجمه پارسی آن گرامی گفتار، بر طبق متن مروی در کتاب ارجمند «احتجاج طبرسی» دانشمند و محقق عظیم الشان قرن ششم هجری^۳ که از مصادر معتبر کتب روایت است به عمل آمد؛ هر چند که مرا آن مایه نبود که بتوانم آن بلاغت و جاذبه را که در آن متن شریف است تأمین نمایم ولی:

آب دریا را اگر نتوان کشید هم به قدر تشنگی باید چشید

در پایان، نا گفته نماند که مرا در این کار، منظور همان بود که گفته آمد و گرنه، در سر، نه هوای رهنمودی به گمشده ای داشته ام که «لیس علیک هداهم ولكن الله یهدی من یشاء...» و نه در دل اندیشه احقاق حقی نسبت به آن مظلوم تاریخ و آن ولی مطلق: که با همه خردی و بی خردی، این قدر دانم که نه حق را به کار چون منی نیاز است و نه کوشش این بی دست و پا را قدری و منزلتی؛ تنها به همین شادم که گردی در پی این کاروان باشم که به «او» سوگند، مرا همین افتخار سرشار می دارد.

علی اکبر صادقی - تهران، رمضان ۱۴۱۵

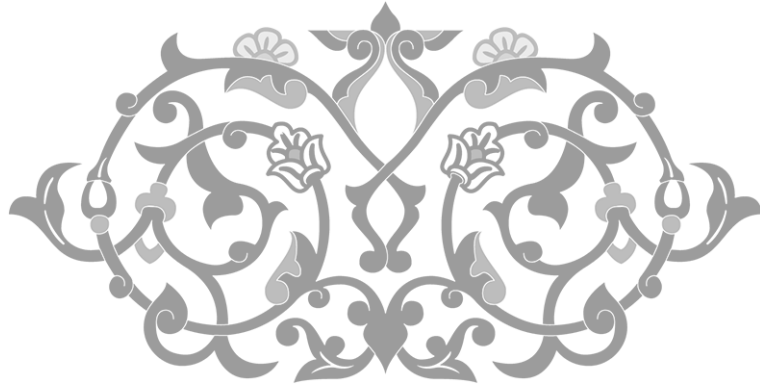
۱. با اقتباس جمله هایی از کتاب «حماسه غدیر» تألیف محمدرضا حکیمی

۲. الغدیر، ج اول، فصل «کلمات حول سند الحدیث»

۳. الغدیر، ج اول، ص ۱۵۲-۱۵۸



مقالات





حفظ ارزش پول ملی

دکتر سید محمود کاشانی^۱

چکیده

افزایش شدید نرخ ارزهای خارجی، سکه طلا و دیگر کالاها در برابر ریال، بحران اقتصادی و اجتماعی بی‌سابقه‌ای را در کشور به بار آورده است. از هنگام آشکار شدن تکانه‌های این پدیده‌های نگران‌کننده، به ریشه‌یابی افزایش بهای این اقلام پرداخته نشده است. مقامات دولتی به جای برخورد مؤثر با عوامل کاهش ارزش پول با تعیین نرخ‌های غیرواقعی دلار از طریق فروش ارزهای خارجی کشور با قیمت‌های نازل به دنبال آرام کردن فضای اقتصادی برافروخته جامعه و تأمین نیازهای عمومی مردم هستند. از سوی دیگر توزیع آنچه «بسته‌های حمایتی» نامیده شده و یا بکار گرفتن روش‌هایی خارج از استانداردهای قضایی برای آرام کردن بازار ارز، سکه و کالاها چیزی جز برخورد با پیامدهای کاهش شدید ارزش پول ملی کشور نیست و این روش‌ها در درازمدت و حتی کوتاه‌مدت نمی‌توانند کارساز باشند. در این نوشته به مبانی حقوقی تکلیف دولت‌ها در حفظ ارزش پول ملی و روش‌های ناکارآمد متصدیان دولتی برای حفظ قدرت خرید مردم و سرانجام دلایل کاهش ارزش پول ملی پرداخته شده است.

۱- پیشینه حقوقی پول کاغذی

از هنگامی که اسکناس به‌عنوان پول رایج در کشورهای اروپایی بکار گرفته شد، مفهوم حقوقی آن دچار دگرگونی‌هایی شده است. چه در فرانسه و یا در دیگر کشورها، مدت زمان طولانی در دست داشتن اسکناس به دارنده آن این حق را می‌داده است که از بانک منتشر



کننده آن معادل ارزش آن، سکه طلا مطالبه کند و این امر روی اسکناس‌ها نوشته می‌شده است. وزن این فلزات گران‌بها که به صورت سکه طلا درمی‌آمده از سوی قانون تعیین می‌شده است؛ بنابراین اسکناس به درخواست دارنده آن، قابل تبدیل به پشتوانه‌اش بوده است و بانک منتشرکننده اسکناس موظف بوده بی‌درنگ پس از درخواست دارنده، سکه طلا معادل آن را تسلیم کند؛ پیامد قابل تبدیل بودن اسکناس به پشتوانه طلا این بود که در پیش آمدهای بحرانی به‌ویژه در دوران جنگ، دارندگان اسکناس و پول‌های کاغذی به بانک‌ها بروند و سکه‌های طلا را از بانک‌ها مطالبه کنند و صف‌های طولانی در برابر گیشه‌های بانک‌ها به وجود آید که برای بانک‌ها پذیرش چنین درخواست‌هایی امکان‌پذیر نبود زیرا صندوق بانک‌ها را از این فلزات گران‌بها تهی می‌کرد؛ دولت‌ها تصمیم گرفتند رابطه اسکناس را از پشتوانه آن قطع کنند و اسکناس دیگر قابل تبدیل به طلا نباشد. در همین راستا قانون یکم اوت ۱۹۱۴ در فرانسه، رواج اجباری اسکناس را اعلام و آن را غیرقابل تبدیل به فلزات گران‌بها شمرد.^۱

از آن پس ارزش اسکناس‌های کاغذی رنگارنگ، وابسته به «قدرت خرید» آن‌ها بود ولی از آن‌جا که دولت‌ها برای پرداخت بدهی‌های خود اختیار چاپ اسکناس را دارند با افزایش میزان اسکناس‌های در گردش، بهای کالاها افزایش می‌یابند. عوامل روانی هم در این زمینه تأثیرگذارند. ارزش پول اصولاً تابعی است از اعتماد عمومی به «قدرت خرید» آن. اگر باور عمومی به هر دلیل بر این باشد که بهای کالاها در آینده نزدیک افزایش می‌یابند، اشخاص می‌کوشند تا جایی که ممکن است دست به خرید غیرمنقول، جواهرات، طلا و ارزهای خارجی بزنند تا ارزش پول خود را حفظ کنند ولی همین امر به افزایش بیشتر بهای این اقلام می‌انجامد؛ بنابراین دولت‌ها مکلفند اقتصاد کشور و امور مالی را چنان مدیریت کنند که ارزش پول ملی حفظ شود. از همین‌رو بند «ب» ماده یکم قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ ارزش برابری ریال به طلا را چنین مقرر کرده است:

«یک ریال برابر یکصد و هشت هزار و پنجاه و پنج ده میلیونیم ۰/۰۱۰۸۰۵۵ گرم طلای خالص». در بند «ج» همین ماده افزوده شده است: «تغییر برابری ریال نسبت به طلا به پیشنهاد بانک مرکزی ایران و موافقت وزیر دارایی و تأیید هیأت وزیران و تصویب کمیسیون‌های مجلسین میسر خواهد بود». بند «ب» ماده ۱۰ این قانون نیز تصریح کرده است: «هدف بانک مرکزی ایران حفظ ارزش پول و موازنه پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات



بازرگانی و کمک به رشد اقتصادی کشور است.»

هر چند رابطه اسکناس‌های رایج که بانک مرکزی منتشر می‌کند با پشتوانه طلای آن قطع شده و پول ملی دارای «رواج اجباری» است ولی بند «ب» ماده یکم قانون پولی و بانکی سال ۱۳۵۱ در زمینه برابری ریال با رقمی از طلا و الزام بانک مرکزی به حفظ ارزش پول ملی و موازنه پرداخت‌ها در جای خود، برای آن هستند که قدرت خرید پول ملی حفظ گردد و نظم پولی و اقتصادی کشور برقرار بماند.

۲- روش‌های دستوری و غیرقانونی

قطعاً بانک مرکزی و مقامات دولتی نباید به دنبال روش‌های دستوری برای تعیین بهای ارزهای خارجی و یا کالاها و خدمات باشند. قدرت خرید پول ملی خواه برای ارزهای خارجی و یا کالاها و خدمات، برآیندی از شیوه مدیریت اقتصاد و اداره کشور از سوی دولت و برقراری حکومت قانون در کشور است. از همین رو پس از نوسان‌های شدیدی که در ارزش پول ملی کشور در ماه‌های اخیر به وجود آمد، تعیین دستوری نرخ ارز از سوی مقامات دولتی و بانک مرکزی نتوانست به کاهش بهای کالاها و خدمات و ثابت نگاه داشتن قیمت‌ها کمی کند و همین کاهش ارزش پول ملی و روش‌های دستوری، پدیده‌هایی چون گران-فروشی و احتکار کالاها و وارداتی را نیز در پی داشته‌اند. بکار گرفتن روش‌های کیفی و «تغزیراتی» و بازداشت و زندانی کردن متهمان این اعمال نیز هر چند نتایج موقتی داشته باشند، روش مطلوب و دائمی برای اداره کشور و ایجاد ثبات در قیمت‌ها و توازن درآمدها و هزینه‌های شهروندان نیست. روش‌های غیرقانونی و دستوری که مقامات دولتی بکار گرفته‌اند چنین بوده‌اند:

الف - فروش سکه

از ماه‌های پایانی سال ۱۳۹۶ و سپس در آغاز سال ۱۳۹۷ و در پی تصمیم‌های خلاف قانون اساسی، دولت و مجلس در تصویب لایحه بودجه سال ۱۳۹۷ که در آن استقراض‌های سنگین پیش‌بینی شده بود، ارزش پول ملی کشور دچار نوسان شد و قدرت خرید آن رو به کاهش نهاد. دولت و بانک مرکزی برای برطرف کردن نگرانی‌های مردم از کاهش ارزش پول ملی به جای بکار گرفتن روش‌های اصولی، به عرضه سکه‌های طلا دست زدند تا صاحبان سپرده‌های بانکی بتوانند با تبدیل پول‌های خود به طلا از کاهش قدرت خرید پول‌های خود در امان بمانند. مردم به بانک‌های عامل برای خرید سکه طلا هجوم بردند که یادآور صف‌های طولانی دارندگان اسکناس‌ها در قرن نوزدهم در برابر بانک‌ها برای تبدیل اسکناس‌های خود به طلا بود. پیامد این اتفاق آن بود که میلیون‌ها قطعه سکه و



ذخایر طلا و پشتوانه پول ملی کشور به خریدارانی فروخته شد که نگران کاهش ارزش دارایی‌های خود بودند. تا آن‌جا که روز ۱۴ تیر ۱۳۹۷ رئیس پلیس تهران خبر از دستگیری مردی ۵۸ ساله به نام «سلطان سکه» داد و افزود وی در مدت ۱۰ ماه، ۲ تن سکه جمع‌آوری کرده است. وی همچنین روز ۲۶ تیر افزود ۵۰ نفر از خریداران عمده سکه در دست پلیس هستند.

دادستان تهران نیز روز ۹ مرداد خبرهای تکان‌دهنده‌ای در همین زمینه داد. به گفته وی: «تعهد دولت به تحویل ۶۲ تن طلا، حاصل از پیش‌فروش سکه، تعهدی سنگین است و با اشاره به اظهارات مسئول اتحادیه طلا و جواهر مبنی بر این‌که بیش از ۲۰۰ تن طلا نیز در منازل است، افزود این ارقام زنگ خطری برای اقتصاد کشور محسوب می‌شود. چرا که این پیش‌فروش سکه با هدف جذب نقدینگی و کاهش تقاضای دلار انجام گرفت اما اثر عکس داشته است» (روزنامه اطلاعات، ۹ مرداد ۱۳۹۷).

تصمیم‌های غیراصولی دولت و بانک مرکزی با هر انگیزه‌ای، در واقع بازگشت به دوران قابل تبدیل بودن اسکناس و پول ملی کشور به پشتوانه طلای آن و نقض آشکار وظیفه و هدف از تأسیس بانک مرکزی در «حفظ ارزش پول» و ناسازگار با قاعده رواج اجباری اسکناس بوده‌است که در بند «الف» ماده ۴ قانون پولی و بانکی ایران مصوب سال ۱۳۵۱ چنین مقرر کرده است: «تعهد بانک مرکزی ایران در مقابل اسکناس‌ها و یا سکه‌های فلزی منتشر شده، منحصر به پرداخت پول رایج کشور خواهد بود».

ب- فروش دلار با نرخ ۴ هزار و ۲۰۰ تومان

کاهش ارزش پول ملی در برابر ارزهای خارجی، همچنین سوءاستفاده از اهرم سرمایه‌های ارزی دولت را در پی داشت. در حالی که در خردادماه سال جاری هر دلار، مرزهای قیمت‌های سابق را درنوردید و به رقم حدود ۸ هزار تومان رسیده بود و آهنگ شتابان آن افزایش داشت، مقامات دولتی باز هم به جای تلاش برای حفظ ارزش پول ملی و قدرت خرید مردم، راه فروش ارز با قیمت‌های غیرواقعی را به واردکنندگان کالاهای خارجی در پیش گرفتند. این تصمیم مغایر قوانین لازم‌الاجرای کشور و فساد برانگیز بود تا آن‌جا که رئیس اتاق بازرگانی تهران در نامه‌ای به رئیس‌جمهور به تاریخ ۱۰ خرداد ۱۳۹۷ و پیش از آن‌که پیامدهای این تصمیم آشکار شود از آن انتقاد کرد. به نوشته وی:

«تخصیص ارز ۴۲۰۰ تومانی به کالاهای وارداتی نه فقط در شرایط کنونی مشکلات دولت و بانک مرکزی را افزایش خواهد داد بلکه در میان‌مدت با افزایش تقاضای واردات، مدیریت دولت را با مشکل مواجه خواهد کرد. لذا پیشنهاد می‌شود نرخ مذکور فقط برای



واردات کالاهای اساسی، سرمایه‌ای و واسطه‌ای تولید اختصاص یافته و باقی واردات، با نرخ توافقی از محل ارز حاصل از صادرات غیرنفتی تأمین شود.»
و در بند دیگری از این نامه در زمینه تأمین ارز کالاهای غیرضروری و مصرفی پیشنهاد شده است:

«تأمین ارز این گروه از کالاها با فعالیت مجدد صرافی‌های مجاز، به این صرافی‌ها واگذار شود تا از محل ارز حاصل از صادرات غیرنفتی (به استثنای محصولات پتروشیمی و میعانات گازی) و به صورت توافقی، بانک مرکزی بتواند مدیریت بازار آزاد را مجدداً در دست گیرد و از افزایش کاذب نرخ ارز در بازار آزاد سریعاً جلوگیری به عمل آورد. ضمن این که با اتخاذ این سیاست و به طور تدریجی، اختلاف نرخ ارز رسمی و بازار کاهش پذیر خواهد بود» (روزنامه اطلاعات، ۱۰ خرداد ۱۳۹۷).

به رغم الزامات روشن قانونی و این پیشنهاد مشخص، مقامات دولتی راه فروش دلار به نرخ ۴۲۰۰ تومان را در پیش گرفتند و با تبلیغ این فکر موهوم که با تعیین این نرخ دلار برای واردات، بازار ارز و طلا کنترل خواهد شد، چوب حراج به سرمایه‌های ملی کشور زدند. آقای نویخت معاون رئیس‌جمهور و رئیس سازمان برنامه و بودجه روز ۴ تیر گفت:
«مقدار منابع ارزی بیش از مصرف است و هر کس نیاز به ارز دارد می‌تواند دلار ۴۲۰۰ تومانی خرید کند ولی در مقابل باید کالایی که با استفاده از آن ارز تهیه شده را مشخص کند. با وجود پیش‌بینی‌های دولت، نباید ولعی در بین باشد که به تضعیف پول ملی کشور در مقابل دلار و سایر ارزها منجر شود. امروز کشور به کمک همه افراد نیاز دارد تا بتواند بر مسائل و مشکلات غلبه کند...».

وی همچنین روز ۶ تیر از ارقام نجومی ارزهای پرداخت شده پرده برداشت و گفت:
«دولت تلاش خود را برای تقویت پول ملی انجام می‌دهد. دولت برای تقویت پول ملی، نرخ ارز را ۴۲۰۰ تومان تعیین کرد و از ابتدای سال تا سوم خردادماه بیش از ۱۱ میلیارد دلار ارز پرداخت شده که بیش از ۲۱ درصد از مدت مشابه سال قبل بوده است.»
وی در ادامه در پاسخ به این پرسش که آیا وضع اقتصادی امروز حفظ خواهد شد و قیمت‌ها به قبل بازخواهد گشت گفت: «تمامی کالاهایی که با ارز ۴۲۰۰ تومانی یا ۳۸۰۰ تومان وارد شده است اگر با رقم‌های غیرواقعی ارز محاسبه شود، قاچاق است و حتماً باید کاهش یابد.»

در حالی که فروش ارز به نیمی از بهای واقعی آن در جای خود تصرف غیرقانونی در اموال دولتی بوده است آقای اسحاق جهانگیری که دلار ۴ هزار و ۲۰۰ تومانی به نام وی



ثبت گردید، روز ۵ تیرماه ۱۳۹۷ در جلسه بررسی مسائل اقتصادی و ارزی کشور گفت: «نخواهیم گذاشت کوچک‌ترین رانت و فساد در این باره ایجاد شود. در شرایط کنونی کشور با کسانی که بخواهند با ایجاد فساد به نظام اقتصادی کشور آسیب وارد کنند، محکم و به طور جدی برخورد خواهد شد. ایجاد امنیت و آرامش اقتصادی خواست مردم و همه فعالان اقتصادی است. از وزارت صنعت و معدن و تجارت، بانک مرکزی و گمرک جمهوری اسلامی می‌خواهم تا با اطلاع‌رسانی کافی و به‌هنگام در مورد نحوه تأمین ارز و ترخیص کالا، شفافیت لازم را برای ممانعت از بروز فساد و جلوگیری از طرح ادعاهای خلاف علیه اقدامات دولت درباره تأمین ارز مورد نیاز کشور به وجود آورند».

در همین جلسه وزیر صنعت و معدن و تجارت نیز با پیش‌بینی سوءاستفاده از تخصیص ارز با قیمت غیرواقعی افزود: «مجموعه این شرایط که در نظام ارزی کشور وجود دارد و سیاست‌های تجاری دیکته شده باعث می‌شود که به مجموعه کالاهایی با ارز ۴۲۰۰ تومان تخصیص اعتبار شده برسیم که وارد کشور می‌شوند؛ هرچند ممکن است این موضوع عملی نباشد که ۵۰۰۰ قلم کالا را زیر نظر نظام تعزیرات ببریم. به همین دلیل گروه‌بندی کردیم و نیازهای اصلی مردم اگر بیشتر از قیمت تعیین شده به فروش برسند واحدهای عرضه‌کننده را پلمپ می‌کنیم تا کسی نتواند از قیمت‌گذاری تعیین شده تخطی کند».

در حالی که مقامات دولتی با نادیده گرفتن پیامدهای واگذاری رانت ارزی به گروهی از سودجویان، از صدا و سیما بهره‌برداری یک‌سویه کرده‌اند در همین روز رئیس مجمع کارآفرینان ایران به این تصمیم دولت اعتراض کرد و گفت: «تنها راه برون‌رفت از دسیسه‌های اقتصادی دشمنان نظام، حمایت تشویقی از تولید ملی، مدیریت آرامش‌بخش افکار عمومی و برخورد قاطع با سفته‌بازان ارزی است. دولت باید منابع ارزی کشور را به صورت هدفمند صرف حمایت از تولید ملی و افزایش اشتغال صنعتی کند و به شدت مصارف غیرضروری ارزی را کاهش دهد... وی از مسئولان و عقلای نظام و چهره‌های شاخص فرهنگی و اجتماعی درخواست کرد تا به جای دامن زدن به رکود و تورم اقتصادی، مردم را به حمایت از کالای داخلی تشویق کنند» (روزنامه اطلاعات، ۵ تیر ۱۳۹۷).

این در حالی است که فروش ارز و سرمایه‌های ملی کشور به بهای کمتر از نیمی از نرخ واقعی آن پیامدی جز دامن زدن به واردات بی‌رویه کالاهای مصرفی و آسیب رساندن به تولید داخلی نداشته و با شعارهای دائمی دولت‌مردان در حمایت از تولید داخلی و اقتصاد مقاومتی ناسازگار است.



۳- پیامدهای تخصیص دلار ۴ هزار و ۲۰۰ تومانی

هنگامی که ارزهای دولتی به کمتر از نیمی از بهای واقعی آن برای واردات کالاهای مصرفی عرضه شدند، هجوم سودجویان برای خرید این ارزها و به چنگ آوردن سودهای بادآورده به بانک‌های عرضه‌کننده آغاز شد. به‌سادگی قابل پیش‌بینی بود که فروش ارزهای دولتی به چنین بهای نازل، زمینه‌ساز رانت و فساد است. این حقیقت نیز روشن بود که زدن چوب حراج به سرمایه‌های ملی نمی‌تواند از کاهش شتابان ارزش پول ملی پیشگیری کند. سرانجام پیامدهای این‌گونه تخصیص ارز آشکار شد و در رسانه‌ها بازتاب یافت. رئیس پلیس تهران روز ۷ تیر ۱۳۹۷ گفت: «از سوی سازمان تعزیرات لیست ۳۵ شرکت که با دریافت ارز دولتی کالایی وارد کرده و آن را به قیمت دو برابر فروخته‌اند یا کالایی وارد نکرده یا کالاهایی را وارد کرده و احتکار کرده‌اند، ارسال شده‌است. در پیگیری از یکی از این شرکت‌ها مشخص شد که بیش از ۲۲ میلیون یورو ارز با نرخ دولتی دریافت کرده‌است اما کالای وارداتی را که تلفن همراه یک برند خاص است با قیمت دو برابر به فروش رسانده‌است. این شرکت تحت پیگرد قرار گرفته‌است».

در خبر دیگری در همین روز وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات اعلام کرد: «اولین بازرسی تعزیراتی از یکی از شرکت‌های واردکننده تلفن همراه صورت پذیرفت و بنا بر گزارش دریافتی، شرکت مزبور حدود ۲۰ هزار گوشی آیفون وارد کرده که ۱۵ هزار دستگاه آن را یکجا و با ۲ میلیون تومان گران‌تر از حد معمول به یک شرکت واگذار کرده و ۵ هزار گوشی را در انبار موجود داشته‌است».

با انتشار این خبرها، خبرگزاری فارس نیز روز ۹ تیرماه به نقل از وزیر ارتباطات گزارش داد: «این وزارتخانه، لیستی از تمام شرکت‌های واردکننده تلفن همراه که ارز دولتی گرفتند و شرکت‌هایی که با این ارز گوشی وارد کرده‌اند در بازه اول فروردین تا ۲۹ خردادماه ۹۷ را منتشر کرد. این فهرست از گم شدن ۱۴۵ میلیون یورو دولتی در واردات قانونی موبایل پرده برداشت».

در همین گزارش، مشاور رئیس‌جمهور با آشکار شدن پیامدهای زدن چوب حراج به سرمایه‌های ملی افزوده است: «ارز نداده‌ایم یک‌سری کلاهبردار جیب خودشان را پر کنند و مردم جنس را با دلار هفت، هشت هزارتومانی خریداری کنند. دولت باید اکنون با استفاده از سازمان حمایت از مصرف‌کننده و تولیدکننده یک نظارت قاطع برای دلارهایی که داده اعمال کند. باید کالای دلارهایی که دولت ارزان داده‌است، با قیمت ارزان به دست مردم برسد. اگر قرار باشد عده‌ای در اینجا کلاهبرداری یا سودجویی کنند به نظرم باید با این‌ها

بدون گذشت برخورد شود».

سرانجام در پی فشار افکار عمومی برای پی بردن به این که با این ارزشهای ارزان چه کالاهایی وارد شده‌اند خبرگزاری فارس روز ۱۱ تیرماه ۱۳۹۷ فهرست بلند بالایی از کالاهای مصرفی را در ۵۲ صفحه بازتاب داد. آقای روحانی رئیس‌جمهور نیز از رقم سنگین ارزشهای تخصیص داده شده برای این گونه کالاهای وارداتی چنین خبر داد: «مردم ایران بهترین ناظر هستند. بانک مرکزی در روزهای اخیر فهرست حدود ۱۳ میلیارد دلاری را که به واردکنندگان تخصیص داده شده، منتشر کرده‌است» (روزنامه اطلاعات، ۱۳ تیر ۱۳۹۷).

البته فهرست مورد اشاره آقای روحانی، همان فهرست کالاهای مصرفی است که با ارزشهای نیم‌بها وارد شده و روز ۱۱ تیرماه در خبرگزاری فارس بازتاب یافته‌است ولی فهرست نام‌های گیرندگان این ارقام نجومی ارزشهای دولتی و هویت آنان هنوز انتشار نیافته‌است. سرانجام روز ۳ مرداد ۱۳۹۷ معاون اول قوه قضاییه در یک کنفرانس خبری دربارهٔ میزان ارزشهای تخصیص داده شده و تخلفات دریافت‌کنندگان این ارزشها گفت: «بعد از ۲۱ فروردین که ارز دولتی با قیمت ۴ هزار و ۲۰۰ تومان مصوب شد، بیش از ۵۰ میلیارد دلار ارز تخصیص یافته‌است و متأسفانه افرادی در مظان اتهام قرار دارند که این پرونده در حال رسیدگی است. وی ادامه داد تخلفات رخ داده در این حوزه سه بخش است. یکی این که برخی از افراد به ازای ارز دولتی دریافتی، کالا وارد نکرده‌اند. کسانی که باید ارز را برای کالاهای خاص هزینه می‌کردند یا کالای دیگر و حتی برندهای دیگر را وارد کردند و دسته دیگر افرادی که ارز دریافتی را هزینه واردات نکردند... برخی افراد بازداشت شده شبکه‌ای برای خود داشتند و حتی در بررسی‌های انجام‌شده با افرادی مواجه شدیم که به نام آنها حساب باز شده و گردش مالی بالایی نزدیک به ۸۰۰ میلیارد [تومان] و بالاتر داشته‌اند ولی در تحقیقات تکمیلی، این افراد اعلام کردند که اصلاً از این مبالغ کلان اطلاعی نداشته و تنها حسابی را باز کرده و دسته چک سفید امضایی را در اختیار افرادی قرار داده‌اند. اگرچه این افراد از گردش مالی کلان اطلاع نداشته‌اند ولی در اختیار قرار دادن حساب بانکی و دسته چک سفید امضا به افراد دیگر نوعی تخلف است. ضابطان قضایی به من اعلام کردند که هنگام رصد حساب‌های بانکی که گردش مالی بالایی داشتند به مواردی برخورد کردند که در این حساب‌ها، حتی شماره تلفن پیامکی بانک به نام صاحب حساب نبوده و تلفن سر شبکه این گروه به‌عنوان شماره تلفن پیامکی ثبت شده و صاحب امضا حتی از ورود و خروج پول‌ها نیز بی‌اطلاع بوده است» (روزنامه اطلاعات، ۳ مرداد ۱۳۹۷).



دادستان تهران هم از بازداشت ۶۵ نفر و ممنوع‌الخروجی ۱۰۶ نفر از متهمان این پرونده-ها خبر داد و افزود از این تعداد ۵۳ متهم در پرونده‌های ارزی و واردات گوشی تلفن همراه و ۱۲ نفر در پرونده واردات اتومبیل بازداشت شده‌اند. وی افزود این متهمان نمی‌توانند به صرف پرداخت جریمه گران‌فروشی بر اساس قانون تعزیرات حکومتی از مسئولیت خطیر خود در ایجاد وضع بحرانی در حوزه ارز واردات کالا شانه خالی نمایند و افزوده است این اقدامات مشمول قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ است که بر طبق بند «ب» از ماده یک آن، گران‌فروشی کلان، احتکار عمده ارزاق یا سایر نیازمندی‌های عمومی دارای مجازات پنج تا بیست سال حبس و ضبط اموال حاصل از اعمال مجرمانه است (خبرگزاری فارس، ۱۷ مرداد ۱۳۹۷).

هنگامی که مقامات دولتی به رغم روند کاهش شتابان ارزش پول ملی، ارزهای دولتی را به نیمی از بهای آن بی‌حساب و کتاب به واردکنندگان کالاها و یا حتی به افراد بی‌هویتی به فروش می‌رسانند و انواع کالاهای مصرفی وارد مرزهای کشور می‌شوند، چگونه می‌توان انتظار داشت این اقلام وارداتی به زیر قیمت روز فروخته شوند؟

از سوی دیگر هر چند دولت ارزهای خود را برای وارد کردن این کالاهای مصرفی به کمتر از قیمت روز فروخته ولی هیچ‌نرخ‌ی از پیش، برای فروش این کالاها تعیین نکرده‌است؛ بنابراین فروش این اقلام وارداتی به قیمت‌های روز امری طبیعی است. حتی اگر دولت برای همه این اقلام وارداتی دست به تعیین نرخ برای فروش بزند ولی این نرخ‌ها زیر قیمت واقعی باشند، باز هم طبیعی است کسانی که این کالاها را خریداری می‌کنند، این نرخ‌ها را رعایت نمی‌کنند و این کالاها را در معاملات بعدی به قیمت روز عرضه کرده و به فروش می‌رسانند؛ زیرا دولت باید برای این‌گونه روش‌های کنترل قیمت‌ها یک ارتش سازمان‌یافته از بازرسان را بسیج کند تا قیمت‌های خرید و فروش کالاها را در همه معاملات کنترل کند. این واقعیت چنان روشن است که یکی از مؤلفان برجسته حقوق فرانسه ۵۰ سال پیش، نرخ‌بندی کالاها از سوی دولت را چنین توصیف کرده است: «دولت نرخ‌هایی را برای کالاها تعیین می‌کند ولی این نرخ‌ها رعایت نمی‌شوند. به ناچار نرخ‌های جدیدی را اعلام می‌کنند ولی این نرخ‌ها هم به سرنوشت همان نرخ‌های سابق دچار می‌شوند. به این ترتیب تصمیم‌گیری‌های دولت در نرخ‌بندی کالاها به عملیات کودکانی شباهت دارد که با کوشش‌های خستگی‌ناپذیر در ساحل دریا، ساختمان‌های شنی بنا می‌کنند و دریا هم با هر جزر و مدّ خود این ساختمان‌ها را به کام خود می‌کشد و اثری از آن‌ها بر جای نمی‌گذارد. برقراری عدالت در روابط اقتصادی و برقراری قیمت‌های عادلانه در معاملات در درجه اول به وجدان و

اخلاق عمومی یک جامعه بستگی دارد و الا چه قانونی می‌تواند عدالت را در بازاری که در بستوی مغازه‌های دزدان بر پا شده است برقرار کند»^۱.

در هر حال هرگونه پیگرد متهمان عناوین مجرمانه گران‌فروشی و احتکار مانند دیگر اتهام‌های کیفری لزوماً باید با رعایت تشریفات آیین دادرسی کیفری، بی‌تبعیض و در فرآیند یک دادرسی عادلانه انجام شود. این تکلیفی است که اصل ۱۵۶ قانون اساسی برعهده قوه قضاییه نهاده و از تکالیف بین‌المللی دولت‌هاست. هرگونه انحراف از موازین قانون آیین دادرسی کیفری و هرگونه تبعیضی با هر دستاویزی در پیگرد کیفری این‌گونه اتهام‌ها زمینه‌ساز بی‌اعتباری احکام صادره خواهد بود؛ و البته دولت و مجلس نیز چنان که خواهیم گفت تکلیف دارند با حفظ ارزش پول ملی و رعایت قواعد عرضه و تقاضا در بازار کالاها با ریشه‌های جرم‌های گران‌فروشی و احتکار برخورد کنند.

۴- تخلف از الزامات قانونی

حقوق‌دانان فرانسوی، ماهیت حقوقی اسکناس رایج را «مال منقول عینی» شمرده‌اند. این اندیشه که در دست داشتن اسکناس، سند طلب دارنده آن از بانک مرکزی است، منسوخ شده است. ارزشهای خارجی نیز که رواج قانونی ندارند، مال منقول عینی و در واقع کالا شمرده می‌شوند. از همین‌رو بند «ج» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، «نگاهداری کلیه ذخایر ارزی و طلای کشور» را از وظایف بانک مرکزی دانسته‌است. آیین‌نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۲۷ موضوع ماده ۷۲ قانون محاسبات عمومی کشور که آخرین متن آن در ۱۳۷۲/۷/۱۱ به تصویب رسیده‌است در ماده ۳۸ آن، معاملات عمده اموال دولتی را از طریق انتشار آگهی مزایده عمومی و با رعایت تشریفات مذکور در این آیین‌نامه دانسته‌است.

در خلال چهار دهه گذشته مدیران بانک مرکزی، ارزشهای خارجی کشور را در مراکز معینی عرضه کرده و با نرخ‌هایی پایین‌تر از نرخ‌های آزاد به ریال تبدیل کرده‌اند. دولت‌ها و مجلس‌ها هم این روش را تأیید و یا در برابر آن چشم‌پوشی کرده‌اند. بانک مرکزی نمی‌تواند ارزشهای خارجی را با تشخیص خود و با نرخ‌های دلخواه و یا زیر قیمت واقعی آن به هر کس می‌خواهد بفروش رساند. به دیگر سخن، بانک مرکزی برای فروش ارزشهای خارجی خود باید با انتشار آگهی مزایده، از صراف‌ها و دیگر خریداران دعوت کند و با رعایت تشریفات

^۱ Henri Mazeaud, Michel de Juglart, T.2. Principaux contrats, no 897, 1968

^۲ Boris Starck, ibid, no 316



مذکور در آیین‌نامه معاملات دولتی، هر میزان ارزی را که قصد فروش آن را دارد در یک مزایده عمومی برای حفظ حقوق دولت به بالاترین قیمت بفروشد.

ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی نیز هر یک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها را که وجوه نقدی یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها را مورد استفاده غیرمجاز قرار دهد، بی آن که قصد تملک آن‌ها را به نفع خود یا دیگری داشته باشد «متصرف غیرقانونی» شمرده و افزون بر جبران خسارات، مشمول کیفرهایی دانسته است. ارز ۴ هزار و ۲۰۰ تومانی برای واردات کالاهای اساسی نیز که آقای روحانی رئیس‌جمهور در گفتگوی خبری خود با صدا و سیما روز ۱۶ مرداد ۱۳۹۷ از آن خبر داد مبنای قانونی ندارد. به گفته وی: «پرداخت ارزی که برای کالاهای اساسی به میزان ۴۲۰۰ تومان اختصاص می‌یابد، ادامه خواهد داشت و مردم باید بدانند که حداقل تا پایان فروردین سال آینده این نرخ ۴۲۰۰ تومان برای کالاهای اساسی تغییری نخواهد کرد و کالاهای اساسی در این بسته، بازتر از کالاهای اساسی موردنظر مردم است. باید به صورت شفاف به مردم گفته شود که ارز ۴۲۰۰ تومانی به چه کسانی و چه شرکت‌هایی اختصاص داده شده و بناست چه کالاهایی وارد کنند و قرار ما با همه وزرا این شد این ارز ۴۲۰۰ تومانی که در واقع یارانه‌ای است تا رسیدن به دست مصرف‌کننده همه بروند کار نظارت کنند و همه دستگاه‌های نظارتی باید با هم همکاری داشته باشند تا کالاها با قیمت موردنظر به دست مردم برسد تا خیال مردم راحت باشد» (روزنامه اطلاعات، ۱۷ مرداد ۱۳۹۷).

این تصمیم رئیس‌جمهور نیز پرسش‌برانگیز است. اگر دولت می‌خواهد ارز ۴۲۰۰ تومانی را به‌عنوان یارانه به مردم پرداخت کند، باید در بودجه سالانه و یا بودجه متمم به تصویب مجلس برسد و نمی‌تواند به تصمیم خود یارانه پرداخت کند. از سوی دیگر این ارز به نوشته خبرگزاری «تسنیم» روز ۱۶ مرداد ۱۳۹۷ برای ۲۵ قلم کالا در نظر گرفته شده که واردکنندگان پاره‌ای از آن‌ها پیش از این ارز ۴۲۰۰ تومانی گرفته و بحرانی در کشور ایجاد کرده‌اند؛ بنابراین اگر دولت می‌خواهد یارانه به مصرف‌کنندگان بدهد به فرض گرفتن مجوز قانونی از مجلس باید این کالاها را از سوی سازمان‌های دولتی مربوط وارد کند و در دسترس مصرف‌کنندگان قرار دهد. مدیریت اقتصاد یک کشور از طریق پرداخت یارانه، روشی زیان‌بار، شکست‌خورده و فسادبرانگیز است. اگر حکومت قانون در کشور ما برقرار می‌شد، هرگز اقتصاد، امور مالی و گذران زندگی مردم با چنین بن‌بستی روبرو نمی‌شد. در هر حال تخصیص ارز به کمتر از نیمی از ارزش معاملاتی آن به گروهی از اشخاص مبنای قانونی ندارد و به گران‌فروشی و احتکار کالاهایی را که با چنین ارزهایی وارد کشور می‌شوند نیز دامن خواهد



زد. اکنون به دلیل کاهش دائمی ارزش پول ملی، بهای دلار و دیگر ارزهای خارجی رشد فزاینده‌ای یافته و تخصیص ارز با نرخ ۴۲۰۰ تومان جاذبه بیشتری پیدا کرده و باب فساد و سوءاستفاده را در نظام بانکی کشور گشوده است. در همین راستا روز ۴ دی ۱۳۹۷ از «دستگیری عناصر شبکه نفوذ در سیستم بانکی و ارزی کشور توسط وزارت اطلاعات» خبری به شرح زیر انتشار یافت: «روابط عمومی وزارت اطلاعات از دستگیری عناصر شبکه نفوذ در سیستم بانکی و ارزی کشور در استان‌های سیستان و بلوچستان، تهران، مازندران، قم، کرمان و اصفهان خبر داد. در گزارش روابط عمومی وزارت اطلاعات آمده است: سربازان گمنام امام زمان (عج) در استان‌های، سیستان و بلوچستان، تهران، مازندران، قم، کرمان و اصفهان در اقدامات هوشمندانه و پیچیده اطلاعاتی - عملیاتی هم‌زمان و هماهنگ، ۱۷ نفر از عناصر شبکه نفوذ در سیستم بانکی و ارزی کشور را دستگیر کردند. این شبکه به بهانه انجام واردات کالا، با اسناد غیرواقعی و جعلی به ثبت سفارش واردات کالا اقدام می‌کردند و بدون آن که قصد واردات کالا داشته باشند، ارزهای دولتی را به مقصد دلخواه خود حواله می‌کردند و پس از آن، ارزها را به قیمت آزاد فروخته و از مابه‌التفاوت حاصله سودجویی می‌کردند. در نتیجه اقدامات اداره کل اطلاعات سیستان و بلوچستان و همکاری ویژه دستگاه قضایی و دادستان این استان ۸۷ شرکت صوری شناسایی و تعداد زیادی اسناد و مهرهای جعلی مربوط به شرکت‌های داخلی و خارجی نیز کشف و از خروج ۳۰۰ میلیون یورو ارز دولتی، جلوگیری شد. وزارت اطلاعات به عموم مردم شریف ایران که به هر نحو در شرکت‌های صوری تحت عنوان مدیرعامل یا سایر عناوین، از سوی دیگران مورد سوءاستفاده قرار گرفته و به نام آن‌ها ثبت سفارش انجام شده و تعهدات ارزی ایجاد شده است توصیه می‌کند موارد را از طریق تلفن ۱۱۳ به ادارات کل اطلاعات استان خود اطلاع دهند تا با اقدام به‌موقع از گسترش آثار سوء اقدامات مجرمانه جلوگیری شود» (روزنامه اطلاعات، ۵ دی ۱۳۹۷).

در خبر دیگری وزارت اطلاعات روز ۲۰ بهمن ۱۳۹۷ اعلام کرد: «سربازان گمنام امام زمان در اداره کل اطلاعات مازندران، ۵ نفر از عوامل اصلی باند فساد ارزی را دستگیر کردند و تحویل مرجع قضایی دادند. تأسیس شرکت‌های کاغذی و صوری و تطمیع مسئولان برخی شعب بانک‌ها از جمله شگردهای این شبکه سازمان‌یافته برای دریافت ارز دولتی به بهانه واردات کالا بوده که با اقدامات اطلاعاتی و عملیاتی، تاکنون کالایی به کشور وارد نشده و ارز حاصله در بازارهای آزاد از طریق چند صرافی به فروش رسیده است. میزان حوالجات ارزی اخذشده این باند فساد ۷۲ میلیون دلار بوده که از برخی بانک‌ها در استان‌های



مازندران، تهران، بوشهر، سیستان و بلوچستان، بندرعباس، تبریز و قزوین بدون وثیقه و تضمین دریافت شده است...» (روزنامه اطلاعات، ۳۰ بهمن ۱۳۹۷).

این خبرهای تکان‌دهنده پایانی ندارند و هر از چندگاهی دستگاه‌های دولتی خبر تازه‌ای از شیگردهای دریافت‌کنندگان ارزهای دولتی ۴۲۰۰ تومانی و تخلف از تعهدات این اشخاص و باندها در رسانه‌ها منتشر می‌کنند. سرانجام رئیس کل بانک مرکزی در نامه‌ای به رئیس‌جمهور، فهرستی از دریافت‌کنندگان این گونه ارزهای دولتی را که از انجام تعهدات خود تخلف کرده‌اند تنظیم و در اختیار وی نهاد. در بخشی از این نامه آمده است: «حال علیرغم تمام تلاش‌های به عمل آمده و تخصیص و تأمین ارز برای واردکنندگان مورد تأیید دارای ثبت سفارش، دستگاه‌های یاد شده متأسفانه حسب اطلاعات سامانه رفع تعهد ارزی این بانک، به نظر می‌رسد بخش قابل توجهی از تعهدات ارزی مربوط به ورود کالا به کشور، علیرغم تأمین ارز و انقضای مهلت قانونی به صورت رفع تعهد نشده بوده و اسناد و مدارک سالیانه مبتنی بر ورود و ترخیص قطعی کالاهای مورد اشاره در سامانه به ثبت نرسیده است...».

رئیس‌جمهور نیز پیرو دریافت اسامی متخلفان ارزی از سوی رئیس کل بانک مرکزی به جای آن که دستور توقف تخصیص ارزهای دولتی به بهای غیرقانونی و غیرمعقول ۴۲۰۰ تومان را صادر کند، روز ۷ مرداد ۱۳۹۸ به چهار وزیر کابینه دستور داد تا فوراً علت تخلفات ارزی در دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی زیر مجموعه خود را بررسی و اعلام کنند (روزنامه اطلاعات، ۷ مرداد ۱۳۹۸). سرانجام روز ۸ مرداد اتاق بازرگانی ایران در بیانیه‌ای رسمی از دولت خواست تخصیص ارز ۴۲۰۰ تومانی را متوقف کند. به گزارش ایسنا: «اتاق بازرگانی ایران در بیانیه خود ابتدا با اشاره به مضرات دلار ۴۲۰۰ تومانی برای اقتصاد ایران از دیدگاه این نهاد، نوشت: تخصیص منابع قابل توجه ارز ترجیحی در سال گذشته، در تحقق هدف حفظ قدرت خرید خانوارها در برابر تورم‌های فزاینده موفق عمل نکرده است. شاهد این امر تفاوت نه‌چندان محسوس تورم کالاهای اساسی و غیراساسی در سال ۹۷ است. همچنین تفاوت معنادار نرخ ارز ترجیحی با نرخ‌های نیمایی و آزاد به گسترش رانت و فساد در جامعه و کاهش اعتماد عمومی به توان سیاست‌گذاری دولت منجر شده است. افزایش محسوس واردات برخی کالاهای اساسی در سال ۹۷ نسبت به سنوات گذشته و تفاوت در قیمت توزیع دولتی و آزاد اقلام مصرفی اساسی، انعکاسی از فساد شکل‌گرفته در اثر سیاست‌گذاری نامطلوب ارزی است. اجرای سیاست تخصیص ارز یارانه‌ای در مواردی تضعیف تولید داخلی را هم در پی داشته است و شرایط رقابتی نابرابر تولیدکنندگان کالاهای مشابه اقلام اساسی



وارداتی از دلایل این امر به شمار می‌رود...» (روزنامه اطلاعات، ۸ مرداد ۱۳۹۸).

۵- ریشه‌های کاهش ارزش پول ملی

در چهار دهه گذشته دولت‌هایی که قدرت را به دست گرفته‌اند و مجلس‌هایی که با آنان همسویی داشته‌اند با تخلف از اصول قانون اساسی و قوانین بنیادی کشور، تصمیم‌سازی‌هایی کرده‌اند که به افزایش بی‌رویه نقدینگی و کاهش ارزش پول ملی انجامیده است. این اقدامات در زمینه‌های گوناگون از جمله در موارد زیر انجام شده‌اند:

الف - آشفته ساختن سیستم بانکی

هر چند قانون پولی و بانکی ایران در سال ۱۳۵۱ با کوشش‌های دکتر عبدالعلی جهانشاهی استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران و رئیس وقت بانک مرکزی ایران در مجلس شورای ملی و سنا به تصویب رسید و نظام بانکی ایران را به سطح استانداردهای جهانی رسانید ولی پس از آن یک رشته قانون‌گذاری‌هایی شده که نظام بانکی کشور را آشفته کرده‌اند. در سال ۱۳۶۲ مثنی مواد آشفته از سوی دولت وقت گردآوری و زیر نام «قانون عملیات بانکی بدون ربا» به مجلس تقدیم شد که ناسازگاری آشکار با موازین جهانی بانکداری، حقوق مدنی ایران و حتی موازین فقهی داشت. هر چند این مقررات بی‌ارزش به رغم اعتراضات اصولی نمایندگان مجلس تصویب شد ولی چنان فاجعه‌آمیز بود که در عمل از اجرای آن خودداری کردند. با این حال این قانون به گونه ظاهرسازی و صوری اجرا شد و بانک‌ها را در تار و پود یک رشته روش‌های «کلاه شرعی» گرفتار کرد و آسیب بزرگی به نظام بانکی کشورها وارد ساخت. مقررات ضد بانکی دیگری نیز به تدریج در مجلس به تصویب رسیده و یا در لابه‌لای قوانین دیگر وارد شده‌اند که زیان‌های دیگری به نظام بانکی کشور وارد ساخته‌اند.^۱

ب- مؤسسات اعتباری

اجازه فعالیت به «مؤسسات اعتباری» که به گونه گسترده وارد قلمرو وظایف بانک‌ها شده‌اند، آسیب‌های جبران‌ناپذیر دیگری را به اعتبار پول ملی کشور وارد ساخته‌اند. این

۱- در نقد حقوقی قانون عملیات بانکی بدون ربا، سخنرانی‌هایی در مؤسسه عالی بانکداری ایران داشته‌ام که در شماره‌های زیر به چاپ رسیده‌اند:

- نقد مقررات بهره و سپرده‌گذاری در این قانون، هشتمین سمینار بانکداری اسلامی، ۱۰ و ۱۱ شهریور ۱۳۷۶.

- نقد مقررات وام در این قانون، نهمین سمینار بانکداری اسلامی، ۱۰ و ۱۱ شهریور ۱۳۷۷.



مؤسسات کمترین جایگاهی در قانون پولی و بانکی مصوب سال ۱۳۵۱ نداشته و در هیچ کشوری به این گونه مؤسسات که امکان نظارت بر آنها وجود ندارد، فرصت گردآوری سپرده‌های مردم را نداده‌اند.

پ- تجاوز به مقررات شهرسازی


همچنین از هنگامی که پدیده شوم و مجرمانه تراکم‌فروشی و تغییر کاربری‌ها و تجاوز به حقوق مالکانه مردم و مقررات شهرسازی در شهرداری تهران آغاز شد و به دیگر شهرهای کشور گسترش یافت به رغم ممنوعیت مذکور در ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور، بسیاری از بانک‌ها سرمایه‌های خود را در ساخت و سازها و برج‌سازی‌ها بکار برده‌اند و بخش‌های بزرگ دیگری از سرمایه‌های بانک‌ها با پرداخت وام‌های کلان به پای این ساخت و سازهای ویرانگر محیط زیست و تجاوز به حقوق مالکانه ساکنان شهرها ریخته شده‌اند. دولت‌ها و مجلس‌ها نیز به جای برخورد با این تخلفات آشکار، راه بی‌تفاوتی را در پیش گرفتند و سرمایه‌های بزرگ کشور که باید در راستای تولید، صنعت و کشاورزی بکار گرفته می‌شدند به سوی این برج‌سازی‌های ویرانگر رفته‌اند.^۱

ت- بودجه‌های سالانه و برنامه‌های پنج‌ساله

تصویب قوانین بودجه‌های سالانه و برنامه‌های موسوم به پنج‌ساله توسعه نیز با تخلف از الزامات قانون برنامه بودجه مصوب سال ۱۳۵۱ در جای خود زمینه‌ساز آسیب زدن به اعتبار پول ملی بوده‌اند. برای نمونه قانون بودجه سال ۱۳۹۷ که در سال گذشته به مجلس تقدیم شد، دارای کسر بودجه سنگین بود و این کسر بودجه با استقراض‌های پنهان در این قانون در مجلس تصویب شد. در ۲۴ بهمن ۱۳۹۶ در مقاله‌ای درباره تخلفات لایحه دولت از قانون اساسی و انتقاد از ادامه نظام دولت‌سالاری در کشور و ریخت و پاش سرمایه‌های ملی به نام هدفمند کردن یارانه‌ها و پرداخت وجوه غیرقانونی به نام موهوم «سودهای سهام عدالت» اعلام کردم: «لایحه بودجه سال ۱۳۹۷ باید به دولت بازگردانده شود» که این مقاله در سایت‌ها بازتاب یافت. به‌ویژه در بخش پایانی آن تأکید کردم: «تجربه چند دهه گذشته در تدوین لوایح بودجه نشان می‌دهند که این گونه بودجه‌های فساد برانگیز با وجود همه هشدارها و با کسر بودجه‌های سنگین و استقراض‌های بی‌حساب و کتاب در مجلس‌هایی که به سوگند احترام به قانون اساسی پایبند نیستند، به تصویب می‌رسند. پیامد این گونه

۲- در این زمینه نگاه کنید به مقاله‌ای از نویسنده در مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، زیر عنوان:

«منحرف شدن بانک‌ها از انجام وظایف قانونی»، شماره ۲۲۲، پاییز ۱۳۹۲.



قانون‌گذاری‌ها نیز چیزی جز افزایش تورم، کاهش اعتبار پول ملی، کاهش قدرت خرید مردم و دامن زدن به گرانی‌ها و در نهایت گرفتار شدن ملت ایران در بحران‌های اقتصادی و اجتماعی نخواهد بود؛ و سرانجام تأکید می‌کنم که این تخلفات روشن از قانون اساسی، تنها با پرده‌پوشی و سانسور در صدا و سیما امکان‌پذیر هستند و بس».

و سرانجام با آشکار شدن آثار کاهش شدید ارزش پول ملی در ماه‌های آغازین سال ۱۳۹۷ و فروش ارزهای دولتی به کمتر از نیمی از بهای آن‌ها و با تخلف از قوانین لازم-الاجرای کشور، مجلس شورای اسلامی کمترین بهره‌ای از اختیارات نظارتی خود نگرفته و همچنان در لاک بی‌عملی باقی مانده‌است. ولی در این مجلس با برخورد با معلول‌ها و پیامدها و نطق‌های پیش از دستور بی‌ثمر، تظاهر به انجام وظایف نمایندگی می‌کنند.

هر چند برخوردهای قانونی با کسانی که به ناروا این سرمایه‌های گران‌بها را به چنگ آورده و آن چنان که مقامات قوه قضاییه گفته‌اند پاره‌ای از آنان حتی کالایی وارد نکرده‌اند، یک ضرورت است ولی واقعیت این است که با برخوردها و پیگردهای قضایی نمی‌توان مشکلات بزرگ مالی و اقتصادی کشور و بحران‌های گرانی و کمبود اقلام کالاها را چاره‌جویی کرد. ریشه همه این گرفتاری‌ها و بحران اقتصادی و اجتماعی در کشور ما این است که اصول گوناگون قانون اساسی که تأکید بر برگزاری انتخابات آزاد کرده‌اند، بلا اجرا باقی مانده‌اند و مجلس‌هایی که با قانون انتخابات سال ۱۳۹۰ خورشیدی و با دست‌کاری‌های زیان‌باری که در سال ۱۳۶۲ در آن انجام شده‌است، تشکیل می‌شوند، توان قانون‌گذاری‌های سودمند و نظارت مؤثر بر دولت‌ها، بانک و شهرداری‌ها را ندارند. رؤسای جمهور و مجلس‌هایی نیز که سوگند به اجرای قانون اساسی یاد کرده‌اند، اراده‌ای برای اجرای مهم‌ترین وظیفه خود که اصلاح قانون انتخابات و برگزاری انتخابات آزاد و عادلانه و راه یافتن نمایندگان حقیقی مردم به مجلس‌ها و شوراهای شهری است، نداشته‌اند. در این اوضاع و احوال، فشارهای روانی و اقتصادی به طبقات متوسط و ضعیف جامعه ادامه خواهد یافت و تعطیلی بسیاری از مؤسسات تولیدی را به دلیل گران شدن دائمی مواد اولیه و اقلام وارداتی و دستمزدها روز به روز شاهد خواهیم بود و حفظ ارزش پول ملی کشور دور از دسترس مردم خواهد ماند.



تحلیل فقهی، حقوقی لزوم یا جواز عقد شرکت با نگاهی به رویه قضایی ایران

مهدی جلیلی^۱

دکتر علیرضا فصیحی زاده^۲

دکتر محمدصادق طباطبایی^۳

چکیده

به علت ماهیت ویژه عقد شرکت، در رابطه با لزوم یا جایز بودن آن، اختلاف نظرات اساسی وجود دارد. در حالی که برخی از فقها و حقوقدانان عقد شرکت را مطلقاً جایز دانسته و در این رابطه ادعای اجماع می نمایند، بعضی دیگر از فقها و حقوقدانان این عقد را مطلقاً عقودی لازم دانسته و گروه سوم از فقها و حقوقدانان، عقد شرکت را دارای ماهیتی دوگانه می دانند و در قسمت ایجاد اشاعه، لازم و در قسمت اعطای نیابت در تصرف، جایز قلمداد می نمایند. این اختلاف نظرات به تبع فقه، به دکتربین حقوقی و رویه قضایی نیز کشیده شده است. در این مقاله با تجزیه و تحلیل دلایل موافقان و مخالفان لزوم یا جواز عقد شرکت، با تأکید بر پاسخ های حلی و نقضی که به دلایل مخالفان و موافقان لزوم یا جواز این عقد داده می شود، در نهایت این نتیجه حاصل می گردد که با توجه به مواد ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی و با عنایت به نظر فقها و حقوقدانان بزرگی چون شهید ثانی، سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی و دکتر ناصر کاتوزیان، می بایست دیدگاه سوم را صحیح قلمداد نماییم، امری که

۱. وکیل پایه یک دادگستری

۲. وکیل پایه یک دادگستری، استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

۳. وکیل پایه یک دادگستری، دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان



رویه قضایی نیز به آن تمایل بیشتری دارد.^۱

کلمات کلیدی: شرکت، عقد، لازم، جایز، رویه قضایی.

طرح مسئله

یکی از مهم ترین تقسیم بندی های ارائه شده در فقه و به تبع آن در قانون مدنی ایران، تقسیم بندی عقود به لازم و جایز می باشد. عقد لازم بر اساس ماده ۱۸۵ قانون مدنی آن است که به جز در مواردی که در قانون پیش بینی گردیده، هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را ندارند و در مقابل عقد جایز بر اساس ماده ۱۸۶ این قانون آن است که هر یک از طرفین هر زمانی که اراده نمایند می توانند آن را فسخ نمایند. با توجه به آثار فراوان و متفاوتی که لازم یا جایز بودن یک عقد می تواند به همراه داشته باشد، تشخیص این امر که عقدی لازم است یا جایز از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. پیرامون لازم یا جایز بودن بسیاری از عقود، نه تنها در فقه، بلکه در دکترین حقوقی و رویه قضایی هیچ اختلاف نظری وجود ندارد، به عنوان مثال در لازم بودن بیع و اجاره و در جایز بودن ودیعه، وکالت و عاریه هیچ اختلاف نظری میان فقها و حقوقدانان وجود ندارد. در مقابل، به علت ماهیت ویژه برخی از عقود، در لازم یا جایز بودن آن ها اختلاف نظرات فراوانی در فقه و به تبع آن در دکترین حقوقی وجود دارد، اختلاف نظرانی که به رویه قضایی نیز کشیده شده و باعث صدور آرای مختلف و گاه کاملاً متضاد گردیده است. از جمله این عقود، عقد شرکت است که به علت اختلاف نظرات زیاد در فقه و در کنار آن ابهام و اجمال ظاهری قانون مدنی در رابطه با لازم یا جایز بودن آن، وحدت نظری وجود ندارد. تفاوت دیدگاه ها در رابطه با لزوم

۱. اصل مقاله حاضر در مجله علمی، پژوهشی پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی پذیرش چاپ گرفته. مقاله اصلی با تأکید بر نظر فقهای مذاهب مختلف اسلامی بوده، اما در مقاله حاضر، با توجه به مخاطبان خاص مجله مدرسه حقوق که وکلای محترم می باشند، تغییراتی کاربردی رخ داده و بیشتر بر دکترین حقوقی و رویه قضایی تأکید گردیده است.

۲. عتیقی، محمد عبیدالله، *عقود الشركات، دراسة فقهیه مقارنه مع موجز فی القانون الكويتی*، (الکویت: مکتبه ابن کثیر، ۱۴۱۷ق). ص ۶۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق*، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶). ص ۹۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقلداتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین*، جلد اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲. حکیم، محمدسعید، *منهاج الصالحین*، (بیروت، دارالفیوه، ۱۴۱۶ق).



یا جواز عقد شرکت آن قدر زیاد است که این اختلاف نظر، نه تنها در میان فقهای مذاهب مختلف اسلامی وجود دارد، بلکه حتی میان حقوقدانان، قضات و وکلا نیز این اختلاف نظر کاملاً هویدا و آشکار است. برخی از فقها و حقوقدانان با تمسک به عموم و اطلاق آیات و روایاتی که بر وفای به عهد تأکید نموده و با توجه به اصله اللزوم، این عقد را به طور مطلق از جمله عقود لازم می دانند. دیدگاه برخی دیگر از فقها و حقوقدانان آن است که با توجه به آن که ماهیت عقد شرکت به ماهیت عقد جایز و کالت نزدیک می باشد و در هر دو عقد، عنصر اصلی، اذن و نیابت است، عقد شرکت مطلقاً جایز بوده و تمام آثار عقد جایز از جمله منفسخ شدن در اثر فوت یا جنون یکی از شرکاء را بر آن بار می نمایند.^۴ در کنار این دو دیدگاه، عده ای دیگر از فقها و حقوقدانان برای عقد شرکت، ماهیت و چهره ای دوگانه در نظر گرفته اند و قسمتی از عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می شود را لازم

ص ۱۶۶. ابن الرفعه، ابی العباس نجم الدین احمد بن محمد، *کفایه النبیة، شرح التنبیه*، جلد دهم، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۰ق). ص ۱۹۷. موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد اول، (قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۴). ص ۵۸۸.

۱. عتیقی، پیشین، ص ۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، *رساله توضیح المسائل*، چاپ چهل و سوم، (قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب، ۱۳۸۴). ص ۳۴۵.

۲. الرازی، حسام الدین علی بن مکی، *خلاصه الدلائل فی تنقیح المسائل*، جلد اول، (الریاض: مکتبه الرشد ناشرون، ۱۴۲۸ق). ص ۴۷۹. البرنی، محمد عاشق الهی، *التسهیل للضروری لمسائل القدوری*، (کراتشی: مکتبه الشیخ، ۱۴۲۸ق). ص ۲۸۱. ابن تیمیة الحرانی، أبو البرکات، مجدالدین، *المحرر فی الفقه علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الاول*، (ریاض: المکتبه المعارف، ۱۴۰۴ق). ص ۲۵۴.

۳. الغزالی، ابی حامد محمد بن محمد بن محمد، *الوجیز فی فقه الامام الشافعی*، جلد اول، (بیروت: شرکه دارالارقم بن ابی الارقم، ۱۴۱۸ق). ص ۳۵۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد اول، (بیروت: دارالقاری، ۱۴۲۵ق) ص ۳۸۸.

۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد دوم، (بیروت: دارالکتاب الاسلامی، بی تا) ص ۳۵۳. البحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، جلد بیست و هشتم، (بیروت: انتشارات دارالاضواء، ۱۴۰۵ق). ص ۱۷۰. النووی، یحیی الدین بن شرف، *التکمله الثانيه المجموع شرح المذهب*، الجزء الرابع عشر، (المدينه المنوره: المکتبه السلفیه، بی تا). ص ۸۹.

۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، *حاشیه المختصر النافع*، (قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق). ص ۱۰۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *العروه الوثقی*، الجزء الثاني، (بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق). ص ۵۳۲. برکات، السید عمر، *فیض الاله المالک فی حل الفاظ عمدہ السالک و عمدہ الناسک*، جلد دوم، (بی جا: شرکه مکتبه مصطفی البانی الحلبی و اولاده، ۱۳۷۲ق). ص ۴۶۳.



دانسته و قسمتی از عقد شرکت را که اثر آن، اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است را جایز قلمداد می نمایند.^۱

ا توجه به آثار بسیار متفاوت حقوقی که هر یک از این دیدگاه ها به همراه دارد، نیاز به این موضوع احساس می گردد که پاسخ سوال اصلی این مقاله با موشکافی بیشتری مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در این مقاله در ابتدا به طور بسیار خلاصه به بررسی مبانی لزوم و جواز عقود پرداخته و بعد از آن، نظرات و دلایل مخالفان و موافقان لزوم یا جواز عقد شرکت در کتب فقهی و به تبع آن در دکترین حقوقی، با پاسخ های حلی و نقضی که به دلایل آن ها داده می شود، مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد. رویه های قضایی و نمونه آرای دادگاه های مختلف از باب کاربردی شدن مقاله آورده می شود و از آن جهت که مقاله صرفاً جنبه گزارشی نداشته و حالت علمی، تحقیقاتی یابد، در مورد دلایل مخالفین و موافقین لزوم یا جواز عقد شرکت، مقارنه ای کامل انجام داده تا زمینه فهم بهتر این موضوع فراهم گردد که با توجه به ابهام و اجمال قانون مدنی در این زمینه، عقد شرکت، عقدی لازم به حساب می آید یا جایز؟

۱. مبانی لزوم و جواز عقود

بدون شک تحلیل دقیق لزوم یا جواز عقد شرکت به عنوان یکی از عقود معین، زمانی بهتر صورت می گیرد که ابتدا مبانی لزوم و جواز عقود و قراردادهای، مورد بررسی و موشکافی قرار گیرد تا بر پایه و اساس آن مبانی، پاسخ این سوال به گونه ای دقیق تر داده شود که آیا عقد شرکت از جمله عقود لازم است یا در زمره عقود جایز قرار می گیرد. از همین رو در این قسمت مقاله، صرفاً دیدگاه هایی که فقها و حقوقدانان در رابطه با مبانی لزوم و جواز عقود و قراردادهای دارند، مورد اشاره قرار می گیرد تا با بهره مندی از این مبانی در قسمت دوم مقاله، راه به سوی پاسخ سوال اصلی این مقاله هموارتر گردد:

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق و منحه الخالق و تکمله الطوری، الجزء الخامس، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.) ص ۳۰۷.

۱. حکیم، پیشین، ص ۱۶۶. الفقی، محمد علی عثمان، فقه المعاملات، درسه مقارنه، (الریاض: للنشر دارالمریخ، ۱۴۰۶ق.) ص ۲۹۹. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۰۲. القزوی، ابی القاسم عبدالکریم بن محمد، المحرر فی فقه الامام الشافعی، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۶ق.) ص ۱۹۳.



۱.۱. حکم شارع، به عنوان مبنای لزوم و جواز عقد

عده ای از فقها بر این اعتقادند که اگرچه از عموم و اطلاق آیاتی مانند آیه ۱ سوره مبارکه مائده «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود» یا آیه ۱۷۷ سوره مبارکه بقره «والموفون بعهدهم إذا عاهدوا» یا روایت «لا دین لمن لا عهد له» و از دلالت التزامی و دلالت مطابقی بسیاری دیگر از آیات و روایات که حاکی از وفای به عهد است، این اصل برداشت می شود که اصل بر لزوم قراردادهای می باشد، اما با این وصف ماهیت لازم یا جایز بودن یک عقد از جمله احکام شرعی و حکمی محسوب می شود و از همین رو این که عقدی را لازم بدانیم یا جایز بستگی به نظر شرع در رابطه با آن عقد داشته و سایر مقتضیات مانند اراده متعاملین یا مقتضیات عرفی زمان در رابطه با لزوم یا جواز عقد موثر در مقام نیست، چراکه لزوم و جواز به عنوان یک حکم شرعی، امری خارج از ماهیت عقد می باشد. این دیدگاه به تبع از فقه به میان برخی از حقوقدانان نیز سرایت نموده، به طوری که در برخی از دکترین های حقوقی این اعتقاد، به صراحت مورد تأیید قرار گرفته که هم لزوم و هم جواز عقد از جمله احکام شرعی تأسیسی محسوب می گردند و طرفین عقد نمی توانند با اراده خویش ذات یک عقد لازم را به جایز یا ذات یک عقد جایز را به لازم تبدیل نمایند.^۲

۱.۲. عرف حاکم بر معاملات، به عنوان مبنای لزوم یا جواز عقود

در مقابل دیدگاه فوق، عده ای دیگر از فقها و حقوقدانان برای تعیین مبنای لزوم یا جواز عقود، راه و استدلالی دیگر بر مبنای سیره عقلا و عرف حاکم بر معاملات در پیش گرفته اند. بر اساس دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان ریشه و مبنای لزوم و جواز یک عقد، در این موضوع نیست که لزوم یا جواز عقد را از جمله احکام شرعی و حکمی بدانیم، بلکه ریشه و مبنای لازم یا جایز بودن هر عقد را به طور مجزا می بایست در عرف حاکم بر معاملات آن جامعه، مصالح مدنظر عرف جامعه و اهداف نوعی متعاقدین از آن عقد جستجو کرد،^۳ به

۱. قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴). ص ۷۲.

۲. شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۸). ص ۲۳. حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶). ص ۱۴۶. باقری پور، نرگس، « مبنای لزوم و جواز در قراردادهای»، مجله کانون، شماره ۱۳۸، (۱۳۹۱). ص ۱۰۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف عمومی حقوق، الفارقی، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج



عنوان مثال، بیع، نکاح و اجاره قبل از حکم امضایی شارع در رابطه با لزوم آن‌ها، بر مبنای عرف و مصالح حاکم بر جامعه و اهداف نوعی متعاملین آن، از جمله عقود لازم به حساب می‌آمده و عقودی مانند وکالت جایز محسوب می‌شده است.^۱ بر اساس این دیدگاه لزوم و جواز عقد از جمله مقتضیات اطلاق هر عقد و حکمی عقلایی و عرفی به حساب آمده و از همین رو امکان درج شرط خلاف آن وجود دارد؛ به طوری که متعاملین حتی اگر نسبت به لازم یا جایز بودن عقدی جاهل باشند، با اراده خویش می‌توانند عقد لازمی را به عقد جایز یا عقد جایزی را به عقد لازم تبدیل نمایند. این دیدگاه فقها در حقوق موضوعه نیز گسترش یافته و برخی از حقوقدانان لزوم و جواز را از مقتضیات اطلاق عقد دانسته و از همین رو شرط خلاف آن را شرطی صحیح و دارای اعتبار حقوقی می‌دانند.^۲ ایرادی که بر این دیدگاه وارد می‌باشد آن است که عرف حاکم بر معاملات از محلی به محل دیگر و از زمانی تا زمان دیگر ممکن است متفاوت باشد و از همین رو اعتقاد به آن که عرف حاکم بر معاملات تنها معیار برای تشخیص لزوم یا جواز عقود است، به علت شکننده بودن عرف، نمی‌تواند ملاکی انحصاری و صحیح باشد.^۴

۱. ۳. اراده متعاملین، به عنوان مبنای لزوم یا جواز عقود

بر مبنای دیدگاه سوم، ریشه و مبنای لازم یا جایز بودن یک عقد به این موضوع بستگی دارد که با توجه به مقتضیات ذاتی هر عقد، لزوم و جواز آن عقد، امری حقی است یا حکمی. از همین رو مبنای لازم یا جایز بودن عقد مورد نظر، نه در احکام شرعی و نه در عرف حاکم بر معاملات است، بلکه این اراده متعاملین می‌باشد که در مواردی که لزوم و جواز حقی است تصمیم می‌گیرد عقد منعقد شده لازم باشد یا جایز،^۵ از همین رو می‌بایست بین

دانش، ۱۳۸۶). ص ۹۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، (تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱). ص ۵۲.
۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، جلد اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴). ص ۱۳۶.

۲. حسینی مراغی، میرفتاح، العناوین، جلد دوم، (قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق). ص ۳۸.

۳. دینانی، عبدالرسول، حقوق مدنی، قواعد حقوقی قراردادهای، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵). ص ۳۲.

۴. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۰۸.

۵. مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۵). ص ۵۲. جعفری لنگرودی،



عقودی مانند نکاح که لزوم آن، لزوم حکمی به حساب می آید و عقودی مانند بیع و اجاره که لزوم آن ها لزوم حقی محسوب می شود، قائل به تفکیک شد. به این نحو که اگر لزوم و جواز در عقدی جنبه حقی داشته باشد، طرفین عقد می توانند با اراده خویش این حق را از عقد سلب نموده و به عنوان مثال عقد لازمی را به عقد جایز یا عقد جایزی را به لازم تبدیل نمایند،^۱ به عنوان نمونه جواز عقد ودیعه، جواز حقی به حساب می آید؛ بنابراین می توان این عقد جایز را با اراده طرفین به عقد لازم تبدیل نمود. اما لزوم در عقدی مانند نکاح، لزوم حکمی می باشد و از همین رو امکان درج شرط خلاف آن وجود ندارد و اراده طرفین بر خلاف آن فاقد هرگونه اثر می باشد.^۲

دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان از دو نظر قابل خدشه است، از یک سو در کتب این دسته از فقها و حقوقدانان به طور دقیق مشخص نیست که چه خصوصیتی در هر یک از عقود باعث می شود که لزوم و جواز آن را حقی دانسته یا آن را لزوم و جواز حکمی بدانیم.^۳ سوالی که در پاسخ به آن چون ملاکی دقیق وجود ندارد، ثمره ای دقیق و عملی نیز به همراه نخواهد داشت. از سوی دیگر اگرچه این امر که اگر عقد جایزی را ضمن یک عقد لازم بیاوریم، به تبع عقد لازم، آن عقد جایز نیز لازم می گردد در میان فقها و حقوقدانان مشهور است،^۴ اما این گفته حاکی از آن است که عقد جایز غیر قابل رجوع می شود، نه آن که تغییر ماهیت داده و به عقدی لازم تبدیل شود و خصوصیت اصلی عقد جایز که انفساخ به هنگام جنون و مرگ است را از دست بدهد، بنا به همین دلیل است که اگر عقد وکالتی که جایز است، در ضمن یک عقد لازم مانند بیع آورده شود، اگرچه به این دلیل که عقد جایز، ضمن عقد لازم آمده است، از سوی هر یک از طرفین غیرقابل رجوع است، اما در چنین حالتی نیز با فوت یکی از طرفین، عقد وکالت که ماهیت اصلی خود پیرامون جواز را از دست نداده، منفسخ می گردد،^۵ اما عقد بیع به علت ماهیت لازم خود، حتی با وجود فوت

محمدجعفر، *دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق*، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶). ص ۳۱۳.
۱. صفایی، حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای*، جلد دوم، (تهران: چاپ میهن، ۱۳۵۱). ص ۲۴.

۲. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۲، (قم: انتشارات مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۴ق). ص ۵۱.

۳. خویی، محمدتقی، *مبانی العروه الوثقی*، (قم: موسسه البلاغ، ۱۴۱۴ق). ص ۸۱.

۴. موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۸۸.

۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد دوم، (بیروت: دارالکتاب



یکی از طرفین عقد، هم چنان پابرجا می ماند. ایراد دیگر بر این دیدگاه آن است که این امر که لازم یا جایز بودن یک عقد را به طور کامل وابسته به نظر متعاملین نماییم، این مشکل اساسی را به همراه دارد که معمولاً افراد جامعه که از امور حقوقی اطلاعی ندارند، هیچ گاه لزوم یا جواز را در ضمن اراده خویش نمی آورند و در عین حال بر اساس این دیدگاه هیچ عقدی حتی عقد بیع ماهیتی ثابت ندارد، چراکه ممکن است در عقدی متعاملین، اراده به جواز آن داشته باشند و متعاملین دیگر اراده بر لزوم آن، امری که اعتقاد به آن می تواند نتایج عجیب و متفاوتی به همراه داشته باشد.^۲

۱. ۴. نظر برگزیده

با توجه به دیدگاه های فوق و ایراداتی که بر هر یک از آن ها وارد بود، آن چه صحیح به نظر می رسد آن است که لزوم و جواز، از جمله حقوق متعاملین به حساب نمی آید تا بتوان بر خلاف آن تراضی نمود، بلکه لزوم و جواز از جمله قواعدی هستند که ریشه در اراده شارع و عرف حاکم بر معاملات داشته و طرفین عقد به هیچ وجه نمی توانند با توافق یکدیگر ذات یک عقد لازم را به ذاتی متفاوت یعنی عقد جایز تبدیل نمایند.^۳ به عبارت دیگر در هر جامعه اصولاً در مبحث عقود و معاملات ارتکازاتی وجود دارد که این ارتکازات به عنوان مبنای لزوم و جواز هر یک از عقود قرار می گیرد و قانونگذار عرفی نیز با توجه به ارتکاز جامعه، لزوم و جواز هر یک از عقود را تعیین می نماید یا بنا به مصالحی تغییراتی در آن می دهد.

۱. اسلامی، بی تا). ص ۳۵۳.

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۴. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد اول، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰). ص ۱۶۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۹۴. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۱۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۵۸. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۳. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۱۱. برادران، دلاور، « لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸، (۱۳۹۱). ص ۴۵۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۱۵۸. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد، ایقاع، (تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳). ص ۲۱. حائری شاهباغ، سیدعلی، پیشین، ص ۱۴۶.



۲. لزوم و جواز عقد شرکت

در میان فقهای اسلامی، زیربنای فکری در رابطه با مبنای لزوم یا جواز عقود با یکدیگر متفاوت است. این تفاوت دیدگاه ها در عقد شرکت نمایان تر می باشد، به نحوی که در رابطه با این موضوع که عقد شرکت و انواع رایج فقهی آن یعنی شرکت عنان، اعمال، وجوه و مفاوضه، عقدی لازم به حساب می آیند یا جایز، اختلاف نظرات اساسی بین فقهای مذاهب اسلامی وجود دارد.^۱ با توجه به ابهام و اجمال قانون مدنی در این زمینه، ریشه این اختلافات به تبع فقه به دکتترین حقوقی و بعد از آن به رویه قضایی نیز کشیده شده است. همان طور که گفته شد در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت سه دیدگاه متفاوت در میان فقها و حقوقدانان وجود دارد. عده ای از آن ها عقد شرکت را به طور مطلق عقدی جایز می دانند.^۲ و حتی در این زمینه ادعای اجماع می نمایند.^۳ در مقابل، عده ای دیگر از فقها و حقوقدانان این عقد را به طور مطلق عقدی لازم دانسته^۴ و در نهایت نظر سوم آن است که عده ای از فقها و حقوقدانان عقد شرکت را در قسمتی که باعث ایجاد اشاعه می گردد، عقدی لازم و در قسمتی که باعث اذن هر شریک به شریک دیگر در رابطه با تصرف در مال موضوع شرکت می شود، جایز می دانند.^۵ در این قسمت مقاله، نظرات فقها و حقوقدانان که با توجه به تعاریفی که از عقد شرکت ارائه می نمایند، متفاوت است، مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد تا با پاسخ های حلی و نقضی که به استدلال های هر یک از آن ها داده می شود، در نهایت زمینه فهم بهتر این موضوع که عقد شرکت، عقدی لازم است یا جایز فراهم گردد:

۲. ۱. عقد شرکت، عقدی جایز

برخی از فقها، پایه و اساس اصلی تعریف عقد شرکت را اذن هر یک از شرکاء به شریک

۱. ابن الرفعه، پیشین، ص ۱۹۷. موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۸۸.

۲. طوسی، پیشین، ص ۳۵۳. البرنی، پیشین، ص ۲۸۱. الرازی، پیشین، ص ۴۷۹.

۳. البحرانی، پیشین، ص ۱۷۰.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۱۷۰. عیسی، عبده، العقود الشرعیه الحاکمه للمعاملات المالیه

المعاصره، (قاهره: مکتبه الاقتصاد الاسلامی، ۱۳۹۶ق). ص ۳۶.

۵. عتیقی، پیشین، ص ۹۱. برکات، پیشین، ص ۴۶۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس

هایی از عقود معین، جلد اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲. حکیم، محمدسعید،

منهاج الصالحین، (بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۶ق). ص ۱۶۶.



دیگر در اداره مال موضوع مشارکت و نه ایجاد حالت اشاعه می دانند. با اندک تغییراتی در الفاظ، این دسته از فقها معمولاً عقد شرکت را این گونه تعریف نموده اند که عقد شرکت، عقدی است که ثمره آن جواز تصرف مالکین متعدد در یک چیز به نحو اشاعه می باشد.^۱ با توجه به این تعریف از عقد شرکت، این دسته از فقها و حقوقدانان بر این اعتقادند که عقد شرکت، مطلقاً عقدی جایز می باشد،^۲ از همین رو هر یک از شرکاء هر زمان که اراده نمایند می توانند حالت اشاعه ایجاد شده به واسطه عقد شرکت را بر هم زنند.^۳ مبنای فکری این دسته از فقها که در این زمینه ادعای اجماع نیز دارند از یک سو آن است که در دید آن ها ماهیت اصلی عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت بین شرکاء می گردد، عقد وکالت است که این عقد از جمله عقود جایز به حساب می آید،^۴ چراکه به واسطه اذن هر یک از شرکاء به دیگری هر شریک اجازه تصرف در مال مشترک را پیدا می نماید و چون مبنای اجازه تصرف در مال مشترک، اذن می باشد، این اذن به واسطه صفت ذاتی خود همیشه قابلیت رجوع دارد.^۵ از سوی دیگر اقتضای قاعده فقهی تسلیط آن است که هر یک از شرکاء نسبت به مال خویش تسلط داشته باشد و هر زمان که اراده نماید، هم بتواند با بر هم زدن حالت اشاعه از اصل شراکت رهایی یابد و هم از اذنی که به سایر شرکاء در رابطه با تصرف در مال موضوع مشارکت داده است، زیرا اصل بر آن است که انسان، دیگری را در مال خود شریک نمی نماید و اگر شریک نمود هر زمان بخواهد می تواند به اصل اولیه که عدم شراکت است، برگردد و هر مالکی به طور مستقل در مال خود مداخله نماید.^۶

۱. علامه حلی، الامام جمال الدین حسن بن یوسف المطهر، نبره المتعلمین فی احکام الدین، (بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۴ق). ص ۱۳۷.

۲. البرنی، پیشین، ص ۲۸۱. الشافعی، احمد بن عبد الرحیم، تحریر الفتاوی علی التنبیه و المنهاج و الحاوی، (جده: دار المنهاج، ۱۴۳۲ق). ص ۹۰. حائری شاهباغ، سیدعلی، پیشین، ص ۵۲۵. بروجرودی عبده، محمد، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰). ص ۳۳۱.

۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، (بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۵ق). ص ۱۷۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه، المضاربه، الشرکه، (قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع)، ۱۳۸۳ ش). ص ۱۱۲.

۴. الغزالی، پیشین، ص ۳۵۸.

۵. طوسی، پیشین، ص ۳۵۳.

۶. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد هفدهم، (بیروت: دار الحیاء التراث العربی، ۱۴۰۲ق). ص ۳۱۰.



در دیدگاه این دسته از فقها، چون عقد شرکت به صورت ذاتی عقدی جایز به حساب می آید، حتی با وجود درج شرط مدت در ضمن آن، باز هم هر یک از شرکاء، هر زمان که بخواهد می تواند از اذن خود رجوع نماید،^۲ زیرا در دید آن ها، تنها اثر شرط مدت در ضمن عقد شرکت آن است که بعد از انقضای مدت ذکر شده در عقد، تصرف در مال موضوع مشارکت، مستلزم اذن جدید شرکاء به یکدیگر می باشد،^۳ اما اصل اشاعه چه در مدتی که در عقد ذکر شده و چه پس از آن از بین نمی رود، مگر با تقسیم یا از بین رفتن مال موضوع مشارکت.^۴ در عین حال که به علت جایز بودن عقد شرکت، با فوت یا جنون هر یک از شرکاء، عقد شرکت منفسخ می گردد.^۵

استدلال و استناد این دسته از فقها در رابطه با وجود اجماع در رابطه با جایز بودن عقد شرکت قابل خدشه است، زیرا علی رغم اختلاف نظراتی که بین فقههای مذاهب مختلف اسلامی پیرامون اجماع وجود دارد و بر اساس این تفاوت دیدگاه ها می توان گفت اجماع معتبر نزد فقههای اهل سنت و فقههای امامیه لفظی است که علی رغم اشتراک لفظی دارای تباین معنوی است، به نظر می رسد ادعای اجماع پیرامون جواز عقد شرکت به دلایل زیادی نمی تواند درست باشد، زیرا تعریف کلی اجماع، اتفاق نظر و هم رأیی در حکمی از احکام شرعی می باشد که چنین اتفاق نظری در رابطه با جواز عقد شرکت وجود ندارد، چراکه بسیاری از فقههای متقدم و متأخر مذاهب مختلف اسلامی به جواز عقد شرکت اعتقاد نداشته، بلکه به صراحت آن را از جمله عقود لازم دانسته اند.^۶

۱. النووی، پیشین، ص ۸۹. المالکی، ابو محمد عبدالوهاب البغدادی، *التلقین فی الفقه المالکی*، جلد اول، (ریاض: مکتبه نزار مصطفی الباز، بی تا). ص ۴۱۳.

۲. نجفی، پیشین، ص ۳۰۹. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد اول، (بیروت: دارالقاری، ۱۴۲۵ق). ص ۳۸۸. امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، جلد دوم، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۵). ص ۱۳۲.

۳. مروارید، علی اصغر، *سلسله الینابیع الفقهیه*، (بی جا: موسسه فقه الشیعه، بی تا). ص ۴۰۱. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن الحسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، (بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۵ق). ص ۱۷۳.

۴. البحرانی، پیشین، ص ۱۷۰. برکات، پیشین، ص ۴۶۳. شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی، *مسالك الافهام الی تفقیح شرائع الاسلام*، (قم: انتشارات موسسه المعارف اسلامی، ۱۴۱۳ق). ص ۱۰۹.

۵. برکات، پیشین، ص ۴۷. محقق حلّی، پیشین، ص ۳۸۸. ابن الرفعه، پیشین، ص ۱۹۷. بروجردی عبده، محمد، پیشین، ص ۳۳۱.

۶. عبده، پیشین، ص ۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۳۴۵.



اگرچه رویه قضایی ثابت و هماهنگی در سایت پژوهشکده قوه قضائیه در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت یافت نمی شود، اما آرای فراوانی می توان مشاهده نمود که حاکی از آن است که بسیاری از شعب دادگاه ها، به واسطه آن که عقد شرکت را مطلقاً عقدی جایز می دانند، تقدیم دادخواست مطالبه از جانب یکی از شرکاء، مبنی بر مطالبه آورده خویش را رجوع از شرکت قلمداد نموده اند. به عنوان نمونه در شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دعوی با موضوع مطالبه آورده توسط یکی از شرکاء مطرح و دادرس محترم آن شعبه با این استدلال که در عقود و قراردادهای اصل بر صحت و لزوم قراردادهای می باشد، دعوی مطروحه را غیر قابل استماع اعلام می نماید. این رای مورد تجدید خواهی وکیل محترم محکوم علیه قرار گرفته و در شعبه ده دادگاه تجدید نظر استان تهران، با این استدلال که مطابق با ماده ۵۸۶ و ۵۷۸ قانون مدنی، شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع نمایند و مطالبه آورده توسط یکی از شرکاء، مصداقی از رجوع به حساب می آید، دادنامه تجدیدنظر خواسته را به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۹۰ مورخ ۹۳/۲/۱۵ نقض می نماید، نقضی که حکایت از اعتقاد قضات رسیدگی کننده آن به جواز عقد شرکت دارد.^۱

۲.۲. عقد شرکت، عقدی لازم

برخی از فقها، در تعریف عقد شرکت، ایجاد حالت اشاعه را پایه و اساس اصلی تعریف خود قرار می دهند و برای اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت، حالتی تبعی و فرعی قائل شده اند. با اندک تغییراتی در الفاظ، این دسته از فقها معمولاً عقد شرکت را این گونه تعریف نموده اند: «الشَّرْكَهُ إِجْتِمَاعُ حُقُوقِ الْمَلَائِكِ فِي الشَّيْءِ الْوَاحِدِ عَلَى سَبِيلِ الْإِشَاعَةِ»^۲ با توجه به تعریف این دسته از فقها از عقد شرکت، بر اساس دیدگاه آن ها، عقد شرکت چه در قسمت اصلی خود که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می گردد و چه در قسمت فرعی خود که مربوط به اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر است،

۱. www.ijir.ir. سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه.

۲. فاضل، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، جلد دوم، (قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق). ص ۲۰۷. طباطبایی، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل*، جلد اول، (بیروت: انتشارات موسسه آل البيت، بی تا). ص ۳۰۲. آل نجف، عبدالکریم، *دروس فی الفقه الاستدلالی* (۳)، (قم: الناشر مرکز المصطفی العالمیه، ۱۴۳۲ق). ص ۱۴۳.



عقدی لازم محسوب می‌گردد.^۱ بر این اساس از یک سو فوت و جنون هر یک از شرکاء باعث منفسخ گردیدن عقد شرکت نمی‌گردد^۲ و از سوی دیگر وجود شرط مدت در ضمن عقد شرکت باعث ایجاد الزامی در میان شرکاء می‌گردد که تا پایان مدت مذکور، نتوانند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنمایند،^۳ یعنی دقیقاً بر خلاف دیدگاه فقها و حقوقدانانی که درج شرط مدت در ضمن عقد شرکت را شرطی باطل، اما غیرمبطل می‌دانند، چراکه عقد شرکت را ذاتاً عقدی جایز دانسته و بر این اعتقادند که حتی وجود شرط مدت در ضمن عقد شرکت، باعث ایجاد الزام برای شرکاء نمی‌گردد^۴ و هر یک از شرکاء در طول مدت ذکر شده در عقد شرکت نیز می‌توانند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنمایند.^۵

مبنای فکری فقها و حقوقدانانی که عقد شرکت را به طور مطلق عقدی لازم به حساب می‌آورند، بر این پایه قرار دارد که اصل اولی در عقود و معاملات، لزوم است، اصلی که آیات و روایات فراوانی مانند «أوفوا بالعقود» یا «المؤمنون عند شروطهم» نیز از آن حمایت می‌نماید، از این جهت لزوم عقد شرکت، حکمی تکلیفی محسوب می‌شود و طرفین می‌بایست ملتزم به آن باشند، به خصوص آن که در دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان، عقد شرکت، عقدی معاوضی و مغاینه‌ای به حساب آمده و در آن بحث از سود و زیان مستقیم طرفین است، بنابراین مانند دیگر عقود مثل بیع که دارای این ویژگی‌ها هستند، این عقد را نیز لازم می‌دانند.^۶ در دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان اگرچه اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت، مصداق مفهوم عام و کالت و توکیل به حساب می‌آید، اما چون این و کالت و نیابت در ضمن عقد معاوضی و مغاینه‌ای شرکت داده شده، به تبع لازم می‌گردد و از همین رو هر دو چهره عقد شرکت یعنی ایجاد اشاعه در مالکیت

۱. مکارم شیرازی، پیشین، ص ۳۴۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۳۳۱.

۲. عبده، پیشین، ص ۳۶.

۳. الفقی، پیشین، ص ۲۹۹. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷). ص ۱۹۷.

۴. علامه حلی، پیشین، ص ۱۳۷.

۵. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. نجفی، محمدحسین، پیشین، ص ۳۱۰.

۶. عبده، پیشین، ص ۳۶.



و اعطای اذن به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت لازم به حساب می آید. ایرادی که به خصوص در سیستم کنونی حقوق کشور می توان بر این دیدگاه وارد دانست آن است که لازم دانستن عقد شرکت به طور مطلق، با ظاهر برخی از مواد قانون مدنی به خصوص ماده ۵۷۸ و ۵۸۸ این قانون که در آن مواد، امکان رجوع از اذن در تصرف توسط هر یک از شرکاء پیش بینی شده است، هم خوانی ندارد، زیرا اگرچه ترکیب برخی مواد از جمله ماده ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی باعث ایجاد ابهام و اجمال در رابطه با لازم یا جایز بودن عقد شرکت گشته است، اما با این وجود نمی توان از خصوصیت ذاتی اذن که قابلیت رجوع از آن می باشد، چشم پوشی نموده و عقد شرکت را در تمام چهره های خود لازم قلمداد نماییم. متأسفانه به علت ابهام و اجمال قانون مدنی در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت، رویه قضایی ثابتی وجود ندارد، به طوری که در کنار دادنامه های فراوانی که حاکی از جواز عقد شرکت می باشند، دادنامه های فراوانی مانند دادنامه شماره ۵۹۴ مورخ ۳۰ / ۷ / ۹۲ صادره از شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز یافت می شود که حکایت از لازم بودن عقد شرکت در دیدگاه برخی از قضات دادگستری دارد.^۲

۳. ۲. عقد شرکت، عقدی لازم و جایز

در دیدگاه برخی از فقها و حقوقدانان، عقد شرکت دارای تعریفی اعم تر از تعاریف فوق می باشد. بر اساس این دیدگاه، عقد شرکت که از جمله عقود مستمر به حساب می آید، دارای دو چهره است،^۳ به طوری که در تعریف عقد شرکت هم به ایجاد حالت اشاعه به عنوان نتیجه عقد شرکت اشاره شده و هم به اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت،^۴ به طوری که عقد شرکت با اندک تغییر در الفاظ، در دید این دسته از فقها و حقوقدانان عبارت است از اختلاطی از یک مبادله که نتیجه آن اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه، همراه با اعطای نیابت در تصرف می باشد.^۵ بر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۳۳۱.

۲. www.ijir.ir. سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه. همچنین مراجعه نمایید: بازگیر، یدالله، قانون

مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (شرکت، ودیعه و جعاله)، (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹). ص ۹۸.

۳. شهیدثانی، پیشین، ص ۱۰۹.

۴. القزوینی، پیشین، ص ۱۹۳.

۵. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، جلد



مبنای این دیدگاه که نظر برگزیده در این مقاله نیز می باشد، چهره اول عقد شرکت که نتیجه آن ایجاد حالت اشاعه است، لازم بوده؛ بنابراین مانند هر عقد لازم دیگری با فوت یا جنون هر یک از شرکاء در آن خللی ایجاد نمی شود و این چهره از عقد شرکت، تنها با تقسیم مال مشترک یا تلف شدن تمام مال مشترک از میان می رود. چهره دوم عقد شرکت نیز که نتیجه آن اعطای نیابت و اذن هر شریک به شریک دیگر در رابطه با تصرف در مال موضوع مشارکت می باشد جایز است، از همین رو از یک سو با فوت یا جنون هر یک از شرکاء، قسمت مربوط به اعطای اذن در تصرف منفسخ می گردد و از سوی دیگر هر یک از شرکاء هر زمان که بخواهند می توانند از اذن خود رجوع نمایند، زیرا ماهیت اصلی اذنی که هر یک از شرکاء به شریک دیگر می دهند وکالت و نیابت است و رجوع از اذن در حکم عزل وکیل محسوب می گردد، بدون آن که حالت اشاعه ایجاد شده از بین برود. ^۴در حاشیه هایی فراوانی نیز که بر کتاب عروه الوثقی نگاشته شده است، این امر به درستی و به بیانی دیگر توسط فقهای چون امام خمینی (ره)، آیت الله خوانساری، آیت الله گلپایگانی و میرزای نائینی به این نحو مورد اشاره قرار گرفته که عقد شرکت به علت ماهیت جایزی که دارد با رجوع هر یک از شرکاء از اذن خویش از بین می رود و در این حالت بقای اشاعه که تنها با تقسیم مال مشترک خاتمه می یابد، به معنای لزوم عقد شرکت و بقای آن محسوب نمی گردد. ^۵نگاهی دقیق به ماده ۵۸۸ قانون مدنی نیز تأییدکننده این موضوع است؛ چراکه در این ماده بحث تنها پیرامون مواردی است که در اثر آن، شریک، اجازه تصرف در مال موضوع شرکت را ندارد، بدون این که در این ماده در رابطه با از بین رفتن حالت اشاعه سخنی به میان آمده باشد. این ماده مقرر می دارد: « در موارد ذیل، شرکاء، مأذون در تصرف اموال مشترکه نمی باشند: ۱. در صورت انقضای مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان

اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲.

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، پیشین، ص ۵۳۲.

۲. حکیم، پیشین، ص ۱۶۶. شهیدثانی، پیشین، ص ۱۰۹. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الشرکه علی نهج الفقه و القانون، (قم: دارالعلم مفید، ۱۴۱۴ ق). ص ۸۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین: مشارکت - صلح، جلد دوم، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۲۳.

۴. عتیقی، پیشین، ص ۹۱. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. برکات، پیشین، ص ۴۶۳.

۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حواشی جماعه المدرسین، حواشی العروه الوثقی، جلد پنجم،

(قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق). ص ۲۸۰.



رجوع. ۲. در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکاء».

علی رغم آن که وحدت رویه خاصی در رابطه با موضوع مقاله حاضر در محاکم قضایی کشور یافت نمی شود و در رابطه با این امر که عقد شرکت، عقدی لازم محسوب می گردد یا جایز، به جای وحدت رویه، تشتت رویه وجود دارد، اما با این وجود، رویه محاکم قضایی، به درستی، تمایل بیشتری به این نظریه دارد که قسمتی از عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می شود را لازم دانسته و قسمتی از این عقد را که اثر آن، اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است را جایز قلمداد نماید، رویه ای که تا زمان اصلاح قانون مدنی و رفع ابهام و اجمال از لازم یا جایز بودن عقد شرکت، نیازمند گسترش آن می باشیم، چراکه این رویه، از یک سو پشتوانه قوی فقهی در پشت خویش دارد و با نظر بسیاری از فقهای طراز اول همخوانی داشته^۱ و از سوی دیگر با نیازهای جامعه و برداشت هایی نیز که از مواد ۵۸۶، ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی می توان داشت، همخوانی و تطبیق بیشتری دارد. به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۴۶ مورخ ۸ / ۲ / ۱۳۹۲ که از شعبه ۲۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر گردیده، قاضی محترم رسیدگی کننده، این دیدگاه را به این صورت در قالب دادنامه اعلام نموده اند که چون خواهان و خواندگان در قالب مشارکت مدنی، حسب مشارکت نامه مستند دعوی به تاریخ ۹۱/۱/۲۹ جهت تولید کیک، نان و شیرینی شرکت مدنی تشکیل داده و به لحاظ قانونی با توجه به ماده ۵۸۷ قانون مدنی عقد شرکت، تنها به یکی از طرق تقسیم یا تلف شدن مال، مرتفع می گردد و حسب محتویات پرونده در رابطه با عقد شرکت مزبور، نه تقسیمی صورت پذیرفته و نه مال موضوع مشارکت تلف گردیده است، فلذا قرار عدم استماع صادر می گردد. این دادنامه با اعتراض و کیل محترم محکوم علیه، به دادگاه تجدیدنظر ارسال می گردد و قضات محترم شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با این استدلال که صرف مطالبه سهم از طرف یکی از شرکاء و عدم رضایت وی به ادامه عقد شرکت، منجر به از بین رفتن حالت اشاعه نمی گردد، دادنامه بدوی را طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۶۴۵ مورخ ۱۴ / ۱۲ / ۱۳۹۲ تأیید می نمایند.^۲



نتیجه گیری

تشخیص این امر که عقدی لازم است یا جایز از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. پیرامون لازم یا جایز بودن بسیاری از عقود، نه تنها در فقه، بلکه در دکتربین حقوقی و رویه قضایی نیز هیچ اختلاف نظری وجود ندارد، اما به علت ماهیت ویژه برخی از عقود مانند شرکت، در رابطه با لازم یا جایز بودن آن، اختلاف نظرات اساسی وجود دارد. اگرچه برخی از فقها، عقد شرکت را به طور مطلق از جمله عقود لازم می دانند و برخی دیگر از فقها عقد شرکت را مطلقاً جایز دانسته، اما به نظر می رسد نظر صحیح تر، دیدگاهی است که برخی از فقها مانند شهید ثانی و سید محمدکاظم طباطبایی یزدی معروف به صاحب عروه برگزیده اند. بر اساس این دیدگاه عقد شرکت، به عنوان عقدی مستمر، ماهیت و چهره ای دوگانه دارد؛ چراکه شرکت اختلاطی است از یک مبادله که از یک سو سبب ایجاد اشاعه در مالکیت و از سوی دیگر باعث اعطای نیابت در تصرف می شود. از همین رو قسمتی از عقد شرکت که حالتی معاوضی و مغاینه ای دارد و باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می گردد، لازم است و مانند هر عقد لازم دیگری با فوت یا جنون هر یک از شرکاء در آن خللی ایجاد نمی شود و این حالت اشاعه تنها با تقسیم مال مشترک یا از بین رفتن آن مال خاتمه می یابد. از سوی دیگر چهره ای از عقد شرکت که اثر آن اذن هر یک از شرکاء به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است، جایز قلمداد می گردد؛ زیرا ماهیت عقد شرکت در این قسمت به ماهیت عقد جایز و کالت نزدیک می باشد و در هر دو عقد، عنصر اصلی، اذن و نیابت است، از همین رو از یک سو با فوت یا جنون هر یک از شرکاء، قسمت مربوط به اعطای اذن در تصرف، منفسخ می گردد و از سوی دیگر هر یک از شرکاء هر زمان که بخواهند می توانند از اذن خود رجوع نمایند، بدون آن که حالت اشاعه ایجاد شده از بین برود، امری که دکتربین حقوقی و رویه قضایی نیز به آن تمایل بیشتری دارد و علی رغم اجمال و ابهام قانون مدنی، از مواد ۵۸۶، ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی نیز قابل برداشت است.

منابع!

- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۰). حقوق مدنی، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، انتشارات اسلامیه.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۷۹). قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (شرکت، ودیعه و جعاله)،

۱. منابع مقاله حاضر بسیار بیش از موارد ذکر شده در قسمت منابع می باشد، اما چون منابع به طور زیرنویس در خود مقاله ذکر گردیده، در این قسمت تنها به ذکر مهم ترین منابع اکتفاء شده است.



- چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
- باقری پور، نرگس. (۱۳۹۱). « مبانی لزوم و جواز در قراردادها»، مجله کانون، شماره ۱۳۸.
- برادران، دلاور. (۱۳۹۱). « لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸.
- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰). حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۱). لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۴). دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- جناتی، محمدابراهیم. (۱۳۶۷). « اجماع، سومین منبع اجتهاد»، مجله کیهان اندیشه، شماره ۲۰.
- خویی، محمدتقی. (۱۴۱۴ ق). مبانی العروه الوثقی، قم، موسسه البلاغ.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی. (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام الی تفقیح شرائع الاسلام، قم، انتشارات موسسه المعارف اسلامیه.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). اصول قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، نشر مجد.
- صفایی، حسین. (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، تهران، چاپ میهن.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۲۰ ق) حواشی جماعه المدرسین، حواشی العروه الوثقی، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله. (۱۳۸۴). تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹). حقوق مدنی، عقود معین: مشارکت ها - صلح، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۵۱). « اجماع»، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۱ و ۱۰.
- www.ijir.ir. سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه.



مشروطه ناتمام

دکتر علی رادان^۱

داستان مشروطه در ایران شنیدنی است. چه شد که در ایران صدای مشروطه‌خواهی بلند شد و عوامل ایجاد آنچه موافقان نهضت و مخالفان فتنه خواندند در چه بود؟ چه شد که کام ایرانیان از این انفجار آتشین سیاسی و اجتماعی شیرین نشد و مشروطه ناتمام ماند؟ این مقاله به دنبال یافتن پاسخ‌های این سؤالات است.

داستان مشروطه از گران شدن قیمت قند در طهران آغاز شد. سال ۱۳۲۳ هجری قمری، علاءالدوله حاکم مستبد، به شیوه قجری و همیشگی راه داغ و درفش را برگزید. ۱۷ بازرگان قند که در میان آن‌ها چند تاجر پیر خوش‌نام وجود داشت، در حیاط مسجد شاه طهران به فلک بسته شده و چوب خوردند. صدای فریاد و فغان تجار مضروب، از گلدسته‌های مسجد بالاتر رفت و به گوش همگان رسید. این جرقه‌ای شد بر باروت خشک عصیان یک ملت. روحانیون بر منابر و روشنفکران از طریق شب‌نامه‌ها، عزل حاکم طهران را خواستند و سپس تأسیس عدالت‌خانه را و بعد عزل عین‌الدوله صدراعظم سرسخت و مدافع آتشین وضع موجود. آنگاه بست‌نشینی‌ها آغاز شد و مهاجرت علما و سپس شاه همیشه بیمار (مظفرالدین شاه)، پس از فراز و نشیب‌های بسیار و در حالی که با بیماری دائمی خود دست و پنجه نرم می‌کرد، در ۱۴ مرداد ۱۲۸۵ هجری شمسی فرمان مشروطیت را امضا کرد. عمر شاه پس از آن اقدام تاریخی دیری نپایید و او پس از ده روز از دنیا رفت.

آیا مردم ایران چاره‌ای جز یک انقلاب بزرگ برای تغییر اوضاع نداشتند؟ همه بررسی‌های تاریخی نشان می‌دهد که تار و پود حکومت استبدادی قاجار چنان سست و پوسیده بود که برای نجات کشور، جز یک انقلاب، راهی دیگر نبود. شوکت و عظمت کشور بزرگ و تاریخی ایران از میان رفته و نفس‌های آن به شماره افتاده بود. بیش از یکصد سال از زمانی که آغا محمدخان، سرسلسله اخته خاندان قاجاریه، در طهران حکومت خود را آغاز کرد، گذشته بود.



در تمام مدتی که وارثان او بر کشور حکومت کردند، اقتدار ملی ایران به ضعف کشیده بود. در طی آن سال‌ها خاک ایران بارها مورد تعرض قدرت‌های بزرگ آن زمان واقع شده و بخش بزرگی از سرزمین ایران در شمال، نصیب روسیه و قسمت دیگری در شرق جدا شده بود. شکست‌های نظامی از روس در ماجرای عهدنامه‌های گلستان و ترکمان‌چای و از انگلیس در ماجرای جدایی هرات (افغانستان)، قدرت سیاسی ایران را تحلیل برده بود. نتیجه تفوق بیگانگان، ضعف و ناتوانی دستگاه اداری کشور شد. کاپیتولاسیون بر ایران تحمیل و انواع و اقسام امتیازات اقتصادی زیان‌آور از ایران گرفته شد. در جبهه داخلی نیز اوضاع به شدت نابسامان بود. فقر گسترده، فساد درباریان و نخبگان چنان رایج شده بود که صدها هزار تن از جمعیت ۷ میلیونی کشور، چاره را در جلای وطن دیدند. آنان برای به دست آوردن لقمه نانی، در بدترین شرایط معیشتی، تن به کارهای پست و خطرناک در آسیای میانه و قلمرو عثمانی داده بودند. کشور، مستعد انواع بلایای زمینی و آسمانی بود و هیچ راهی برای مهار مصائب نبود. قحطی و بیماری‌های مسری چون وبا، هزار هزار از رعیت بیچاره، کشته می‌گرفت و دولت ناتوان، قادر به رویارویی با مرگ انبوه مردم بخت‌برگشته نبود.

برای مثال بیماری وبا در یک دوره ۲۰ ساله در عهد ناصری، موجی از کشتار مردم در طهران و دیگر بلاد به راه انداخت. کنت دوگوبینو، دبیر اول سفارت فرانسه، گزارش دست اول و مستقیمی از این ماجرا می‌دهد: «هر کس دو پا داشت و می‌توانست فرار کند، برای حفظ جان خود از پایتخت می‌گریخت. مردم از این بیماری چنان به هلاکت می‌رسیدند که گویی برگ از درختان می‌ریزد. من تصور می‌نمایم که بیش از یک سوم سکنه شهر طهران بر اثر بیماری مردند. جالب آن است که اصول قرنطینه که حتی در اعصار قدیمه در همه جا معمول بود، در این کشور رایج نبود. به همین جهت این بیماری مسری به سرعت برق، تمام آبادی‌ها و سایر کشور را فراگرفت». در این میان دارالخلافه طهران چه می‌کرد؟ تقریباً هیچ. وبا که شیوع یافت، موبک همایونی به سرعت از طهران دور می‌شد و به دنبال شاه، درباریان و اعیان، شهر را تخلیه کرده و بلا، فقط بیچارگان را می‌کشت و نابود می‌کرد.

برویم سراغ فرهنگ عمومی. بی‌سوادی امری پذیرفته بود. اکثریت مردم سواد نداشتند. بعضی از اهل تحقیق، تعداد باسوادان جامعه ایرانی را ۵ درصد از کل اتباع ایران، تخمین می‌زنند که عمدتاً به درباریان، روحانیان و برخی از بازاریان مربوط می‌شد. مردم، بی‌سواد به دنیا آمده و از دنیا می‌رفتند. زنان، وضعیت بدتری داشتند. جز زنان طبقه اشراف، بقیه زنان بی‌سواد بودند. گستردگی این فقر فرهنگی را از زبان قلم دکتر سولماز قلی‌زاده، تاریخ‌پژوه



بشنویم: «به خاطر بی‌سوادی فراگیر در ایران، تخمین زده می‌شود که تنها سه نفر از هزار زن در ایران سواد داشتند. اشراف که معلم برای تعلیم پسران خود به خانه می‌آوردند، گاه به دخترانشان هم اجازه می‌دادند که از آن معلم‌ها، سواد بیاموزند».

امنیت اجتماعی و اقتصادی وضعیت بهتری از دیگر نابسامانی‌های عمومی کشور نداشت. خاطر جمع برای صاحبان سرمایه و صاحبان حرف، وجود نداشت. متمولان و اعیان از گزند مصادره گاه و بیگاه اموال در امان نبودند. اگر کسی از بزرگان می‌مرد، شاه یکی از ورثه او به حساب می‌آمد. حاکمان بلاد، نیز به بهانه‌های مختلف از صاحبان صنعت و حرف پول می‌گرفتند و هیچ مرجعی برای رسیدگی به تعدیات آنان وجود نداشت. ظلم و اجحاف بی حد و حصر و یا ناتوانی حکومت و سرخوردگی مردم، بارها کشور را دچار التهاب ساخته بود. اصفهان چند بار دستخوش شورش‌های کور شده به طوری که محمدشاه قاجار و وزیر او حاج میرزا آغاسی، برای سرکوب شورش خود، عازم این شهر شده و با کشتن و کور کردن اشرار و الواط، امنیت را به شهر بازگرداندند.

فتنه بابیه، بسیاری از نقاط کشور را درگیر ساخت و جنگ میان پیروان سید علی محمد باب و دولتیان، خرابی‌های بسیار به بار آورد. فتنه‌های از نوع سر برآوردن مقتدای بابیه، کم نبود و کشور از خرافه مذهبی و آیینی، آسیب‌های بسیاری دید. امنیت راه‌ها از طریق نیروی منظم ارتش تأمین نمی‌شد و در غیاب یک ارتش دائمی آموزش‌دیده، ایلات و عشایر با نیروی شبه‌نظامی (چریک) در برقراری نظم می‌کوشیدند.

اقتصاد ملی در اثر بی‌کفایتی حکمرانان در بدترین وضع ممکن بود. آنچه در ایران تولید می‌شد، مواد خام مورد نیاز بازارهای جهانی بود و در عوض کالاها و مصنوعات خارجی به وفور در ایران یافت می‌شد. به دلیل عدم تولید ملی، ذخایر انرژی وجود نداشت و در عوض بدهی‌های خارجی بسیاری بر روی دست مردم مانده بود. صنایع دستی و تولیدات داخلی، حامی نداشت و به دلیل فقدان یک بانک ملی قدرتمند، پول واحد ملی خودنمایی نمی‌کرد. اقتصاد ایران در میان پنجه‌های قدرتمند روس و انگلیس گرفتار آمده و آشفته‌بازاری عجیب، بنیه مالی و اقتصادی کشور را رو به نابودی می‌برد. یک جهانگرد اروپایی که در آن زمان گذرش به ایران افتاده بود در این خصوص نوشته است: «یک ایرانی اگر می‌خواهد قدرت یا مال خود را حفظ کند، باید هر دو را پنهان سازد».

در چنین وضعیتی که اداره کشور به شیوه قبل از حمله مغول و نظام اداری‌اش آن گونه بود که صفویان رفتار می‌کردند، بهینه‌سازی اوضاع سیاسی و اداری از سوی بعضی درباریان



وطن دوست و مستقل، راه به جایی نبرد. اصلاحات مورد نظر عباس میرزای ولیعهد، قائم مقام و میرزا تقی خان امیر کبیر با مرگ ناپهنگام اولی و قتل بی رحمانه دو تن دیگر، عملاً به جایی نرسید.

انسداد سیاسی و ناامیدی از تغییر بنیادین در وضعیت اسفبار کشور و مقاومت نابخردانه دربار قاجاریه، برای مردم چاره‌ای جز انقلاب باقی نگذاشت. قتل ناصرالدین شاه و سپس به تخت نشستن پادشاهی که سطوت و سختگیری پدر را نداشت، راه را برای تغییرات از بیرون آماده کرد. آمدن تلگراف در اواخر عهد ناصری و رسیدن محدود اما مؤثر روزنامه‌های فارسی‌زبانی که در خارج از ایران چاپ می‌شد و در آن‌ها به انتقاد از اوضاع و احوال کشور پرداخته می‌شد، آهسته‌آهسته حقایق بسیاری را برای مردم خسته و مأیوس ایران آشکار ساخت. در ابتدا این روحانیون و منورالفکران بودند که از حکومت مطالبه‌گری کردند اما به مرور بر تعداد معترضان به وضع موجود افزوده شد.

بازرگانان نیز به جمع گروه‌های مخالف‌خوان اضافه شدند. آن‌ها در ابتدا به سیاست‌های استعماری «نوز بلژیکی» که گمرک کشور را در اختیار گرفته بود و مقاصد روسیه را تعقیب می‌کرد، نارضایتی نشان داده و سپس خواستار اخراج او از کشور شدند. گسست‌های اجتماعی بیشتر شد و چون دولت فاقد ثروت و قدرت کافی برای تغییر اوضاع و یا حتی سرکوب نارضایتی‌ها بود، نظم و تعادل اجتماعی به نفع آنان که خواستار روزگاری نو بودند، به هم خورد.

واقعه رژی نشان داد که می‌توان مستبدان را به تسلیم واداشت. مشروطه هر چه بود، با همراهی روحانیون و به‌خصوص فتاوی تأثیرگذاری که از نجف می‌آمد، جان گرفت. خون احرار و آزادی خواهان که در باغشاه و کوچه و خیابان‌های تبریز و دیگر شهرها به زمین ریخته شد، آن را مستحکم ساخت و در پی چند سال جنگ و جدال میان آزادی خواهی و استبدادورزی، عاقبت با شکست قوای دولتی در تیرماه ۱۲۸۷ شمسی و فتح طهران، نظام سیاسی جدیدی در ایران بر سر کار آمد.

مشروطه چه می‌خواست و چه بر سر آن آمد؟ برای پاسخ به این دو سؤال، نظرات مختلف و متفاوتی ابراز شده است. ایدئولوژی مشروطیت از نظر بعضی از پژوهشگران، استقرار مدنیت غربی بود. این نظر البته مخالفان زیادی در اردوی طرفداران مذهبی مشروطیت دارد. دکتر فریدون آدمیت عقیده داشت: «سیاست مشروطیت یا حکومت مردم، یکی از بنیادهای اصلی مدنیت غربی بود که روشنفکران و معتقدان مسلک ترقی آوردند و به نشر آن برخاستند».

او نقش روحانیت در این مسیر را پشتیبانی از طریق تغییر اصولی و شرعی این خواسته



می‌داند. از نظر این محقق معروف، فکر آزادی و مشروطه‌خواهی در درجه اول، حاصل کار روشنفکران بود. این دیدگاه و نظایر آن تقابل میان مشروطه و مشروعه‌خواهی را جلوه می‌دهد و نزاع خشن و خون‌باری که بین این دو تفکر با به دار کشیدن شیخ فضل‌الله نوری، مجتهد طراز اول طهران به اوج خود رسید، حاصل دوگانگی میان دو خاستگاه مشروطه است.

حقیقت آن است که مفاهیم و ارزش‌هایی چون آزادی و قانون و پارلمان ریشه در مذهب نداشت، اما تلاش علمای آگاه و روشن‌ضمیری چون میرزای نائینی با تألیف کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله برای بومی‌سازی این مقولات سبب شد مشروطه را مقوله‌ای کاملاً وارداتی از سوی مرزهای غربی ایران ندانیم. چراکه با حمایت بخش تأثیرگذار جامعه روحانیت شیعه از جنبش مشروطه‌خواهی و آرمان‌های آن قابل جمع و موافقت نیست. باید پذیرفت که مفاهیم جدید سیاسی چون قانون اساسی، آزادی‌های مدنی و مشارکت عامه در تعیین سرنوشت خود به‌عنوان مسائل مستحدثه در هاضمه مشروطه بومی شد و با روح فرهنگ و سنت فلسفی اسلامی ایرانی، یگانگی پیدا کرد.

مشروطه ایرانی به آنچه می‌خواست نرسید. گرچه مشروطه توانست جامعه استبدادزده ایران را از صورت استبداد شرقی سلطانی خارج سازد و روح تازه‌ای بر تمامی شئون زندگی مردم بدمد اما این مشروطه ناتمام ماند. دلایل این ناکامی را باید در درون و بیرون از جنبش جستجو کرد. از یک سو با فتح طهران، میان انقلابیون بر سر چگونگی اداره کشور اختلاف به وجود آمد. تهمت و افترا جای خود را به درگیری‌های مسلحانه داد و ترور و خشونت عناصر مؤثر نهضت چون سید عبدالله بهبهانی و ستارخان، مشروطه را از چرخه تصمیم‌گیری قدرت دور ساخت. قدرت‌طلبی، خودخواهی‌های حزبی و گروهی و مایوس شدن گروه‌های تأثیرگذاری چون روحانیون نجف و طهران و دیگر بلاد ایران، نوعی هرج و مرج در ساختار حکومت پدید آورد.

هنوز چند سال از پیروزی مشروطه‌خواهان نگذشته بود که جنگ جهانی اول آغاز شد. دامنه جنگ، ایران را که بی‌طرفی اعلام کرده بود، در بر گرفت. ناامنی، بیماری و قحطی گسترده، کشور را دچار ضعف و گسیختگی کرد. کابینه‌های ناتوان و دولت بی‌ابزار قادر به کاری نبودند. کشور از سوی دولت‌های روس، انگلیس و عثمانی اشغال شد و فقدان رهبری منسجم و اختلافات داخلی، مردم را سرگردان و از مشروطه ناخشنود ساخته بود.

اوضاع به‌زودی از کنترل خارج شد و ناامنی چنان گسترش یافت که مردم تنها خواسته خود را به یک مورد تقلیل دادند: «امنیت». این خواسته همگانی، کشور را به سمت حضور



مردان چکمه‌پوش نظامی سوق داد و از دل آن همه فداکاری و مصلحان اجتماعی، استبداد جدیدی به وجود آمد؛ استبدادی که قربانیان آن هم از روحانیون بودند و هم از روشنفکران. اژدهای خفته استبداد دوباره بیدار شد و هم سید حسن مدرس را طعمه مرگ ساخت و هم علی اکبر داور را. مشروطه داستان دوگانه‌ای دارد. یک سوی آن جنبش ملی مردم ایران برای به‌روزی و شکستن استبداد کهن است و در دیگر سو ناکامی و سرخوردگی. مشروطیت چیزهای لازمی را که تا آن موقع جامعه ایرانی از آن‌ها بی‌بهره بود، به ایران داد. گرچه استبداد در ایران تجدید شد اما مجبور بود که خود را در زیر لفافه‌ای که از مشروطه عاریت گرفته بود، پنهان سازد. مشروطه نتوانست دردهای ریشه‌دار جامعه ایرانی را علاج کند اما مرهمی شد موقت بر زخم ناسور قرن‌ها استبداد و خودکامگی.



مراقبه‌های وکالت (با رویکرد متون اخلاقی)

حسن وثیق‌زاده انصاری^۱

مقدمه

دارندگان هر حرفه یا هنری بیش از سایرین در معرض آسیب‌های ویژه همان حرفه و هنر هستند؛ مثلاً پزشکان و شاغلان حوزه سلامت، بیش از سایرین در معرض انتقال بیماری‌ها هستند و مهندسان و شاغلان رشته‌های فنی و ورزشکاران بیشتر از بقیه در معرض آسیب‌های جسمی و بدنی‌اند، مبلغین دینی و روحانیون بیش از سایر اقشار در معرض هجمه‌های نظری و اعتقادی هستند و وکلا و قضات بیش از دیگران در معرض ابتلائات خلقی و روانی ناشی از انتقال و هجوم امواج منفی بدعهدان و مجرمان قرار دارند. مفهوم مراقبت حرفه‌ای، اولاً شناخت آسیب‌ها و ثانیاً «واکسینه» و «معاینه» و «معالجه» کردن دمامد خویش است.

اصلاح باطن و ظاهر

هرچند تلاش برای اصلاح ظاهر، در روابط اجتماعی مؤثر است اما حذف نشانه و علامت بیماری به‌تنهایی، به معنای ریشه‌کن کردن اصل بیماری و آسیب نیست. بسیاری از پیشنهاد‌های رفتارشناسان در حوزه مراقبت از نوع علامت‌سوزی و ظاهرسازی است که تأثیر موقت دارد و در بحران‌ها مجدداً عود می‌کند.

عارف سالک، مرحوم میرزا جواد ملکی تبریزی می‌نویسد: «با قاطعیت می‌گوییم اصلاح ظاهر بدون اصلاح باطن ممکن نیست. زیرا قلب، منبع کارهای انسان است و به‌خاطر همین است که می‌گوییم مهم‌ترین کارها، اصلاح قلب است و منشأ تأثیر رسوخ در قلب، محسوسات

1- وکیل پایه یک دادگستری، مدرس دانشگاه



و ملکه زوال‌ناپذیر نفسانی و رفتار است» (۱۳۸۹: ۳۲) و شهید ثانی در «منیته المرید» می‌نویسند: «وظائف قلب بسیار است و راه پالایش آن طولانی و مشکل. دریغا که در این دوران، دانش پاک‌سازی قلب و تکامل‌دهی به آن، نه تنها کهنه و مندرس شده‌است بلکه آثار آن هم محو گردیده‌است. باتقوا و پارسا در این زمان به کسانی می‌گویند که از محرمات ظاهری نوشته شده در کتاب‌های فقهی، اجتناب کنند ولی بازرسی قلب و پاک‌سازی آن از صفات‌های ناپسند، همچون حسد، تکبر و ورزی و دشمنی، ریاست‌طلبی، برتری‌جویی، بداخلاقی، بدخواهی نسبت به هم‌نشینان و دوستان را وانهاده‌اند. حتی بسیاری از مردم این امور راه گناه نمی‌شمارند. با اینکه این خصائص، ریشه و سرچشمه همه گناهان است» (محمدی، ۱۳۸۶: ۲۲۲).

بنابراین همان‌گونه که ظاهرسوزی (به معنای اکتفا کردن به نابودی نشانه و علامت آسیب) در رفع ریشه‌ای آسیب، بی‌تأثیر نیست، ظاهرسازی (به معنای تظاهر به دارا بودن سلامت) بدون اصلاح باطن، نمایشی و بی‌فایده است و نمی‌تواند در بحران‌ها و اضطرابات، کارآمد باشد.

چند مورد از مراقبه‌های وکالت:

۱. وکیل باید دمام، متوجه جایگاه و نقش بزرگ و سترگ و کم‌نظیر هنر خویش در نظام هستی، باشد:

در دعای «مکارم اخلاق» می‌خوانیم: «اللهم اجعل لی یداً علی من ظلمنی و لساناً علی من خاصمنی و ظفراً بمن عاندنی» خدایا به من توان مقابله با ظلم و زبان مقابله با دشمن و موفقیت بر او عطا فرما.

«و البسنی زینه المتقین فی بسط العدل و کظم الغیظ و اطفاء النائر و ضم اهل الفرقة و اصلاح ذات البین»: و مرا در گستراندن سفره عدالت و فرونشاندن آتش فتنه و تفرقه امت و اصلاح ذات البین، به لباس پرهیزکاران، زینت ده.

«و لا اظلمنّ و لا اظلمن» و کسی به من ستم نکند و به کسی ستم نکنم.

«اللهم و انطقی بالهدی و الهمنی التقوی و وقفنی للتی هی ازکی و استعملنی بما هو ارضی»: خدایا زبان مرا به هدایت گویا ساز و به قلبم و اندیشه‌ام، تقوا الهام فرما و مرا به آن عملی که نیکوتر است موفق بدار و به کاری که رضا و خوشنودی تو در آن بیشتر است برگمار. «و وقفنی اذ اشتکت علی الامور لا هداها»: و وقتی امور مشتبه می‌شوند مرا به نیکوترین طریقه هدایت و موفق ساز. و در دعایی که بعد از زیارت امام جواد (ع) آمده است



می‌خوانیم: «الهم ارنی الحق حقاً فاتبعه و الباطل باطلا فاجتنبه و لا تجعله علی متشابها»: خدایا به من، حق را «حق» بنما و باطل را «باطل» تا از حق تبعیت و از باطل، اجتناب کنم و آن دو را برایم مشتبه نگردان. و نیز مرور سوگندنامه و کالت، یادآور عهد آسمانی بر رویه راستی و درستی و دفاع از حق و عدالت و احتراز از کینه‌توزی و انتقام‌جویی و رعایت احترام نسبت به دیگران است.

حال که موضوع هنر و حرفه و کالت، دفاع از حق و عدالت است، لازمه دفاع در مقابل باطل و ظلم، مجهز بودن و کیل به مراقبت‌های معنوی و ارتباطات باطنی و ظاهری با وکیل علی‌الاطلاق (خداوند) است.

۲. از آنجا که دفاع از حق، محور فعالیت وکیل است، هیچ محور دیگری نمی‌تواند جایگزین آن شود حتی شخص موکل یا پیروزی در دفاع (به هر قیمتی).

عارف و استاد بی‌بدیل اخلاق، ملا احمد نراقی می‌نویسد: «اگر در خصومتی که وکیل دارالقضا می‌کند بدون علم و یقین از یک جانب گفتگو کند، وزر وبال غیر را متحمل می‌گردد و عاقل را سزاوار است که از حد ضرورت، در خصومت تجاوز نکند و عزت و وقار خویش را از بین نبرد تا باعث تزییع حقوق نشود اما در فواید خوش‌کلامی و دلجویی مواظبت کن و حتی در اعتراض و طلب حق هم نباید لجاج و عناد نمود و زیاده از قدر ضرورت سخن گفت چون باعث اهانت و ایدای خصم می‌شود و ممدوح بودن خصومت در طلب حق شرعی در وقتی است که اظهار لجاج و عناد نکند و هرگاه غرض رسیدن به حق نباشد بلکه محض غلبه به خصم و عناد باشد، آن نیز منهی عنه و ارتکاب آن حرام است و بعضی در مطالبه اندک چیزی لجاج می‌کنند از سر اینکه می‌خواهند سخن خود را پیش برده باشند و علامت مجادله آن است که اگر سخن حقی بر زبان آن طرف جاری شود، تو را ناخوش آید و بخواهی آنچه تو می‌گویی صحیح باشد و آن را به طریق جدال و خصم تمام کنی تا نقص و خلل کلام او را ظاهر سازی» (۱۳۶۷: ۴۲۵-۴۲۲).

در اصول کافی، بابی با عنوان «المراء و الجدال و الخصومه» وجود دارد و در روایتی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده «... ترک المراء و ان کانه مُحَقًّا» یعنی انسانی که حتی حق با اوست، باید از مراء اجتناب کند (کلینی، ۱۳۶۹: ۴۰۹/۳). در معنای مراء آمده است: اعتراضی لجوجانه و جدال خصمانه با روشی غیرنیکو و غیراخلاقی (قرشی بنایی، ۱۳۷۰: ج ۶). در روایت دیگری امر به پرهیز از «مشاره» شده است یعنی خودداری از برانگیختن آتش دشمنی بین طرفین، که از آثار آن، افشای عیوب و اسرار پنهانی و ایجاد دشمنی و نفاق و ایذا و اذیت طرفین نسبت به یکدیگر است (کلینی، ۱۳۶۹: ۴۱۱/۳).



در آیه ۳۴ سوره فصلت می‌خوانیم: «ادفع باللی هی احسن فاذا الذی بنیک و بینه عداوه کانه ولی حمیم» بدهی‌ها را با نیکوترین روش دفع کنید و در این صورت دشمن شما همچون دوست صمیمی خواهد شد.

۳. وکیل، ناظری مستقل بر اعمال حق در جامعه و دستگاه قضاست، لازمه این نظارت، شجاعت، شهامت، صلابت، عزت، مهابت و علو همت است. ملا احمد نراقی می‌نویسد: «یکی از صفات خبیثه، صنعت نفس است یعنی عجز و زبونی و اضطراب در وقت حدوث حادثه و کناره جستن از کارهای بزرگ و امور عالیه و اضطراب و تزلزل به اندک چیزی از بلاها و مخاوف؛ و صاحب این صفت پیوسته مضطرب و همیشه از حوادث دنیا، خائف و ترسان است و هر ساعتی در تشویق و غمی و هر لحظه در بیمی و المی است و دیگر از صفات مذموم، دنائت همت است که عبارت است از پستی طبع و قصوه، همت از طلب کارهای بزرگ و امور عظیم و خطرناک و قناعت کردن نفس به شغل‌های پست و اعمال جزئیه و این صفت، نتیجه کم‌دلی و ضعف نفس است و ضد این صفت، علو همت است که عبارت است از سعی نمودن در مراتب عالیه و مناصب متعالیه و طلب کردن کارهای بزرگ؛ و کسی که همت او عالی باشد به امور جزئیه سر فرود نیآورد و به طمع منافع خسیسه دنیویه، خود را نیالاید و از بیم مضرات و خطرات، دست از مطلوب خود باز ندارد.»

صاحب این صفت، چون قدم در راه طلب نهاد و در صدد تحصیل مقصود برآمد نه او را بیم جان است نه پروای سر، نه از شمشیر می‌ترسد و نه از خنجر؛ و این صفت، نتیجه بزرگی ذات و شجاعت نفس است و بالاترین فضائل نفسانیه و اعظم مراتب انسانیت است زیرا که هر که به جایی رسید و به مراتب ارجمند سرفراز گردید، به واسطه این صفت شده. آری صاحب این صفت هرگز خود را به مرتبه پست راضی نمی‌کند و به امور جزئیه دنیا سر فرود نمی‌آورد و بدان که شهامت که یکی از صفات حقه است از نتایج علو همت است و آن عبارت است از حریص بودن آدمی برای انجام رساندن امور عظیم که نام او را به مرور دهور در صفحه روزگار باقی بماند. امام معصوم (ع) فرمودند: «خداوند عالم به بنده مؤمن اجازه نداده است که خود را دلیل و بی‌قدر کند و مؤمن صاحب صلابت و مهابت و عزت است و خداوند به مؤمن، عزت و ظفر و مهابت در دل ظالمین قرار داده است» (نراقی، ۱۳۶۷: ۱۶۳-۱۶۰).

۴. یکی دیگر از لوازم نظارت بر اعمال حق و عدالت، پیشتازی در عرصه دانش حقوق و مهارت دفاع است؛ لذا قناعت کردن و تسلیم شدن به رویه‌های کلیشه‌ای معمول و عافیت-طلبی و توقف رشد علمی و تجربی و عمل‌زدگی و اکتفا به دانش‌های قبلی و عدم تفقه در



منابع و قواعد و اصول و فقدان دانش روز، با رسالت و کالت منافات دارد. و کیل باید رویه‌ساز دستگاه قضا باشد و متناسب با نیازها و عدالت، خرق عادات کرده و تولیدکننده علم و اندیشه منطقی و متفن در عرصه قضا و تقنین باشد. پیامبر (ص) فرمودند: «آدمی با علم به درجات بلند و مراتب ارجمند در دنیا و آخرت می‌رسد. خداوند علم را به اهل سعادت اعطا می‌کند و ارباب شقاوت را از آن محروم می‌سازد. پس خوش به حال کسی که خداوند او را از خط علم محروم نگرداند» (نراقی، ۱۳۶۷: ۷۲-۵۸).

منابع

- قرآن
- ملکی تبریزی، میرزا جواد. (۱۳۸۹). المراقبات. ترجمه میرزایی. قم: علویون.
- محمدی، علی. (۱۳۸۶). نامه‌های عرفانی. قم: دفتر نشر معارف.
- نراقی، احمد. (۱۳۶۷). معراج السعاده. تهران: مطبوعات حسینی.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۹). اصول کافی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- قرشی بنایی، علی اکبر. (۱۳۷۰). قاموس قرآن. تهران: دارالکتب الاسلامیه

فرنچایز و لزوم قانون گذاری در قانون تجارت

" فرنچایز و نگرش به آینده "

سید محی الدین خدائی^۱

چکیده

یکی از قراردادهایی که علی‌رغم داشتن کاربردهای فراوان حقوقی و مزایای بسیار برای طرفین قرارداد، در قانون ایران مغفول مانده، قراردادهای فرنچایز است. در این مجال تلاش خواهیم کرد مفاهیم فرنچایز، تاریخچه، عناصر اصلی فرنچایز و ماهیت حقوقی آن را بیان کنیم و نخبگان و نمایندگان مردم را به بهره‌مندی از مزایای فرنچایز دعوت کنیم و لزوم تصویب قانونی این عنوان و تعریف حقوقی آن را به صورت شفاف و دقیق یادآور شوم. انشالله پس از وضع مفهوم فرنچایز در قانون تجارت و رسمیت یافتن حقوق مالکیت فکری و اهمیت یافتن حقوق مربوط به علائم تجاری به پشتوانه حمایت قانون قراردادهای فرنچایز، چرخه اقتصاد بهتر خواهد گردید؛ ولی اکنون با بضاعت اندک قانونی و با توجه به نبود این قرارداد در قوانین ایران، ماهیت حقوقی این قرارداد تعیین‌کننده آثار حقوقی آن است.

۱ - تعاریف و تاریخچه

فرنچایز (franchise)؛ یا حق امتیاز حرفه‌ای که با نام‌های: فرداد، برترانه یا فرانشایز نیز شناخته می‌شود، گونه‌ای از کسب و کار است که بر پایه آن، به یک شخص حقیقی یا حقوقی، اختیار داده می‌شود که تولیدات یا فرآورده‌های فرنچایزدهنده را، تحت اصول



مشخص حرفه‌ای بفروشد. ریشه کلمه فرنچایز واژه‌ای فرانسوی به معنی صداقت و آزادی است؛ البته امروزه در دنیای سود و زیان و اقتصاددزده بر مبنای اصول سرمایه‌داری این کلمه معنای دیگری به خود گرفته است.

در سال ۱۹۸۰ میلادی دو کشور آمریکا و کانادا نخستین کشورهای دارای قانونی خاص در رابطه با قراردادهای فرنچایز بودند. پیشگامی کشور کانادا منجر به ارائه پیشنهادی در سال ۱۹۸۵ میلادی از سوی نماینده آن به موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی گردید که در نهایت به تنظیم «قانون نمونه مؤسسه بین‌المللی یکسان کردن حقوق خصوصی در مورد افشای اطلاعات فرنچایز ۲۰۰۲» منتهی شد. در تعریف بین‌المللی مفهوم فرنچایز، در مورد افشای اطلاعات فرنچایز در ماده ۲ «قانون نمونه مؤسسه بین‌المللی یکسان کردن حقوق خصوصی در مورد افشای اطلاعات فرنچایز» چنین تعریف شده است: حقوق اعطاشده توسط فرنچایزدهنده که فرنچایزگیرنده را مجاز و ملزم می‌کند در ازای عوض مالی مستقیم یا غیرمستقیم، متعهد به تجارت فروش کالا یا (ارائه) خدمات از طرف خود، تحت یک سیستم طراحی شده توسط فرنچایزدهنده باشد که شامل دانش تجربی و مساعدت است و تا حدود زیادی شیوه‌ای را که در آن تجارت فرنچایز باید مورد بهره‌برداری قرار گیرد، تعیین می‌کند و این شامل کنترل عمده و مستمر بهره‌برداری از سوی فرنچایزدهنده است و عمدتاً مرتبط با یک علامت تجاری، علامت خدماتی، نام تجاری یا آرم طراحی شده توسط فرنچایزدهنده است.

سازمان جهانی مالکیت معنوی نیز در کتاب راهنمای خود، فرنچایز را این گونه تعریف می‌کند: «قراردادی است که به وسیله آن فرنچایزدهنده که روشی ویژه برای پرداختن به تجارتی خاص را گسترش داده است، به فرد دیگری یعنی فرنچایزگیرنده اجازه می‌دهد که از این روش مطابق با دستورات وی و البته در مقابل پرداخت مابه‌ازا استفاده کند».

با توجه به تعاریف مطرح شده عناصر اصلی تشکیل دهنده یک قرارداد فرنچایز شامل فرنچایز دهنده، فرنچایز گیرنده و موضوع فرنچایز است.

فرنچایز دهنده؛ مالک اصلی کلیه حقوق مادی و معنوی کسب و کار فرنچایز است که به هر یک از این کسب و کارهای کوچک، (فرنچایزگیرندگان)، اجازه می‌دهد که تحت یک نام بازرگانی مشترک و یک هویت فعالیت کنند و همگی از یک متد موفق، (که پیشتر آزمایش شده) و بازاریابی مشترک بهره گیرند. فرنچایزدهنده، معمولاً خود فعالیت‌های پشتیبانی و کنترل کیفی اصلی را بر عهده می‌گیرد.

فرنچایز گیرنده؛ مسئول اداره یکی از شعب کسب و کار فرنچایز، مطابق با اصول و



روش‌های تعیین و مشخص شده توسط فرنچایزدهنده است.

موضوع فرنچایز؛ حول محور اجازه فرنچایزدهنده به فرنچایزگیرنده نسبت به حقوق مکتسبه موجود و اعطای اداره یک یا چند شعبه تحت پرند فرنچایزدهنده، به صورت محدود و مشروط به رعایت دقیق اصول مورد نظر فرنچایزدهنده و شرایط قرارداد فی مابین، طبق نظر فرنچایزدهنده است.

تاریخچه؛ تاریخچه قرارداد فرنچایز حداقل به سال ۱۸۵۰ میلادی برمی‌گردد. در این سال در ایالات متحده آمریکا آقای ایساک سینجر که شکلی جدید و پیشرفته را از چرخ خیاطی اختراع کرده بود، تصمیم داشت که پخش و فروش محصولات خود را افزایش دهد. به نظر می‌رسد که قراردادهای او با امتیازگیرندگانش نخستین قرارداد فرنچایز بوده‌است.

۲- ماهیت قرارداد فرنچایز در حقوق ایران

متأسفانه علی‌رغم کاربردی بودن قرارداد فرنچایز و صیانت این‌گونه قراردادهای از مالکیت فکری و معنوی، در قوانین ایران تعریفی از قرارداد فرنچایز ارائه نشده‌است. طی بررسی‌های تطبیقی انجام‌شده برای شناسایی دقیق ماهیت حقوقی فرنچایز و تطبیق آن با قوانین جاری ایران، با توجه به ماهیت و تعاریف بین‌المللی قراردادهای فرنچایز با قراردادهای مشابه حقوق ایران از جمله عقد بیع اموال فکری و بیع منافع، اجاره، قرارداد واگذاری حق انتفاع، نمایندگی تجاری و وکالت، مفاد و قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی و انواع صلح مشخص شد که قرارداد فرنچایز با هیچ یک از عقود معین منطبق نیست.

از جمله اینکه در قرارداد اجاره، مالکیت منافع به مستأجر منتقل می‌گردد؛ ولی در قرارداد فرنچایز امتیازگیرنده مالک منافع نیست. عقد صلح نیز به عکس فرنچایز مبتنی بر تسامح و گذشت است و در آن علم اجمالی به موضوع کفایت می‌کند. قرارداد واگذاری حق انتفاع با وجود شباهت‌های بسیار قابل انطباق با فرنچایز نیست؛ زیرا در این قرارداد امتیازدهنده و دیگر امتیازگیرندگان احتمالی می‌توانند در نبود شرط مخالف از آن استفاده کنند و از طرف دیگر امتیازدهنده به نحوه اجرای قرارداد از لحاظ کیفیت و غیره نظارت کامل دارد.

در خصوص نماینده تجاری باید گفت که نماینده تجاری تمامی اعمال واجد اثر حقوقی را به نام و به حساب اصیل انجام می‌دهد؛ در صورتی که در قرارداد فرنچایز امتیازگیرنده به حساب خود معامله می‌کند. وکالت نیز برای انجام دادن امری حقوقی است و نه مادی ضمن آنکه وکیل به نام و به حساب موکل خود معامله می‌کند. فرنچایز بیع منافع نیست چراکه عقد بیع به صراحت ماده ۳۳۸ قانون مدنی از عقود تملیکی است از طرف دیگر مطابق ماده



۲۳۳ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد باطل و موجب بطلان عقد است؛ اما می‌توانیم این قرارداد را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی که مبین اصل آزادی قراردادهاست، بگنجانیم و آن را نوعی قرارداد خصوصی قلمداد کنیم. هرچند که انطباق آن با ماده ۱۰ قانون مدنی مشکل خلاً قانونی را حل نمی‌کند. مطابق قواعد عمومی قراردادهای ایران قرارداد فرنجایز عقدی لازم رضائی غیرمعین مستمر و معوض است.

۳ - فرنجایز و نگرش به آینده

فرنجایز امتیازی است که به یک فرد یا گروهی داده می‌شود تا محصولات و یا خدمات یک برند را در یک محدوده جغرافیایی یا مکان خاص به فروش برسانند. فرنجایز مدلی تجاری است که طبق آن امتیاز و امکان بهره‌برداری و عرضه علامت تجاری، محصول و شیوه تجارت از سوی دارنده صاحب اصلی برند یا فرنجایزدهنده در مقابل مبلغی یا درصدی از سود خالص امتیازگیرنده یا فرنجایزگیرنده برای مدت مشخص و در قلمرو مشخص واگذار می‌شود. در این شکل کسب و کار، فرنجایزدهنده اقدام به راه‌اندازی یک شعبه جدید نمی‌کند، بلکه تنها به مدیریت فرنجایزگیرنده نظارت می‌کند و در جهت توسعه کسب و کار فرنجایز شده تلاش می‌نماید.

امروزه از قراردادهای فرنجایز به منظور گسترش قلمرو جغرافیایی دامنه فعالیت‌های تجاری استفاده می‌شود. در این روش طرفین قرارداد توافق می‌نمایند تا با همکاری متقابل یکدیگر، فروش کالا یا ارائه خدماتی را در قالب یک نظام از پیش طراحی شده که حاوی یک بسته حقوق مالکیت فکری است، به صورت مستمر به انجام رسانند. این نوع ویژه از قرارداد را می‌توان به طور خلاصه، تبادل نسبی «شهرت» و «سرمایه» در قالب نظام مذکور دانست.

قرارداد فرنجایز برای فرنجایزدهنده مزایایی همچون توسعه کم‌هزینه دسترسی به توان مالی بیشتر برای تبلیغات و برای فرنجایزگیرنده استفاده از یک برند شناخته‌شده و عدم نیاز به ساختن برند از ابتدا، استفاده از فرآیندهای مدیریتی مشخص و موفق، ریسک شکست کمتر، شانس بیشتر برای گرفتن وام و اعتبار مالی و حمایت از طرف فرنجایزدهنده را به همراه دارد.

شاید به‌عنوان بارزترین مثال برای قراردادهای فرنجایز بتوان رستوران‌های زنجیره‌ای مک‌دونالد را نام برد. در اهمیت این گونه قرارداد جالب است بدانیم سود حاصل از قراردادهای فرنجایز مک‌دونالد بسیار بیشتر از سود حاصل از فروش همبرگر مک‌دونالد است. فرنجایز



در دنیای امروز به یکی از مقبول‌ترین راه‌های تجارت در بازار تبدیل شده است. فرنچایزها انواع بسیار مختلفی دارند. بسیاری افراد فرنچایز را فقط با تجارت‌های فست فود می‌شناسند؛ اما در واقعیت، امروزه بیش از ۱۲۰ نوع مختلف کسب و کار فرنچایز وجود دارد. نمونه‌های آن‌ها در گروه‌های مختلف مانند خدمات وکالت، خدمات مالی، اتومبیل و تعمیرات، سلامت و بدن‌سازی و بسیاری دیگر وجود دارد.

در نگاه حقوق‌دانان، فرنچایز به سه دسته صنعتی (industrial)، توزیعی (distribution) و خدماتی (service) تقسیم می‌شود. در فرنچایز صنعتی، امتیازگیرنده کالای خاصی را طبق دستورالعمل‌های امتیازدهنده تولید می‌کند و آن‌ها را تحت حقوق مالکیت فکری امتیازدهنده به فروش می‌رساند؛ مانند شبکه فرنچایز رستوران‌ها. در فرنچایز توزیعی، امتیازگیرنده صرفاً کالاهای خاصی را در فروشگاه‌هایی که از نام تجاری یا نماد امتیازدهنده برخوردار است، به فروش می‌رساند مانند شبکه فرنچایز جایگاه‌های سوخت. در فرنچایز خدماتی نیز امتیازگیرنده پیشنهاد ارائه خدماتی را تحت نام تجاری، نماد یا حقوق مالکیت فکری امتیازدهنده ارائه می‌دهد مانند شبکه فرنچایز تعمیرگاه‌های خودرو.

علاوه بر ارزش مادی و معنوی یک برند، اصول و روش‌های فرنچایزدهنده نقش بسیار کلیدی و تعیین‌کننده‌ای در قراردادهای فرنچایز داشته تا آنجا که حتی می‌توان این اصول را که برندهای بزرگ تحت دستورالعمل مجزا در کتابچه‌ای با نام brand book در اختیار فرنچایزگیرنده قرار می‌دهند، ارزش اصلی کسب و کار و دلیل رونق آن دانست و به همین دلیل است که طرفین چنین قراردادهایی چنانچه بر مبنای اصول و چهارچوب‌های تعیین شده گام بردارند، هر دو می‌توانند بسیار از آن کسب منفعت کنند. در دنیای تجارت ضرب‌المثلی در مورد فرنچایز وجود دارد که می‌گوید از هم‌نشینی «شهرت» و «سرمایه» فرزندی متولد می‌شود به نام «سود».

با توجه به وجود قوانین حمایتی مناسب در کشورهای صنعتی و استقبال حقوق‌دانان در تنظیم قراردادهای کاربردی مرتبط، فرنچایز یکی از مهم‌ترین روش‌های انتقال تکنولوژی دانسته شده‌است.

حیف است امروزه که بسیاری از کشورها اقدام به تصویب قانونی در رابطه با قراردادهای فرنچایز نموده‌اند و رویکرد اصلی خود را در تنظیم روابط و تعهدات طرفین و حمایت کامل قانون‌گذار و صیانت از منافع منطبق با قانون در جهت توسعه اقتصادی و حقوقی نموده‌اند، ایرانیان از این مزایا یا به صورت کامل محروم شوند و یا به سبب فقدان بسترهای حقوقی از آن بهره کافی و کامل نبرند. لذا بسیار بجا و مناسب است که اکنون که قانون‌گذار پس



از سال‌ها مترصد تصویب قانون تجارت جدیدی است، از مسائل و الزامات کاربردی و حقوقی روز دنیا غافل نبوده و در جهت رفع نیاز جامعه مفاهیمی همچون فرنچایز و علائم تجاری و حقوق مالکیت فکری و کپی‌رایت را با صراحت و شفافیت در قانون تجارت بگنجانند و به آن اعتبار کافی بخشیده و ضمانت اجرایی مناسب در نظر بگیرند. شاید تصویب چنین مواردی سبب خیر شود و مشکلات کسب و کارهای دیگر همچون وکالت نیز در قالب فرنچایز و کار گروهی تحت یک برند و موسسه حقوقی در چهارچوب‌های مشخص نیز کمتر شود.

منابع

- اخلاقی بهروز و فرهاد امام. (۱۳۹۵). *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*. تهران: شهر دانش.
- حاجی عزیزی، بیژن. (۱۳۷۱). *انتقال تکنولوژی*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. تهران: مجد.
- صابری، روح‌الله. (۱۳۸۷). *قراردادهای لیسانس*. تهران: شهر دانش.
- صفایی، حسین. (۱۳۸۵). *قواعد عمومی قراردادهای*. تهران: نشر میزان.
- صفری، محسن و شهاب مشهدیان. (۱۳۸۹). بررسی ماهیت قرارداد فرانچایز در حقوق ایران. *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*. دوره ۴۰، شماره ۱۰۱: ص. ۱۸۲-۱۶۷.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۵۶). *عقود معین*. تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). *مسئولیت ناشی از عیب تولید*. تهران: دانشگاه تهران.



نقد رای

"تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ ها"

فریده محمدی سرپیری^۱

فاطمه لاوی^۲

مقدمه

پدیده تصرف غیرمجاز در اراضی، مشکلی است که در سال‌های اخیر روندی افزایشی داشته است. مالکین اراضی مستعد کشاورزی و باغی، معمولاً با انگیزه‌های اقتصادی به تغییر کاربری می‌پردازند. با افزایش جمعیت و شهرنشینی و رشد و توسعه اقتصاد و صنعت، اراضی زراعی و باغی اطراف شهرها در معرض تخریب و تبدیل است و این روند به سرعت روبه افزایش است. به همین دلیل حفظ این اراضی زراعی و باغی و جلوگیری از تغییر غیرمجاز آن‌ها روز به روز مشکل‌تر می‌شود. این جریان مشکلات زیست‌محیطی، همچنین آثار اجتماعی و اقتصادی متعددی را به همراه داشته است. قانون‌گذار برای حفاظت از این فضاها و در جهت توسعه پایدار و جلوگیری از تخریب بی‌رویه اراضی، قوانین و قواعدی را وضع و ایجاد نموده است. هم‌اکنون برای مجازات بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغی، قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ با الحاقات و اصلاحات مورخ ۱۳۸۵/۸/۱ مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی شده است. در ادامه به بررسی و نقد یک رأی در رابطه با تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی پرداخته شده است.

۱ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، وکیل پایه یک دادگستری

۲ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، وکیل پایه یک دادگستری



شرح ماقوع

آقای علی ... بدون اخذ مجوز قانونی و برخلاف قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها اقدام به احداث بنا و دیوارکشی و در نتیجه تغییر کاربری به میزان ۹۵ مترمربع از اراضی واقع در زمان آباد بخش مرکزی دهستان جی و قهاب را نموده است. سازمان جهاد کشاورزی استان اصفهان با توجه به ماده ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات ۱۳۸۵؛ شکوائیه‌ای در این رابطه مطرح نمود. پس از بررسی‌های به‌عمل‌آمده در دادسرا، با توجه به شکایت و گزارش مدیریت جهاد کشاورزی شهرستان اصفهان، اقرار متهم، معاینه محل به‌عمل‌آمده توسط مرجع انتظامی و عکس‌های هوایی، قرار جلب به دادرسی و پس از آن کیفرخواست صادر شد. پرونده به دادگاه کیفری ۲ ارسال شد و پس از آن دادگاه ختم رسیدگی را اعلام و مبادرت به صدور رأی نمود. رأی صادره در مرحله بدوی به قرار ذیل است:

پرونده کلاسه ۱۳۳۳-۳۶۲۵۰۳۶۹۸۰۹۴۰ شعبه ۱۰۵ دادگاه کیفری دو شهر اصفهان (۱۰۵) جزایی سابق) تصمیم نهایی شماره ۲۰۰۲-۳۵۳۱۰۳۵۹۷۰۹۴۰ شاکی: سازمان جهاد کشاورزی استان اصفهان با نمایندگی خانم راضیه... متهم: آقای علی... اتهام: تغییر غیرمجاز کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها

رأی دادگاه

در خصوص اتهام علی... دائر بر تغییر کاربری اراضی زراعی بدون اخذ مجوز به میزان ۹۵ مترمربع از اراضی واقع در زمان آباد بخش مرکزی دهستان جی و قهاب از طریق دیوارکشی و احداث اتاق در سال ۹۴ موضوع کیفرخواست صادره از ناحیه دادسرای عمومی و انقلاب اصفهان و شکایت مدیریت جهاد کشاورزی شهرستان اصفهان، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده، شکایت معنونه، معاینه به‌عمل‌آمده توسط مرجع انتظامی مضبوط در صفحه ۲۱ پرونده، عکس‌های پیوست، اقرار صریح و مقرون به واقع متهم و سایر قرائن و امارات موجود در پرونده، بزهکاری وی را محرز و مسلم دانسته و مستنداً به ماده ۳ اصلاحی

۱- ماده ۱۰. «هرگونه تغییر کاربری در قالب ایجاد بنا، برداشتن یا افزایش شن و ماسه و سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می‌گردد، چنانچه به‌طور غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون صورت پذیرد، جرم بوده و مأموران جهاد کشاورزی محل مکلفند نسبت به توقف عملیات اقدام و مراتب را به اداره متبوع جهت انعکاس به مراجع قضایی اعلام نمایند.»



قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ متهم را به پرداخت ۳۸,۰۰۰,۰۰۰ ریال جزای نقدی معادل یک برابر ارزش روز زمین با کاربری جدید و قلع‌و‌قمع مستحذات محکوم می‌نماید. لیکن با توجه به فقدان سابقه محکومیت کیفری مؤثر و نظر به وضع خاص و سن متهم مستنداً به مواد ۴۶، ۵۲ و ۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، تمامی جزای نقدی وی را به مدت یک سال تعلیق می‌نماید. بدیهی است چنانچه مشارالیه در مدت تعلیق مرتکب یکی از جرائم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت شود، علاوه بر مجازات جرم اخیر، مجازات معلق نیز درباره وی اجرا می‌شود. رأی صادره حضوری و ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان اصفهان است.

پس از آن آقای علی ... به رأی مرحله بدوی معترض شد و به تجدیدنظرخواهی از رأی صادره اقدام نمود. رأی مرحله تجدیدنظر در ذیل بیان شده است.

شماره دادنامه: ۹۵۰۹۹۷۰۳۶۹۴۰۰۸۰۳، تاریخ تنظیم: ۱۳۹۵/۰۵/۲۵، شماره پرونده: ۹۴۰۹۹۸۰۳۶۲۵۰۱۳۳۳، شماره بایگانی شعبه: ۹۵۰۲۶۳، موضوع: تجدیدنظرخواهی از دادنامه شماره ۹۴/۱۲/۱-۲۰۰۲ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه کیفری دو شهرستان اصفهان

رأی دادگاه

در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای علی... نسبت به دادنامه شماره ۹۴/۱۲/۱-۲۰۰۲ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه کیفری ۲ اصفهان متضمن محکومیت نامبرده به پرداخت مبلغ سی‌وهشت میلیون ریال جزای نقدی تعلیقی در حق صندوق دولت و قلع‌و‌قمع مستحذات به علت ارتکاب بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی کشاورزی به میزان ۹۵ مترمربع از طریق دیوارکشی و احداث اتاق، موضوع شکایت مدیریت جهاد کشاورزی اصفهان، دادگاه با ملاحظه مفاد لایحه تجدیدنظرخواهی متهم و ملاحظه سایر محتویات پرونده و تحقیقات صورت گرفته نظر به اینکه از ناحیه متهم تجدیدنظرخواه اعتراض موجه و مستدلی که موجب نقض دادنامه صادره باشد، ابراز نگردیده و رسیدگی و صدور حکم نیز وفق ضوابط و مقررات قانونی و حسب دلایل و قراین کافی خصوصاً آقاری صریح متهم صورت گرفته است؛ لذا با عنایت به مراتب فوق از آنجا که به لحاظ وضعیت باغ موضوع گزارش، دیوارکشی در جهت حفظ و حراست از محصول و در نتیجه بهینه‌سازی محصولات کشاورزی بوده است با حذف موضوع قلع‌و‌قمع دیوارها از متن دادنامه و با رد تجدیدنظرخواهی وی مستنداً به بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲/۱۲/۴، دادنامه معترض عنه را با اصلاح



به عمل آمده تأیید و استوار می‌نماید. این رأی قطعی است.

تحلیل رأی

در مرحله بدوی با توجه به ماده ۳ اصلاحی قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۸۵ متهم به پرداخت ۳۸/۰۰۰/۰۰۰ ریال جزای نقدی معادل یک برابر ارزش روز زمین با کاربری جدید و قلع‌و‌قمع مستحذات محکوم شد. رأی صادره موافق با موازین، قوانین و اصول حقوقی است. جنبه موضوعی و حکمی این رأی به نحو صحیحی رعایت شده است.

رأی مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفت، دادگاه تجدیدنظر رأی مرحله بدوی را با رد تجدیدنظرخواهی خوانده تأیید نمود ولیکن بدین نحو که رأی را به دو قسمت تقسیم و بخشی از رأی صادره را اصلاح و حذف و بخش دیگر آن را تأیید کرد. دادگاه جزای نقدی را تأیید ولیکن قلع‌و‌قمع را از متن دادنامه حذف نمود. در جهت حذف قلع‌و‌قمع این‌گونه استدلال نمود که: «به لحاظ وضعیت باغ موضوع گزارش، دیوارکشی در جهت حفظ و حراست از محصول و در نتیجه بهینه‌سازی محصولات کشاورزی بوده است».

به این رأی از نظر جنبه حکمی ایراداتی وارد است. نمی‌توان به نحو دوگانه‌ای تصمیم گرفت. به‌طور کلی باید رأی بر محکومیت متهم و در نتیجه مجازات وی صادر شود و یا اینکه رأی بر برائت متهم صادر شود. در رأی تجدیدنظر به نحو دقیقی مشخص نشده که آیا مجرمیت متهم پذیرفته شده است یا برائت متهم! بدین علت که قلع‌و‌قمع که جزء لاینفک این حکم کیفری است را حذف و فقط جزای نقدی را ابقاء و رأی صادره را تأیید نموده است. در حالی که اگر شخص مجرم نباشد جزای نقدی هم لازم نیست چراکه دادگاه در استدلال خود بیان نموده، دیوارکشی در جهت حفظ و حراست از محصول و در نتیجه بهینه‌سازی محصولات کشاورزی بوده است. این استدلال به نحوی دلالت بر برائت متهم دارد.

اگر شخص مجرم نباشد، مجازاتی برای وی متصور نیست. در حالی که دادگاه تجدیدنظر مجرمیت و محکومیت شخص در رأی مرحله بدوی را پذیرفته است ولیکن از طرف دیگر با استدلالی که در رأی ذکر شده به نحوی آن را رد کرده است. در نتیجه رأی از نظر حکمی دارای اشکال است. همچنین دادگاه تجدیدنظر اعمال سلیقه نموده است چراکه با استدلالی که در رأی بیان کرده به نحوی این کاربری را مجاز تشخیص داده است در حالی که تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری به عهده کمیسیونی خاص است و دادگاه مرجع تشخیص تغییر کاربری نیست.

در تبصره ۱ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات



۱۳۸۵ این گونه بیان شده است که: «تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در هر استان به عهده کمیسیون مرکب از رئیس سازمان جهاد کشاورزی، مدیر امور اراضی، رئیس سازمان مسکن و شهرسازی، مدیرکل حفاظت محیط‌زیست آن استان و یک نفر نماینده استاندار است که به ریاست سازمان جهاد کشاورزی تشکیل می‌گردد...»
حال به فرض که ما این گونه بپذیریم که دادگاه مجرمیت شخص را پذیرفته است، به چه علت مجازات قلع و قمع را حذف کرده است.

اگر به ماده ۳ این قانون، توجه کنیم قانون‌گذار این گونه بیان کرده است که «کلیه مالکان یا متصرفان اراضی زراعی و باغ‌های موضوع این قانون که به صورت غیرمجاز و بدون اخذ مجوز از کمیسیون موضوع تبصره (۱) ماده (۱) این قانون اقدام به تغییر کاربری نمایند، علاوه بر قلع و قمع بنا، به پرداخت جزای نقدی از یک تا سه برابر بهای اراضی زراعی و باغ‌ها به قیمت روز زمین با کاربری جدید که مورد نظر متخلف بوده است و در صورت تکرار جرم به حداکثر جزای نقدی و حبس از یک ماه تا شش ماه محکوم خواهند شد.»
در ماده ۳ دادرس موظف گردیده است، علاوه بر محکومیت متخلف به پرداخت جزای نقدی و حبس (در صورت تکرار جرم)، در هر حال وی را به قلع و قمع بنا محکوم نماید.

قلع و قمع جزء اصلی و لاینفک این گونه احکام کیفری است چراکه در متن ماده ابتدائاً این گونه بیان شده که «علاوه بر قلع و قمع بنا...». پس در ابتدا حکم به قلع و قمع این گونه کاربری‌های غیرمجاز صادر می‌شود و این نص قانون است. اجرای حکم قانون‌گذار الزام‌آور است مگر اینکه استثنایی وجود داشته باشد و این استثنا را هم قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است. اگر به تبصره ۴ این قانون دقت کنیم این گونه بیان شده است که: «احداث گلخانه‌ها، دامداری‌ها، مرغداری‌ها، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه‌های صنایع تکمیلی و غذایی در روستاها بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شود.»

مورد مذکور در رأی صادره از موارد ذکر شده در تبصره ۴ نیست چون دیوارکشی جزء موارد ذکر شده در تبصره ۴ نیست. این موارد جنبه حصری دارد و جنبه تمثیلی ندارد، پس در موارد شک باید به قدر متیقن عمل نمود و نمی‌توان از حکم تفسیر موسع کرد. در نتیجه جرم تحقق یافته و شخص باید به مجازات‌های مذکور در ماده ۳، بالأخص قلع و قمع محکوم شود.



یک وکیل، هزار سودا، هزار تبعیض

مرئضی پناهی^۱

آنچه مرا بر آن داشت که همت گمارم و بدین نگاره تمسک طلبم ضرورتی انکارناپذیر است که جامعه وکالت و دولت و مجلس محترم از آن غفلت ورزیده‌اند و چه بسا توالی فاسدی در پی دارد که تبعات آن دامن‌گیر دستگاه قضایی کشور بوده و در آن چهره عدالت در تمامی ابعاد آن بالأخص عدالت اجتماعی بیش از پیش مخدوش گردیده و رنگ می‌بازد. همه ما حقوق‌دانان یا حقوق‌خوان‌های جوان از زمانی که در رشته حقوق قضایی در دانشگاه‌ها پذیرش می‌شویم همواره سودای کمال‌طلبی و رسیدن به مدارج و مشاغل عالی را در سر می‌پرورانیم و در جهت نیل به آن ۴ سال از عمر خود را مصروف فراگیری پیچ‌وخم‌های مباحث بعضاً سنگین حقوقی و آشنایی با آن می‌کنیم تا شاید بعد از گذراندن مقطع لیسانس بتوانیم در مقام یک وکیل، قاضی، سردفتر اسناد رسمی یا حِرَف وابسته به تحقق عدالت کمکی کنیم و بدین رؤیا سختی‌های فراوان این راه را به جان می‌خریم و با آن به ستیز برمی‌آییم غافل از اینکه آنچه از دورنمای ذهن کاوشگر خود به نظاره آن نشستیم و برای آن هیجان‌زده شده‌ایم، جز دنیایی متلاطم و مملو از استرس و تنش و علامت سؤالی بیش نیست که چرا این چنین است و آن چنان؟!

زمانی که مقطع لیسانس حقوق را به سرانجام می‌رسانیم و با کوله‌باری از دانش و ذوق و اشتیاق برای ورود به مشاغل قضایی ثانیه‌ها را می‌شماریم، از این مهمم غافلیم که به قول معروف «آواز دهل شنیدن از دور خوش است».

قاعدتاً هر کدام از ما فارغ‌التحصیلان رشته حقوق به فراخور توانایی، تخصص و علاقه باید در مشاغلی که نیاز دستگاه قضایی کشور است وارد شویم و به خلق خدا خدمت کنیم اما قصه جور دیگر است. تبعیض شدید و بدون اغماض در بین مشاغل قضایی انکارناپذیر

است:

ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ درباره معرفی جانشین برای سردفتر متوفی یا بازنشسته در ماده ۷۵ طرح جدید مجلس نیز عیناً تکرار شده است. سکوت معنادار مدافعان اشتغال زایی برای فارغ التحصیلان حقوق در برابر طرح‌های تبعیض آمیز مجلس ادامه دارد.

ماده ۷۵ مقرر می‌دارد: «سردفتر شاغل که بازنشسته و یا از کار افتاده می‌شود، می‌تواند فرد واجد صلاحیت را طبق مقررات این قانون برای تصدی دفتر به شورای عالی سردفتران معرفی کند».

در حالی که امروز بسیاری از فارغ التحصیلان رشته حقوق با دنیایی از سواد و تخصص از سر بیکاری روی به عریضه نویسی یا مشاغل دون پایه و غیر مرتبط با رشته حقوق آورده‌اند، در سکوت و ابهام خبری بار دیگر در مجلس شورای اسلامی مقرره‌ای وضع می‌گردد که به موجب آن قطع نظر از سواد و تخصص و لیاقت و کاردانی فرزندان سردفتر بازنشسته، آنان می‌توانند به صورت موروثی متصدی این شغل پرمخاطره گردند.

فلسفه وضع ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ این بود که سابق بر مکانیزه شدن دفاتر، ثبت اوراق و اسناد به صورت دفتری و «ثبت با سند برابر است» انجام می‌گرفت و بدین سبب بعد از فوت سردفتر فرزندان ایشان اسناد رسمی صادره را بدون ملحوظ نمودن درجه اهمیت آن دور می‌انداختند و امحا می‌کردند و این موضوع زمینه‌ساز اختلافات شدید حقوقی و تضییع مسلم حقوق اشخاص می‌گردید.

لذا مجلس بر آن شد که از طریق وضع این مقرره فرزندان سردفتر متوفی را مجبور و مکلف به حفظ و نگهداری اسناد و اوراق رسمی نماید تا حقوق اشخاص از بین نرود و توالی فاسد ناشی از امحای اسناد رسمی روی ندهد. امری که در زمان خود و به فراخور شرایط آن زمان ضرورتی انکارناپذیر بود.

اما امروزه با مکانیزه شدن دفاتر اسناد رسمی و ثبت سیستمی سند و پیشرفت تکنولوژی، اعمال و اجرای مقرره سابق در شرایط فعلی نه تنها نقض غرض است بلکه قویاً و شدیداً نقض حقوق اولیه فارغ التحصیلان بعضاً متخصص و کارآمد رشته حقوق برای تصدی دفاتر و انتخاب آن به‌عنوان یک شغل و نقض عدالت اجتماعی و به تبع آن عدالت اقتصادی است و موجب تضییع حقوق مردم به سبب انحصار این حرفه در ید سردفتران محترم است و شایسته بود که مجلس شورای اسلامی با نقض و نسخ این مقرره تبعیض آمیز زمینه را برای ورود افراد واجد صلاحیت و متخصص به این حرفه فراهم می‌کرد.



به‌راستی آیا چنین حجمی از تبعیض آن هم در چارچوب وضع قانون آن هم در مجلس و آن هم علی‌رغم این حجم از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق توجیهی دارد؟! سؤالی که پاسخ بدان سخت نیست پیچیده هم نیست اما در این مجال نمی‌گنجد!

در خصوص سردفتران اسناد رسمی آزمون سردفتری هر ده سال یک‌بار برگزار می‌گردد و متقاضیان و علاقه‌مندان به آن که بعضاً از توانایی‌های علمی و تخصصی فراوانی بهره می‌برند باید ۱۰ سال به انتظار بنشینند تا آزمون سردفتری با ظرفیت پذیرش نهایتاً ۴ یا ۵ نفر برگزار گردد و پس از گذراندن آزمون دشوار سردفتری و مصاحبه‌های دشوارتر آن در اوج تبعیض و بی‌عدالتی بتوانند امیدوار به پذیرش در آن شوند و از این رهگذر سردفتری که سالیان پیش امتیاز سردفتری را اخذ کرده‌است بتواند آن را در مقابل دریافت مبالغی گزاف و سنگین به اشخاص بعضاً غیرمتخصص و صرفاً متمول واگذار کند و آیا این، جز خرید و فروش امتیاز یک حرفه حساس حقوقی و پایمال کردن حقوق هزاران دانش‌آموخته حقوق نیست؟!

به‌راستی قوانین ما تا کی و با کدامین توجیه اجازه چنین اجحاف و تبعیض ناروایی را به سودجویان و دلالان که واسطه فروش امتیاز سردفتری می‌شوند، می‌دهد و چرا امتیاز سردفتری را از حصر سردفتران خارج نمی‌کند تا به دست دانش‌آموخته‌ها و فارغ‌التحصیلان جوان جوایب کار برساند و بدین سان ضمن اشتغال‌زایی، از فساد و تضییع حقوق مردم نیز جلوگیری کند؟!

چرا و با کدام منطق و استدلال امتیاز سردفتری در یک خاندان موروثی و انحصاری گردد لکن در اعطای پروانه وکالت دادگستری به فارغ‌التحصیلان جوان ناگهان در فکر اشتغال‌زایی برآمده و بدون هرگونه محدودیتی سودای حذف ظرفیت و ورود همگانی و بدون محدودیت به این حرفه را در سر می‌پروراند؟!

بر همگان مکشوف است که قضاوت از جمله مشاغل بسیار مهم و حاکمیتی است و تصدی آن صرف نظر از تخصص و سواد بالا، نیازمند ایمان قوی و صبر و حوصله فراوان و اخلاق والا است و طبعاً پذیرش در آن کار به مراتب پیچیده است اما مگر نه این است که وکلا و قضات دادگستری دو بال فرشته عدالتند که در کنار یکدیگر موجب اعتلای دستگاه قضایی، اعتماد مردم به قوه قضاییه و کارآمدی آن قوه می‌گردد و چنانچه یکی از بال‌های فرشته عدالت در اثر اجحاف و نابخردی دستگاه‌های حاکمه زخمی شود، آنگاه باید چراغ دست بگیریم و در کوران راهروهای دادگستری به دنبال عدالت بگردیم؟! پس چگونه است که ریاست سابق قوه قضاییه جناب آقای صادق آملی لاریجانی در سخنرانی خود عنوان



می‌دارند که: «جذب در قوه قضاییه با معیارهای بسیار سخت‌گیرانه انجام می‌شود و ما نمی‌توانیم دست هر شخصی را که لیسانس حقوق دارد از خیابان بگیریم و بیاوریم که کارآموز قضایی شود و از ۴۰ هزار داوطلب آزمون کمتر از ۳۰۰ نفر (کمتر از ۸ دهم درصد) جذب داشتیم.» و حال اینکه در کنار آن، مجلس با طرح‌های بسیار ددمنشانه درصدد حذف ظرفیت آزمون و کالت برآمده است و این به معنای ورود افراد بعضاً فاقد کفایت علمی و شیوع دلالی در این حرفه است و عوارض و تبعات سهمگینی برای دستگاه قضایی کشور و مردم در پی خواهد داشت.

متن نامه کانون‌های وکلای دادگستری سراسر کشور به نمایندگی از وکلای دادگستری ایران و در مقام دفاع از حقوق اساسی عموم مردم به مجلس و قوه قضاییه خالی از لطف نیست. کانون‌های وکلای دادگستری سراسر کشور به نمایندگی از وکلای دادگستری ایران و در مقام دفاع از حقوق اساسی عموم مردم، حراست از ارزش و اعتبار و جایگاه نهاد و کالت را به‌عنوان یک رسالت تاریخی و ملی وظیفه خود می‌دانند.

طرحی که به‌منظور حذف ظرفیت از آزمون و کالت در حال حاضر در کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی مطرح است و بدون جلب نظر کارشناسان و نمایندگان قوه قضائیه و بی‌توجه به نگرانی‌های نمایندگان کانون‌های وکلای فرآیند بررسی و تصویب را طی می‌کند و گویا عده معدودی درصدد طرح آن در صحن علنی مجلس هستند، کانون‌های وکلای دادگستری سراسر کشور را بر آن داشت تا پیش از آن که بار دیگر تجربه تلخ دادگاه‌های عام و طرح‌های خام مشابه، کام مردم را تلخ کند و حقوق قانونی و اساسی ملت دستخوش یک مصوبه شتاب‌زده و غیراستاندارد گردد عواقب مخرب و زیان‌بار آن را گوشزد نمایند.

این طرح هر چند با شعار جذاب اشتغال‌زایی مطرح شده اما تصویب آن با هیأت و هیئت حاضر نه تنها معضل اشتغال جوانان و فارغ‌التحصیلان حقوق را مرتفع نخواهد کرد بلکه بر خیل وکلای بیکار خواهد افزود و با ایجاد نارضایتی در جمعیت جوان وکلای دادگستری بیکار و کم‌کار باعث سرخوردگی فارغ‌التحصیلان جوانی خواهد شد که در عطش سرچشمه آب به سراب می‌رسند و فارغ‌التحصیلان بیکار اما امیدوار، به وکلای بیکار و مأیوس تبدیل خواهند شد و در نهایت نقض غرض را به دنبال خواهد داشت.

توسعه بی‌رویه دانشگاه‌ها و مراکز آموزشی فاقد استانداردهای علمی لازم و تولید بی‌حد و حصر فارغ‌التحصیلان حقوق که متأسفانه درصد بسیار بالایی از آنان توانایی علمی لازم را برای ورود به حرفه و کالت دارا نیستند و وظیفه آموزش و تربیت حرفه‌ای آن‌ها خواه و ناخواه به کانون‌های وکلای و قوه قضائیه تحمیل خواهد شد، نه تنها تناسبی با امکانات محدود



کانون‌های سراسر کشور ندارد و موجب بروز ضعف در امر آموزش حرفه‌ای و نظارت خواهد شد؛ بلکه نهاد وکالت دچار هرج و مرج و نابسامانی عظیمی خواهد شد و حقوق مردمی که وکلای دادگستری را امین خود می‌دانند و به اعتبار توانایی و تخصص و تجربه آن‌ها امور و دعاوی مربوط به جان و مال و عرض خود را به وکلای می‌سپارند در معرض تضییع قرار خواهد گرفت.

در حال حاضر در اجرای ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت مصوب ۱۳۷۶ هر ساله به طور منظم کمیسیون تعیین ظرفیت جذب وکیل مورد نیاز (مرکب از رئیس دادگستری کل و رئیس دادگاه انقلاب هر استان و رئیس کانون حوزه‌های قضایی مربوطه) برگزار می‌شود به نحوی که کثرت عددی مسئولان محترم قضائی در این کمیسیون عملاً تصمیم‌گیری در خصوص میزان ظرفیت و تعداد وکیل مورد نیاز در هر حوزه را به قوه قضائیه واگذاشته است. بر اساس تصمیمات این کمیسیون‌ها هر ساله آزمون ورودی کارآموزی وکالت به‌منظور جذب فارغ‌التحصیلان حقوق در همه حوزه‌های کانون‌های کشور برگزار می‌گردد و تعداد مورد نیاز جذب حرفه وکالت می‌شوند. در این فرایند هر چند ساماندهی اداری و امر آموزش و نظارت بر قبول‌شدگان برای کانون‌های وکلا که خودگردان هستند و از بودجه و امکانات دولتی برخوردار نیستند معضلات و دشواری‌هایی به وجود می‌آورد؛ با این حال هیأت مدیره‌های کانون‌ها و تشکیلات و کمیسیون‌های تابعه تبرعی و افتخاری بار این مسئولیت عظیم را به دوش می‌کشند تا افرادی که قرار است به‌عنوان وکیل امین و متخصص به جامعه معرفی شوند، صلاحیت و توانایی علمی و اخلاق حرفه‌ای لازم را دارا باشند. با این همه چون برخی از تکالیف کارآموزان وکالت در محاکم دادگستری انجام می‌شود، شعب دادگاه‌ها به جهت کثرت کارآموزان از پذیرش و آموزش عملی آن‌ها معذوریت دارند.

پر واضح است حذف ظرفیت از آزمون و تعیین ارقام و اعداد غیر قابل قبول و نامتناسب، بدون در نظر گرفتن معیارهای علمی و آموزشی و ظرفیت معقول اشتغال، در شرایطی که انتخاب وکیل در دعاوی اجباری نیست، چنان تنگنایی به وجود خواهد آورد که در آینده‌ای بسیار نزدیک ناچار به اعاده و اصلاح قانون خواهند شد و آنگاه که وضع یک قانون توقعاتی را ایجاد کند، اعاده آن به وضع سابق کار آسانی نخواهد بود.

از این رو ۲۵ کانون مستقل وکلای دادگستری کشور و همراه با آن‌ها اتحادیه سراسری کانون‌های وکلا نگرانی عمیق و شدید خود را از فرآیند طرح و تصویب این طرح اعلام می‌دارند و مصرانه درخواست دارند که نمایندگان هر یک از کانون‌های مستقل در روند



بررسی این طرح در کمیسیون محترم قضایی مجلس مشارکت نمایند تا فرصت اظهار نظر در خصوص طرحی که بالقوه و بالفعل معضلات بی‌شماری برای هر یک از کانون‌های وکلای دادگستری در حوزه‌های تحت پوشش به دنبال خواهد داشت و بالمآل حقوق عامه مردم را تحت‌الشعاع قرار خواهد داد و موجی از بدبینی و نارضایتی ایجاد خواهد نمود، برای آن‌ها منظور شود.

۲۵ کانون مستقل وکلای دادگستری کشور ایران همچنین ضمن تبریک به رئیس عالی‌قدر قوه قضائیه در این مسند و مسئولیت حساس، توجه ایشان را به اهمیت این طرح و عوارض سوء آن، که حتی بدون جلب نظر مقامات قضائی روند تصویب را طی می‌کند، معطوف می‌دارد و همچنین نگرانی جدی خود را نسبت به آئین‌نامه‌ای که قبل از انتصاب ایشان در اوایل اسفندماه تحت عنوان دستورالعمل اصلاح آئین‌نامه ماده منسوخه ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه پس از ۱۵ سال از تاریخ انقضای عمر قانونی آن وضع گردیده و حتی برخی از مواد آن شأن تقنینی دارد، اعلام می‌دارند و تقاضای توقف و تعلیق فوری آن را دارند (به نقل از کانال تلگرامی اطلاعات حقوقی و قضایی).

بهراستی چرا این حجم از حساسیت و سخت‌گیری‌هایی که به حق برای جذب قضات شریف دادگستری اعمال می‌نمایند، نه تنها برای جذب وکلای دادگستری محلی از اعراب ندارد بلکه با اجرای طرح‌های مغرضانه و عاری از تدبیر در مجلس شورای اسلامی درصدد تخریب استقلال کانون‌های وکلای دادگستری و تضعیف دستگاه قضایی و به تبع آن نقض عدالت در تمامی سطوح آن اعم از قضایی و اجتماعی و اقتصادی و ایجاد بحران در فضای ملت‌هت و کالت و آسیب جدی به پیکره حقوق مردم بی‌دفاعی که جز قانون و وکیل مأمن دیگری جهت احقاق حقوق از دست رفته خود ندارند، برآمده‌اند!

چنین حجمی از تبعیض به مثال آتش افروخته‌ای است که دود آن هم در چشم دستگاه قضا و هم در چشم جامعه وکالت و هم مردم می‌رود و ثمره آن جز ایجاد آشوب و بلوا در دادگستری‌ها و ایجاد تشنج در آن و دلال‌پروری و بیکاری قشر عظیمی از وکلای دادگستری و پایین آمدن شأن حرفه وکالت و در نهایت تضییع مسلم حقوق مردم نخواهد بود و نمی‌توان و نباید به بهانه اشتغال‌زایی‌های کاذب، اصل و اساس دادگستری را مخدوش کرد و اعتماد مردم به دستگاه قضایی را زایل کرد و حق مردم مظلوم و بی‌دفاع را تضییع و جامعه را به فساد و هرج و مرج انداخت.

تبعیض بین وکیل و قاضی چرا و به کدامین توجیه تا این اندازه قوت می‌گیرد و اساساً چرا قضاوت در مقابل وکالت و یا در طول آن قرار می‌گیرد؟ مگر نه این است که وکیل و



قاضی هر دو برای نیل به یک هدف در تلاشند و آن احقاق حق و تجلی عدالت است؟ پس چگونه است که پذیرش قضات محترم دادگستری را تحت تدابیر شدید فیلترینگ کرده و در مقابل دروازه ورود به حرفه وکالت را برای هر غیرمتخصصی چهارطاق گشوده‌اند که از این طریق اشتغال‌زایی نمایند؟!

آیا چنین حد از تبعیض در حق وکلای دادگستری که در جهت احقاق حق سوگند خورده‌اند و شرافت خود را وثیقه این سوگند قرار داده‌اند رواست؟! و آیا تصویب چنین طرحی در مجلس، شرافت وکلای دادگستری را بر باد نمی‌دهد و آن‌ها را مجبور به شکستن سوگندشان نمی‌کند؟!

اساساً چه کسی و به چه طریقی از محل تصویب این طرح متضرر می‌گردد جز دستگاه قضایی و مردم و سؤال اینکه چرا و به کدامین مجوز نهاد وکالت را آن‌چنان خوار و خفیف می‌کنند که اجازه ورود هر فارغ‌التحصیلی را بدون دارا بودن کفایت و سواد و تخصص کافی صادر می‌کنند لکن علی‌رغم این حجم از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق، فرصت قضاوت و یا سردفتری اسناد رسمی را به آن‌ها در شرایطی بسیار سخت و به صورت گزینشی و فوق محدود اعطا می‌نمایند؟!

مطلب حائز اهمیت دیگر ورود قضات شریف دادگستری به کسوت وکالت است که بنا به گفته‌های آقای اژه‌ای سخنگوی قوه قضاییه می‌تواند ناخواسته موجب حدوث لابی گردد؛ چون این قضات محترم سال‌ها در امر قضا خدمت کرده‌اند و ورود آن‌ها به حرفه وکالت می‌تواند سبب آسیب به عدالت شود و بدین سان از اعتبار دستگاه قضایی نیز کاسته گردد. امری که دولت و مجلس باید بدان اهتمام ورزند و مانع از ورود قضات بازنشسته به حرفه وکالت شوند.

در پایان آرزو دارم مجلس و دولت تدابیری را فراهم آورند که تمام مشاغل حقوقی اعم از قضاوت، وکالت و سردفتری در خدمت اجرای قانون و احیای نظم و عدالت قرار گیرند و امکاناتی را فراهم آورند که ضمن نگاه بی‌طرفانه به این مشاغل و از بین بردن هرگونه تبعیض ناروا و ترجیح بلامرجح، بستر را جهت تحقق عدالت قضایی و اجتماعی فراهم آورند و زمینه‌ساز بسط عدالت و انصاف در دستگاه قضایی و جامعه گردند و با ژرف نگری و دوراندیشی با اتکا به اندیشه استقلال کانون‌های وکلا و هم‌ردیف دانستن آن‌ها با قضات خدوم و شریف دادگستری مأمّن امنی برای مراجعه‌کنندگان به دستگاه قضایی کشور ایجاد کنند و از تنگ نظری و جانب‌داری‌های غرض‌ورزانه امتناع کنند تا شاهد پویایی و روند رو به رشد دستگاه قضایی و حفظ نظم و اجرای قانون در جامعه باشیم.



منابع

- ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴
- سخنرانی جناب آقای محسنی اژه‌ای سخنگوی قوه قضاییه در انتقاد از اعطای پروانه وکالت دادگستری به قضات بازنشسته
- سخنرانی جناب آقای صادق آملی لاریجانی ریاست سابق قوه قضاییه در خصوص نحوه جذب قضات شریف دادگستری به دستگاه قضایی



بررسی رویه قضایی احتساب خسارت تأخیر تأدیه در صورت عدم تقویم خواسته

سمانه سادات احمدی^۱

چکیده

خسارت تأخیر تأدیه از موضوعات حقوقی است که در سیستم حقوقی ما از قدیم مطرح بوده ولی در سالیان بعد از انقلاب اسلامی به لحاظ تحولات فراوان مورد توجه، نقد و بررسی قرار گرفته است. شبهاتی که نسبت به ربوی بودن خسارت تأخیر تأدیه مطرح می‌شد، منجر به حذف قوانین مربوط به آن در سال‌های ۶۲ تا ۷۶ از قانون آیین دادرسی مدنی گردید اما سرانجام در سال ۷۶ با توجه به خلأ ناشی از ضمانت اجرای دیرکرد دیون نقدی، قانون‌گذار باب نهم آیین دادرسی مدنی را با عنوان مطالبه خسارات و اجبار به انجام تعهد گشود و از این رهگذر خسارت تأخیر تأدیه را در مواردی که قانون مشخص کرده قابل مطالبه گرداند. تأخیر تأدیه، موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، نهادی استثنایی است و بایستی که در موضع نص و با توجه به شرایط تاریخی تصویب، تفسیر شود؛ اما شیوه نگارش قانون جدید و ابهامات موجود در زمینه تبیین قواعد و مقررات نسبت به موضوع خسارت تأخیر تأدیه و شرایط آن باعث شده که با تشتت آرای محاکم در خصوص احتساب آن مواجه شویم. یکی از این اختلاف نظرها در زمینه تعیین مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه در فرضی که در دادخواست میزان خواسته تقویم نشده باشد به چشم می‌خورد.

واژگان کلیدی: خسارت تأخیر تأدیه. ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی. نظریه کاشفیت.

مقدمه

چنانچه کسی تعهد خود را در موعد مقرر انجام ندهد و در نتیجه این تأخیر، متعهده متضرر شود، متعهد باید خسارات ناشی از تأخیر را جبران نماید که اگر تعهد مذکور وجه رایج باشد، آن را در اصطلاح، خسارت تأخیر تأدیه می‌گویند. خسارت تأخیر تأدیه در تعهدات



نقدی در ماده ۲۲۸ قانون مدنی با رعایت ماده ۲۲۱ آن قانون پذیرفته شده است. ماده ۷۱۹ قانون سابق آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در تعهداتی که موضوع آن وجه نقد بوده خسارت تأخیر تأدیه معادل ۱۲ درصد سالیانه را در نظر می‌گرفت که صرف تأخیر در پرداخت برای مطالبه خسارت کافی بود و نیازی به اثبات خسارت نبود. تورم و تغییر شاخص قیمت سالانه شرط تعلق خسارت تلقی نمی‌شد و همچنین خسارت از تاریخ ابلاغ اظهارنامه یا تاریخ اقامه دعوا محاسبه می‌شد، مگر اینکه طرفین در این خصوص توافق دیگری کرده باشند.

در مقررات جدید نیز ماده ۵۲۲ آیین دادرسی کنونی به بیان شرایط تعلق خسارت تأخیر تأدیه پرداخته و چهار شرط را برای تحقق خسارت ناشی از تأخیر در ادای دین ضروری دانسته است: (۱) موضوع تعهد وجه رایج مملکت باشد (۲) تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه (۳) تمکن مدیون و امتناع وی از پرداخت (۴) مطالبه دائن.

در قانون جدید مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه مبهم است؛ هرچند که با نشست‌های قضایی (۱۳۸۰ مشهد ۱۳۸۱ رفسنجان ۱۳۸۲ بوشهر) اکثریت قضات ارسال اظهارنامه یا تقدیم دادخواست را مبدأ احتساب آن دانستند؛ در این باب فرقی نمی‌کند که بدهی مدیون عندالمطالبه بوده یا به موجب قرارداد موعود معین برای پرداخت طلب تعیین شده باشد. در هر صورت زمان مطالبه ملاک شروع احتساب خسارت در نظر گرفته می‌شود. اما چنانچه میزان دین هنگام ارسال اظهارنامه یا تقدیم دادخواست مشخص نباشد و احتساب آن منوط به نظریه کارشناس یا ادله قطعی دیگری باشد، در این صورت مبدأ تعیین خسارت تأخیر تأدیه مبهم است و دادگاه‌ها در این خصوص از رویه یکسانی پیروی نمی‌کنند. نوشتار پیش رو حاصل گفتگو با قضات شعب عمومی حقوقی و تجدیدنظر اصفهان و بررسی آرای صادره در این زمینه است.

شرح مطلب

«در خصوص دعوی شرکت توزیع «د» سهامی عام ثبت‌شده به شماره به مدیریت آقای «ح.ن» به طرفیت مرکز آموزشی پژوهشی درمانی بیماری‌های ریوی... به خواسته مطالبه مبلغ.... ریال به انضمام خسارات دادرسی و تأخیر تأدیه بر اساس ۵۱ فقره فاکتور، خوانندگان از بابت خرید اقلام دارویی به خواهان بدهکار می‌باشند. این دادگاه با توجه به دادخواست تقدیمی خواهان، فتوکپی مصدق فاکتورهای فوق‌الذکر و نظریه کارشناس رسمی دادگستری که اعلام نموده است: بر اساس صورتحساب‌های صادره خواننده مبلغ.... ریال به خواهان بدهکار می‌باشد. دادگاه دعوی خواهان را به طرفیت خواننده وارد تشخیص داده و




مستند به مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۰، ۱۲۸۴ قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۰۲، ۵۱۵، ۵۱۹، ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ.... ریال تعیین شده توسط کارشناس.... و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ تقدیم دادخواست ۱۳۹۱/۱۰/۳ بر مبنای شاخص اعلامی بانک مرکزی صادر و اعلام می‌نماید...»

پس از اعتراض خوانده نسبت به خسارت تأخیر تأدیه، دادگاه تجدیدنظر چنین حکمی می‌دهد:

«دادنامه تجدیدنظر خواسته به شماره در آن قسمت که به صدور حکم بر محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از زمان تقدیم دادخواست بر مبنای شاخص اصلاحی بانک مرکزی اشعار دارد، مخالف موازین قانونی و اوراق و محتویات پرونده می‌باشد و متضمن جهت موجه در نقض است زیرا خسارت تأخیر تأدیه به استناد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به دین قطعی و مسلم تعلق می‌گیرد و با توجه به اختلاف طرفین و طرح دعوا میزان دین در زمان تقدیم دادخواست بر فرض وجود معلوم و مشخص نبوده تا موضوع مشمول ماده مذکور از قانون یادشده باشد؛ بنابراین دادگاه، تجدیدنظرخواهی را در این قسمت وارد دانسته و به استناد صدر ماده ۳۵۸ قانون موصوف رأی دادگاه بدوی نقض و حکم بر بطلان دعوا صادر می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.»

همان‌طور که در مقدمه بیان شد، با توجه به خلأ قانونی در خصوص تعیین مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه، طبیعی است که با تناقض آرا در این زمینه روبه‌رو شویم. در خلاصه دادنامه‌ای که آورده شد، اختلاف نظر دو دادگاه بررسی‌کننده یک موضوع مشاهده می‌شود که در بررسی آرای متعدد در این زمینه، این اختلاف نظر بین دادگاه‌ها فراوان به چشم می‌خورد. با وجود اینکه تنها مستند در این موضوع، ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی است، قضاوت محترم برداشت‌های متفاوتی داشتند. عده‌ای به طور کلی خسارت تأخیر تأدیه را در فرضی که در زمان تقدیم دادخواست، دین نامعلوم و محل اختلاف است تأیید نکرده و معتقدند چنانچه میزان دین مشخص نباشد، دادخواست خسارت تأخیر تأدیه قابلیت استماع ندارد. چون اصلاً میزان خواسته مشخص نیست و ابتدا بایستی میزان دین مشخص شود و رأی مربوط به آن صادر شود، سپس دادخواست خسارت تأخیر تأدیه تقدیم گردد؛ زیرا وصف مطالبه دلالت بر این است، چه میزان دین مشخص شده باشد.

در مقابل، اکثر قضاوت در هر صورت خسارت تأخیر تأدیه را مجاز دانسته اما برای تعیین مبدأ احتساب آن اختلاف نظر دارند. عده‌ای پس از صدور رأی و مشخص شدن میزان دین خسارت تأخیر تأدیه را از زمان تقدیم دادخواست یا حتی در صورت ارسال اظهارنامه از آن



تاریخ محاسبه می‌کنند. برخی نیز محاسبه خسارت تأخیر تأدیه را منوط به جلب نظر کارشناس در زمینه تعیین میزان دین و یا زمان صدور رأی و قطعی شدن میزان دین می‌دانند که قاعدتاً بین این دو فاصله زمانی زیادی نیست. در ادامه با بیان رویه قضایی به تفصیل دو نظریه مذکور بررسی خواهد شد.

۱- محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از زمان دادخواست

بسیاری از محاکم در مواجهه با دادخواست خسارت تأخیر تأدیه خواسته‌ای که زمان مطالبه تقویم نگردیده است، پس از احتساب میزان وجه دین و صدور حکم پیرامون آن، خسارت تأخیر در پرداخت آن را از زمان مطالبه که حسب مورد اظهارنامه یا دادخواست بوده محاسبه می‌کنند. به عقیده عده‌ای از حقوق‌دانان و قضات، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه از زمان دادخواست و در صورت ارسال اظهارنامه رسمی، زمان ارسال آن است. اعم از اینکه میزان وجه خواسته مشخص باشد یا نباشد و با استناد به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارند که: «موضوع دعوا می‌بایستی دین باشد و سخنی از میزان آن به میان نیامده است. پس در جایی که اصل دین ثابت است، خسارت تأخیر تأدیه هم که از تبعات دین است قابل مطالبه می‌باشد».

در حقیقت طبق قاعده التزام (التزام به شی التزام به لوازم آن نیز هست) مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به تبع خواسته دعوا بوده نه به تبع میزان آن و صرف دادن دادخواست از سوی خواهان مبنی بر امتناع خوانده از ادای دین و تقاضای احتساب خسارت تأخیر در ادای دین کافی است تا با احراز شرایط مندرج در ماده ۵۲۲ (وجه رایج بودن و تمکن مدیون) خسارت تأخیر تأدیه از زمان دادخواست محاسبه گردد.

همچنین با استناد به نظریه شماره ۷/۵۵۶۶ مورخ ۸۶/۸/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه از آنجا که در ماده ۵۲۲ دو بار قید (مطالبه) آورده شده به نظر می‌رسد: «استحقاق دریافت خسارت موضوع این ماده از تاریخ مطالبه دین است، صرف نظر از این که میزان آن مشخص باشد یا نباشد. چون همین که وجود دین محرز و مسلم است برای دادگاه کافی است و روشن شدن میزان آن در طی دادرسی مغایرتی با استحقاق خواهان از زمان مطالبه ندارد». صدور رأی طبق این قاعده در رویه قضایی زیاد به چشم می‌خورد. از جمله رأی صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران که با نقض رأی خلاف این نظر، که از دادگاه بدوی صادر شده، زمان تقدیم دادخواست را مبدأ احتساب خسارت تأخیر تأدیه قرار داده است.

- رأی شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران بر این قرار بوده است: «در خصوص



دادخواست خواهان به طرفیت خوانده به خواسته مطالبه اجرت العمل خواهان از تاریخ ۸۷/۱/۱ تا ۸۷/۳/۸ با لحاظ خسارت تأخیر و خسارات دادرسی و حق الوکاله و کیل از آنجایی که ادعای خواهان نیاز به جلب نظر کارشناس داشته، دادگاه موضوع را به کارشناس ارجاع داده و با توجه به نظر کارشناس و اینکه خوانده دلیلی بر پرداخت دین و برائت ذمه خود ارائه نموده است لذا دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت تشخیص داده ... و همچنین نسبت به مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نظر بر اینکه میزان اجرت‌المثل بر مبنای نظریه کارشناس مشخص گردیده از شمول ماده ۵۲۲ خارج می‌باشد».

دادگاه تجدیدنظر استان در پی اعتراض خواهان چنین نظر داده است: «در خصوص اعتراض نسبت به صدور حکم بطلان خسارت تأخیر، تجدیدنظرخواهی مآلاً وارد است زیرا اگرچه میزان مطالبات تجدیدنظرخواه در بدو امر نامعلوم بوده، لیکن نظریه قطعی هیئت کارشناسی کاشف از استحقاق خواهان از زمان اقامه دعوا و لزوم جبران خسارت ناشی از تأخیر در ادای دین است که واجد ارکان ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی می‌باشد».

همان‌طور که در رأی فوق نیز مشاهده شد، یکی دیگر از دلایل این گروه استناد به نظریه کشف حکمی است. در واقع بیان داشته‌اند که اگر چه میزان مطالبات خواهان در بدو امر نامعلوم بوده است، لکن وقتی بعداً با نظریه کارشناسی و ادله قطعی دیگر ثابت می‌گردد، در واقع نظریه کارشناس کاشف از استحقاق خواهان نسبت به خسارت تأخیر تأدیه از زمان اقامه دعوا و لزوم جبران آن است.

- در نمونه رأی دیگری از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی اهواز می‌خوانیم: «در خصوص دعوای شرکت به طرفیت سازمان به خواسته محکومیت خوانده به پرداخت اصل بدهی با توجه به مدارک موجود و طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری به انضمام مطلق هزینه‌ها و خسارات قانونی تأخیر تأدیه تا زمان اجرای حکم و پرداختن در حق خواهان دادگاه پس از بررسی مدارک موجود و دریافت نظر کارشناس رسمی دادگستری حکم به محکومیت خوانده به مبلغ ریال به‌عنوان اصل خواسته و به‌علاوه خسارت تأخیر تأدیه از زمان ابلاغ اظهارنامه یعنی ۹۱/۱/۱۴ به‌عنوان تاریخ مطالبه تا اجرای کامل دادنامه و هزینه دادرسی و ... صادر می‌کند».

این رأی در قسمت زمان محاسبه خسارت تأخیر تأدیه در دادگاه تجدیدنظر هم تأیید شده است.

همان‌طور که مشاهده می‌شود استدلال قاضی محترم تاریخ مطالبه خواهان بوده و به دلیل ارسال اظهارنامه توسط خواهان مبدأ احتساب را مطالبه با اظهارنامه رسمی دانسته‌اند.



همچنین به استناد قاعده لاضرر که در ماده یک قانون مسئولیت مدنی هم به آن اشاره شده، بیان می‌کنند که اگر با وجود تمکن مدیون، وی از ادای دین خویش خودداری کند و در فرض کاهش شدید ارزش پول سبب ورود ضرر به دائن شود باید ضرر جبران شود. در حقیقت چنانچه اصل لاضرر را در رأس قواعد و اصول حقوقی و دادرسی بدانیم باید از ورود ضرر به دائن جلوگیری شود. از آنجا که استحقاق خسارت از همان زمان مطالبه تقدیم دادخواست یا ابلاغ اظهارنامه روشن است و دین ثابت شده است و تنها میزان وجه آن است که بعداً مشخص خواهد شد، عدم حکم به پرداخت از زمان مطالبه و تقدیم دادخواست موجب ورود ضرر به خواهان شده که منهی عنه است.

در نهایت عقیده این گروه از قضات محترم بر این است که ملاک برای تشخیص استحقاق خسارت تأخیر تأدیه وجود دین است، نه میزان ریالی آن. پس صرف مطالبه از طرف دائن مبدأ احتساب آغاز می‌شود و در هر مقطعی از دادرسی که وجه دین تعیین شد، بایستی خسارت تأخیر تأدیه را از زمان مطالبه بر مبنای وجه معین شده محاسبه کرد.

۲ - محاسبه خسارت تأخیر تأدیه از زمان صدور رأی

در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند در صورتی که میزان خواسته مشخص نباشد، خسارت تأخیر تأدیه صرفاً از زمان صدور رأی دادگاه قابل مطالبه است. به عقیده این دسته احتساب خسارت تأخیر تأدیه تنها در صورتی از زمان دادخواست ممکن است که دین مسبوق به قرارداد باشد یا میزان آن مشخص باشد و یا اینکه به دلیل ادعای خواننده به پرداخت یا هر ادعای دیگری میزان دین برای دادگاه محل تردید نباشد.

در واقع ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی را تنها ناظر به موردی می‌دانند که موضوع دعوا دین مسلم و قطعی باشد و در غیر این صورت چنانچه میزان دین در زمان دادخواست علی‌الحساب یا با جلب نظر کارشناس باشد، دادگاه نمی‌تواند قبل از رسیدگی و تعیین میزان دین رأی دهد.

«... خواهان مدعی است در حین اجرای قرارداد، خواننده با انجام عملیاتی سبب اخلاف در روند اجرای پروژه گردیده و قرارداد را نقض نموده و به سبب نقض قرارداد وی متحمل زیان گردیده است ... نظر به اینکه نقض تعهد از سوی خواننده بوده پس از ارجاع موضوع به هیئتی از کارشناسان متخصص، میزان خسارت توسط آن‌ها برآورد شده است. لذا دادگاه به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۱ قانون مدنی و ۱۹۸، ۵۱۵، ۵۱۹، ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خواننده را به پرداخت ریال بابت اصل خواسته و ... محکوم می‌نماید. ضمناً خواننده مکلف است خسارت تأخیر تأدیه را بر مبنای شاخص اعلام بانک مرکزی از تاریخ ابلاغ رأی قطعی



تا زمان پرداخت محکوم به در حق خوانده پرداخت نماید».

این رأی که صادره از شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اصفهان است، مبدأ احتساب خسارت تأخیر را زمان صدور رأی دانسته است، با این استدلال که در ماده ۵۲۲ شرط مطالبه، عدم پرداخت مدیون است، حال آنکه اندازه دین مشخص نیست تا مدیون بداند چه میزان باید بپردازد. ایشان معتقدند که مبنای ماده ۵۲۲ جبران زیان نیست؛ زیرا اگر مبنا جبران زیان بود (همان گونه که در مسئولیت مدنی ناشی از ضمان قهری هدف جبران خسارت زیان دیده سوای از وضعیت مدیون است) در هر حال مدیون باید پرداخت می کرد اما در ماده ۵۲۲ شرط پرداخت را تمکن مدیون ذکر کرده است و در اینجا هنوز دین مشخص نیست تا تمکن مدیون بررسی شود و لذا بعد از صدور رأی قطعی و آگاهی مدیون از وجه دین تمکن وی ارزیابی می شود و شرایط تعلق خسارت تأخیر تحقق می یابد.

- «در خصوص دادخواست خواهان ها که نسبت به پرداخت سرقفلی و حق کسب و پیشه و خسارات وارده و خسارت تأخیر تأدیه تقدیم نموده اند، دادگاه با بررسی محتویات پرونده و با توجه به نظریه کارشناسی خوانده را به مبلغ ... ریال بابت حق کسب و پیشه با احتساب خسارت تأخیر تأدیه از زمان تقدیم دادخواست لغایت اجرای حکم در حق خواهان ها آن ها محکوم می نماید».

در این نمونه رأی میزان دین در زمان تقدیم دادخواست منوط به نظر کارشناسی شده است. این رأی از طرف خوانده مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته و دادگاه تجدیدنظر پس از بررسی، آن قسمت از دادنامه تجدیدنظرخواسته را که بر محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ تقدیم دادخواست اشعار دارد نقض کرده و مخالف قوانین و مقررات موضوعه دانسته است. با این استدلال که مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ناظر به مواردی است که موضوع دعوا دین از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، امتناع از پرداخت نماید و شامل مواردی که میزان آن با نظر کارشناسی مشخص می گردد، نمی شود و در حقیقت: اولاً دین وجه رایج مملکت نبوده، ثانیاً میزان آن در زمان تقدیم دادخواست مشخص نبوده است، ثالثاً میزان دین پس از ارجاع به کارشناس مشخص شده است.

همان گونه که مشاهده شد طبق این نظر وقتی زمان مطالبه چه در اظهارنامه و چه در دادخواست میزان وجه دین به طور کامل مشخص نیست، دین مستقر نیست. لذا احتساب خسارت تأخیر تأدیه آن مشمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار نخواهد گرفت و تنها پس از صدور حکم نسبت به اصل دین خسارت تأخیر تأدیه آن قابل محاسبه است.



همچنین در صورتی که دین به صورت قطعی در دادخواست بیان شده اما مبانی دین، مورد اعتراض خوانده بوده باشد، در این صورت هم دادگاه باید طی رسیدگی میزان دین را بررسی و حل اختلاف نماید و پس از آن نسبت به خسارت ادای دین حکم مقتضی صادر کند.

— در این زمینه شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به تقاضای خواهان نسبت به احتساب دین مطابق فاکتورها و مستندات ارائه شده و همچنین احتساب خسارت تأخیر تأدیه آن رسیدگی کرده است و پس از آن خوانده را به پرداخت مبلغ ریال و پرداخت خسارت تأخیر ادای دین از زمان تقدیم دادخواست محکوم کرده است. اما از آنجا که مبانی دین، مورد اعتراض خواندگان بوده در دادگاه تجدیدنظر حکم پرداخت خسارت تأخیر نقض شده و دادگاه دین را بر اساس ماده ۵۲۲ قطعی و مسلم لحاظ نکرده است و با وجود اختلاف طرفین و طرح دعوا در زمان تقدیم دادخواست بر فرض وجود معلوم و مشخص نبوده تا موضوع مشمول ماده مذکور از قانون یاد شده باشد.

نتیجه

مطالبی که گفته شد نتیجه مصاحبه با قضات محترم و بررسی استدلالات ایشان در آرای صادره در زمینه موضوع این نوشتار بود. همان گونه که مشاهده شد استنباط گوناگون از مستند قانونی یکسان، نتایج متفاوتی را در پی دارد که بعضاً ممکن است موجب تضییع حقوق افراد شود. پس شایسته است که حقوق دانان محترم در جبران خلأ قانونی در این زمینه و اصلاح و رفع ابهام از قوانین همت گماشته و چراغ راه را برای طرفین دعاوی و کلاهی ایشان روشن کنند.



مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت و دادگاه

"معایب و مزایای آن"

زینب محمدی^۱

چکیده

مهریه مالی است که در هنگام عقد ازدواج، مرد متعهد می‌شود به همسر خود بپردازد. طبق ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی این مال می‌تواند به صورت نقدی، سکه، طلا و سایر اموال منقول یا غیرمنقول باشد و مهریه هم‌زمان با ثبت ازدواج، در سند رسمی ازدواج ثبت می‌شود که از بهترین ویژگی‌های این سند رسمی این است که لازم‌الاجراست؛ بنابراین با درخواست زن از دفترخانه تنظیم‌کننده سند ازدواج، بابت مهریه اجرائیه صادر می‌شود و مراجعه به دادگاه برای این کار الزامی نیست. البته مهریه از طریق ارائه دادخواست به دادگاه خانواده هم قابل مطالبه است که زوج می‌تواند از دادگاه محل سکونت خود یا همسرش درخواست کند که حکم الزام همسر را به پرداخت مهریه صادر کند. موضوع دیگر، معنی عندالمطالبه در سند رسمی ازدواج است که به معنای امکان درخواست دریافت مهریه در هر زمان است؛ اما در هر صورت زوج برای نپرداختن مهریه بیش از ۱۱۰ سکه بازداشت نمی‌شود و عندالاستطاعه یعنی شرط درخواست پرداخت مهریه، دارا بودن مرد و توانایی مالی وی است.

واژگان کلیدی: مهریه، ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده، تأمین خواست، وصول مهریه،

صدور اجرائیه

مقدمه

مرد به هنگام اجرای صیغه نکاح، مالی را به همسرش تقدیم می‌کند که در اصطلاح «مهریه» یا «صداق» نامیده می‌شود. این تملیک که از طرف مرد انجام می‌شود، امروزه به



هدف پایبندی به لوازم زندگی مشترک و ارتباط زناشویی داده می‌شود.

مهریه هم‌زمان با انعقاد ازدواج، در سند رسمی سند ازدواج ثبت می‌شود. از مهم‌ترین ویژگی‌های این سند رسمی این است که لازم‌الاجرا است؛ یعنی با درخواست زن از دفترخانه تنظیم کننده سند ازدواج برای اجرای تعهدات آن از جمله مهریه، می‌توان به‌عنوان مثال مال موضوع مهریه را از همسر (مرد)، درخواست کرد و مراجعه به دادگاه برای این کار الزامی نیست؛ در باب مهریه سخن بسیار گفته شده است اما آنچه مد نظر این مقاله است، نحوه وصول مهریه از طریق دادگاه و اجراءات ثبت و مباحث کاربردی آن در مواجهه با درخواست مهریه است.

تعریف مهریه بر اساس قانون مدنی

- ۱) هر چیزی را که مالیت داشته باشد و قابل تملک باشد، می‌توان به‌عنوان مهریه قرار داد؛ مانند طلا، نقره، املاک، پول‌های رایج، لوازم زندگی و حتی آموزش قرآن یا آموزش مهارتی.
- ۲) زن هر وقت بخواهد مهریه عندالمطالبه را می‌تواند مطالبه کند و اگر شرط زمان قرارداده نشده باشد، مشروط به زمانی نیست.
- ۳) در مهریه عندالاستطاعه اگر زن تقاضای مهریه کند، این تکلیف بر عهده اوست که ثابت کند مرد دارایی و اموال کافی برای پرداخت مهریه دارد و برعکس مرد در اینجا نیازی ندارد که برای دادگاه دلیل بیاورد که قادر به پرداخت مهریه نیست.
- ۴) مواد مربوط به مهریه در قانون مدنی از ماده ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ معین گردیده است که برای جلوگیری از اطاله کلام بیان نمی‌گردد.

*وصول مهریه

وصول مهریه چگونه است؟ به مجرد وقوع عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن انجام دهد (ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی)؛ بنابراین مهریه در مالکیت زن مستقر شده و در مدیریت او قرار می‌گیرد. منتهی ممکن است مهریه حال باشد یا موجل، عندالمطالبه باشد یا عندالاستطاعه. در هر صورت به لحاظ استقرار مهریه در مالکیت زن، وی می‌تواند آن را مطالبه کند. در فرضی که موجل باشد با سر رسید حق مطالبه محفوظ است و در فرض عندالاستطاعه، وصول مهریه منوط به اثبات استطاعت زوج است. در هر صورت به لحاظ استقرار مهریه در مالکیت زن، وی می‌تواند آن را مطالبه کند.



*زمان وصول مهریه

قبل از اینکه برای دریافت مهریه اقدام شود باید دانست که اساساً در چه زمانی می‌توان این کار را انجام داد. نهادهای قانونی در آن زمان مکلفند به درخواست مطالبه مهریه پاسخ مثبت دهند و اقدامات قانونی را انجام دهند. اصل بر این است که به محض وقوع عقد ازدواج و ثبت آن، زوجه مالک مهریه می‌شود که البته نیمی از آن در همان لحظه و نیم دیگر به هنگام شروع زندگی مشترک در مالکیت او استقرار می‌یابد. منتها نکته اینجاست، زمانی که مهریه عندالاستطاعه باشد و یا اینکه زمان‌دار باشد زوجه باید صبر کند تا شرایط زمانی برای وصول مهریه مهیا شود.

اگر مهریه عندالاستطاعه باشد، منظور این است که زمانی می‌توان مهریه را مطالبه کرد که شوهر از لحاظ مالی توانایی و استطاعت وصول مهریه را داشته باشد و این تنها با معرفی اموال شوهر به دادگاه امکان‌پذیر است. اگر هم وصول مهریه موجه یا زمان‌دار باشد، زوجه باید منتظر بماند تا زمانی که مشخص شده سپری شود و پس از آن زمان است که در واقع صاحب مهریه می‌شود و می‌تواند برای دریافت آن اقدام کند. البته قابل ذکر است که در حال حاضر عرف نیست که در دفاتر ازدواج مهریه به صورت زمان‌دار ثبت شود ولی در بسیاری اوقات مهریه به صورت عندالاستطاعه ثبت می‌شود که لازم است زوجین به آثار آن آگاه باشند و اصلی‌ترین آن هم اینکه تنها در صورتی که مرد توانایی پرداخت مهریه را دارد می‌تواند آن را از او مطالبه کنند و در غیر این صورت هیچ اقدام قانونی در مقابل شوهر نمی‌توان انجام داد. در این نوشتار پس از توضیحات مقدماتی با روش مطالبه مهریه از طریق صدور اجرائیه ثبت و از طریق دادگاه آشنا می‌شویم.

وصول مهریه از طریق اجرای ثبت

برای وصول مهریه از طریق اجرای ثبت، زوجه یا وکیلش به همراه مدارک شناسایی، اصل سند ازدواج را به دفترخانه‌ای می‌برد که ازدواج را ثبت کرده‌است و تقاضای صدور اجرائیه نسبت به تمام یا قسمتی از مهریه را می‌نماید. دفترخانه برگه اجرائیه‌ای صادر می‌کند و هزینه اندکی نیز دریافت می‌دارد و در سند ازدواج قید می‌کند که، نسبت به میزان مندرج در سند ازدواج یا مقداری که توسط زوجه مطالبه می‌گردد، اجرائیه صادر شده است. این بدان معناست که دیگر نمی‌توان نسبت به آن میزان از طریق دیگری برای وصول مهریه اقدام کرد.

دفترخانه، برگه اجرائیه را برای ابلاغ به زوج، به زوجه داده تا آن را به دایره اجرای ثبت



محل ببرد. دفتر ازدواج موظف است که پس از صدور اجرائیه مراتب را توسط پست پیشتاز به اطلاع زوج برساند. مراجعه کننده پس از مراجعه به دایره اجرای اداره ثبت مربوطه، پرونده تشکیل می‌دهد. (بهتر است قبل از تحویل اجرائیه به واحد اجرا از آن کپی تهیه فرمایید و شماره پرونده را یادداشت کنید.) اجرا، برگ اجرائیه را به زوج ابلاغ می‌کند تا ظرف ده روز نسبت به پرداخت مهریه اقدام کند وگرنه اموالش توقیف می‌شود.

اگر مهریه سکه باشد، اداره اجرا، نامه‌ای خطاب به بانک مرکزی می‌دهد و نرخ سکه را جویا می‌شود. جواب بانک مرکزی ملاک عمل اداره اجرا خواهد بود. هرچند که نرخ سکه بعداً نیز تغییر کند، دیگر تأثیری بر عملیات اجرایی ندارد. بعد از ده روز، در صورت عدم اجرای مندرجات اجرائیه، زوجه اموال زوج را برای توقیف معرفی می‌کند. مال معرفی شده توسط اداره ثبت، به یکی از کارشناسان رسمی مستقر در همان دایره اجرا، برای قیمت‌گذاری معرفی می‌شود. مال معرفی شده به حراج یا مزایده گذاشته می‌شود و از محل فروش آن، مهریه زن پرداخت می‌گردد.

نکته ۱: زوجه می‌تواند زوج را از کشور ممنوع‌الخروج کند. برای این کار باید فرم ممنوع‌الخروج کردن را از همان اداره دریافت و تکمیل کند. در این فرم باید قید شود که زوج نسبت به چه میزان از مهریه ممنوع‌الخروج می‌شود. هر میزان از مهریه را که در این فرم قید کنید دیگر نسبت به آن نمی‌توانید تقاضای توقیف اموال نمایید.

نکته ۲: اموالی که معرفی می‌شود نباید جزو مستثنیات دین باشد.

نکته ۳: اگر زوج پس از ابلاغ اجرائیه اموال خود را به قصد فرار از دین منتقل نماید، در صورت شکایت و اثبات، مشمول مجازات مرقوم در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی می‌شود. برای ابطال معامله انجام شده این امر از طریق حقوقی وفق شرایط مندرج در ماده ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر قانون مدنی نیز قابل پیگیری است. لازم به توضیح است مطابق رای وحدت رویه شماره ۷۷۴ به تاریخ ۹۸/۱/۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور «نظر به اینکه قانونگذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۹۴/۴/۲۳ در مقام تعیین مجازات برای انتقال دهندگان مال به انگیزه فرار از دین، به تعیین جزای نقدی معادل نصف محکوم به و استیفای محکوم به از محل آن تصریح کرده است و نیز سایر قراین موجود در قانون مزبور کلاً بر لزوم سبق محکومیت قطعی مدیون و سپس، انتقال مال از ناحیه وی با انگیزه فرار از دین دلالت دارند که در این صورت موضوع دارای جنبه کیفری است.»



ترتیب درخواست صدور اجرائیه

۱ - درخواست ذی نفع

صدور اجرائیه با تقاضای ذی نفع است. این درخواست الزاماً باید «کتبی» باشد؛ بنابراین درخواست شفاهی پذیرفته نمی‌شود. به‌علاوه، این درخواست که از طریق سازمان ثبت اسناد و املاک تهیه و در اختیار دفاتر ازدواج قرار می‌گیرد، به عمل می‌آید. منظور از ذی نفع، زوجه یا وکیل وی و قیم او حسب مورد است. ارائه وکالت‌نامه و قیم‌نام در فرض اخیر لازم است.

فرم تقاضای صدور اجرائیه (مهریه)

شماره:
تاریخ:
پیوست:



سازمان ثبت اسناد و املاک کشور
تقاضای صدور اجرائیه (مهریه)



سردفتر محترم ازدواج شماره

نظر به اینکه اینجانب فرزند تاریخ تولد

شماره شناسنامه صادره شماره ملی

به نشانی

کدپستی به موجب سند رسمی ازدواج شماره تاریخ

مقدار و مبلغ ریال به عنوان مهریه از آقای

فرزند تاریخ تولد شماره شناسنامه صادره

شماره ملی به نشانی

کدپستی طلبکار می‌باشم تقاضای صدور اجرائیه دارم.

امضاء متقاضی

رئیس محترم اداره.....

بدینوسیله تقاضای فوق که هویت و صلاحیت متقاضی احراز گردید به پیوست برگهای اجرائیه جهت اقدام مقتضی ارسال می‌گردد.

امضاء سردفتر و مهر ازدواج شماره.....

رسید تقاضانامه صدور اجرائیه

تقاضای صدور اجرائیه از طرف موضوع سند شماره

به طرفیت در تاریخ به اینجانب

سردفتر ازدواج شماره تحویل گردید.

امضاء سردفتر و مهر ازدواج شماره.....

ب - فرم تقاضای صدور اجرائیه (مهریه)

شماره
تاریخ
پست



سردفتر محترم ازدواج شماره ۵۲
نظر به اینکه اینکتاب عادی فرزند علی تاریخ تولد ۹۸/۰۲/۰۱
شماره شناسنامه ۱۱۴۰۱۵۲۰۹۵ صادره از اصفهان شماره ملی ۱۱۴۰۱۵۲۰۹۵
به نشانی اصفهان، خیابان پارس، پلاک ۱۲
کدپستی ۴۵۲۰۲۰ به موجب سند رسمی ازدواج شماره ۱۱۴۰۱۵۲۰۹۵ تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۰۱
معمار علی و مبلغ ۱۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال به عنوان مهریه از آقای محمد داودی
فرزند علی تاریخ تولد ۱۳۶۵ شماره شناسنامه ۱۱۳۰ صفره تهران
شماره ملی ۰۲۷۰۴۰۵۵ به نشانی اصفهان، خیابان پارس، پلاک ۱۲
کدپستی ۴۵۲۰۲۰ طایفکار می باشد تقاضای صدور اجرائیه دارم.

امضاء متقاضی

رئیس محترم اداره.....

بدینوسیله تقاضای فوق که هویت و صلاحیت متقاضی احراز گردید به بوسهت بررگهای اجرائیه جهت اقدام مقتضی ارسال می گردد.

امضاء سردفتر و مهر ازدواج شماره.....

رسید نقاشنامه صدور اجرائیه

تقاضای صدور اجرائیه از طرف رضا عادی موضوع سند شماره ۱۱۴۰
به طرفیت محمد داودی در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۰۱ به اینکتاب عادی
سردفتر ازدواج شماره ۵۲ تحویل گردید.

امضاء سردفتر و مهر ازدواج شماره.....

۲- شرایط صدور اجرائیه توسط سردفتر

پس از درخواست صدور اجرائیه از سوی زوجه، در صورت احراز شرایط زیر توسط سردفتر، امکان صدور اجرائیه فراهم است :

الف - مطالبه مهریه به موجب سند رسمی باشد

سند ازدواجی که مطابق مقررات مورد نظر تنظیم شده باشد «رسمی» شناخته می شود؛ بنابراین ورقه ای که در شب بله بران به عنوان صداق تنظیم می شود و به امضای طرفین می رسد، قابلیت درخواست صدور اجرائیه را ندارد ولو اینکه ورقه مذکور به امضا و مهر سردفتر نیز رسیده باشد. همچنین در نکاح موقت ورقه ای را که سردفتر تحت عنوان نکاح منقطع (صیغه نامه) تنظیم می کند، سند رسمی شناخته نمی شود. در فرض اخیر زوجه می تواند



برای مطالبه مهریه فقط به دادگاه خانواده مراجعه کند.

ب - منجز بودن مهریه و تعهدات

به دلالت تبصره ۲ ماده ۵ همان آیین‌نامه، صدور ورقه اجرائیه نسبت به تعهداتی که در سند منجزاً قید شده باشد، امکان‌پذیر است. منظور از منجز بودن این است که مهریه معلق نباشد.

ج - مهریه و اجرای تعهد موجب نباشد

در خصوص وصول مهریه چند فرض پیش‌بینی می‌شود: حال، موجب، عندالمطالبه و عندالاستطاعه. مهریه در صورتی موجب است که برای پرداخت آن مدتی مقرر شود. به طور مثال چنانچه زمان وقوع عقد نکاح سال ۱۳۹۲ باشد و زمان پرداخت مهر سال ۱۳۹۵ تعیین شده باشد یا اینکه به صورت اقساط سالانه تعیین و مقرر شده باشد، زوجه قبل از فرارسیدن مدت، حق مطالبه نخواهد داشت. در صورتی که مدتی برای پرداخت معین نشده باشد مهریه «حال» محسوب می‌شود و قید عندالمطالبه آن را از حال بودن خارج نمی‌کند و عندالاستطاعه یعنی شرط درخواست پرداخت مهریه، دارا بودن مرد و توانایی مالی وی است.

۳- تکالیف سردفتر

وفق ماده ۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا یاد شده سردفتر با احراز هویت درخواست کننده و احراز صلاحیت خود موظف به انجام موارد زیر است:

الف - صدور اجرائیه و ارسال آن به اداره ثبت

از جمله تکالیفی که در ماده مذکور پیش‌بینی شده این است که سردفتر رونوشت سند را در برگ‌های ویژه ظرف ۲۴ ساعت با خط خوانا در سه نسخه تهیه کند و موضوعی را که باید اجرا شود (مطالبه سکه، وجه نقد و ...) در محل مخصوص آن بنویسد، ظرف ۴۸ ساعت از تاریخ وصول تقاضا، برگ‌های اجرائیه را امضا کند و به مهر ویژه (اجرا شود) رسانده، برای اجرا نزد مسئول اجرای ثبت بفرستد و رسید دریافت کند.

ب - مطلع کردن زوج یا ضامن از صدور اجرائیه

سردفتر ازدواج مکلف است پس از صدور اجرائیه مراتب را به آخرین نشانی زوج از طریق



پست سفارشی به او اطلاع دهد و برگ‌های اجرائیه را به ضمیمه قبض پست برای او ارسال کند. به عقیده ما مطلع کردن زوج از صدور اجرائیه زنگ بیدارباش و هشدار است که ممکن است زوج درصدد حل مسأله برآید.

ج - ابلاغ اجرائیه و ترتیب اجرا

واحداً اجرا باید پس از وصول اجرائیه، آن را در دفاتر لازم وارد کند و برای آن پرونده ایی تنظیم کند و نام مأمور ابلاغ را در آن بنویسد و جهت ابلاغ به مأمور تسلیم کند. مأمور اجرا وفق ضوابط جاری، اجرائیه را به زوج یا ضامن ابلاغ می‌کند. از تاریخ ابلاغ اجرائیه، زوج یا ضامن باید ظرف ده روز دین را بپردازد یا ترتیبی برای پرداخت دین خود بدهد یا مالی معرفی کند که اجرای سند را میسر کند.

۴- بازداشت اموال زوج

زوجه با ابلاغ اجرائیه تقاضای تأمین طلب خود را از اموال زوج یا ضامن می‌کند. در این صورت، اجرا معادل طلب زوجه را از اموال نامبردگان بازداشت می‌کند. در صورتی که زوج مهریه را پرداخت نکند، اموال بازداشتی از طریق مزایده به فروش می‌رسد و مطالبات زوجه پرداخت می‌شود.

*معافیت از پرداخت نیم عشر دولتی

در صورتی که زوجه در هر مرحله از فرایند عملیات اجرایی از اجرا منصرف شود، به دلالت ماده ۹۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، از پرداخت حق الاجرا معاف است.

*مزایای مطالبه مهر از طریق اجرای ثبت

مطالبه مهریه از طرق مراجعه به دادگاه یا مراجعه به اجرای ثبت امکان‌پذیر است. به عقیده ما وصول مهریه از طریق اجرای ثبت از جهاتی نسبت به دادگاه خانواده بهتر است. در مقایسه شیوه‌های مذکور می‌توان به این مزایا که در طریق اجرای ثبت نهفته است، اشاره کرد:

۱- اصولاً مراجعه زوج به محاکم دادگستری، به دلیل شکسته شدن حریم روابط عاطفی زوجین و فروریختن قبح مراجعه به محاکم که در بین جامعه ایرانی، رجوع زن به دادگاه را امری ناپسند تلقی می‌کنند، امکان سازش تا حد بسیار زیادی کاهش پیدا می‌کند و گاهی



سازش را غیرممکن می‌کند. اصطلاحی که بین قضات محاکم خانواده مرسوم است، آن است که: «دعوی مطالبه مهریه، دروازه طلاق است.» از این رو به نظر می‌رسد جلوگیری از تشکیل پرونده وصول مهریه در کاهش اختلاف و حل و فصل دعوی بسیار مؤثر است. از این جهت مراجعه به اجرای ثبت که به دلیل طبیعت اداری آن، کراهت کمتری از دید جامعه دارد، می‌تواند آثار زیان‌بار عدم ایجاد سازش را تا حد زیادی کاهش دهد.

۲- مطالبه مهریه از طریق محاکم دادگستری که با تقدیم دادخواست و رعایت مقررات شکلی دیگر صورت می‌گیرد، مستلزم تعیین وقت و رسیدگی (شکلی - ماهوی) است که این امر فرایند دادرسی را طولانی می‌کند و از طرفی بر تراکم و حجم پرونده‌ها می‌افزاید. در صورتی که در وصول مهریه از طریق اجرای ثبت، به صرف تقاضای ذی‌نفع از دفتر ازدواج مربوط، عملیات اجرایی بدون تعیین وقت، آغاز می‌شود.

۳- در اجرای ثبت، عملیات اجرایی به مجرد درخواست کتبی زوجه یا اشخاص ذی‌سمت شروع می‌شود ولی در محاکم دادگستری، عملیات اجرایی پس از فرایند دادرسی و صدور حکم قطعی با درخواست اجرای حکم توسط محکوم‌له یا نماینده او شروع می‌شود.

۴- صدور اجرائیه در اجرای ثبت، مشمول مرور زمان نمی‌شود، چون نصی در این مورد پیش‌بینی نشده است. ولی نسبت به اجرائیه دادگاه به استناد ماده ۱۶۸ قانون اجرای احکام اجرای مرور زمان پنج‌ساله جاری است.

۵- شیوه اجرای ثبت، بسیار سریع‌تر از دادگاه است.

۶- هزینه اقدام از طریق اجرای ثبت از دادگاه، کمتر است.

***مطالبه مهریه در شرایط کنونی (که از طریق اجرای ثبت انجام**

می‌شود)

متقاضیان وصول مهریه ابتدا باید به اداره ثبت مراجعه کنند. طبق قانون برنامه ششم توسعه از ششم اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۶ دادگاه‌ها نباید دعاوی مربوط به اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا را بپذیرند مگر اینکه افراد در اداره ثبت، در مهلت‌هایی که پیش‌بینی شده، موفق به وصول حق خود نشوند که در آن صورت حق دارند از ادامه عملیات اجرایی اداره ثبت انصراف دهند، پرونده مختومه شود و بعد به دادگاه مراجعه کنند و طرح دعوی نمایند.

وصول مهریه از طریق دادگاه

۹۲

زوجه یا وکیلش برای وصول مهریه از طریق دادگاه در ابتدا با همراه داشتن



شناسنامه و کارت ملی (زوجه)، سند ازدواج و در صورت امکان کپی شناسنامه و کارت ملی زوج، به دفاتر خدمات الکترونیک قضائی مراجعه می‌کند و پس از تنظیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی (دعوی از جمله دعاوی مالی است و مستلزم پرداخت هزینه دادرسی مطابق با دعاوی مالی است) و هزینه‌های مربوط به دفتر، دادخواست ثبت و به مرجع صلاحیت‌دار قضائی (دادگاه خانواده) ارسال می‌شود. اگر زوجه قصد توقیف اموال زوج را داشته باشد، باید این مطلب را اعلام نماید تا عنوان تأمین خواسته نیز در ستون خواسته دادخواست قید گردد. پس از چند روز و پس از وصول پرونده به دادگاه، از شعبه مربوطه برای زوجه پیامک ارسال می‌شود. سپس زوجه به همراه شماره پرونده به شعبه مربوطه مراجعه می‌نماید و از مدیر دفتر می‌خواهد که پرونده را بررسی کند و در صورت نقص، اقدام به رفع نقص می‌نماید و در صورت قصد اقدام جهت توقیف اموال، پرونده اجرایی برای زوجه تشکیل می‌شود و با معرفی دقیق مال یا اموال زوج، از دادگاه درخواست توقیف مال معرفی شده را می‌کند. پرونده در اولین فرصت به نظر رئیس شعبه می‌رسد و در صورت صلاح دید و قرار نداشتن مال در مستثنیات دین (به تشخیص رئیس شعبه) قرار تأمین خواسته بدون پرداخت خسارت احتمالی، صادر می‌گردد. (در صورت معرفی مال غیرمنقول الزاماً پلاک ثبتی ملک باید به دادگاه اعلام شود). پس از تکمیل پرونده، منشی دادگاه در همان روز یا در روز دیگر اقدام به تعیین وقت نموده و برگ ابلاغ جهت حضور در جلسه دادگاه، برای طرفین ارسال می‌گردد. در اکثر مواقع پیامک تعیین وقت دادگاه نیز برای طرفین فرستاده می‌شود. در صورت تمایل به پیگیری پرونده از طریق سایت، باید رمز پرونده از دفتر شعبه درخواست و دریافت شود.

نکته : با توجه به بند «ج» ماده ۹ قانون جدید شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴/۰۸/۱۰ رسیدگی به دعاوی خانواده راجع به جهیزیه، مهریه و نفقه تا نصاب دویست میلیون (۲۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال در صورتی که مشمول ماده (۲۹) قانون مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ نباشند، در صلاحیت شورای حل اختلاف است.

*مزایای مطالبه مهر از طریق دادگاه

روند رسیدگی به درخواست مهریه زن در دادگاه نسبت به اجرای ثبت متفاوت است و از جهاتی برتر است. بدین صورت که پس از تقدیم دادخواست مطالبه مهریه از طریق دفاتر الکترونیک قضایی، ابتدا وقت رسیدگی توسط دادگاه تعیین و به طرفین ابلاغ می‌شود و پس از چند ماه در روز رسیدگی چنانچه مراحل اولیه رسیدگی از قبیل نحوه تنظیم دادخواست و



ابلاغ اوراق به صورت صحیح و قانونی انجام شده باشد، قاضی نسبت به صدور حکم اقدام خواهد کرد و در صورت عدم اجرای حکم توسط مرد، زن درخواست صدور اجرائیه می‌نماید و پس از آن می‌تواند با توجه به ماده ۳ قانون نحوه محکومیت‌های مالی حکم جلب شوهر را بگیرد و در این صورت مرد نیز می‌تواند تقاضای اعسار از پرداخت مهریه را کرده در صورت اثبات اعسار دادگاه حکم به پرداخت مهریه به صورت اقساط را صادر خواهد کرد. چنانچه هر نوبت از اقساط به تعویق افتد با تقاضای زن حکم جلب صادر و مرد به زندان معرفی خواهد شد.

مورد دیگر که در مطالبه مهریه از طریق دادگاه با تقدیم دادخواست قابل توجه است این است که برخلاف اجرای ثبت که فقط اموالی که دارای سند باشد توقیف می‌شود، در دادگاه‌ها اموالی که فاقد سند باشد مانند اثاث منزل - طلا - جواهر - اثاث موجود در محل کسب شوهر نیز ممکن است با تقاضای زن بازداشت و از طریق مزایده به فروش رود و از محل فروش و عواید آن مهریه زن پرداخت گردد. همچنین پرداخت مهریه زن ممکن است از طریق توقیف حقوق و مزایای زوج در ادارات دولتی و کارخانه‌ها که به صورت ماهیانه حقوق می‌گیرند صورت گیرد و یا از طریق توقف طلب مرد از دیگران (مرد از شخصی طلبی مسلم و قابل اثبات داشته باشد) که تحت عنوان توقیف اموال نزد اشخاص ثالث این امر صورت خواهد گرفت.

در اجرای ثبت نمی‌توان زوج را زندانی کرد ولی در شیوه دادگاه می‌توان وی را در اجرای ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به زندان انداخت.

سوال : آیا مطالبه مهر از طریق دایره اجرای ثبت و دادگاه عمومی

هم‌زمان و جاهت قانونی دارد یا خیر؟

نظر اکثریت

چنانچه زوجه مهر را از طریق دایره اجرای ثبت مطالبه کرده باشد، در صورتی می‌تواند به دادگاه‌های عمومی دادخواست دهد و مهر را مطالبه کند که پرونده خود را در دایره اجرایی ثبت مختومه کرده باشد؛ بنابراین مطابق رویه معمول در دادگاه‌های خانواده زوجه هم‌زمان از دو مرجع مذکور نمی‌تواند مهر را مطالبه کند. اما اگر اموال توقیفی زوج نظر به اینکه از کارکنان دولت است صرفاً حقوق و مزایای ایشان باشد، زوجه می‌تواند برای مطالبه مازاد مهریه پس از مختومه نمودن پرونده خود در اجرای ثبت به دادگاه مراجعه و

مطالبه مزاد مهریه مافی القباله را مطالبه نماید.

سوال : تأمین خواسته مهریه از اموال زوجه از طریق دادگاه و اجرای

ثبت چگونه انجام می‌شود؟

اجرای قرار تأمین خواسته در دادگاه اگر به گونه‌ای باشد که تأخیر در اجرای قرار باعث تضییع یا تفریط خواسته گردد، به استناد مواد ۱۰۸ و ۱۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی باید فوری اجرا شود و سپس به خوانده ابلاغ شود. در واقع اجرای قرار تأمین خواسته فوری با وصف اجرا سپس ابلاغ (که برخی از نویسندگان از جمله شمس ۱۳۸۶: ۴۳۵/۲ نیز عقیده دارند) درخواست تأمین خواسته باید طوری رسیدگی شود که زمان از دست نرود و آگاه نمودن خوانده از درخواست تأمین خواسته ممنوع است. گرچه، قرار تأمین خواسته به خوانده ابلاغ می‌شود و وی حق دارد ظرف ۱۰ روز به دادگاه صادرکننده قرار، اعتراض نماید و دادگاه نیز در اولین جلسه، ضمن رسیدگی به اعتراض، نسبت به آن تعیین تکلیف می‌کند، قرار تأمین باید متعاقب ابلاغ به خوانده فوراً اجرا شود. در مواردی که ابلاغ فوری ممکن نباشد و تأخیر، باعث تضییع یا تفریط خواسته گردد، قرار تأمین ابتدا اجرا و سپس به خوانده ابلاغ می‌شود. قرار قبول یا رد تأمین خواسته طبق ماده ۱۱۹ قابل تجدیدنظر نبوده و قطعی است.

با توجه به قانون جدید پس از صدور قرار تأمین خواسته زوجه می‌تواند تقاضای استعلام از بانک مرکزی اداره راهور و اداره ثبت نماید تا پس از شناسایی اموال اقدام به توقیف امکان‌پذیر گردد.

اما اجرای قرار تأمین خواسته در اجرای ثبت حتماً می‌بایست قبل از اجرا به زوج ابلاغ شود و سپس اجرا شود در واقع تأمین خواسته با وصف اجرا سپس ابلاغ به استناد مواد ۱۰۸ و ۱۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی در اجرای ثبت اجرا نمی‌شود.

*نمونه قرار تأمین خواسته بدون اخذ خسارت احتمالی

در خصوص درخواست خانم... فرزند... و به طرفیت آقای... فرزند... مبنی بر صدور قرار تأمین خواسته و توقیف اموال خوانده به ارزش ریالی تعداد ۱۱۰ قطعه سکه تمام بهار آزادی طرح جدید موضوع سند نکاحیه شماره ... مورخ ... بابت مهریه زوجه، با توجه به مستندات ابرازی خواهان، از جمله تصویر مصدق سند نکاحیه مذکور و حصول شرایط قانونی اجابت تأمین خواسته، دادگاه مستنداً به بند الف ماده ۱۰۸ و مواد ۱۱۰ و ۱۱۱ و ۱۲۱ قانون آیین



دادرسی مدنی ۱۳۷۹ قرار تأمین خواسته از اموال منقول یا غیرمنقول بلامعارض خوانده را (با رعایت مستثنیات دین) معادل ارزش ریالی خواسته، صادر و اعلام می‌دارد: قرار صادر شده با توجه به فوریت امر، بلافاصله اجرا و سپس به خوانده ابلاغ گردد. قرار مذکور وفق ماده ۱۱۶ قانون فوق ظرف مهلت ده روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض است که دادگاه در اولین جلسه به اعتراض رسیدگی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم به عمل خواهد آورد.

*نمونه رأی قضایی (توقیف سهم الارث زوج)

در صورتی که شخص فوت شود ورثه او تا میزان سهم الارث در برابر طلبکاران مسئول هستند. بنابراین اگر زوج فوت نماید وراث او تا میزان سهمشان از ماترک، در برابر زوجه در خصوص مهریه (در صورت مطالبه) مسئول به پرداخت هستند.
مستندات: مواد ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون مدنی. تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۶. شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۱۸۸۶

رأی دادگاه

در خصوص دادخواست تقدیمی خواهان خانم با وکالت به طرفیت خواندگان اصالتاً و به ولایت قهری به خواسته مطالبه مهریه به میزان ۵۵۰ عدد که سکه طلای بهار آزادی از ماترک مرحوم به انضمام کلیه هزینه‌های دادرسی، نظر به احراز رابطه زوجیت مابین طرفین باملاحظه تصویر مصدق سند نکاحیه رسمی شماره ۱۴۰۴۴ دفترخانه ثبت ازدواج شماره ... شهر ری، ملاحظه خواسته خواهان، عدم حضور خواندگان با وصف ابلاغ وقت و عدم ارائه دلیل بر پرداخت مهریه توسط مشارالیه‌ها، ملاحظه گواهی فوت زوج و گواهی انحصار وراثت شماره ... صادره از شورای حل اختلاف تهران نظر به این که به مجرد وقوع عقد زوجه مالک مهریه می‌گردد و مهریه خواهان حال بوده و عندالمطالبه، بایستی به وی پرداخت گردد. لذا دادگاه با احراز اشتغال ذمه خوانده دعوی خواهان را وارد و ثابت تشخیص و مستنداً به مواد ۱۰۷۸ و ۱۰۸۲ از قانون مدنی مواد ۱۹۸ و ۱۹۴ و ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی مدنی خواندگان را به پرداخت پانصد و پنجاه سکه طلای بهار آزادی بابت اصل خواسته به نسبت سهم الارث مندرج در گواهی و نیز به پرداخت خسارات و هزینه‌های دادرسی در حق خواهان محکوم می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران از جانب طرفین می‌باشد.

نمونه رأی قضایی (تأثیر قید «عندالاستطاعه بودن مهریه» در زمان

حق حبس زوجه)

چکیده رأی

قید عنوان پرداخت عندالاستطاعه مهریه، موجب مؤجل شدن دین و زوال حق حبس زوجه در خصوص تعهد تمکین از زوج می‌گردد. نظر به اینکه زوجه با قید عندالاستطاعه بدون مهریه و پذیرفتن آن به عنوان شرط ضمن عقد، حق حبس خود را زایل کرده است، نمی‌تواند با فرض مذکور از حق حبس استفاده نماید.

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۲/۷/۹. شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۰۸۴.

شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر تهران

* رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۱۳ (حق حبس زوجه در

صورت حال بودن مهریه)

مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر، می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید؛ بنابراین رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

نتیجه

نظر به اینکه دلایل بسیاری مبنی بر مستحق بودن دریافت مهریه توسط زوجه از جمله: مستندات دینی، احادیث، روایات نص صریح قانون، مقتضیات جامعه و غیره وجود دارد، حذف مهریه و یا سخت‌گیری در دریافت مهریه نه تنها به شخصیت زن نمی‌افزاید بلکه وضع او را به مخاطره می‌اندازد. زیرا درست است که مرد و زن هر دو از زندگی زناشویی



به‌طور یکسان سود می‌برند، ولی نمی‌توان انکار کرد که در صورت جدایی زن و مرد، زن متحمل خسارت بیشتری خواهد شد؛ در نتیجه هر دلیلی که خانم‌ها را در دریافت مهریه با مشکل روبرو کند، از جمله دریافت مهریه از طریق اداره ثبت و اسناد که مشکلات جدیدی را برای خانم‌ها ایجاد نموده از جمله امکان فرار از دین توسط زوج، عدم امکان جلب زوج، عدم پذیرش اعسار زوجه، پرداخت ۵ درصد از مهریه و غیره همگی غیرمنصفانه به نظر می‌رسد و گویا صرفاً به دلیل جلوگیری از شلوغی محاکم خانواده بدون لحاظ سایر موارد به تصویب رسیده‌است؛ بنابراین به نظر می‌رسد که مطالبه مهریه از طریق دادگاه نسبت به مطالبه مهریه از طریق اجرای ثبت به دلایل مذکور برتری دارد.

منابع

- آیین‌نامه اجرای ثبت.
- امامی، سید حسن. (۱۳۵۴). حقوق مدنی. جلد ۴. تهران: اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۳). حقوق اموال. تهران: گنج دانش.
- شمس، عبدالله. (۱۳۶۸). آیین دادرسی مدنی. جلد ۲. تهران: دراک.
- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۶۷). فقه سیاسی. جلد ۳. تهران: امیرکبیر.
- قانون مدنی.
- قانون آیین دادرسی مدنی.
- قانون برنامه ششم توسعه اردیبهشت ۱۳۹۶.
- قانون جدید شورای حل اختلاف.
- قانون حمایت خانواده.



تحلیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی در رویه قضایی

مأده عزیزان^۱

چکیده

برابر مفاد ماده ۲۶۵ قانون مدنی هرگونه پرداخت، حاکی از عدم تبرع است و اگر شخصی به دیگری چیزی بدهد بدون آنکه پیش از آن مقروض باشد، می‌تواند استرداد آن را بخواهد. در رویه قضایی دادگاه‌ها برخی قضاات اصل را بر عدم تبرع دانسته و معتقدند اگر گیرنده وجه بعد از اقرار به وصول وجه از پرداخت‌کننده، دریافت وجه را بابت دین خواهان به خود اعلام کند و خواسته خواهان، استرداد وجه باشد و خوانده نتواند ادعای وجود دین را اثبات کند، دادگاه باید حکم به رد آن وجه به خواهان را صادر کند زیرا در این قضیه پرداخت وجه از طرف خواهان و دریافت آن توسط خوانده ثابت و مفروغ‌عنه است و خوانده که مدعی است دینی وجود داشته است، باید آن را اثبات کند و خواهان، تکلیفی به اثبات نبود دین یعنی اثبات امر عدمی ندارد و اصل عدم و اصل برائت مؤید این نظر است.

همچنین برخی دیگر، مفاد ماده مذکور را بدین شرح تفسیر می‌کنند که اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، صرف این اقدام اماره‌ای بر مدیون بودن اوست و اگر بخواهد آن را استرداد کند، باید مقروض نبودن خود را اثبات کند؛ مانند موردی که کسی به دیگری چک یا سفته داده باشد که مجرد این عمل ظهور در اشتغال ذمه صادرکننده دارد. علی‌هذا در دعوی استرداد وجه ولو دریافت آن مورد قبول خوانده باشد، خواهان باید مقروض نبودن خود را اثبات کند زیرا به حکم قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مجرد دادن مال توسط کسی به دیگری اماره مدیون بودن اوست و پس گرفتن آن دلیل می‌خواهد. این مقاله با بررسی رویه قضایی دادگاه‌ها به تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی می‌پردازد.



کلمات کلیدی: ماده ۲۶۵ قانون مدنی، عدم تبرع، دین

مقدمه

ماده ۲۶۵ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هرکس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد نماید». این ماده از قسمت اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است که در آن ماده آمده است: «هر پرداخت مستلزم وجود دینی است (یا ظاهر در وجود دینی است) آنچه بدون وجود دین پرداخت شده باشد، قابل استرداد است» (حسینی، ۱۳۸۵).

با در نظر گرفتن میل انسان به حفظ اموال خود که از دیرباز در وی وجود داشته، هرگاه انسان مالی از خود را به دیگران تسلیم می‌کرد، به استرداد اموال تمایل داشت. این میل به صورت تدریجی از عرف به حیطة قانون وارد شد. به طوری که در قانون مدنی فرانسه این موضوع این گونه مقرر گردید «که هر پرداخت مستلزم وجود دینی است.» کسی که بدون داشتن دین، مالی را پرداخته است، می‌تواند استرداد کند. در حقوق ایران نیز با تغییر عبارت «مستلزم وجود دین است» به «ظاهر در عدم تبرع است»، این عملکرد و تمایل ذاتی انسان را که از عرف وارد قانون مدنی فرانسه شده بود، اقتباس شد.

نظر به برداشت‌های متفاوت و کاملاً متضاد از ماده ۲۶۵ که منتج به صدور آرای متضاد در محاکم دادگستری شده است (شمس‌فر، ۱۳۹۴: ۷)، آنچه بدان تبرع می‌گویند یا مالی است یا غیرمالی. تبرع در امور مالی زمانی است که شخص به طور داوطلب، بدون آنکه از وی خواسته شده باشد، عهده‌دار پرداخت هزینه‌ای شود و یا چیزی را که ارزش مالی دارد، ببخشد. مانند تبرع در جُعاله، تبرع در پرداخت دین، ضمان تبرعی، هبه و صدقه. تبرع در امور غیرمالی زمانی است که شخص به طور داوطلب و بدون هیچ انتظار مادی، عهده‌دار انجام عمل عبادی از جانب شخصی باشد مانند تبرع در اقامه نماز، تبرع در رفتن به حج، تبرع در گرفتن روزه و تبرع در سایر اعمال عبادی (حیدری و باقری، ۱۳۹۴).

۱- موارد اعمال ماده ۲۶۵ قانون مدنی

مهم‌ترین موارد اعمال ماده ۲۶۵ قانون مدنی در زمینه پرداخت مهریه است. علی‌رغم آنکه هدف از پرداخت مهریه، هدیه دادن و اعطای مالی بلاعوض از سوی زوج به زوجه است، ماهیت حقوقی آن دینی مالی است که همچون سایر دیون، زوج ملزم به ایفای آن



است اما رابطه خویشاوندی نزدیک طرفین این دین، گاه احراز پرداخت یا عدم پرداخت آن را دشوار می‌سازد. در صورت حدوث اختلاف، تشخیص مدعی و منکر اهمیت زیادی دارد: چراکه بار اثبات دلیل، بر عهده مدعی است و از آنجا که طرفین این دین، به سبب داشتن رابطه خویشاوندی و نیز زندگی مشترک، تحصیل دلیل در روابط مالی میان آن‌ها در حالت عادی مرسوم نیست. بنابراین تشخیص طرفی که بار اثبات دلیل و تکلیف بیان آن بر عهده وی است، نقش بسزا و تعیین‌کننده‌ای در دعوا خواهد داشت و اگر اعطای مالی در طول زندگی مشترک از سوی زوج به زوجه ثابت شود، اصل عدم تبرع به یاری زوج آمده و دین مهریه را که از ابتدای ازدواج بر عهده وی بوده، مابه‌ازای این پرداخت قرار می‌دهد. در حقیقت، در این دعوا اصولاً قول زوج مقدم بوده و زوجه باید تبرعی بودن پرداخت و یا وجود جهتی دیگر را برای آن اثبات کند (نعیمی، ۱۳۹۵: ۸۰)؛ به عبارت دیگر، هر گاه زوج مدعی پرداخت و زوجه مدعی عدم پرداخت مهریه باشد، هرگاه اختلاف پیش از تمکین خاص زوجه باشد، قول وی مقدم است زیرا اصل بر عدم پرداخت و استصحاب بقای دین است و خلافی در آن نیست؛ اما اگر اختلاف پس از تمکین خاص زوجه باشد، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که اگر عادت جاریه در شهر این باشد که پیش از آمیزش، کل مهر قبض شود، قول زوج مقدم است و زوجه باید بینه اقامه کند (فهیمی و زندوکیلی، ۱۳۹۰: ۸۵).

۲- آرای حقوق‌دانان درباره ماده ۲۶۵ قانون مدنی

نظر برخی از حقوق‌دانان در تفسیر این ماده این است که برای استرداد مال، کافی است مدعی، مالکیت سابق خود بر مال در اختیار دیگری را ثابت کند زیرا اولاً از عبارت ماده ۲۶۵ بیش از این استفاده نمی‌شود که ظاهر از تسلیم مال این است که به‌طور تبرع نبوده اما این امر دلالت نمی‌کند که دادن مال، ظاهر در قصد و نیت ادای دین و یا اماره بر مدیونیت دهنده به گیرنده است؛ بنابراین مساله استرداد مال تسلیم‌شده، تابع قواعد و اصول کلی حقوقی است؛ این اصل حقوقی همان اصل عدم مدیونیت یا اصل برائت است.

ثانیاً با کمی دقت در قسمت دوم ماده که به‌صورت نتیجه قسمت اول تنظیم گردیده است، صحت آنچه در تفسیر ماده ذکر شده، تأیید می‌شود زیرا در قسمت دوم نتیجه‌ای که از قسمت اول گرفته می‌شود این است که اگر شخصی که مدیون نیست، مالی به دیگران بدهد، می‌تواند آن را استرداد کند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۳)؛ به عبارت دیگر در قسمت دوم ماده ۲۶۵ قانون مدنی قانون‌گذار درصد تأسیس اماره مدیونیت نبوده بلکه در نظر داشته قسمت اول را توضیح دهد و از آن نتیجه‌گیری کند. اگر نظر قانون‌گذار ایجاد اماره مدیون بودن



دهنده مال بود، باید در توضیح قسمت اول مقرر می‌داشت: «بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، نمی‌تواند آن را استرداد کند مگر با اثبات اینکه مدیون آن چیز نبوده است» (کاشی آرانی، ۱۳۸۴: ۱۶۵).

یکی از عمده‌ترین دلایلی که در معاملات، عامل را مستحق دریافت اجرت می‌دانند، قاعده احترام به مال و عمل مسلم است بدین معناست که نمی‌توان در مال مسلم به‌طور مجانی تصرف نمود و به حقوق او تعدی کرد، به جهت آنکه تجاوز به حقوق وی جایز نیست، همین‌طور هم اگر عملی از جانب وی انجام شود، محترم بوده و باید اجرت آن پرداخت شود (حاتمی و زبرجد، ۱۳۹۴). در دعوی مطالبه دین و ادعای اعسار مدیون، سخن مدیون خلاف اصل استصحاب بوده و بنابراین وی مدعی است؛ اما چنانچه ظاهر زندگی وی مستمندانه باشد، از آنجا که قول وی موافق ظاهر است، منکر محسوب می‌شود (شکری و شرف‌الدین شیرازی، ۱۳۹۳: ۱۲).

در این خصوص مهم است که به یک نمونه رأی در زمینه اصل عدم تبرع مندرج در ماده ۲۶۵ قانون مدنی توجه شود. در رویه قضایی نیز به اصل عدم تبرع اشاره شده و نمونه رأی صادره در شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشعار می‌دارد: «اگر کسی مالی به دیگری بدهد، اصل این است که تبرعی نبوده لذا در صورت مطالبه، گیرنده باید آن مال را برگرداند.»

این رأی در خصوص دعوی به خواسته صدور حکم به محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۱۵۶/۶۰۰/۰۰۰ ریال به انضمام هزینه دادرسی و خسارت تأخیر تأدیه صادر که مختصر ادعای خواهان بر این مبنا بوده که خوانده به دلیل نیاز مالی تقاضای مبلغ خواسته را از موکل می‌کند و بنا به آشنایی و اعتماد همسر خوانده با موکل، اقدام به واریز مبلغ مذکور به حساب شخص خوانده در بانک صادرات کرده که پس از گذشت زمان زیاد و مراجعات از پرداخت آن امتناع و با استناد به ماده ۲۶۵ قانون و اصل عدم تبرع تقاضای رسیدگی و صدور حکم مبنی بر محکومیت داشته و خوانده در دفاع مرقوم نموده خواهان از همسر پول قرض گرفته و کارت عابر بانک بنده در دست همسر بود و خواهان پول را به حساب بنده واریز کرده است و مراودات مالی با شوهرم دارد. ادعای ایشان کذب است.

دادگاه بدوی نظر به اینکه دلیل و مدرکی مبنی بر تبرعی بودن یا حکایت از عودت آن باشد به دادگاه ارائه نشده است و مراودات مالی شخص ثالث مؤثر در مقام نبوده فلذا بنا به مراتب مَعُونَه و مستندات ابرازی از جمله واریز مبلغ موضوع خواسته به حساب خوانده و



اینکه دفاعی که موجبات بی‌اعتباری و بطلان دعوی را فراهم آورد به عمل نیامده است. استحقاق خواهان در مطالبه مبلغ خواسته مُحَرَز و مسلم و خوانده نیز دلیلی مبنی بر پرداخت آن و برائت ذمه خود ارائه نکرده و مستنداً به مواد ۱۳۰۱، ۱۲۸۶، ۱۲۸۴، ۱۲۵۸، ۱۲۵۷، ۲۶۵، ۳۳۶ از قانون مدنی و مواد ۵۲۲، ۵۱۹، ۵۱۵، ۱۹۸ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، ضمن استصحاب بقای دین مدیون و احراز صحت دعوی مطروحه و پذیرش آن، حکم به الزام خوانده به پرداخت مبلغ ۱۵۶/۶۰۰/۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و نیز پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم اعلامی از ناحیه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران از تاریخ تقدیم دادخواست لغایت اجرای حکم و پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل از باب خسارت دادرسی در حق خواهان صادر نموده‌است.

دادگاه تجدیدنظر، تجدیدنظرخواهی از این دادنامه که به موجب آن حکم به الزام تجدیدنظرخواه به پرداخت ۱۵۶/۶۰۰/۰۰۰ ریال بابت وجه پرداختی به‌عنوان اصل خواسته و نیز خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ تقدیم دادخواست لغایت اجرای حکم و پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل در حق تجدیدنظر خوانده صادر گردیده را، وارد و موجه ندانسته و رأی صادره را صحیح و خالی از ایراد و منقصد قانونی، خوانده و ادامه داده دادنامه موصوف با عنایت به محتویات پرونده و با رعایت اصول و مقررات و قواعد دادرسی اصدار گردیده و با توجه به لایحه ابرازی از ناحیه وکیل تجدیدنظرخواه مرادوات مالی فی‌مابین تجدیدنظر خوانده و همسر تجدیدنظرخواه بوده که با وصف مراتب و نبود رابطه حقوقی فی‌مابین اصحاب دعوا، حکایت از عدم مدیونیت تجدیدنظر خوانده نسبت به تجدیدنظرخواه را داشته و مستنبط از ماده ۲۶۵ قانون مدنی می‌تواند نسبت به استرداد آن اقدام کند؛ بنابراین دادگاه تجدیدنظرخواهی را غیرموجه تشخیص و با ردّ اعتراض دادنامه تجدیدنظر خواسته را با استناد به ماده ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی در امور مدنی تأیید کرده‌است (سایت پژوهشکده قوه قضاییه).

همچنین شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۶۰۰۸۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۱ اشعار می‌دارد ماده ۲۶۵ قانون مدنی ظهور در عدم تبرع به معنی مدیون بودن پرداخت کننده داشته و چنانچه پرداخت کننده مدیون نبودن را ثابت نکند، دعوی استرداد وجه پرداختی رد می‌شود.

این رأی در خصوص دعوی دایر بر مطالبه مبلغ ۱۵۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال صادر و ماحصل



دعوی مطروحه آن بوده که خواهان از طریق انتقال کارت به کارت و به وسیله دستگاه عابر بانک اقدام به واریز مبلغ مذکور به حساب خوانده می کند لیکن علی رغم مراجعات مکرر، خوانده از استرداد این مبلغ استنکاف می ورزد لذا تقاضای صدور حکم به استناد ماده ۲۶۵ قانون مدنی را داشته و وکیل خوانده نیز طی لایحه تقدیمی اظهار داشته که طرفین مراودات مالی متعددی دارند که خواهان از بابت پرداخت قسمتی از دین خویش مبلغ فوق را به حساب خوانده واریز و حتی اصل رسید دستگاه عابر بانک را نیز به موکل تحویل داده و رونوشت مصدق آن را نیز تقدیم نموده است لذا تقاضای رد دعوی را داشته و دادگاه بدوی نظر به اینکه ماده ۲۶۵ قانون مدنی در ذیل عنوان وفای به عهد و در باب سقوط تعهدات در قانون مدنی بیان گردیده و زمانی ظاهر در عدم تبرع می باشد که فی مابین طرفین هیچ گونه روابط مالی وجود نداشته باشد که در مانحن فیه به موجب مدارک تقدیمی از سوی وکیل خوانده مراودات مالی متعددی فی مابین طرفین وجود داشته و علی الاصول اشخاص در جامعه زمانی به حساب یکدیگر وجه واریز می نمایند که در مقام ایفای تعهدات سابق خود بوده باشند. مضاف بر اینکه اصل رسید عابر بانک در ید خوانده می باشد که نشان می دهد خواهان با اختیار خود و با میل و رغبت پول را به حساب خوانده واریز و اصل رسید را نیز به وی داده است. لذا با توجه به مراتب فوق و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بی حقی خواهان صادر کرده است و همین رأی در دادگاه تجدیدنظر نیز تأیید شده است.

همچنین شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۱۳۹۲/۵/۱۲ مورخ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۱۷۵۰ آورده است: پرداخت وجه یا مال به دیگری حاکی از پرداخت دین و ادای قرض است و چنانچه پرداخت کننده ادعای استرداد وجوه پرداختی را داشته باشد، باید استقراضی بودن وجه پرداختی را ثابت کند.

این رأی نیز در خصوص دعوی به خواسته مطالبه مبلغ ۹۵/۹۰۰/۰۰۰ ریال موضوع فیش بانکی و پرینت بانکی و وصول دو فقره چک توسط خوانده با احتساب خسارت دادرسی و خسارت تأخیر تأدیه بوده و دادگاه بدوی نظر به اینکه سند ابرازی خواهان حکایت از مدیونیت خوانده دارد و به حساب وی واریز شده و مصون از تعرض باقیمانده است و خوانده با وصف ابلاغ قانونی از حضور در جلسه دادرسی خودداری نموده و صرفاً مبادرت به ارائه لایحه ای در این خصوص نموده است و دلیلی برای بری ذمه شدن خود ارائه نکرده است و استعلام از بانک ملی حکایت از تأیید انتساب شماره حساب به خوانده موضوع پرینت بانکی



دارد. علی‌هذا دعوی خواهان نسبت به پرینت بانکی مقرون به صحت تشخیص داده شد و مستنداً به مواد ۱۲۸۴-۱۳۰۱-۲۶۵ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۱ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی در امور مدنی، خوانده را به پرداخت ۵۸/۹۰۰/۰۰۰ ریال و هزینه دادرسی طبق تعرفه رسمی در حق خواهان محکوم می‌کند. هم‌چنین به‌موجب ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی خوانده به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ تقدیم دادخواست لغایت اجرای حکم در حق خواهان محکوم می‌گردد.

در خصوص مزاد خواسته به مبلغ ۳۷/۰۰۰/۰۰۰ ریال محکومیت خوانده نظر به اینکه خواهان دلیلی مبنی بر ارائه چک‌ها به خوانده ارائه نکرده‌است و حتی در صورت ارائه چک به دارنده حکایت از مدیونیت دارد. لذا دادگاه مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار ردّ دعوی خواهان در خصوص مزاد خواسته صادر نموده و دادگاه تجدیدنظر از آن حیث که تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ ۵۸/۹۰۰/۰۰۰ ریال به انضمام خسارات دادرسی و تأخیر تأدیه محکوم گردیده‌است، با عنایت به اینکه مستند تجدیدنظر خوانده در جهت مطالبه مبلغ فوق فیش بانکی واریزی و پرینت حساب وی که حکایت از واریز وجه فوق به حساب تجدیدنظرخواه است، می‌باشد و نظر به اینکه مطابق ماده ۲۶۵ قانون مدنی پرداخت وجه یا مال به دیگری حاکی از پرداخت دین و ادای قرض دارد و الا کسی بدون اینکه مدیون دیگری باشد، مال به او نمی‌دهد و چنانچه پرداخت‌کننده ادعای استرداد وجوه پرداختی را داشته باشد، باید استقراضی بودن وجه پرداختی و یا وجود و تحقق قرار استرداد آن را اثبات کند و پرداخت وجه در جهت ایفای دین و وفای به عهد و پرداخت دین خود تلقی می‌گردد و خلاف این اصل پذیرفته شده دلیل و مدرکی از سوی تجدیدنظر خوانده مبنی بر استحقاق وی بر مطالبه وجوه مورد ادعا ارائه نگردیده و دادنامه تجدیدنظر خواسته برخلاف استدلال فوق صادر گردیده‌است، لذا مستنداً به مواد ۳۴۸ و ۳۵۸ از قانون آیین دادرسی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته حکم بر بی حقی خواهان بدوی و ردّ دعوی نخستین صادر نموده‌است.

شعبه یک دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۱۰۱۳/۱۰۱۰۲۲۰۲۳۰۹۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۰۸ تأکید دارد در پرداخت وجه به دیگری، بر مبنای ظهور عدم تبرع و اماره مدیونیت، بار اثبات نبودن دین بر عهده پرداخت‌کننده وجه است.

۱۰۵


این رأی نیز در خصوص دعوی به‌خواسته مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به انضمام خسارات دادرسی و تأخیر تأدیه که وکیل خواهان در دادخواست تقدیمی توضیح داده است موکل با



توجه به سابقه آشنایی با خواننده و به توصیه خواننده مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال جهت سرمایه‌گذاری در خرید اتومبیل طی یک فقره چک به شماره ۸۴۶۹۰۶ مورخ ۸۹/۸/۲۰ عهده بانک سپه در اختیار خواننده قرار داده و خواننده با امضای خود روی نسخه دوم چک، دریافت وجه چک را رسید نموده و پس از گذشت مدتی چون خواننده هیچ اتومبیلی برای موکل خریداری ننمود، موکل به موجب اظهارنامه شماره ۱۴۹۳۲ مورخ ۹۰/۶/۲۰ وجه پرداختی خود را مورد مطالبه قرارداد که علی‌رغم ابلاغ، خواننده هیچ توجهی ننموده و از استرداد وجه امتناع نموده است...

دادگاه وقت رسیدگی تعیین و طرفین را دعوت کرده است. خواننده با وصف ابلاغ قانونی اخطاریه وفق ماده ۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی در جلسه دادرسی شرکت نکرده و لایحه‌ای به‌عنوان دفاع ارسال نکرده است و فی‌الواقع ایراد یا تکذیب یا انکاری نسبت به دعوی مطروحه یا مستندات خواهان به‌عمل نیاورده. لذا دادگاه با توجه به نسخه دوم چک که به امضای خواننده رسیده و دلالت بر دریافت آن توسط خواننده داشته و به لحاظ مصون ماندن دعوی از هر گونه ایراد و دفاع خواننده دعوی را محمول به صحت تلقی و با استصحاب بقای دین به استناد مواد ۲۶۵ و ۲۷۱ و ۱۳۰۱ قانون مدنی و مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خواننده را به پرداخت مبلغ ۲۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و ۴/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه دین از تاریخ ابلاغ اظهارنامه (۹۰/۶/۲۶) تا تاریخ وصول اصل خواسته بر مبنای نرخ تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و پرداخت حق‌الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی در حق خواهان محکوم می‌نماید.

دادگاه تجدیدنظر در خصوص تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامه مذکور که در مقام رسیدگی و خواهی از دادنامه غیابی شماره ۹۱۰-۰۷۱۶-۹۱ مورخ ۹۱/۱۱/۴ صادر و متضمن محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت دویست میلیون ریال به انضمام خسارات دادرسی و تأخیر تأدیه است، این تجدیدنظرخواهی مآلاً وارد و موجه دانسته زیرا تجدیدنظرخواننده (خواهان بدوی) و وکیل وی مدعی هستند چک شماره ۸۴۶۹۰۶ مورخ ۸۹/۸/۲۰ عهده بانک سپه و به مبلغ مذکور را حسب سرمایه‌گذاری در خرید اتومبیل در اختیار خواننده (تجدیدنظرخواه) قرار داده که پس از گذشت مدتی خواننده هیچ اتومبیلی خریداری نکرده و از استرداد وجه آن امتناع نموده است که از توجه به اظهارات و مدافعات طرفین و مندرجات پرونده نظر به اینکه بر اساس ماده ۲۶۵ قانون مدنی هرگونه پرداختی، ظهور



در ادای دین دارد که غلبه و ظاهر مؤید این امر است و این وظیفه خواهان استرداد است که عدم اشتغال ذمه خود یا به عبارتی پرداخت بر اساس اشتباه و عدم مدیونیت خود را ثابت نماید که در مانحن فیه تجدیدنظرخوانده (خواهان بدوی) دلیلی بر عدم اشتغال ذمه خود ارائه ننموده و برعکس تجدیدنظرخواه (خوانده بدوی) مدعی است چک مذکور بابت خرید اتومبیل برای خواهان بوده که در این راستا یک دستگاه اتومبیل کمری GL نقره‌ای متالیک از طریق نمایندگی «ت» و به صورت لیزینگی برای خواهان خریداری کرده و سند آن نیز به نام وی منتقل که تصویر شناسنامه مالکیت پیوست گردیده. بنا به مراتب دادنامه تجدیدنظرخواسته که بر خلاف این معنا و نیز اصول حقوقی صادر گردیده در خور تأیید نیست، این دادگاه مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض آن مبادرت به صدور حکم بر بی‌حقی خواهان صادر می‌نماید.

۳- نظر اکثریت قضات دادگستری

اگر گیرنده وجه بعد از اقرار به وصول وجه از پرداخت‌کننده، دریافت وجه را بابت دین خواهان به خود اعلام نموده و خواسته خواهان استرداد وجه باشد و خوانده نتواند ادعای وجود دین را اثبات کند، دادگاه باید حکم به رد آن وجه به خواهان صادر نماید. زیرا در این قضیه پرداخت وجه از طرف خواهان و دریافت آن توسط خوانده ثابت و مفروغ‌عنه است. خوانده که مدعی است دینی وجود داشته است باید آن را اثبات نماید و خواهان تکلیفی به اثبات عدم وجود دین یعنی اثبات امر عدمی ندارد و اصل عدم و اصل برائت، مؤید این نظر است و از ماده ۲۶۵ قانون مدنی خلاف این معنی استنباط نمی‌شود. چه همان طور که آقای دکتر شهیدی نیز استدلال کرده‌اند، این ماده فقط ناظر به تأسیس اماره عدم تبرع در دادن مال است و لا غیر و به هیچ وجه مبین این معنی که دادن چیزی به کسی اماره مدیون بودن دهنده آن چیز باشد، نیست؛ به عبارت دیگر فرض وجود دین در این ماده نیست به طوری که دهنده مال برای استرداد آن مجبور شود عدم دین خود را اثبات کند. دادن مال ممکن است به عنوان ودیعه، عاریه، قرض و غیره باشد؛ بنابراین مطابق اصل، گیرنده مال مکلف به اثبات وجود دین و استحقاق خود برای دریافت آن است و مادام که وجود قرض توسط گیرنده مال ثابت نشود، وی مطابق ماده ۳۰۱ قانون مدنی محکوم به رد آن مال است. به عبارت آخری قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مفید معنی دیگری غیر از اماره عدم تبرع در دادن مال که موضوع صدر ماده است، نمی‌باشد و تنها مکمل آن است و مشعر بر مطلب جدید و اماره دیگری نیست.



۴- نظریه اقلیت قضات دادگستری

ماده ۲۶۵ قانون مدنی علاوه بر بیان اماره عدم تبرع در دادن مال در قسمت اخیر بیانگر این معنی نیز هست که اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، صرف این کار اماره مدیون بودن اوست و اگر بخواهد آن را استرداد کند، باید مقروض نبودن خود را اثبات کند؛ مانند موردی که کسی به دیگری چک یا سفته داده باشد که مجرد این عمل ظهور در اشتغال ذمه صادرکننده دارد؛ علی‌هذا در دعوی استرداد وجه ولو دریافت آن مورد قبول خواننده باشد، خواهان باید مقروض نبودن خود را اثبات نماید زیرا به حکم قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مجرد دادن مال توسط کسی به دیگری اماره مدیون بودن اوست و پس گرفتن آن دلیل می‌خواهد و مفاد رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز این معنا را تأیید می‌کند.

رأی اصراری مربوطه از این قرار است که وکیل مدعی در دادگاه شهرستان تهران اقامه دعوی می‌کند، بدین مضمون که موکل او مبلغی پول به‌وسیله بانک به رسم امانت برای خواننده فرستاده‌است تا آن را نگاه دارد و اکنون از بازگرداندن آن خودداری می‌کند. شعبه ۵ دادگاه شهرستان تهران به استناد ماده ۷۲۴ ق.م. و اینکه صدور حواله برای پرداخت دین است، گرفتن وجه را دلیل اشتغال ذمه خواننده (مُحتال) ندانسته و حکم بر بی‌حقی خواهان صادر کرده‌است ولی شعبه ۳ دادگاه استان مرکز، موضوع را از مصداق‌های ماده ۲۶۵ ق.م. شمرده و به استناد آن ماده حکم بدوی را فسخ و رأی به رد مبلغ مورد درخواست داده‌است. از این حکم فرجام خواسته می‌شود و شعبه ۶ دیوان کشور در حکم شماره ۱۶-۴۰/۱/۲۳ چنین رأی می‌دهد:

«فرجام خواننده به شرح دادخواست مدعی است که وجوه ارسالی را به رسم امانت جهت فرجام‌خواه فرستاده و در این زمینه دلیلی اقامه نشده و استناد دادگاه به ماده ۲۶۵ ق.م. با لحاظ اصل براءت به ماده ۳۵۶ قانون آئین دادرسی مدنی موجه نمی‌باشد و منطبق با مواد نیست؛ بنابراین حکم فرجام خواسته مخدوش و رسیدگی ناقص و حسب ماده ۵۵۹ آ.د.م. به اتفاق آراء شکسته می‌شود».

شعبه ۸ دادگاه استان در تعقیب ارجاع دیوان کشور و ضمن حکم شماره ۲۰۸-۴۰/۸/۲۰ رأی می‌دهد: «ماحصل اعتراضات وکیل پژوهش‌خواه بر دادنامه بدوی این است که موضوع حواله در بین نبوده و موکل او وجوهی برای پژوهش‌خواننده به مشهد ارسال داشته که بعداً دریافت دارد و موکل او دینی به پژوهش‌خواننده نداشته‌است. این اعتراض وارد است:



۱- استناد دادگاه بدوی به ماده ۷۲۴ ق.م. صحیح نیست و انطباقی با مورد ندارد. طبق ماده مذکور، از شرایط تحقق حواله مدیون بودن محیل به محتال و اشتغال ذمه شخص محیل به محال علیه است و طبق صریح ماده ۷۲۶ ق.م. اگر در مورد حواله، محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود و در مانحن فیه، اولاً حواله به معنی قانون مدنی حاصل نشده؛ زیرا پژوهش خواه عهده بانک ملی و در وجه پژوهش خوانده حواله صادر نکرده بلکه بانک ملی را واسطه نقل و انتقال وجه قرارداد کرده که این عمل با ارسال وجه به وسایل دیگری از قبیل پست و غیره تفاوتی ندارد و بانک ملی هم در مقابل اخذ کارمزد و هزینه معین وسیله انتقال قرار گرفته است و ثانیاً مدیون بودن پژوهش خواه ثابت نیست و صرف ارسال وجه به وسیله بانک ملی برای پژوهش خوانده، دلیل اشتغال ذمه پژوهش خواه نمی‌باشد و بنابراین ماده ۷۲۴ ق.م. و احکام حواله در این مورد صدق نمی‌کند.

۲- طبق ماده ۲۶۵ ق.م. «هر کس مالی به دیگری بدهد، ظهور در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند آن را استرداد کند». عدم اشتغال ذمه نیز احتیاج به دلیل ندارد زیرا طبق ماده ۳۵۶ ق.آ.د.م. اصل بر براءة است و طبق ماده مزبور اثبات مدیون بودن پژوهش خواه به عهده پژوهش خوانده است و در این مورد پژوهش خوانده انکاری از دریافت وجه نکرده و طبق مدارک ارائه شده از طرف پژوهش خواه، ارسال مبلغ _____ از طرف نامبرده و دریافت آن به وسیله پژوهش - خوانده ثابت است و چون اصل در عدم تبرع و براءة ذمه است و دلیلی بر مدیون بودن پژوهش خواه ابراز نشده، نامبرده می‌تواند استرداد وجه مذکور را بخواهد. علی‌هذا حکم پژوهش خواسته مخدوش است و شکایت پژوهش خواه وارد نیست».

از این حکم «اصراری» دادگاه استان، فرجام خواسته می‌شود و این بار هیات عمومی دیوان کشور به اکثریت آراء بدین شرح رأی می‌دهد: «حکم فرجام خواسته مخدوش است. زیرا مستند حکم مزبور در مورد بحث ماده ۲۶۵ ق.م. است که منطبق با مورد نمی‌باشد و فرجام خواه ادعا نداشته که وجه دریافتی تبرعی بوده تا در تبرع و عدم تبرع اختلاف باشد و عدم تبرع مناط اعتبار قرار گیرد و مراد از اصل براءة در دعوی مطروحه و هر دعوی دیگر براءة مدعی علیه است و مدعی باید دعوی خود را اثبات کند و دادگاه در حکم فرجام خواسته معکوساً استدلال نموده و مدعی را بریء شمرده در صورتی که علیه مدعی از طرف فرجام خواه دعوی طرح نشده بود و مدعی می‌بایست امانی بودن مدعی به را اثبات نماید».



بدین ترتیب دیوان کشور کسی را مدعی می‌شمارد که اقامه دعوی کند و لزومی به تحلیل دعوی او نمی‌بیند. لیکن در انتقاد از این معیار باید گفت خواهان در اثبات ارسال وجه و گرفتن آن از سوی خوانده مدعی است ولی در اینکه آیا بدین وسیله دین خود را می‌پرداخته است یا مالی را به‌عنوان امانت به خوانده داده است، شناسایی مدعی بسته به این است که آیا گفته او خلاف اصل یا ظاهر است یا موافق آن؟ پس اگر گفته او با اصل برائت موافق و با ظاهر صدور حواله یا ارسال وجه منافات داشته باشد، باید در مرحله نخست تمییز داد که آیا چنین ظاهری وجود دارد و در تعارض با اصل برائت بر آن مقدم است یا نه؟ و آنگاه است که مدعی واقعی شناخته می‌شود.

معنی و نتیجه حکم دیوان، بدون اینکه انشاء‌کنندگان خواسته باشند، این است که هر کس مالی به دیگری بدهد، نمی‌تواند آن را پس بگیرد مگر اینکه عنوان و جهت این پرداخت را (که در فرض ما امانت است) ثابت کند و اگر نتواند، مدیون آن فرض می‌شود زیرا ماده ۲۶۵ عنوان تبرعی بودن را خلاف ظاهر می‌داند و جز تبرع و بخشش تنها دین است که مانع از استرداد می‌گردد.

نتیجه

دو دیدگاه در مورد تحلیل حقوقی ماده ۲۶۵ قانون مدنی وجود دارد. نظریه اکثریت قضات آن است که اگر گیرنده وجه، بعد از اقرار به وصول وجه از پرداخت‌کننده، دریافت وجه را بابت دین خواهان به خود اعلام نموده و خواسته خواهان استرداد وجه باشد و خوانده نتواند ادعای وجود دین را اثبات کند، دادگاه باید حکم به رد آن وجه به خواهان را صادر نماید. زیرا در این قضیه پرداخت وجه از طرف خواهان و دریافت آن توسط خوانده ثابت و مفروغ^۱ عنه است. خوانده که مدعی است دینی وجود داشته است باید آن را اثبات کند و خواهان تکلیفی به اثبات عدم وجود دین یعنی اثبات امر عدمی ندارد و اصل عدم و اصل برائت مؤید این نظر است؛ و از ماده ۲۶۵ قانون مدنی خلاف این معنی استنباط نمی‌شود چه همانطوری که آقای دکتر شهیدی نیز استدلال کرده‌اند، این ماده فقط ناظر به تأسیس اماره عدم تبرع در دادن مال است لاغیر و به هیچ وجه مبین این معنی که دادن چیزی به کسی اماره مدیون بودن دهنده آن چیز باشد، نیست.

به عبارت دیگر فرض وجود دین در این ماده نیست به‌طوری که دهنده مال برای استرداد آن مجبور شود عدم دین خود را اثبات کند. دادن مال ممکن است به‌عنوان ودیعه، عاریه،



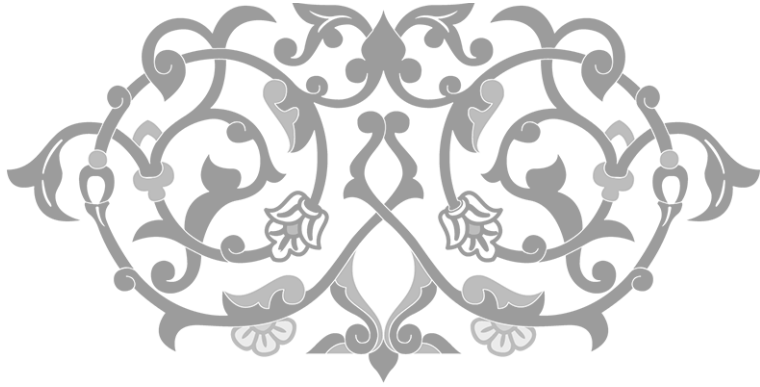
قرض و غیره باشد بنابراین مطابق اصل گیرنده مال مکلف به اثبات وجود دین و استحقاق خود برای دریافت آن است و مادام که وجود قرض توسط گیرنده مال ثابت نشود وی مطابق ماده ۳۰۱ قانون مدنی محکوم به رد آن مال است. به عبارت آخری قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مفید معنی دیگری غیر از اماره عدم تبرع در دادن مال که موضوع صدر ماده است، نمی‌باشد و تنها مکمل آن است و مشعر بر مطلب جدید و اماره دیگری نیست. نظریه اقلیت قضات آن است که ماده ۲۶۵ قانون مدنی علاوه بر بیان اماره عدم تبرع در دادن مال در قسمت اخیر بیانگر این معنی نیز هست که اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، صرف این کار اماره مدیون بودن اوست و اگر بخواهد آن را استرداد کند، باید مقروض نبودن خود را اثبات کند مانند موردی که کسی به دیگری چک یا سفته داده باشد که مجرد این عمل ظهور در اشتغال ذمه صادرکننده دارد. علی‌هذا در دعوی استرداد وجه ولو دریافت آن مورد قبول خوانده باشد، خواهان باید مقروض نبودن خود را اثبات کند زیرا به حکم قسمت اخیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی مجرد دادن مال توسط کسی به دیگری اماره مدیون بودن او است و پس گرفتن آن دلیل می‌خواهد و مفاد رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز این معنا را تأیید می‌کند.

منابع و مأخذ:

- حاتمی، علی اصغر و زبرجد، سید فاطمه. (۱۳۹۴). اجرت‌المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت خانواده مصوب اسفند ۱۳۹۱. *مطالعات حقوقی*. دوره ۷. شماره ۱: ص.ص. ۵۹-۹۸.
- حسینی، سید نیما. (۱۳۸۵). تحلیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی. *ماهنامه دادرسی*. شماره ۵۹: ص.ص. ۳۰-۲۳.
- حیدری، سمیه و احمد باقری. (۱۳۹۴). قاعده تبرع. *مبانی فقهی حقوقی اسلامی*. سال هشتم. شماره ۱۶ پاییز و زمستان: ص.ص. ۳۷-۳۶.
- سایت پژوهشکده قوه قضاییه
- شکری، فریده و آمنه شرف‌الدین شیرازی. (۱۳۹۳). نحوه تشخیص مدعی به منظور تحمل بار اثبات در دعاوی خانوادگی. *فصلنامه تعالی حقوق*. دوره جدید، شماره ۸: ص. ۱۲.
- شمس فر، احسان. (۱۳۹۴). کاربرد اصل عدم تبرع در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی حاکم. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

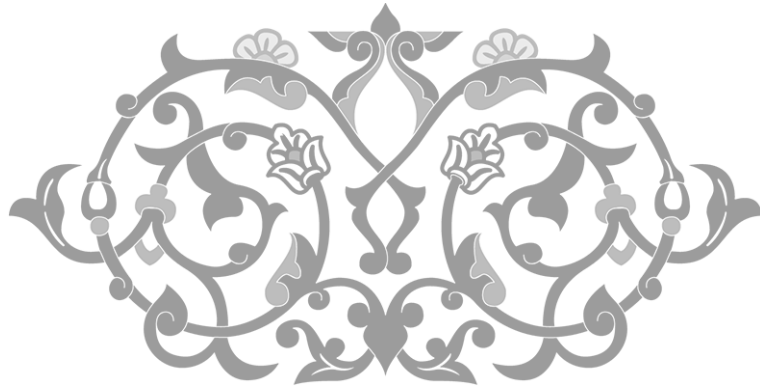


- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
- فهیمی، عزیز الله و محمدرضا زند و کیلی. (۱۳۹۰). بررسی مصادیق تعارض اصل و ظاهر در فقه و حقوق. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳: ص. ۸۵.
- کاشی آرنی، رضا کریم. (۱۳۸۴). آیا دادن مال اماره بر وجود دین است؟ فصلنامه مدرس علوم انسانی. دوره ۹، شماره ۳: ص. ۱۶۵.
- نعیمی، زکیه. (۱۳۹۵). اصل عدم تبرع و ادعای پرداخت مهریه. فصلنامه رأی؛ مطالعات آرای قضایی. شماره ۱۵: ص. ۸۰.



گزیده

سخنرانیها





مقدمه کمیسیون آموزش:

اکنون که فعالیت و عملکرد کمیسیون آموزش کانون وکلای اصفهان به نیمه خود در دوره یازدهم رسیده و برنامه های مدون ارائه شده مورد استقبال همکاران محترم در کانون اصفهان و نیز اقبال دیگر کانون ها واقع شده، ضرورت فراهم ساختن امکان بهره مندی همه اعضای جامعه هدف از مطالب آموزشی، احساس می شود.

در این راستا و پیرو تعامل سازنده کمیسیون آموزش و نشریه وزین مدرسه حقوق، اراده بر آنست که مطالب آموزشی اجرا شده که شامل موضوعات حقوقی متنوع، کاربردی و مورد ابتلاء در رویه قضایی است، به صورت ویژه نامه مستقل در دو یا چند شماره در مدرسه حقوق منتشر و در اختیار علاقمندان این مباحث قرار گیرد.

مطلب حاضر تلخیص قسمتی از کارگاه آموزشی حقوق ثبت است که بعنوان نمونه در این شماره به نظر می رسد.

امید است همکاران محترم این کمیسیون را از نظرات و پیشنهادات خود در آشنائی و ارائه بهتر و ثمربخش تر نیازهای آموزشی خود بهره مند سازند.

ریاست کمیسیون آموزش

رضا مقصودی

جلسه اول کارگاه حقوق ثبت

موضوع کارگاه: ثبت املاک

آقای محمد محمدی^۱

مبحث ثبت شامل شاخه های متعدد زیر می باشد:

ثبت املاک، ثبت اسناد، ثبت علائم تجاری، ثبت اختراعات، ثبت شرکتها، که هر یک



دارای قوانین و مقررات خاص خود می باشد. در دوره آموزشی حاضر با تکیه بر رویه قضایی و ثبتی به موضوع ثبت املاک تحت فصل های زیر پرداخته می شود.
سر فصل های کارگاه:

املاک قابل ثبت، مراحل ثبت ملک، انواع ملک-انواع مالکیت ثبتی، تبدیل مساحت به واحدهای سنجش و بالعکس، انواع انتقال مالکیت ثبتی، دعاوی ثبتی، ابطال اسناد نقل و انتقال ، سلب قهری مالکیت ثبتی اشخاص ، طرق تحصیل مالکیت ششدانگ ،
۱- املاک قابل ثبت

۱-۱- عرصه و اعیان: در خصوص قابلیت ثبت عرصه و اعیان باید گفت در اکثر مواقع عرصه و اعیان دارای یک مالک می باشند، که در این صورت ثبت نسبت به کل انجام می پذیرد. اما در عمل با مواردی مواجه می شویم که عرصه دارای سابقه ثبتی و اعیان فاقد سابقه می باشند و یا عکس این شرایط صادق است. بعنوان مثال، در خصوص املاک اوقافی ، اداره اوقاف تقاضای ثبت عرصه و مستاجرین موقوفه تقاضای ثبت اعیانی ساخته شده بر روی ملک را می نمایند. بنابراین هر یک از عرصه و اعیان به طور مجزا و یا به همراه هم قابل ثبت می باشند.

۱-۲- آب: آب به تنهایی قابلیت ثبت ندارد، اما میتوان آن را به تبع منبع تولید یا به عنوان توابع ملک ثبت نمود. بعنوان مثال منبع تولید آب می تواند قنات، چاه یا چشمه باشد و می توان این منابع را به نام مالکین ثبت کرد. در حالت ثبت ملک به عنوان توابع ملک از زمان تصویب قانون آب و ملی شدن آن در سال ۱۳۴۷ ، اصل ملک به انضمام حقا به آن مورد ثبت قرار می گیرد و ثبت یا انتقال حقا به مجزا از ملک امکان پذیر نمی باشد.
۲- مراحل ثبت ملک

بر خلاف ذهنیت عمومی، در حال حاضر املاک زیادی وجود دارند که فاقد سابقه ثبتی هستند و به عبارت دیگر مجهول المالک می باشند و افراد مدعی مالکیت باید با طی مراحل زیر اقدام به ثبت نمایند:

۲-۱- تقاضای ثبت :این تقاضانامه به اداره ثبت اسناد و املاک محل تحویل داده می شود. به تقاضانامه فوق شهادت نامه رسمی سه شاهد مبنی بر تصرف فرد متقاضی ضمیمه می گردد. بنابراین تصرف مالکانه متقاضی و احراز آن از شرایط پذیرش تقاضای ثبت است.
۲-۲- تعیین شماره پلاک ثبتی: کلیه املاک ثبت شده با شماره، شناسایی می گردند .



برای تعیین این شماره ابتدا بخش ملک، مشخص می گردد و شماره ثبتی زیر مجموعه شماره بخش خواهد بود. در آیین نامه قانون ثبت قطعه نیز به عنوان زیر مجموعه بخش ذکر شده است، اما تنها در خصوص املاک بخش ۱۱ شهرستان نجف آباد این تقسیم بندی به چشم می خورد و در سایر موارد قطعه کاربرد ندارد.

در سال ۱۳۱۰ در قانون ثبت اسناد و املاک مقرر گردید که املاک هر ناحیه ثبتی به چند بخش تقسیم گردد. پس از تعیین بخش ملک، آخرین شماره آن بخش به ملک مورد درخواست اختصاص داده خواهد شد.

۲-۳- تنظیم اظهارنامه: اولین گام برای ثبت ملک تنظیم فرم های مخصوص اظهارنامه است. در این فرم ها اطلاعات زیر قید می گردند:

شماره ملک مورد تقاضای ثبت، مشخصات متقاضی و قائم مقام متقاضی، نوع ملک از جهت مسکونی یا تجاری و غیره، مشخصات ملک نظیر محصور و غیر محصور بودن ملک، متعلقات آن از جمله حقوق ارتفاقی ملک در سایر املاک و توابع ملک مثل حقابه، مدارک مالکیت و محل وقوع ملک.

در اظهارنامه محل وقوع ملک نیز نوشته می شود. منظور از محل وقوع ملک، حدود اربعه (شمالی، جنوبی، شرقی، غربی) می باشد. علاوه بر اطلاعات فوق برای تکمیل اظهارنامه امضای سه نفر غیر از شخص متقاضی، رییس اداره ثبت و نهایتاً متقاضی لازم می باشد. اظهارنامه پس از تکمیل و ثبت در دبیرخانه اداره، ثبت شده محسوب می گردد. مامور تنظیم اظهارنامه معمولاً نماینده ثبت است.

در هر اداره ثبتی یک سری سمت وجود دارد نظیر نقشه بردار و نماینده ثبت. نقشه بردار فقط به ترسیم نقشه حدود ملک می پردازد، درجه سمت نماینده بالاتر از نقشه بردار است و مسئولیت وی نیز سنگین تر است. چنانچه بعد از پذیرش تقاضای ثبت مشخص گردد که ملک مورد تقاضا دارای سابقه ثبتی می باشد، قصور از نماینده ثبت است، چرا که اولین مسئولیت نماینده بررسی سوابق ثبتی املاک می باشد.

اما در پاسخ به این سوال که ملک از چه زمانی سابقه ثبتی پیدا می کند باید گفت در حال حاضر طبق رویه اداره ثبت به محض تنظیم اظهارنامه و ثبت آن در دبیرخانه، برای ملک پرونده ثبتی تشکیل می گردد و ملک از همین لحظه دارای سابقه ثبتی محسوب می شود. بنابراین محرز بودن سابقه ثبتی ملک منوط به آگهی اظهارنامه و یا انقضای مهلت اعتراض نمی باشد. به ملکی که در این مرحله ثبت می باشد و به عبارت دیگر از زمان ثبت



اظهارنامه به ملک مذکور، ملک در جریان ثبت گفته می شود. علیرغم نظر عده ای از قضات که املاک در جریان ثبت را ملک ثبت نشده محسوب می دارند، باید گفت که املاک فوق از زمان ذکر شده در بندهای فوق ثبت شده می باشد و علت نامگذاری آنها به املاک در جریان ثبت آن است که در دفتر املاک ثبت نشده اند. با توجه به این توضیح، به نظر میرسد تصمیم برخی از قضات مبنی بر رد دعوی خلع ید املاک در جریان ثبت اشتباه می باشد.

۱-۳-۲- آثار وجود سابقه ثبتی :

از زمانی که ملک دارای سابقه ثبتی گردد دعوی اثبات مالکیت در خصوص این ملک جز بعنوان مقدمه دعوی خلع ید پذیرفته نمی شود؛ چرا که دعوی مذکور صرفا با سند رسمی قابل اثبات می باشد. یکی از مهمترین آثار سابقه ثبتی آن است که از زمان تحقق آن، یعنی از زمان ثبت اظهارنامه، نقل و انتقال رسمی ملک امکان پذیر می باشد. با این توضیح که اداره ثبت در پاسخ استعلام دفتر اسناد رسمی مراتب لازم از جمله عدم آگهی اظهارنامه و عدم انقضای زمان اعتراض را ذکر می نماید و سردفتر نیز ملزم به درج این موارد در سند رسمی می باشد تا منتقل الیه از وضعیت ملک مورد خریداری آگاه گردد.

از دیگر آثار وجود سابقه ثبتی آن است که از زمان تنظیم اظهارنامه و ثبت آن در اداره ثبت، ملک از وضعیت مجهول المالک خارج شده و بنابراین تقاضای ثبت دیگری نسبت به آن پذیرفته نمی شود. با توجه به احراز ملکیت در خصوص این ملک ولو به نحو موقت، ملک موصوف قابل توقیف می باشد. به چنین ملکی گفته می شود در جریان ثبت؛ متاسفانه خیلی از قضات با دیدن عبارت در جریان ثبت فکر می کنند که ملک به ثبت نرسیده است و دعوی خلع ید را رد می کنند و این اشتباه است. در جریان ثبت به معنی آن نیست که ملک ثبت نشده بلکه به معنی آن است که هنوز ثبت دفتر املاک نشده است.

۲-۴- آگهی نوبتی: پس از تنظیم اظهارنامه، برخی از مفاد اظهارنامه در دو نوبت به فاصله ۳۰ روز آگهی می گردد. مفاد آگهی عبارتند از: نام و نام خانوادگی متقاضی، شماره پلاک ثبتی و نوع ملک. یکی از اشکالات قانون ثبت عدم پرداختن به سایر مشخصات ملک در آگهی است؛ که این نقص باعث می شود مالک اصلی حتی پس از خواندن آگهی عملا از تقاضای ثبت بر ملک خود آگاه نگردد؛ چرا که به طور مثال نشانی، کدپستی و یا نقشه ای از ملک آگهی نمی شود. لازم به ذکر است که آگهی فوق تنها و آخرین فرصت برای اعتراض نسبت به اصل ملک می باشد و پس از آن امکان اعتراض و درخواست ابطال



اظهارنامه از دادگاه وجود ندارد.

۵-۲- تعیین حدود: مرحله بعدی تعیین حدود است که پس از انقضای ۹۰ روز از تاریخ اولین آگهی نوبتی انجام می شود. این مرحله جهت تعیین و تثبیت حدود ملک و حقوق ارتفاقی آن انجام می گیرد.

در این مرحله از عملیات ثبت، قبل از تعیین حدود، مراتب آگهی می گردد. اما در برخی از موارد انتشار این آگهی لازم نیست. به عنوان مثال در مواردی که عملیات تعیین حدود در خصوص املاک مجاور ملک انجام شده است، انتشار آگهی تعیین حدود الزامی نمی باشد. در این آگهی، زمان و مکان و متقاضی تعیین و ملک درج می گردد. فاصله بین آگهی تا روز تعیین حدود باید حداقل ۲۰ روز و حداکثر ۶۰ روز باشد.

در روز مشخص شده یک نماینده ثبتی و یک نقشه بردار از اداره ثبت با حضور متقاضی در محل حاضر می شوند. حضور مالکین املاک مجاور در زمان مقرر لازم نمی باشد و حتی این عدم ضرورت در آگهی تعیین حدود تصریح می شود، اما چنانچه متقاضی در این زمان حضور نداشته باشد، طبق رویه اداره ثبت، ملک از نوبت تعیین خارج می شود؛ زیرا یکی از شرایط تعیین حدود احراز تصرفات متقاضی نسبت به ملک است. بنابراین باید در محل حضور یافته و اول ملک را معرفی و دوم تصرفات خود را اثبات نماید. یکی از موارد ابطال صورتجلسه تعیین حدود عدم تصرفات متقاضی در زمان انجام عملیات تعیین می باشد.

در زمان تعیین حدود صورتجلسه تنظیم می شود و در آن مشخصات پلاک، نام روزنامه ای که آگهی در آن منتشر شده، مشخصات شخص نقشه بردار و نماینده، مساحت ملک و حقوق ارتفاقی ذکر می شود. در ذکر حقوق ارتفاقی، هم حقوق ملک مورد تقاضا در املاک مجاور و هم حقوق ارتفاقی پلاک های مجاور در این ملک ذکر می گردد. حق ارتفاق معمولاً به صورت حق العبور و حق المجری است. در تعریف حق العبور باید گفت حق العبور یعنی ملکی به وسیله املاک مجاور احاطه شده و راهی به بیرون از املاک مجاور ندارد و بنابراین راه عبور وی از پلاک های مجاور است. حق المجری شامل حق المجرای آب کشاورزی و آب باران می شود.

۶-۲- حدود اربعه: در این بحث، ابعاد، طول ابعاد، حفاصل هر یک از ابعاد و مساحت، مورد نظر است و باید این موارد در صورتجلسه ذکر گردد. منظور حدود اربعه ابعاد چهارگانه است به عبارت دیگر شمال، جنوب، شرق و غرب. وقتی می خواهیم ابعاد را ذکر کنیم معمولاً مثل عقربه ساعت اقدام می کنیم اول شمال بعد تعریف حد شرقی، بعد جنوبی و نهایتاً غربی.



البته در بسیاری از صورت‌مجلس‌های تحدیدی قاعده فوق رعایت نشده است . در بخش طول ابعاد منظور این است که هر یک از ابعاد چه طولی دارد و از واحدهای مختلفی نظیر متر، گز، جریب، ذرع و نی ؛ و البته به طور معمول از متر استفاده می شود . واحد گز معمولاً یک متر و پنج سانت محسوب می گردد، اما در قانون مصوب ۱۳۰۶ این واحد را یک متر تعریف نموده است و تجربه عملی اینجانب در پیاده کردن حدود نیز حاکی از صحت قانون فوق یعنی یک متر است و احتساب یک متر و پنج سانت برای یک گز استثنایی می باشد . در تشخیص میزان هر واحد به غیر از متر باید به عرف محل نگاه کرد . واحد نی را بیشتر برای بیان مساحت استفاده می کنند. برای زیر یک متر از دسیمتر استفاده می کنند که همان ساتی متر است .

در بخش حدفاصل باید ذکر شود حد فاصل چیست ، طبیعی است یا مصنوعی و یا اصلاً حد فاصلی وجود ندارد. دیوار ، مرز، جوی از موارد حد فاصل است و نکته مهم این است که مالکیت حد فاصل هم باید در تحدید حدود درج گردد. مثلاً اگر کل دیوار متعلق به ملک متقاضی می باشد باید نوشته شود شمالاً دیوار است به باغ ۱۰۲ یعنی کل پلاک برای ملک مورد تقاضاست ، ولی اگر نوشته باشد به دیوار باغ پلاک ۱۰۲، همه دیوار متعلق به پلاک ۱۰۲ است ، اگر نوشته باشد دیوار اشتراکی است مالکیت بالمناصفه است و چنانچه نوشته شده است « مرزیست » یا « به مرز » ، مالکیت آن متفاوت است. دیوار به دیوار هم یعنی ملک مورد تقاضا و ملک مجاور دیوارهای مجزایی دارند .

چنانچه گفته شود دیوار اشتراکیست به پلاک مجاور ، زمان پیاده سازی پلاک ، نصف آن زمینی که زیر دیوار است هم جزء مساحت پلاک حساب خواهد شد . اما در صورتی که گفته شده باشد دیوار است به پلاک مجاور ، کل زمینی که زیر دیوار قرار گرفته است جزء مساحت ملک مورد تقاضا می باشد .

در خصوص ابعاد، لازم به توضیح است که گاهی یک ملک مثلثی شکل است ، یعنی سه بُعد بیشتر ندارد ، چنین ملکی را چگونه باید تعریف کرد ؟ در این وضعیت باید بررسی شود که حد مفقود به کدام یک از حدود اربعه تمایل بیشتری دارد و در آن لحاظ می شود ، بعنوان مثال در سند ذکر می شود ملک فاقد حد جنوبی است ، چنین ملکی حالت مثلثی دارد .

۱۱۹

حالت دیگر آن است که بعنوان مثال حد شمال ملک چهار قسمت است ، یعنی به چهار پلاک مجاور شده است که باید یک به یک تعریف گردد ، بعنوان مثال اول به باغ پلاک

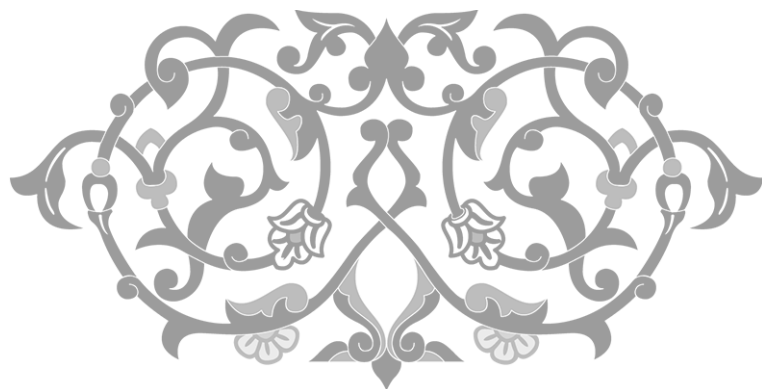


۱۰۲ ، دوم به ملک پلاک ۱۰۷ و ...

گفتیم که اگر ملکی چهارگوش باشد مشکلی وجود ندارد ولی اگر ملکی حالت شکستگی داشته باشد نیاز به تعریف دقیقی دارد ، بعنوان مثال گاهی یک ملک دارای ۱۲ ضلع است ، درحالیکه برای تعریف حدود ملک تنها چهار حد شمال ، شرق ، جنوب و غرب وجود دارد. بنابراین برای تحدید حدود ناچاریم تمام اضلاع ملک را در محدوده همین چهار بُعد تعریف کنیم ، بطوریکه به طور دقیق قابل پیاده شدن باشد .

۱۲۰

ماده
حقوق



بایسته های

حرفه وکالت





نظریه های کمیسیون مشورتی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان

سوال: در خصوص مساله ارجاعی از هیات مدیره برای بررسی بخشنامه معاونت محترم قوه قضائیه خطاب به روسای کل دادگستری های سراسر کشور و الزام وکلا به ارائه قرارداد مالی به صورت جداگانه از وکالتنامه، کمیسیون نظر خود را به شرح ذیل اعلام می نماید:

نظر کمیسیون: از توجه به مدلول و منطوق مواد ۱۹ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا که میزان حق الوکاله را در صورتی که مابین طرفین توافق نشده باشد به میزان تعرفه دانسته و ماده ۱۰۳ قانون مالیات های مستقیم که مقرر داشته وکلا مکلفند رقم حق الوکاله را در وکالتنامه درج نمایند، به نظر می رسد ماده ۳۲ قانون وکالت مصوب سال ۱۳۱۵ صراحتاً نسخ گردیده. خصوصاً اینکه سیر تاریخی در خصوص قرارداد مالی وکلا به وضوح حاکی از منتفی بوده قرارداد مالی جداگانه است به این صورت که پیوست های دادخواست در مبحث چهارم قانون آ.د.م و در مواد ۵۷ الی ۶۰ معلوم و مشخص شده است و تکلیفی مازاد بر آن مقرر نکرده است اضافه بر اینکه ماده ۳۳ قانون وکالت بعد از قانون اصول محاکمات وضع شده است و با تصویب قانون آ.د.م مصوب سال ۱۳۱۸ و قانون آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ ماده ۳۲ قانون مزبور وکالت به طور ضمنی نسخ شده است و موجبی برای صدور بخشنامه در این خصوص وجود ندارد. علاوه بر موارد فوق در صدر فرم های وکالتنامه کلمه قرارداد نیز ذکر گردیده که می توان فرم مذکور را به عنوان قرارداد به محکمه ارائه داد و عملاً هم این گونه است.



آراء وحدت رویه و نظریه های مشورتی قوه قضائیه

۱- رأی وحدت رویه شماره: ۷۷۵، مورخ: ۱۳۹۸/۱/۲۷، هیأت عمومی دیوان عالی کشور

موضوع: قابلیت تجدیدنظر رأی هیأت عالی انتظامی نظام پزشکی در دادگاه تجدیدنظر استان محل وقوع تخلف

با توجه به ملاک ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری بر حسب مستفاد از تبصره (الحاقی ۱۳۸۴) ماده ۴۰ قانون سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، رأی هیأت عالی انتظامی نظام پزشکی قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان محل وقوع تخلف است و استقرار هیأت‌های عالی انتظامی در سازمان مرکزی نظام پزشکی نافی صلاحیت دادگاه مورد اشاره نیست. همچنان که در ماده ۱۰۵ آیین رسیدگی دادرسی و هیأت‌های انتظامی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۹۰ شورای عالی نظام پزشکی، این امر تصریح گردیده است. بنابراین رأی شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی

۲- نظریه مشورتی شماره ۱۴۷۰/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه

سؤال. آیا وفق ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، جلب شخص ثالث، ناظر به موردی است که طرفین پرونده در حین رسیدگی متوجه می‌شوند که باید شخصی ثالثی را جلب نمایند یا این که شامل مواردی هم می‌شود که خواهان قبل از تقدیم دادخواست باید مجلوب را هم طرف دعوا قرار می‌داد ولی از طرف دعوا قرار دادن وی خودداری نموده و سپس در



حین رسیدگی، درخواست جلب ثالث مطرح نموده‌است؟

نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه:

خواهان نمی‌تواند کسی را که در واقع باید خواننده دعوای اصلی باشد (مانند برخی از شرکا) به‌عنوان شخص ثالث به دادرسی جلب نماید؛ بلکه باید دادخواست دیگری علیه وی مطرح کرده و در اجرای ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی، تقاضای رسیدگی توأم نماید؛ زیرا وی شخص ثالث نیست و جلب وی به دادرسی به‌عنوان ثالث، منافی حقوق دفاعی وی می‌باشد؛ مثلاً طبق ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، حتی در مرحله تجدیدنظر نیز می‌توان شخص ثالث را به دادرسی جلب کرد. حال اگر شخص ثالث، خواننده اصلی دعوی باشد، بدون این که در مرحله بدوی شرکت نموده باشد و محکوم شود، یک مرحله از دادرسی از وی سلب می‌شود و دادگاه حق ندارد یک مرحله از دادرسی را از کسی سلب کند.

نکته کاربردی: شخصی که در واقع باید خواننده دعوای اصلی باشد، نمی‌تواند مجلوب ثالث باشد و از جانب خواهان به‌عنوان شخص ثالث به دادرسی جلب شود. خواهان باید دادخواست دیگری علیه وی طرح و تقاضای رسیدگی توأم نماید.

۳- رأی وحدت رویه شماره ۷۵۷، ۱۳۹۶/۰۱/۲۹، هیأت عمومی دیوان

عالی کشور

نظر به اینکه مطابق ماده ۱۵۷ قانون کار، رسیدگی به هرگونه اختلاف فردی بین کارفرما و کارگر که ناشی از اجرای این قانون و سایر مقررات کار باشد، در صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف قرار داده شده‌است؛ بنابراین چنانچه دعوای دیگری غیر از آنچه در ماده مرقوم به آن‌ها تصریح شده، بین اشخاص مذکور در فوق مطرح شود، رسیدگی به آن با توجه به اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی که دادگاه‌های دادگستری را مرجع تظلمات و شکایات قرار داده، از صلاحیت هیأت‌های مورد اشاره خارج و در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری خواهد بود. بر این اساس، به نظر اکثریت قریب به اتفاق اعضای هیأت عمومی، رأی شعبه دهم دیوان عالی کشور که دعوی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه محکوم‌به رأی هیأت تشخیص اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی را در صلاحیت دادگاه دانسته، صحیح و قانونی است. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

۱۲۴

مجلس
حقوق

۴- نظریه مشورتی شماره ۷/۷۹۴۵ مورخ ۱۳۸۴/۱۱/۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه

موضوع: درخواست اصلاح رأی بعد از تجدیدنظرخواهی

سؤال: آیا دادگاه بدوی پس از انقضای مدت تجدیدنظرخواهی هم می‌تواند دادنامه را اصلاح نماید یا اختیار دادگاه بدوی در مورد اصلاح دادنامه تا قبل از تجدیدنظرخواهی است؟
نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه:

ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و تبصره ۴ ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، حق درخواست اصلاح رأی را به دادگاهی داده‌است که رأی قطعی را صادر نموده باشد و با توجه به متن این دو ماده، تصحیح رأی در دادگاه بدوی در دو حالت ممکن است. **اول** این که درخواست اصلاح رأی قبل از تجدیدنظرخواهی صورت گرفته باشد. **دوم** این که رأی صادره به لحاظ انقضای مدت تجدیدنظرخواهی قطعی شده باشد؛ بنابراین چنانچه بعد از تجدیدنظرخواهی درخواست اصلاح رأی شده باشد، دادگاه بدوی نمی‌تواند دادنامه را اصلاح نماید. در این صورت دادگاه تجدیدنظر چنانچه متوجه اشتباه شود، ضمن صدور رأی به آن اشاره خواهد کرد و آن را اصلاح می‌نماید ولی اگر به همان صورت اشتباه تأیید گردد، طبق تبصره ۴ ماده ۲۲ قانون مارالذکر دادگاه تجدیدنظر باید آن را اصلاح نماید.

۵- چند نظریه مشورتی در خصوص وکالتنامه

• - نظریه شماره ۷/۶۲۱ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۵

حسب ماده ۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی «... رونوشت سندی که مثبت سمت دادخواست‌دهنده است، به پیوست دادخواست تسلیم دادگاه می‌گردد» بنابراین ضمیمه نمودن فتوکپی یا رونوشت مصدق وکالت‌نامه و کیل به دادخواست صحیح و قانونی است و مقررات این ماده ناسخ ماده ۳۲ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ از حیث ارائه اصل وکالت‌نامه می‌باشد.



• -نظریه شماره ۶۲۰۱/۷ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱۸ اداره کل حقوقی و

تدوین قوانین قوه قضائیه

گرچه مستنداً به ماده ۳۲ از قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ و کلاً بایستی عین نسخه اول وکالت‌نامه تنظیمی را به دفتر دادگاه تسلیم دارند تا ضمیمه پرونده‌ای گردد لیکن وکیل لازم نیست برای هر دعوی مستقلاً وکالت‌نامه تنظیم و تقدیم کند و در این قبیل موارد پیوست کردن رونوشت، گراور یا فتوکپی مصدق وکالت‌نامه برای احراز سمت وکالت وکیل کافی است.

ثانیاً در صورتی که سمت وکیل به وکالت رسمی دادگستری نیز از وکالت‌نامه رسمی تنظیمی در دفتر اسناد رسمی احراز شود، تقدیم آن به دادگاه بلامانع است و الاً وکالت‌نامه فرم مخصوص کانون وکلا نیز بایستی به دادگاه تقدیم گردد.

• -نظریه بدون شماره مورخ ۱۳۴۶/۴/۴

وکالت‌نامه باید به تعداد خواندگان به علاوه یک نسخه باشد.

• -نظریه شماره ۴۷۶۷/۷ مورخ ۱۳۸۳/۷/۴

تقدیم تصویر مصدق وکالت‌نامه، موجب نمی‌شود که ابطال تمبر به نسبت میزان حق‌الوکاله منتفی گردد. بنابراین در مورد پرونده بایستی مطابق تعرفه مندرج در وکالت‌نامه یا حق‌الوکاله ابطال تمبر شود.

• -نظریه شماره ۱۷۳۴/۷ مورخ ۱۳۸۳/۳/۹

اقدام وکیل به ارائه تصویر وکالت‌نامه به دادگاه که قبلاً اصل وکالت‌نامه را به نام دیگری تنظیم و از آن استفاده نموده‌است، به نام موکل دیگری، چنانچه عمل او منحصرأ در همین امر خلاصه شود، ممکن است جزو تخلفات انتظامی مندرج در آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب آذرماه ۱۳۴۴ بوده و مرتکب مستحق تعقیب انتظامی در دادسرا و دادگاه انتظامی کانون وکلا باشد که تشخیص موضوع و انطباق موارد تخلف با قانون از وظائف مراجع انتظامی یاد شده است. مگر این که قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده با توجه به عمل ارتكابی از ناحیه وکیل و نحوه عمل و اقدام وی، حسب مورد وقوع جرمی را احراز کند که در این صورت مرتکب قابل تعقیب کیفری در مراجع ذی‌صلاح قضائی است.

۱۲۶

ماده
حقوق



پند استاد؛ درسی از استاد دکتر سید محمود کاشانی

دکتر سید محمود کاشانی^۱

بیوگرافی

سید محمود کاشانی فرزند آیت‌الله سید ابوالقاسم کاشانی، در سال ۱۳۵۰ از دانشکده حقوق دانشگاه تهران دکترای حقوق خصوصی گرفت. از همان سال به عضویت هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه ملی ایران (شهید بهشتی) درآمد. در سال ۱۳۵۵ برای فرصت مطالعاتی به فرانسه رفت و دو سال در دانشکده حقوق پاریس ۲ به پژوهش‌های حقوقی پرداخت. پس از امضای بیانیه‌های الجزایر از سوی نمایندگان دولت جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۹، از سوی شهید محمدعلی رجایی نخست‌وزیر وقت ایران به سمت داور ارشد ایران در دیوان داورى ایران- ایالات متحد امریکا منصوب شد که حدود چهار سال در پایه‌گذاری و تصمیم‌گیری‌ها در این دیوان نقش داشت. نظرات حقوقی دکتر کاشانی در این دیوان در جلد‌های یکم تا هفتم آراء دیوان داورى ایران و امریکا به زبان انگلیسی از سوی انتشارات گروسیوس به چاپ رسیده‌اند. پس از بازگشت به ایران درس‌های داوری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی را در دوره ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی پایه‌گذاری کرد. وی چهار دوره در انتخابات کانون وکلای دادگستری مرکز به عضویت هیأت مدیره درآمد. از وی چندین عنوان کتاب و بیش از ۵۰ مقاله در مجلات حقوقی کشور در زمینه مسائل مهم حقوقی کشور انتشار یافته است. از تألیفات وی می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- نظریه تقلب نسبت به قانون
- اندیشه‌هایی در حقوق امروز



- استانداردهای جهانی دادگستری

- حقوق مدنی: قراردادهای ویژه

پند استاد

پند و سفارش ایشان نسبت به حقوق دانان و جامعه و کلا، این است که:

احترام به حقوق مردم و حکومت قانون، بزرگ‌ترین دستاورد

تمدن بشری و زمینه‌ساز پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در

کشور ماست. حقوق دانان ایرانی با برخورداری از دانش حقوق باید

با قانون‌شکنی‌های دولتمردان و تجاوز به حقوق مردم برخورد کنند تا

توان حکومت قانون را در کشور برپا ساخت.

۱ مقاله حاضر، با پیگیری‌های خانم مینا سالمی، وکیل پایه یک دادگستری، از آقای دکتر سید محمود

کاشانی، دریافت گردیده است.

۱۲۸

مجله حقوق

شماره ۱۲۶ / مرداد ۹۸



در چارچوب «نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر»، ارکانی برای خسارت، همچون عمل زیان‌بار و خسارت متصور است. قضات دادگاه‌ها در مقام احراز خسارت، ناگزیر از بررسی و احراز هر یک از این ارکان به صورت مستقل و جداگانه هستند به نحوی که نقصان در هر یک از آن‌ها، امتناع در مسئولیت مدنی را موجب می‌گردد. نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی، از منظر حقوق عمومی، در صدد تحلیل حقوقی نحوه اثبات ارکان مسئولیت مدنی اداره در نظام حقوقی ایران از دیدگاه آسیب‌شناسی است؛ بنابراین با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی موضوع را به بحث گذاشته و چنین نتیجه‌گیری شده است: هر چند با اصلاح تبصره یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ظاهراً قانون‌گذار در پی ارجاع موضوع خسارت به دادگاه‌های دادگستری بوده‌است اما باید گفت که اولاً دیوان عدالت اداری همچنان در چارچوب «نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر»، واجد صلاحیت رسیدگی به دو رکن: «فعل زیان‌بار و تقصیر» است. ثانیاً استدلال‌های ناظر بر «غیرحقوقی بودن» و «غیرترافعی بودن» دیوان عدالت اداری محل ایراد جدی است. لذا شایسته است «مسئولیت مدنی اداره» در صلاحیت «دیوان عدالت اداری» باشد.

۸- آئین دادرسی جرائم اقتصادی؛ پیوند محتوا و شکل

سلطانی فرد، حسین؛ مال‌میر، محمود و حسن عالی پور. (پاییز ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۳: ص.ص. ۱۹۴-۱۵۹.

در ایران، جرائم اقتصادی سه جایگاه دارند که از جهت زمانی در طول هم قرار می‌گیرند؛ نخست، جایگاه مصداقی، که در مقررات کیفری مصداق‌هایی از جرائم می‌توان یافت که نزدیک‌ترین مفهوم به جرائم اقتصادی را دارند و نمونه مشهور آن اخلال در نظام اقتصادی است. دوم، جایگاه قضایی و اجرایی که با توجه به سیاست‌های قوه قضائیه و رویکرد کلان ستاد مبارزه با جرائم اقتصادی با محوریت ادارات دولتی، مفهوم جرائم اقتصادی در سایه جرائم عادی معرفی می‌شود. سوم، جایگاه عنوانی که قانون‌گذار به صراحت از عنوان «جرائم اقتصادی» نام می‌برد ولی به تعریف آن نمی‌پردازد. بر این اساس، مسأله اساسی آن است که آیا جرائم اقتصادی در بستر سیاست جنایی ایران استقلال ماهوی دارد و آیا می‌توان از دادرسی کیفری



افتراقی در ارتباط با این پدیده نام برد یا خیر؟ گرایش عنوانی قانون‌گذار به طرح جرائم اقتصادی، در یک قانون ماهوی و برای اعمال قواعد عام جرائم و مجازات است. همین چالش سبب شده که جرائم اقتصادی هویت قضایی و شکلی پیدا کند یعنی اصالت و هویت ماهوی نداشته باشد و بیشتر عنوان صوری و شکلی داشته باشد. با آنکه در مقررات کیفری، جرائم اقتصادی آیین‌های گوناگون و متفاوتی دارند ولی واقعیت این است که سامانه قضایی در این زمینه، بر پایه رویه خودساخته‌ای عمل می‌کند که پیش از تصویب قانون از طریق بخشنامه‌های رئیس قوه قضائیه ترسیم شده بود؛ در حالی که رویارویی قضایی با جرائم اقتصادی تنها منوط به معرفی ماهوی آنان است.

۹- ارزیابی اصالت ادله الکترونیکی و ارزش اثباتی آن‌ها

السان، مصطفی و محمدرضامنوچهری. (تابستان ۱۳۹۷) مطالعات حقوقی.

دوره دهم، شماره ۲: ص.ص. ۵۲-۲۹.

این مقاله درصدد پاسخ به این پرسش است که قلمرو اعتبار ادله الکترونیکی تا کجاست و آیا اساساً «اصالت» در مورد این دسته از ادله مفهوم دارد یا خیر؟ همچنین ارزش اثباتی این نوع از ادله در مقایسه با سایر ادله به چه نحو تعیین می‌شود؟ دلیل الکترونیکی می‌تواند محصول وضعیت‌های مختلف باشد: شخصی داده‌ای را به رایانه‌ای وارد سازد، رایانه به درخواست کاربر عملیاتی را انجام دهد یا اینکه به طور خودکار اطلاعاتی را به کار برده یا آن‌ها را پردازش نماید. از این‌رو، ادله الکترونیکی شامل پایگاه‌های داده، سیستم‌های عامل، برنامه‌های رایانه‌ای، مدل‌های ایجادشده توسط رایانه، پیام‌ها و سوابق الکترونیکی و صوتی و هر نوع اطلاعات یا دستورهایی است که در حافظه رایانه ذخیره شده یا از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مبادله، پردازش، بازیافت یا تولید می‌شود. اصالت یا معتبر بودن دلیل الکترونیکی و ارزش اثباتی این نوع از ادله، موضوعی است که در این مقاله به صورت تطبیقی و با تکیه بر قوانین مرتبط کشورمان (قانون تجارت الکترونیکی، قانون جرائم رایانه‌ای و قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی)، مقررات آنسیترال و رویه قضایی و داوری کشورهای امریکا و انگلیس بررسی شده است. در پایان به قانون‌گذار ایرانی پیشنهاد می‌شود که قانونی را برای منع تهیه صوت یا تصویر یا فیلم از دیگران بدون اجازه آن‌ها و بدون مجوز قانونی یا قضایی و نیز غیرقابل استماع بودن دلیل به دست آمده با این شیوه‌ها تصویب کند و از این طریق، حقوق شهروندی افراد را به بهترین شکل ممکن



در برابر سوءاستفاده از فناوری‌های نوین تضمین نماید.

۱۰- حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بازرگانی به روش شبه دادرسی

شیروی، عبدالحسین و محمدجواد عبداللهی. (تابستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۲: ص.ص. ۱۸۸-۱۶۳.

نظر به اینکه وقوع اختلاف در روابط قراردادی امری اجتناب ناپذیر است، انتخاب روش مناسب حل و فصل اختلاف اهمیت زیادی دارد. این مقاله به بررسی یکی از روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات در حقوق تجارت بین‌الملل تحت عنوان «شبه دادرسی» می‌پردازد و به دو پرسش مهم پاسخ می‌دهد. حل و فصل اختلاف به روش شبه دادرسی چگونه انجام می‌گیرد؟ و مشخصات آن نسبت به روش‌های رایج جایگزین حل و فصل اختلاف در حقوق داخلی چیست؟ مقاله حاضر نشان می‌دهد شبه دادرسی یک روش مصالحه اختیاری، سریع، غیررسمی و محرمانه است که با حضور مدیران ارشد طرفین و معمولاً وکلا و مشاور بی‌طرف برگزار می‌گردد. وکلا به صورت نظام‌یافته ادعاها و دفاعیات طرفین را نزد مدیران ارشد که از اختیار کافی برای حل اختلاف برخوردارند، مطرح می‌کنند و سپس مذاکرات حل و فصل اختلاف توسط مدیران آغاز می‌شود. شبه دادرسی، ماهیتاً یک روش صرف حقوقی نیست بلکه در آن از فنون مدیریتی نیز برای فیصله دادن به اختلافات استفاده می‌شود. نتایج حاصله از این فرایند در صورتی لازم‌الاجراست که مورد توافق طرفین واقع شود.

۱۱- نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای

عین تعهد در حقوق آلمان و ایران

بادینی، حسن و فرناز فروزان بروجنی. (بهار ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۱: ص.ص. ۵۹-۳۷.

ترتیب اولویت در اعمال راهکار «اجبار متعهد به اجرای عین تعهد»، در میان راهکارهای دیگر حاکم بر نقض قرارداد، همچون فسخ و پرداخت خسارت، مورد اختلاف نظر سیستم‌های حقوقی قرار گرفته است. نظام حقوقی ایران، الزام به اجرای عین تعهد را به عنوان نخستین راه حل اجباری که نمی‌تواند همیشه نیز کارا باشد، در اولویت قرار می‌دهد. در این راستا، نظام حقوقی آلمان با اعمال اصلاحات قانونی در سال ۲۰۰۱، ضمن تأکید بر اصل وفای به عهد، به بیان شرایطی کارآمد جهت اعمال فسخ پرداخته است. این مقاله به بررسی روند اصلاحات مذکور در حقوق تعهدات آلمان می‌پردازد. مقاله حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش است که چگونه می‌توان در نظام حقوقی ایران با اصل قرار دادن پابندی به قرارداد،



بستر مناسبی برای اعمال فسخ در شرایط ناکارآمد اجرای عین تعهد مقرر نمود؛ وضعیتی که می‌تواند موجب کارایی بیشتر و کاهش هزینه‌ها شود.

۱۲- پایان واقعی و حکمی قراردادهای معلق با نگاهی به حقوق فرانسه
شراعی، الهام؛ یزدانیان، علیرضا؛ عباسیان، رضا و سید محمدهادی مهدوی. (بهار ۱۳۹۷).
مطالعات حقوقی. دوره دهم، شماره ۱: ص.ص. ۱۶۰-۱۲۹.

عقد معلق از جمله انواع عقود است. در حالی که مسأله چگونگی پایان دوره تعلیق، مورد تصریح قانون ایران واقع نشده، با نگرشی به ماده ۳-۳۰۴ قانون مدنی جدید فرانسه چنین به نظر می‌رسد که به دو شیوه، وضعیت تعلیق در عقود به انتها می‌رسد. در این نوشتار ضمن معرفی این دو شیوه به «پایان واقعی» و «پایان حکمی» دوره تعلیق، ثابت گردیده که شیوه‌های پایان دوره تعلیق منطبق بر مبانی نظام حقوقی ایران هستند. به این ترتیب که پایان واقعی نوعی تحقق اراده طرفین قرارداد و پایان حکمی اعمال قواعد مسئولیت مدنی است. لیکن امکان استناد به قواعد چگونگی پایان دوره تعلیق محتاج شناخت شرایط ویژه‌ای است که در این نوشتار به آن توجه شده‌است.

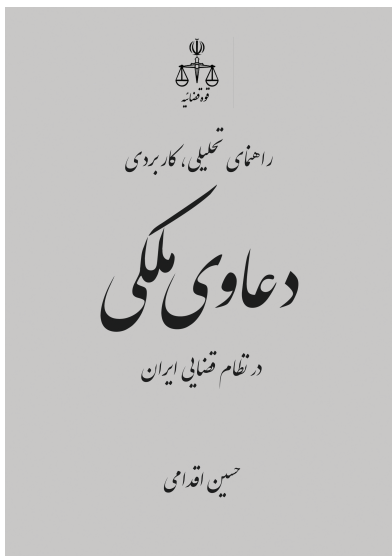


معرفی کتاب

نسیم پرستگاری^۱

علاقه‌مندان به کتاب و کتاب‌خوانی می‌توانند با پیگیری این صفحه در هر شماره از ماهنامه مدرسه حقوق با یک کتاب مفید حقوقی و نویسنده آن آشنا شوند. در این بخش که می‌توان آن را یکی از تحولات ماهنامه در راستای بهبود کیفیت و جلب نظر مخاطبان دانست، پیشنهادهای ویژه‌ای برای شما خواهیم داشت. بر آنیم کتاب‌های مفید و در عین حال کاربردی را بررسی و معرفی کنیم. امید است در این راه دین خود را به نویسندگان برجسته حقوق کشورمان ادا کنیم و با معرفی آثارشان قردان تلاش‌های بی‌دریغ این عزیزان باشیم.

راهنمای تحلیلی، کاربردی دعاوی ملکی در نظام قضایی ایران



حسین اقدامی

ناشر: قوه قضاییه

اولین چاپ: ۱۳۹۶

چاپ پنجم: ۱۳۹۷

۱۳۷

ماهنامه
حقوق

شماره ۱۲۶ / مرداد ۹۸

۱- وکیل دادگستری. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی



درباره نویسنده

حسین اقدامی وکیل دادگستری و مدرس دوره‌های مختلف حقوقی؛ دارای مدرک کارشناسی حقوق از دانشگاه علوم قضایی قوه قضاییه، محقق و مؤلف در حوزه املاک، دعاوی ملکی و حل و فصل اختلافات آن، حقوق مشارکتی و سرمایه‌گذاری است که در تألیفات خود به خرید و فروش املاک و نکات اساسی آن توجه کرده‌است. از جمله آثار او می‌توان به کتب «مسئولیت‌های حقوقی مدیران شرکت‌های تجاری» و «راهنمای حقوقی خرید و فروش و پیش‌خرید و پیش‌فروش ملک» از انتشارات قوه قضاییه اشاره کرد و همچنین از این استاد بزرگوار تألیفاتی مرتبط با حقوق مشارکت و سرمایه‌گذاری در ساخت و ساز در دست چاپ است که بسیار کاربردی و مورد نیاز جامعه حقوقی است. مقاله‌ای با عنوان **شگردهای رایج کلاهبرداری ملکی در روزنامه اقتصادی آسیا** شماره ۴۱۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۲ از ایشان به چاپ رسیده است که حاوی نکات مفیدی است.

درباره کتاب

تاکنون کتب زیادی در زمینه دعاوی ملکی منتشر شده‌است لیکن جمع‌آوری و تدوین کلیه نکات کاربردی همراه با تحلیل و تفسیر موضوعات به صورت مختصر و مفید که نیازهای یک حقوق‌دان را مرتفع سازد، اصلی‌ترین نکته حائز اهمیت این کتاب است. نویسنده، مباحث این کتاب را در پنج فصل طبقه‌بندی کرده‌است:

فصل اول: دعاوی مشترک؛ در این فصل از کتاب نویسنده با استفاده از ابتکارات خود به صورت کاملاً کاربردی، مواد و لوایح مورد استفاده در بحث اثبات مالکیت، تأیید و ابطال قراردادهای ملکی، الزام به ایفای تعهد و تنظیم سند رسمی، مطالبه وجه التزام و ضرر و زیان و نکات مبهم آن‌ها را شرح داده و بررسی کرده‌است.

فصل دوم: دعاوی اختصاصی خرید و فروش؛ در این فصل شاهد مطالبی در رابطه با مطالبه وجه و ثمن قرارداد و الزام به تحویل ملک و یا استرداد ملک و اختلافات ناشی از آن‌ها هستیم.

۱۳۸

ماده
حقوق



فصل سوم: دعاوی اختصاصی پیش‌فروش ملک؛ در این فصل به بررسی مسائل و مشکلات پیش‌فروش ملک مانند کسری مساحت و مازاد آن پرداخته شده‌است که بسیار کاربردی و ملموس است.

فصل چهارم: دعاوی اختصاصی مشارکت در ساخت

فصل پنجم: دعاوی اختصاصی اجاره

همان‌طور که از عناوین پنج‌گفتار این کتاب مشخص است، مجموعه‌ای از کاربردی‌ترین مواردی که مورد نیاز هر حقوقدان با هر مرتبه علمی است، در کنار هم جمع‌آوری شده‌است که در ۴۶۵ صفحه و با قیمتی کاملاً منصفانه در اختیار دوستان عزیز قرار گرفته‌است.



هشدار انتظامی

"تخلف بی توجهی به ابلاغ دادگاه مبنی بر مطالعه پرونده وفق ماده ۳۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری"

روح اله محمدی^۱

موضوعی که در حال حاضر تعداد زیادی از گزارش‌های مقامات محترم قضایی علیه همکاران گرامی را در بر می‌گیرد، ماده ۳۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری است که به موجب آن «پس از تعیین وکیل [اعم از تعیینی یا تسخیری]، مدیر دفتر بلافاصله به متهم و وکیل او و حسب مورد به شاکی یا مدعی خصوصی یا وکیل آنان اخطار می‌کند تا تمام ایرادها و اعتراض‌های خود را ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، تسلیم کنند...» و ماده ۳۸۸ آن قانون که چنین اشعار داشته است که «متهم و شاکی یا مدعی خصوصی یا وکلای آنان باید تمام ایرادها و اعتراض‌های خود از قبیل مرور زمان، عدم صلاحیت، رد دادرسی یا قابل تعقیب نبودن عمل انتسابی، نقص تحقیقات و لزوم رسیدگی به ادله دیگر یا ادله جدید و کافی نبودن ادله را ظرف مهلت مقرر به دفتر دادگاه تسلیم کنند. پس از اتمام مدت مذکور، هیچ ایرادی از طرف اشخاص مزبور پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه جهت ایراد پس از مهلت، کشف یا حادث شود...».

در بسیاری از پرونده‌ها پس از اخطار مراتب فوق، شماری از همکاران به تصور اینکه ایرادات مذکور در پرونده وجود ندارد و با هدف اینکه در جلسه دادگاه از موکل خویش دفاع نمایند، خود را بی‌نیاز از حضور در شعبه جهت مطالعه و تورق پرونده می‌بینند و اینجاست

۱۴۰

۱- وکیل پایه یک دادگستری

مبارک
حقوق



که تخلف وکیل (مخصوصاً وکلای تسخیری) به کانون وکلا اعلام می‌شود؛ زیرا به اعتقاد دادگاه، وکیل موظف به مطالعه پرونده برای بررسی وجود یا نبود ایرادات احتمالی است و بدون حضور وکیل و مطالعه پرونده، امکان کشف ایرادات احتمالی میسر نیست. از سوی دیگر همکاران فرهیخته در دادرسی انتظامی غالباً این گونه به دفاع از خویش می‌پردازند که بر مبنای شواهد و قرائن موجود و استماع اظهارات موکل و یا خانواده وی، متوجه نبود ایرادات احتمالی شده‌اند و به این دلیل نیازی به حضور در دادگاه در آن فرجه مشخص ندیده‌اند.

حال سؤال اینجاست که مطابق ماده ۳۸۷ آ.د.ک. آیا وکیل الزامی به حضور در دادگاه و مطالعه پرونده دارد و یا اینکه این ماده در بیان مهلت قانونی برای طرح ایرادات احتمالی است؟

بسیاری از حقوقدانان معتقدند که این ماده در مقام بیان حقوق اصحاب دعوی و وکلای ایشان برای طرح ایرادات احتمالی است و قانون صرفاً اعمال این حق را منوط به فرجه مشخص کرده‌است؛ در مقابل عده‌ای اعتقاد دارند هرچند این ماده در مقام حقوق اصحاب دعوی است اما استیفای این حق بدون مطالعه دقیق پرونده و اطلاع از کم و کیف پرونده، میسر نمی‌شود و یکی از اساسی‌ترین وظیفه وکلا، تلاش حداکثری برای دفاع کامل از موکل است و این مقصود جز با اشراف کامل به پرونده، حاصل نمی‌شود.

با توجه به مطالب فوق، نکات زیر برای استحضار همکاران فرهیخته معروض می‌گردد:

۱- آنچه مسلم است مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ آ.د.ک. هم در مقام بیان حق و تکلیف اصحاب دعوی و وکلای آنان برای اعلام ایرادات است و هم در مقام بیان حق و تکلیف دادگاه است چراکه در ماده ۳۸۸ آ.د.ک.، صراحتاً تصریح گردیده پس از اتمام مهلت مذکور، هیچ ایرادی از طرف اشخاص مزبور پذیرفته نمی‌شود.

۲- وکلای محترم مطابق مواد مذکور مکلف‌اند ایرادات خویش را ظرف مهلت مقرر به دادگاه تسلیم کنند اما کشف ایرادات، بدون مطالعه پرونده و تدقیق در آن امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین شایسته است همکاران محترم پس از وصول اخطار ماده ۳۸۷ آ.د.ک.، بلافاصله با حضور در شعبه، پرونده را مطالعه کنند و از کم و کیف مسأله اطلاع حاصل نمایند.

۳- با عنایت به ضرورت حفظ حقوق متهم و اینکه در قانون آیین دادرسی کیفری جدید، رویکرد قانون‌گذار به سوی توجه بیشتر به این حقوق گرایش یافته و با مد نظر قرار دادن

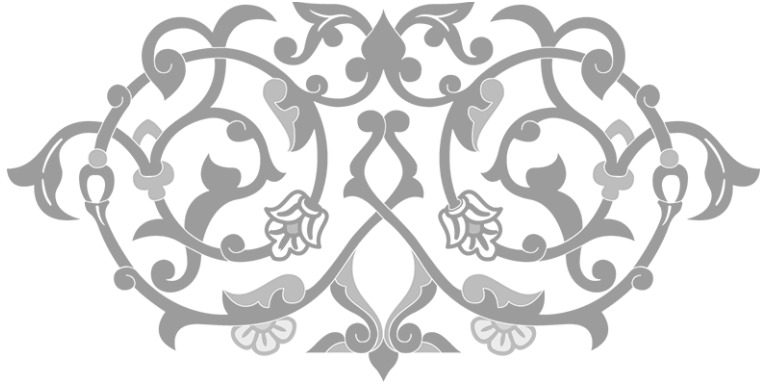


اینکه در جرائم مهم، قانون‌گذار تشکیل جلسه دادرسی را بدون حضور وکیل فاقد وجاهت قانونی دانسته‌است و به همین دلیل در صورت تعیین نشدن وکیل از ناحیه متهم، برای وی وکیل تسخیری تعیین می‌گردد؛ بنابراین وکیل تسخیری به طریق اولی مکلف است بلافاصله پس از اخطار، پرونده را مطالعه کند و در صورت وجود ایرادات، آن را در فرجه مقرر مطرح نماید.

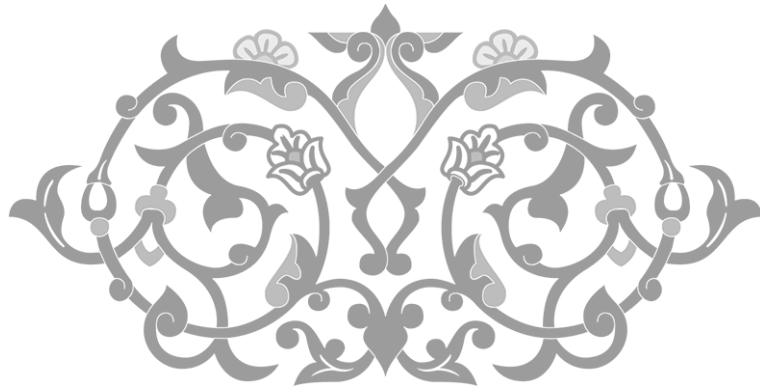
۴- وظیفه وکیل در این‌گونه پرونده‌ها بر دو قسم است: الف - مطالعه دقیق پرونده ب - ارائه ایرادات احتمالی به دادگاه؛ بنابراین حتی اگر پرونده واجد ایرادی نباشد، باز هم حضور نیافتن وکیل و مطالعه نکردن پرونده می‌تواند نوعی قصور در انجام وظیفه وکالتی قلمداد گردد چرا که مقدمه ارائه ایرادات، مطالعه پرونده است و وکیل موظف است اقدامات لازم برای دفاع از موکل و کشف ایرادات احتمالی را انجام دهد.

۵- در مواردی که وکیل مطابق ماده ۳۸۷ آ.د.ک، از حضور و مطالعه پرونده امتناع می‌کند، دو حالت متصور است؛ اول اینکه پرونده دارای ایرادی برای ارائه به دادگاه نبوده که در این صورت، صرف حضور نیافتن وکیل و مطالعه نکردن پرونده به‌موجب گزارش دادگاه، تخلف قصور در انجام وظایف وکالتی محسوب می‌شود و می‌تواند مورد رسیدگی و محکومیت انتظامی قرار گیرد. حالت دیگر اینکه پرونده دارای ایراداتی باشد که وکیل مکلف است در فرجه قانونی اعلام نماید که در این صورت علاوه بر تخلف مذکور به دلیل حضور نیافتن برای آگاهی از محتویات پرونده، با شکایت موکل و پس از اثبات امر، می‌تواند موجب محکومیت جداگانه‌ای برای وکیل شود.

۶- در خصوص وکالتی تعیینی که در مرحله دادرسی و یا قبل از ابلاغ مفاد ماده ۳۸۷ آ.د.ک. اعلام وکالت کرده‌اند و پرونده را مطالعه نموده‌اند؛ در صورت حضور نیافتن وکیل پس از ابلاغ و در فرجه مقرر، تخلفی محرز نیست و دادگاه نیز در این‌گونه موارد، معمولاً گزارشی به قانون ارسال نمی‌دارد زیرا وکیل، پرونده را مطالعه کرده‌است و بر محتویات آن اشراف یافته است اما در همین حالت نیز چنانچه ایرادی وجود داشته باشد که وکیل تعیینی از اعلام آن به دادگاه استتکاف نموده باشد، با شکایت موکل، در صورت اثبات، می‌تواند برای وکیل محکومیت انتظامی به همراه داشته باشد.



زنگ تفریح





همه چیزمان به همه چیزمان می خورد!

محمد رضا محمدی جرقویه ای

مقدمه اول

منقول است که مرحوم مغفور ملانصرالدین، دو گوساله چابک داشت؛ روزی یکی از آن دو بند خود را پاره کرد و خانه ملا را به مقصد نامعلومی ترک کرد. ملا مسافت زیادی به دنبال او دوید و وقتی از جلب وی ناامید شد، به خانه بازگشت و شروع کرد به کتک زدن گوساله‌ای که در خانه بود. خلق ملا را شماتت کردند که چرا گوساله بیچاره در بند را می‌زنی؟ ملا پاسخ داد: این یکی هم اگر مثل آن یکی رها بود، بیشتر می‌دوید و مرا اذیت می‌کرد.

مقدمه دوم

مرحوم محمد حجازی در یکی از نوشته‌های خود نقل می‌کند که در ایام جوانی چنان که افتد و دانی، به اتفاق دوستانش به یکی از روستاهای اطراف تهران رفته و در حال خوش‌گذرانی بودند که پیرمردی از کنار ایشان عبور می‌کند و ایشان به اقتضای جوانی به پیرمرد متلک می‌گویند. پیرمرد بدون اینکه از این متلک‌ها دلخور شود، کنار ایشان آمده و می‌گوید: من خان غنی‌آباد هستم. چرا شما اینجا آمده‌اید که امکانات ندارد؟ برخیزید و به همراه من به غنی‌آباد بیایید تا به باغ برویم و از امکانات باغ بزرگ و سرسبز استفاده کنید. جوانان از رفتار بی‌ادبانه خود خجل و شرمگین می‌شوند و رفتن به باغ خان غنی‌آباد را به وقت دیگری موکول می‌کنند و با اصرار پیرمرد را نگه می‌دارند و حسابی از او پذیرایی می‌کنند. پیرمرد بعد از ناهار و موقع خداحافظی به ایشان می‌گوید: من چون نان و نمک شما را خورده‌ام برای جبران محبتتان یک نصیحت به شما می‌کنم و آن اینکه من در این دنیا یک ستاره هم ندارم ولی شما سعی کنید همه را خان غنی‌آباد ببینید!

ذی المقدمه

از آن جایی که بنده بسیار کم‌رو و خجالتی هستم و در مقابل اصرار و درخواست دیگران قدرت مقاومت ندارم -باور نمی‌کنید؟ از من شماره حساب یا شماره کارت بانکی جهت واریز وجه به حسابم را بخواهید، اگر بلافاصله از روی کم‌رویی و خجالت به شما ندادم!- و از طرفی به دلیل دهاتی بودن و اینکه فکر می‌کردم علی‌آباد هم شهر است، تصمیم گرفتم بعد از اینکه از مقام مستشاری دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان استعفا دادم، پروانه وکالت را از



مرکز گرفته تا شاید در پیروی بچه‌تهران شوم!

اگر نمی‌دانید بدانید و آگاه باشید که پذیرش درخواست پروانه مرکز در بلده کبیره تهران در ده روز آخر اولین ماه از هر فصل است که آن هم به شیوه‌ای بسیار پیشرفته و کاملاً الکترونیکی و اینترنتی انجام می‌پذیرد تا شعار شفافیت و کارآمدی و به روز بودن و هزار خصیصه دیگر که از مزایای مدرنیته است، یکجا تحقق یابد. بر همین اساس ثبت‌نام کانون مرکز برای امثال بنده که بازخرید شده بودند، از بیستم فروردین تا پایان ماه بود.

بنده که مثل ایام صباوت از انتظار رسیدن این زمان میمون و مبارک خوابم نمی‌برد، روز بیست و یکم فروردین برای ثبت‌نام به سایت مراجعه کردم و دیدم ای دل غافل! در راستای همراهی و همکاری کانون محترم و کلا با دولت خدمتگزار، هزینه ثبت‌نام که سال گذشته دو میلیون تومان بوده به بیست میلیون تومان ناقابل یعنی ده برابر و هزار درصد افزایش یافته‌است که این همدلی دولت و کانون در افزایش قیمت‌ها جای بسی خوشوقتی دارد و نوید همکاری‌های بیشتری را می‌دهد.

از آنجایی که بنده روستایی‌زاده، سه ماه قبل از خدمت قوه قضاییه منفک و دیگر حقوقی دریافت نمی‌کردم و ذخیره‌ای هم نداشتم، به سختی درصدد تهیه وجه برآمدم تا اینکه با رو زدن به این و آن بالاخره توانستم در روز پنج‌شنبه ۲۹ فروردین ۱۳۹۸ وجه را تهیه و در کارت بانکی‌ام ذخیره کنم و عصرهنگام با کارتی پر از پول به کافی‌نت مراجعه کردم تا در سایت ثبت‌نام کنم.

موقع ثبت‌نام یکی از گزینه‌های که باید پاسخ می‌دادم، این سؤال بود که استان آخرین محل خدمت شما کدام است؟ استان محل خدمت بنده اصفهان بود ولی در سایت فقط چهار استان را می‌شد انتخاب کرد: سمنان، تهران، هرمزگان و سیستان. بنده چون از اصفهان بازخرید شده بودم و متوقع بودم همه استان‌های کشور در پاسخ گزینه باشد و از طرفی می‌ترسیدم پاسخ غلطم به سؤال، موجب سوخت شدن هزینه پرداختی شود، نگران شده و به یکی از بزرگان که قبلاً عضو هیأت مدیره کانون وکلای تهران بود و چون در این داستان نسبت به بنده وظیفه‌ای نداشت و هرچه کرد، از روی لطف همیشگی و بزرگی ذاتی‌اش بود، نامشان را نمی‌آورم، زنگ زدم و از ایشان کسب اطلاع و تکلیف کردم. ایشان از این برنامه-نویسی که نتیجه‌اش عدم امکان ثبت‌نام افراد از استان‌های دیگر بود متعجب شده و بنده را به آقای دکتر حجتی از اعضای محترم هیأت مدیره فعلی کانون وکلای مرکز معرفی کردند. هرچند به سختی ولی بالاخره توانستم با ایشان تماس بگیرم و مشکل را در میان بگذارم. ایشان فرمودند باید به تهران بروم و بنده اعلام آمادگی کردم که روز شنبه سی و یکم فروردین در تهران باشم ولی چون روز اول اردیبهشت مصادف با نیمه شعبان و تعطیل بود، ایشان امر فرمودند که روز دوم اردیبهشت در تهران خدمتشان برسم و بنده با تذکر این



مطلب که آیا دیر نمی‌شود و اطمینان از ایشان که خیر به هیچ وجه! خداحافظی کرده و روز دوشنبه با سینه‌ای مالا مال از امید به کسانی که عمری منتقد قوه قضاییه و برخورد بعضی از همکاران قضایی بوده و یقیناً خود بسیار مبادی آداب و اهل رعایت حق و حقوق دیگران خواهند بود، عازم بلده کبیره تهران شدم. البته این سؤال ذهنم را درگیر کرده بود که اگر قرار است کارها به صورت اینترنتی انجام شود و فن‌آوری به کار گرفته شده‌است، این نوع برنامه‌نویسی که کاربر را مجبور به مراجعه حضوری می‌کند، دیگر چه صیغه‌ای است؟ ولی با خودم گفتم گاهی اوقات پیش می‌آید دیگر!

روز دوشنبه وارد ساختمان معظم کانون وکلای مرکز شدم و به دفتر رئیس محترم کانون رفتم. اتاق دفتر پر از صندلی برای مراجعان بود که جای تشکر داشت ولی به محض ورود خانم مدیر دفتر که در حال مکالمه تلفنی با دیگری بود، از همان بدو ورود با دست و اشاره به بنده فهماند که بیرون باش تا صحبت‌های من تمام شود و من شوکه از اینکه مگر اینجا یک نهاد امنیتی است که بنده نباید این سخنان محرمانه را بشنوم و آیا اساساً ایشان چنین اجازه‌ای دارد یا خیر و مگر ملک پدری ایشان است... که لحظاتی بعد اذن دخول داده و به اتفاق شخص دیگری وارد دفتر شدیم. برای آن شخص محترم سفارش چای دادند و بنده از راه دور آمده در حسرت یک استکان چای ماندم که ماندم.

فقط خدا رحم کرده بود که از جنس مؤنث نبودم و حامله نبودم و ویار نداشتم و گرنه بسیار بیشتر به من سخت می‌گذشت. البته برای اینکه خوانندگان عزیز را نگران نکرده باشم باید عرض کنم که بعد از اتفاقاتی که پیش آمد و عرض خواهم کرد و بی‌خیال از همه آن‌ها، ساعتی بعد به خیابان پشتی کانون مراجعه کرده و در یک سفره خانه سنتی با پرداخت وجه، مورد استقبال شدید مسئولان محترم آنجا قرار گرفتم و عملاً ویار مڈکرانه‌ام برطرف شد. حال ادامه برنامه:

به سختی و با لطف همان خانم بزرگواری که بنده را از اتاق بیرون کردند، آقای دکتر حجتی را تلفنی پیدا کردیم و ایشان امر فرمودند که به نایب‌رئیس مراجعه کنم. مدتی انتظار کشیدم تا توانستم شرفیاب محضر جناب آقای دکتر کوشا شوم. در نگاه اول محاسن بلند و برخورد خوب ایشان همه تلخی رفتار خانم منشی را از یادم برد و احساس امنیت کردم. وقتی موضوع را با ایشان در میان گذاشتم، فرمودند که دیر آمده‌ام. علت دیر آمدن را که بنا به فرموده جناب دکتر حجتی بود، به عرض ایشان رساندم. ایشان از دوست بزرگواری که سابقاً عضو هیات مدیره بودند و مرا به آقای حجتی معرفی کرده بودند، گله کردند که چرا از همان ابتدا مرا به تو معرفی نکرده و خواسته از گروه خودشان معرفی کند، حال هم به خود ایشان مراجعه کنید. بلافاصله فهمیدم که ای داد و بیداد ناخواسته دارم چوب جناح‌بازی را می‌خورم.



با این حال خدمت ایشان عرض کردم که وقتی به صورت اینترنتی ثبت نام انجام می پذیرد، باید به گونه ای برنامه ریزی شود که نیاز به مراجعه حضوری نباشد. فرمودند ما عمداً گزینه ها را این گونه قرار دادیم تا از استان های دیگر ثبت نام نشود. پرسیدم آیا مصوبه است؟ فرمودند: خیر و اگر ثبت نام می کردی و به دروغ آخرین محل خدمت را یکی از استان های چهارگانه می زدی مشکلی پیش نمی آمد و یا حضوری مراجعه می کردی. مشکلات تأمین وجه را عرض کردم. فرمودند: امکان تقسیط بود که در نهایت عرض کردم بنده با اینکه زیاد نماز شب می خوانم ولی چشم بصیرتم در این حد نیست که بتوانم از منویات پنهان هیات مدیره محترم و همچنین اختلافات جناحی و لزوم تماس با عضو دیگر هیات مدیره پی ببرم و سرتان را درد نیاورم که اصرار بنده مؤثر واقع نشد و با ذکر این مطلب که شما که همیشه خودتان گله از رفتارهای سلیقه ای دارید، چرا قانونی رفتار نمی کنید، از دفتر ایشان خارج شدم و از محاسنشان بهره ای نبردم.

موضوع را به جناب دکتر حجتی منتقل کردم، فرمودند مقرر شده در یکشنبه هفته بعد در هیات مدیره مطرح و اجازه داده شود ثبت نام کنی و ما با شما تماس خواهیم گرفت که تا این لحظه یعنی خرداد سال ۹۸ تماسی با بنده گرفته نشد که یا فراموش شده که نشان از بی ارزش بودن بنده و اصل موضوع برای ایشان بوده یا مطرح شده و موافقت نشده که نشان از عدم توانایی معظم له در دفاع از قول خود دارد که اگر هر کدام این دو باشد، امیدوارم تصدی این مناصب اقبالاً برای شخص خودشان مفید فایده باشد.

یکی دو روز بعد خبر درگذشت مرحوم بهمن کشاورز که اگر ریش نداشت ولی ریشه داشت و حرفش حرف بود و به عنوان متولی در حرمت امامزاده اش کوشش بسیار داشت، باعث تأثر بسیار بنده شد و چون احساس کردم یکی از حامیانم را در تهران از دست داده ام، از پیگیری و تلاش بیشتر در این خصوص منصرف شدم و در کانون دیگری ثبت نام کردم. از دوستان عزیزمی که در فوق نام بردم گله ای ندارم و دوستشان دارم و دعای خیرشان می کنم، فقط به عنوان یک برادر مسلمان از ایشان می خواهم که به عنوان متولی، حرمت امامزاده را حفظ فرموده و بدانند هر چیزی اصولی دارد. از فناوری گرفته تا کار گروهی و مدیریت تیمی. در پایان نیز همه را خان غنی آباد ببینند. اگر هم می خواهند خواهش اخیر مرا مانند خواهش اولم نپذیرند، مختارند تا بی نهایت؛ و اگر زخم دل باز شد و دست به قلم شدم تنها دلیلش این بود که به وکلا و جامعه و کالت عشق می ورزم و می خواهم برای همیشه صدرنشین باشند.

محمد رضا محمدی جرقویه ای

۱۴۷

اصفهان - پنجم خردادماه هزار و سیصد و نود هشت خورشیدی

ملی
حقوق



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

در مجلات علمی پژوهشی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دوفصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده کرد. 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 بهره و فایده بیشتری دارند. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، برای استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به‌روز و کاربردی که همکاران گرامی می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوط مشاهده کنند.

۱- تأملی بر بزه ورشکستگی به تفصیر

محمد زاده وادقانی، علی رضا و محمد معین امیرمجاهدی. (پاییز و زمستان ۱۳۹۶). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴، شماره ۲: ص.ص ۲۲۵-۲۰۳.

ورشکستگی به تفصیر از انواع جرائم علیه اموال است که موارد تحقق عنوان مجرمانه‌اش وفق مواد ۵۴۱ و ۵۴۲ قانون تجارت و جرم‌انگاری آن در ماده ۵۴۳ آن قانون صورت گرفته و ماده ۶۷۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، مجازات کنونی این بزه را اعلام کرده‌است. با گذر زمان، مقتضیات تجارت و همچنین سیاست‌های تقنینی دست‌خوش تغییر می‌گردد. به همین سبب نظرات پراکنده و گوناگون حقوق‌دانان در مفهوم، عناصر و جایگاه این بزه در کنار مفهوم ورشکستگی، به رویه قضایی نیز سرایت یافته که البته تغییر قوانین کیفری نیز در این موضوع بی‌تأثیر نبوده‌است. با توجه به گوناگونی دکترین و آرای قضات در ابعاد این



بزه (از جمله عمدی یا غیر عمدی بودن و ...) و همچنین رویکرد جدید قوانین کیفری نسبت به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و پیش رو داشتن تصویب لایحه جدید قانون تجارت، ضروری است ضمن بررسی دقیق مفهوم و عناصر این بزه (بخش اول)، به مسئولیت کیفری بازرگان حقوقی و قابلیت اعمال مجازات‌های مقرر بر وی (بخش دوم) پرداخته شود.

۲- مداخله شخص ثالث در دادرسی کیفری؛ جلوه‌ها و موانع

صابر، محمود و سمیه خلیق آذر. (پاییز و زمستان ۱۳۹۶). *مطالعات حقوق*

کیفری و جرم‌شناسی. دوره ۴، شماره ۲: ص.ص ۲۴۸-۲۲۷


در آیین دادرسی کیفری، حقوق طرفین دعوا همواره مورد توجه حقوقدانان و قانون‌گذاران بوده و برای جلوگیری از تضییع حق ایشان راهکارهایی پیش‌بینی شده‌است؛ اما تا به حال حقوق اشخاص ثالث در دادرسی‌های کیفری جز در موارد استثنایی مورد توجه قرار نگرفته‌است. یکی از چالش‌های پیش روی اشخاص ثالث، نپذیرفتن آنان از سوی دادرسان دادگاه‌های کیفری و نبود رویه‌ای واحد در این خصوص است. هدف پژوهش حاضر، معرفی جلوه‌های مداخله شخص ثالث در دادرسی‌های کیفری و موانع این مداخله است. روش پژوهش حاضر بر مبنای توصیف و تحلیل داده‌هایی است که از طریق مطالعه درباره مبحث اشخاص ثالث و مشاهده رویه دادگاه‌ها در این خصوص به دست آمد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که از مهم‌ترین نواقص آیین دادرسی کیفری در زمینه مداخله اشخاص ثالث در دعاوی کیفری، عدم تصریح در قانون و همچنین، پذیرش اعتبار امر مختوم کیفری است. با وجود این، توجه به محتوای برخی مواد قانونی همچون ماده ۴۱۸ ق.آ.د.م، ماده ۲۱۵ ق.م.ا و ماده ۱۴۸ ق.آ.د.ک، نشان‌دهنده اهمیت جایگاه شخص ثالث در دادرسی کیفری و پذیرش آن توسط قانون‌گذار است. بررسی شرایط اعتبار امر مختوم کیفری نیز نمایان‌گر نبود شرایط کامل تحقق این قاعده در رابطه با آرای کیفری است که جنبه مالی دارند. از جمله راهکارهایی که می‌توان برای کاهش تعارض آرا پیشنهاد داد، توجه به رویه‌های قضایی پذیرش شخص ثالث و الگو گرفتن از آن‌ها و همچنین توجه به محتوای مواد قانونی ذکر شده و عدم تأکید صرف به تصریح در قانون است چراکه تفسیرهای قضایی راه‌حل مناسبی در این زمینه است.

۳- وحدت قاتل، تعدد مقتول؛ بررسی فقهی - حقوقی

حاجی ده‌آبادی، احمد. (پاییز و زمستان ۱۳۹۵). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*.

دوره ۳، شماره ۱: ص.ص ۴۰-۱۷.

به عکس شرکت در جنایت که با تعدد جانی و وحدت مجنی علیه مواجهیم، گاه با وحدت جانی و تعدد مجنی علیه مواجهیم. در زمینه شرکت در جنایت، در همه ادوار قانون‌گذاری



پس از انقلاب، مقررات مناسبی وضع شده است؛ اما در باب وحدت جانی و تعدد مجنی علیه چنین وضعیتی جز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دیده نمی‌شود. با مطالعه این قانون، این اندیشه به ذهن خطور می‌کند که قانون‌گذار بین جنایت بر نفس (مواد ۳۸۳ و ۳۸۴) و جنایت بر مادون نفس (ماده ۳۹۲) تفکیک گذاشته و دو رویکرد متفاوت در این زمینه همچون وجود دیه علاوه بر قصاص عضو و تقدم مجنی علیه اول در قصاص عضو بر سایر مجنی علیهم اتخاذ کرده است. با توجه به ادله فقهی، قانون‌گذار می‌تواند در جنایت بر نفس نیز به امکان اخذ دیه پس از قصاص قاتل برای سایر مقتولان حکم دهد ضمن اینکه در جنایات سریالی باید علاوه بر تصریح به حق تقدم اولیای دم مقتول اول همانند مجنی علیه اول، ضمانت اجرای عدم رعایت این حق را بیان کند.

۴- عناصر موضوعی جرم پول‌شویی در قانون مبارزه با پول‌شویی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی

ساریخانی، عادل؛ فتحی، مرتضی. (پاییز و زمستان ۱۳۹۴). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*. دوره ۲، شماره ۴ و ۵: ص.ص. ۲۵۶-۲۳۷.

پول‌شویی یکی از جرائم علیه امنیت اقتصادی است. قانون‌گذار ایران متعاقب تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی وین (۱۹۹۸)، پالرمو (۲۰۰۰) و مریدا (۲۰۰۳) و مصالح عمومی جامعه، قانون مبارزه با پول‌شویی را در سال ۱۳۸۶ به تصویب رساند اما در تدوین آن کارشناسی لازم راجع به عناصر موضوعی و مجازات آن صورت نگرفته است؛ به‌گونه‌ای که اولاً غالب مصادیق رفتار ارتكابی با یکدیگر از لحاظ مفهوم و مصداق تداخل دارند، ثانیاً با دیگر قوانین کیفری در تعارض‌اند و ثالثاً پول‌شویی و آنچه در حکم پول‌شویی است، یکی انگاشته شده است و نیز موضوع جرم پول‌شویی که عایدات مجرمانه است، برخلاف کنوانسیون‌های مذکور در مفهوم مضیق مال محصور شده و همچنین برای تعیین جرم منشأ هیچ معیاری منظور نشده است. عنصر روانی پول‌شویی با قصد صریح، قصد غیرصریح و بی‌پروایی می‌تواند تحقق پیدا کند که بی‌پروایی مورد تصویب قانون قرار نگرفته است و با پیش‌بینی جزای نقدی نسبی در ماده ۹ این قانون اعمال اصل فردی کردن مجازات با مشکل مواجه است و استرداد اموال که مفهومی حقوقی است، جزای نقدی معرفی شده است.

۵- نگاهی نو به حکم وصیت به ثلث

مسجدسرائی، حمید و مصطفی جباری. زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۴: ص.ص. ۱۵۸-۱۲۹.

در فقه و قانون مدنی، نفوذ وصیت به بیش از ثلث منوط به اجازه ورثه دانسته شده است؛



اگرچه درباره زمان نفوذ اجازه ورثه در فقه اختلاف نظر وجود دارد و قانون مدنی آن را به اجمال و ابهام گذاشته و از آن گذشته است اما این نوشتار در پی یافتن پاسخ به این سؤال است که آیا وصیت امری تعبدی یا توقیفی بوده که نفوذ آن در بیش از ثلث، منوط به اجازه ورثه است یا آنکه می‌توان آن را امری موردی و قضایی تلقی کرد و نه تنها وصیت به بیش از ثلث، بلکه گاهی حتی به مقدار ثلث را نیز نافذ ندانست؟ ادعای نویسندگان آن است که می‌توان وصیت را از حوزه احوال شخصیه خارج دانست و آن را امری قضائی تلقی کرد و بسته به اوضاع و شرایط اقتصادی، روحی و عاطفی ورثه و نیز تعداد آنان و مقدار ماترک و نیز وضع مالی و اقتصادی موصی‌له یا موصی‌لهم متغیر دانست و در نتیجه پذیرفت که وصیت از یک رابطه انحصاری بین موصی و موصی‌له درمی‌آید و این نهاد دادرسی و دادرس است که در خصوص اعمال آن به اندازه ثلث و گاه به کمتر از ثلث، تصمیم می‌گیرد.

۶- واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح

منصوری، محمد؛ الشریف، محمد مهدی و سید محمد صادق طباطبایی. (زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۴: ص.ص. ۱۸۸-۱۵۹.

در بین عقود معین، عقد صلح از این ویژگی منحصر به فرد برخوردار است که می‌تواند نتیجه معاملات دیگر را افاده کند، بدون اینکه احکام اختصاصی آن عقود بر آن حکومت کند. ابهام در معنای صلح از یک سو و امکان جانشینی صلح در مقام سایر عقود، تمییز صلح از عقد معینی که صلح در مقام آن واقع شده را به مسأله‌ای چالش برانگیز مبدل کرده است. به همین جهت، هدف این مقاله پاسخگویی به این دو سؤال است: نخست، حقیقت صلح چیست؟ دوم، معیارهای توصیف عقد به صلح زمانی که در مقام عقود معین واقع می‌شود، کدام است؟ پس از بررسی و تحلیل آرای فقها و حقوق دانان در این زمینه می‌توان دریافت حقیقت صلح به لحاظ ثبوتی چیزی جز تسالم و تراضی نیست. در مقام اثبات هر جا طرفین از عنوان صلح استفاده کنند، به دلیل شمول قلمرو صلح، قرارداد را باید صلح قلمداد کرد. در مواردی نیز که طرفین از عنوان صلح استفاده نکرده‌اند و در توصیف عقد بین قالب صلح و یکی دیگر از عقود معین تردید باشد، چنانچه عقد مبتنی بر مسامحه بوده یا در مقام حل یک نزاع واقع شده باشد، انتخاب جانب صلح ترجیح دارد.

۷- تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسئولیت مدنی اداره در چارچوب

ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری

مولائی، آیت و حسن لطفی. (زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم،

شماره ۴: ص.ص. ۲۱۸-۱۸۹

۱۳۲

مجله
حقوق



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

در مجلات علمی پژوهشی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دوفصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده کرد. 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 بهره و فایده بیشتری دارند. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، برای استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به‌روز و کاربردی که همکاران گرامی می‌توانند متن کامل آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوط مشاهده کنند.

۱- تأملی بر بزه ورشکستگی به تفصیر

محمد زاده وادقانی، علی رضا و محمد معین امیرمجاهدی. (پاییز و زمستان ۱۳۹۶). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دوره ۴، شماره ۲: ص.ص ۲۲۵-۲۰۳.

ورشکستگی به تفصیر از انواع جرائم علیه اموال است که موارد تحقق عنوان مجرمانه‌اش وفق مواد ۵۴۱ و ۵۴۲ قانون تجارت و جرم‌انگاری آن در ماده ۵۴۳ آن قانون صورت گرفته و ماده ۶۷۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، مجازات کنونی این بزه را اعلام کرده‌است. با گذر زمان، مقتضیات تجارت و همچنین سیاست‌های تقنینی دست‌خوش تغییر می‌گردد. به همین سبب نظرات پراکنده و گوناگون حقوق‌دانان در مفهوم، عناصر و جایگاه این بزه در کنار مفهوم ورشکستگی، به رویه قضایی نیز سرایت یافته که البته تغییر قوانین کیفری نیز در این موضوع بی‌تأثیر نبوده‌است. با توجه به گوناگونی دکترین و آرای قضات در ابعاد این



بزه (از جمله عمدی یا غیر عمدی بودن و ...) و همچنین رویکرد جدید قوانین کیفری نسبت به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و پیش رو داشتن تصویب لایحه جدید قانون تجارت، ضروری است ضمن بررسی دقیق مفهوم و عناصر این بزه (بخش اول)، به مسئولیت کیفری بازرگان حقوقی و قابلیت اعمال مجازات‌های مقرر بر وی (بخش دوم) پرداخته شود.

۲- مداخله شخص ثالث در دادرسی کیفری؛ جلوه‌ها و موانع

صابر، محمود و سمیه خلیق آذر. (پاییز و زمستان ۱۳۹۶). *مطالعات حقوق*

کیفری و جرم‌شناسی. دوره ۴، شماره ۲: ص.ص. ۲۴۸-۲۲۷

در آیین دادرسی کیفری، حقوق طرفین دعوا همواره مورد توجه حقوقدانان و قانون‌گذاران بوده و برای جلوگیری از تضییع حق ایشان راهکارهایی پیش‌بینی شده‌است؛ اما تا به حال حقوق اشخاص ثالث در دادرسی‌های کیفری جز در موارد استثنایی مورد توجه قرار نگرفته‌است. یکی از چالش‌های پیش روی اشخاص ثالث، نپذیرفتن آنان از سوی دادرسان دادگاه‌های کیفری و نبود رویه‌ای واحد در این خصوص است. هدف پژوهش حاضر، معرفی جلوه‌های مداخله شخص ثالث در دادرسی‌های کیفری و موانع این مداخله است. روش پژوهش حاضر بر مبنای توصیف و تحلیل داده‌هایی است که از طریق مطالعه درباره مبحث اشخاص ثالث و مشاهده رویه دادگاه‌ها در این خصوص به دست آمد. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که از مهم‌ترین نواقص آیین دادرسی کیفری در زمینه مداخله اشخاص ثالث در دعاوی کیفری، عدم تصریح در قانون و همچنین، پذیرش اعتبار امر مختوم کیفری است. با وجود این، توجه به محتوای برخی مواد قانونی همچون ماده ۴۱۸ ق.آ.د.م، ماده ۲۱۵ ق.م.ا و ماده ۱۴۸ ق.آ.د.ک، نشان‌دهنده اهمیت جایگاه شخص ثالث در دادرسی کیفری و پذیرش آن توسط قانون‌گذار است. بررسی شرایط اعتبار امر مختوم کیفری نیز نمایان‌گر نبود شرایط کامل تحقق این قاعده در رابطه با آرای کیفری است که جنبه مالی دارند. از جمله راهکارهایی که می‌توان برای کاهش تعارض آرا پیشنهاد داد، توجه به رویه‌های قضایی پذیرش شخص ثالث و الگو گرفتن از آن‌ها و همچنین توجه به محتوای مواد قانونی ذکر شده و عدم تأکید صرف به تصریح در قانون است چراکه تفسیرهای قضایی راه‌حل مناسبی در این زمینه است.

۳- وحدت قاتل، تعدد مقتول؛ بررسی فقهی - حقوقی


حاجی ده‌آبادی، احمد. (پاییز و زمستان ۱۳۹۵). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*.

دوره ۳، شماره ۱: ص.ص. ۴۰-۱۷.

به عکس شرکت در جنایت که با تعدد جانی و وحدت مجنی علیه مواجهیم، گاه با وحدت جانی و تعدد مجنی علیه مواجهیم. در زمینه شرکت در جنایت، در همه ادوار قانون‌گذاری

۱۳۰

مجله حقوق



پس از انقلاب، مقررات مناسبی وضع شده است؛ اما در باب وحدت جانی و تعدد مجنی علیه چنین وضعیتی جز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دیده نمی‌شود. با مطالعه این قانون، این اندیشه به ذهن خطور می‌کند که قانون‌گذار بین جنایت بر نفس (مواد ۳۸۳ و ۳۸۴) و جنایت بر مادون نفس (ماده ۳۹۲) تفکیک گذاشته و دو رویکرد متفاوت در این زمینه همچون وجود دیه علاوه بر قصاص عضو و تقدم مجنی علیه اول در قصاص عضو بر سایر مجنی علیهم اتخاذ کرده است. با توجه به ادله فقهی، قانون‌گذار می‌تواند در جنایت بر نفس نیز به امکان اخذ دیه پس از قصاص قاتل برای سایر مقتولان حکم دهد ضمن اینکه در جنایات سریالی باید علاوه بر تصریح به حق تقدم اولیای دم مقتول اول همانند مجنی علیه اول، ضمانت اجرای عدم رعایت این حق را بیان کند.

۴- عناصر موضوعی جرم پول‌شویی در قانون مبارزه با پول‌شویی ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی

ساریخانی، عادل؛ فتحی، مرتضی. (پاییز و زمستان ۱۳۹۴). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*. دوره ۲، شماره ۴ و ۵: ص.ص. ۲۵۶-۲۳۷.

پول‌شویی یکی از جرائم علیه امنیت اقتصادی است. قانون‌گذار ایران متعاقب تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی وین (۱۹۹۸)، پالرمو (۲۰۰۰) و مریدا (۲۰۰۳) و مصالح عمومی جامعه، قانون مبارزه با پول‌شویی را در سال ۱۳۸۶ به تصویب رساند اما در تدوین آن کارشناسی لازم راجع به عناصر موضوعی و مجازات آن صورت نگرفته است؛ به‌گونه‌ای که اولاً غالب مصادیق رفتار ارتكابی با یکدیگر از لحاظ مفهوم و مصداق تداخل دارند، ثانیاً با دیگر قوانین کیفری در تعارض‌اند و ثالثاً پول‌شویی و آنچه در حکم پول‌شویی است، یکی انگاشته شده است و نیز موضوع جرم پول‌شویی که عایدات مجرمانه است، برخلاف کنوانسیون‌های مذکور در مفهوم مضیق مال محصور شده و همچنین برای تعیین جرم منشأ هیچ معیاری منظور نشده است. عنصر روانی پول‌شویی با قصد صریح، قصد غیرصریح و بی‌پروایی می‌تواند تحقق پیدا کند که بی‌پروایی مورد تصویب قانون قرار نگرفته است و با پیش‌بینی جزای نقدی نسبی در ماده ۹ این قانون اعمال اصل فردی کردن مجازات با مشکل مواجه است و استرداد اموال که مفهومی حقوقی است، جزای نقدی معرفی شده است.

۵- نگاهی نو به حکم وصیت به ثلث

مسجدسرائی، حمید و مصطفی جباری. زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۴: ص.ص. ۱۵۸-۱۲۹.

در فقه و قانون مدنی، نفوذ وصیت به بیش از ثلث منوط به اجازه ورثه دانسته شده است؛



اگرچه درباره زمان نفوذ اجازه ورثه در فقه اختلاف نظر وجود دارد و قانون مدنی آن را به اجمال و ابهام گذاشته و از آن گذشته است اما این نوشتار در پی یافتن پاسخ به این سؤال است که آیا وصیت امری تعبدی یا توقیفی بوده که نفوذ آن در بیش از ثلث، منوط به اجازه ورثه است یا آنکه می‌توان آن را امری موردی و قضایی تلقی کرد و نه تنها وصیت به بیش از ثلث، بلکه گاهی حتی به مقدار ثلث را نیز نافذ ندانست؟ ادعای نویسندگان آن است که می‌توان وصیت را از حوزه احوال شخصیه خارج دانست و آن را امری قضائی تلقی کرد و بسته به اوضاع و شرایط اقتصادی، روحی و عاطفی ورثه و نیز تعداد آنان و مقدار ماترک و نیز وضع مالی و اقتصادی موصی‌له یا موصی‌لهم متغیر دانست و در نتیجه پذیرفت که وصیت از یک رابطه انحصاری بین موصی و موصی‌له درمی‌آید و این نهاد دادرسی و دادرس است که در خصوص اعمال آن به اندازه ثلث و گاه به کمتر از ثلث، تصمیم می‌گیرد.

۶- واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح

منصوری، محمد؛ الشریف، محمد مهدی و سید محمد صادق طباطبایی. (زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم، شماره ۴: ص.ص. ۱۸۸-۱۵۹.

در بین عقود معین، عقد صلح از این ویژگی منحصر به فرد برخوردار است که می‌تواند نتیجه معاملات دیگر را افاده کند، بدون اینکه احکام اختصاصی آن عقود بر آن حکومت کند. ابهام در معنای صلح از یک سو و امکان جانشینی صلح در مقام سایر عقود، تمییز صلح از عقد معینی که صلح در مقام آن واقع شده را به مسأله‌ای چالش برانگیز مبدل کرده است. به همین جهت، هدف این مقاله پاسخگویی به این دو سؤال است: نخست، حقیقت صلح چیست؟ دوم، معیارهای توصیف عقد به صلح زمانی که در مقام عقود معین واقع می‌شود، کدام است؟ پس از بررسی و تحلیل آرای فقها و حقوق دانان در این زمینه می‌توان دریافت حقیقت صلح به لحاظ ثبوتی چیزی جز تسالم و تراضی نیست. در مقام اثبات هر جا طرفین از عنوان صلح استفاده کنند، به دلیل شمول قلمرو صلح، قرارداد را باید صلح قلمداد کرد. در مواردی نیز که طرفین از عنوان صلح استفاده نکرده‌اند و در توصیف عقد بین قالب صلح و یکی دیگر از عقود معین تردید باشد، چنانچه عقد مبتنی بر مسامحه بوده یا در مقام حل یک نزاع واقع شده باشد، انتخاب جانب صلح ترجیح دارد.

۷- تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسئولیت مدنی اداره در چارچوب

ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری

مولائی، آیت و حسن لطفی. (زمستان ۱۳۹۷). *مطالعات حقوقی*. دوره دهم،

شماره ۴: ص.ص. ۲۱۸-۱۸۹

۱۳۲

مجله
حقوق