

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

# ماهنامه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۴۲، آذر ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد جوادی

نژاد، مهناز دره شیری، آرمان زینلی، مینا سالمی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجاوند، علی اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه ماهنامه حقیقی نیست.

نشریه ماهنامه حقیقی در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

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

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

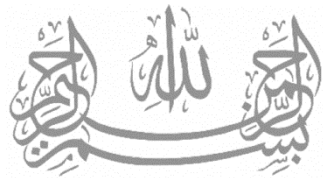
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

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



## شيوه‌نامه «مادرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالت عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
  - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
  - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
  - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
  - ذکر فهرست منابع استفاده‌شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
    ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
  - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
  - ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
  - نمونه: هاشمی‌نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹ - ۱۴۵.
  - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
  - ارسال مطالب در محیط word ۲۰۱۰ یا فونت Mitra ۱۳ تنظیم و به نشانی الکترونیکی: [madresyehoghough@isfahanbar.org](mailto:madresyehoghough@isfahanbar.org)
  - مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
    - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
    - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
  - مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
  - اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
  - مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.



## فهرست مطالب

سر مقاله ؛ ادامه اشتغالات و ارتباطات (۱)..... ۴

### مقالات

نقد یک رأی؛ مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در خصوص خواسته مطالبه خسارت..... ۸

دکتر محمد مهدی الشریف

سید وحید صادقی

تاملی بر مبنای مسئولیت راننده و دارنده در حوادث ناشی از رانندگی با رویکرد قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵..... ۱۷

مهسا دهینی

آرزو علینقیان

حدود اختیارات مالکان با فروشنده و اشخاص ثالث در بیع زمانی..... ۵۰

عبدالحسین شیروی

امیرعلی خدایی

محمد جعفری

ارائه ضابطه در تبیین مفهوم سلاح با نگاهی به فقه و قوانین جزایی موضوعه..... ۷۸

امیرمحمد کریمی

فاطمه واتقیان قضا

تاملی بر سیر تاریخی تدوین قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه و حقوق فرانسه..... ۱۰۰

سمانه سادات احمدی

علی اسلامیان

# حقوق مالیه

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
پانزدهم

شماره  
۱۴۲



کانون وکلای دادگستری اصفهان

نقد رأی؛ شرط صفت مبین کمیت عین مورد معامله..... ۱۲۰

فاطمه لاوی

فریده محمدی سرپیری

### بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه..... ۱۳۴

مهناز دره شیروی

رای وحدت رویه شماره ۸۵۵ الی ۸۶۸ مورخ ۱۳۹۹-۰۷-۰۸ هیات عمومی دیوان عدالت اداری..... ۱۳۴

پند استاد؛ دکتر محمدعلی اردبیلی..... ۱۳۷

نگار جلیلی

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۴۲

هاجر قاسمی

معرفی کتاب..... ۱۴۷

سید کمال مکاریان چهارسوقی

### زنگ تفریح

کرونا در آستانه دفتر وکلا..... ۱۵۰

دکتر علی رادان



# سرمقاله

## ادامه اشغالات و ارتباطات (۱)

اصولین تفاوت تعارض و تراحم را در آن می‌دانند که در تعارض، ادله احکام بایکدیگر  
مقابله دارند و در تراحم، مکلف در هنگام اشغال امر و بدون آنکه ادله بایکدیگر معارض باشند،  
در سکنای عمل به یکی از دو یا بیشتر از او امر یا نواهی دچار می‌شود و باید با رعایت اولویت یکی را  
برگزیند.

الکون این دو مقدمه کوتاه را از نظر بگذرانیم:

- ۱- لزوم رعایت احتیاط در امر قضا، از قدیم چنین اقتضا داشته که دست اندرکاران  
دادگستری به ویژه قضات خود را از چنان آزادی و بی‌قیدی در ارتباطات، هر چند سالم و  
طبیعی باشد، برخوردار نمی‌دانستند تا همواره از اقتاد در دامهایی که ممکن است خواسته یا  
ناخواسته به واسطی ارتباطات، گرفتار آن آیند، دور باشند.
- ۲- با پایان یافتن خدمت هر کارمند، باید از تجربیات علی‌الاصول سی‌ساله او بهره



برد و اجازه فعالیت دیگر، بهتر یا هم سطح را برای او فراهم آورد. در این راستا کارکنان دستگاه قضا و نیز کارکنان حقوقی دیگر دستگاه باید این حق را داشته باشند که پس از بازنشستی، از پایشند و به ادامه فعالیت های حقوقی قبلی خویش قیام نمایند.

نگاهی به وضعیت امروز وکالت، از همین منظر قابل توجه است:

قضاتی علی الاصول خدوم و مخلص به طور طبیعی و پس از سال ها تلاش و پس از تقاضای متعدد، از خدمت قضایی بازنشسته شده، به استناد قانون، تقاضای اخذ پروانه وکالت می نمایند و قضاتی دیگر به منظور ورود به جرگه ی وکالت، خدمت خویش را به هردلیل، ناتمام رها نموده و با بازخریدی، بازنشستی، استعفا و غیره متقاضی ورود به حرفه ی وکالت می شوند. کارکنان دستگاه قضا و دیگر کارکنان قضایی دوائر دولتی نیز به استناد قانون، تقاضای صدور پروانه کارآموزی می نمایند.

قاضی و کارمند حق خود می دانند که پس از سالیانی خدمت، بدون هرگونه تعلل و کوتاهی، به وکالت برگزیده شوند و خدمات شایان خویش را در عرصه های جدید ارائه دهند و هرگونه تاخیر در این راه از سوی قانون ها را به هیچ دلیلی منطقی ندانند و بر نمی تانند و قانون ها و هیات مدیره ها را به انواع کتوت فکری، خودمخوری، سوء استفاده از موقعیت و... می ستانند.

عموم جامعه ی وکالت از برگزیدگان و نمایندگان خود به عنوان هیات مدیره قانون ها



می خواهند که در راستای تدبیر امور آنان گام‌های اساسی بردارند و در این راستا با دست باز به اعطای پروانه وکالت و یا کارآموزی به کسانی که تا دیروز قاضی یا کارمند مجموعه‌ای بوده‌اند و حقوقی غالباً در خور، به عنوان پاداش و بازتعمیر داشته و می‌دارند و امروز با همان همکاران دیروز خود در قالب وکیل مواجه می‌شوند، برخورد نمایند.

سوال وکلا عموماً این است که هر موکل برای پیشبرد پرونده خویش به کدامیک از این دو

نفر مراجعه می‌کند:

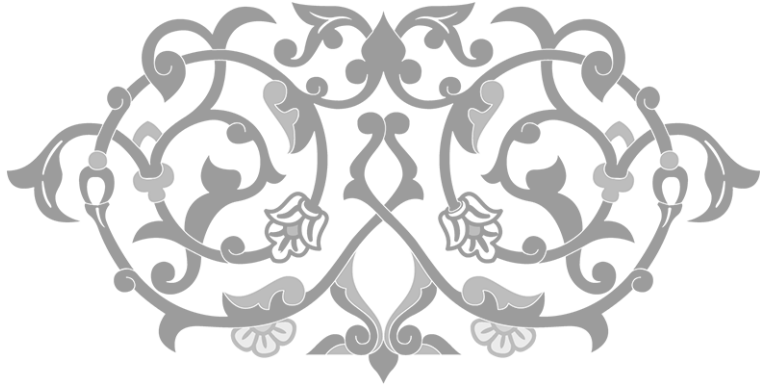
- وکیلی که امروز پا به دادگستری گذاشته و به نوعی غریبه است؟
- یا وکیلی که تا دیروز در صحن دادگستری همکار کسانی بوده که امروز سرنوشت پرونده به

دست آنان است؟!

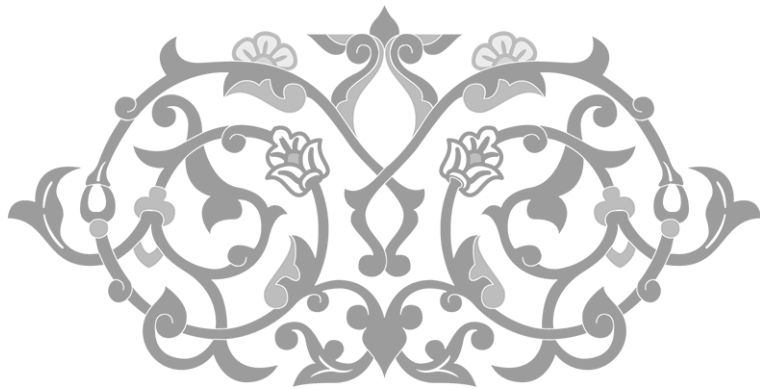
بالاخره چگونه می‌توان منکر تفاوت‌تأثیر همکار دیروز با وکیل امروز بود؟

معضل تصمیم در خصوص «ادامه تحصیلات» نیز همچون موضوع «ادامه اشتغال» از جوانب مختلف قابل بررسی و اظهار نظر است و دقت در آن می‌تواند موجب رفع برخی مشکلات گردد که در شماره آتی به لطف الهی به آن خواهیم پرداخت.

مدیر مسئول



# مقالات





# نقد یک رأی؛ مطالبه خسارت تأخیر تأدیه

## در خصوص خواسته مطالبه خسارت

دکتر محمد مهدی الشریف<sup>۱</sup>

سید وحید صادقی<sup>۲</sup>

خسارت تأخیر تأدیه نهادی است که بعد از فراز و نشیب زیاد در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به رسمیت شناخته شده است. متأسفانه عدم شناخت مبانی و مفاهیم موجود در این ماده، منجر به صدور آرای می‌شود که درخور نقض است. یکی از سؤالات در خصوص ماده ۵۲۲ این است که آیا الزام به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه شامل مواردی که میزان دین از قبل مشخص نیست و با ارجاع امر به کارشناسی مشخص می‌گردد، می‌شود؟ تشتت آرا در این زمینه کم نیست. برخی آرا بعد از صدور حکم نهایی و صدور اجرائیه بدهکار را مستحق خسارت تأخیر تأدیه می‌دانند، برخی شعبات از زمان قطعی شدن نظر کارشناس، برخی شعبات از زمان دادخواست و حتی برخی شعبات قبل از دادخواست و از زمان ارسال اظهارنامه! در ادامه به بررسی یکی از آرا محاکم اصفهان خواهیم پرداخت. به نظر می‌رسد نظری که بدهکار را بعد از صدور حکم نهایی و اجرائیه

---

۱. عضو هیات علمی دانشگاه اصفهان، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. دانشجوی دکتری دانشگاه اصفهان، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز.



مستحق خسارت تاخیر تادیه میداند صائب می‌باشد.

### شرح پرونده:

در این پرونده برخی از وراث در سال ۱۳۷۵، منافع مغازه موروثی را در قالب عقد اجاره واگذار میکنند و این اجاره سبب ایجاد حق حق کسب و پیشه برای مستاجر می‌گردد. در سال ۱۳۸۹ برخی وراث دیگر به علت فصولی بودن اجاره، علیه مستاجر طرح دعوا نموده و موفق به خلع ید مستاجر میشوند. مستاجر که حق کسب و پیشه خویش را زائل شده دیده، در شهریور ۱۳۹۱ علیه وراث به استناد قاعده تسبیب طرح دعوا مطالبه خسارت نموده و دادگاه بدوی بعد از ارجاع امر به کارشناس یک نفره (اردیبهشت ۱۳۹۳) و سه نفره (اسفند ۱۳۹۴) و تعیین میزان حق کسب و پیشه، در آبان ۱۳۹۵ حکم به محکومیت وراث (موجرین) صادر میکند. این رای در مرحله تجدیدنظر با اصلاح جزئی در مرداد ۱۳۹۶ تایید می‌گردد.

مستاجر با طرح دعوا مجدد علیه وراث این بار خواستار خسارت تاخیر تادیه مبلغ محکومیت فوق از تاریخ دادخواست می‌شود.

دادگاه بدوی حکم به محکومیت خواندگان به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ ارائه نظر کارشناسی مورخ اردیبهشت ۱۳۹۳ (کارشناس یک نفره) تا زمان پرداخت محکومیه، مورخ خرداد ۱۳۹۸ صادر میکند.

از رای فوق تجدیدنظر خواهی شده و دادگاه تجدیدنظر اصفهان با اصلاح مبدا محاسبه خسارت تاخیر تادیه از تاریخ نظریه هیات سه نفره کارشناسی یعنی اسفند ماه ۱۳۹۴ حکم دادگاه بدوی را تایید میکند.

متن رای دادگاه بدوی به این شرح است: «در خصوص دعوی آقای ع.ب به طرفیت خانمها ۱-م.ج ۲-ف.ج به خواسته مطالبه خسارت تاخیر تادیه به مبلغ دویست و بیت و پنج میلیون تومان از تاریخ شهریور ۱۳۹۱ به انضمام خسارت دادرسی به شرح دادخواست تقدیمی دادگله با عنایت به مفاد دادخواست توجهها به دادنامه مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۹ این شعبه و دادنامه مورخ ۹۶/۵/۱۷ اصداری دادگاه تجدیدنظر محتویات پرونده کلاسه ۹۱۰۶۰۸

۹



این شعبه و نظر به اینکه وکلای محترم خوانده ردیف اول دفاع موثری در قبال دعوی به عمل نیاورده‌اند و دیگر خواندگان با وصف ابلاغ قانونی در جلسه رسیدگی حاضر نشدند و هیچ دفاع موثری در قبال دعوی به عمل نیاورده‌اند لذا دعوی را وارد و ثابت دانسته مستندا به مواد ۱۹۴-۱۹۸-۵۱۹-۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خواندگان به پرداخت مبلغ سیصد و چهل میلیون تومان به عنوان خسارت تاخیر تادیه از تاریخ ازائه نظریه کارشناسی مورخ اردیبهشت ماه ۱۳۹۳ تا زمان پرداخت محکوم به مورخ خرداد ۱۳۹۸ و نیز پرداخت خسارت دادرسی طبق تعرفه قانونی در مرحله نخستین در حق خواهان صادر و اعلام می‌گردد رای صادره نسبت خوانده ردیف دوم غیابی میباشد و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل واخواهی در این دادگاه است و رای نسبت به خوانده ردیف اول حضوری است و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان اصفهان است.»

رای تجدیدنظر: «در خصوص تجدیدنظر خواهی م.ج نسبت به دادنامه مورخ ۹۸/۱۱/۳ که متضمن حکم به محکومیت تجدیدنظر خوانده به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ اردیبهشت ۱۳۹۳ تا زمان پرداخت خرداد ماه ۱۳۹۸ و نیز پرداخت خسارت دادرسی در حق ع.ب است، از توجه به محتویات پرونده و استدلال مندرج در دادنامه و اینکه تجدیدنظر خواه قبل از مشخص شدن دین استحقاق دریافت خسارت تاخیر تادیه را ندارد و چون دادنامه شماره ۹۶۰۸۰۴ صادر شده از این دادگاه بر مبنای نظریه هیات سه نفره کارشناسی که در مورخ ۹۴/۱۲/۸ تقدیم شده، میباشد. لذا تجدیدنظر خوانده استحقاق دریافت خسارت تاخیر تادیه به ماخذ محکوم به بر اساس شاخص بها کالا و خدمات از تاریخ اسفند ماه ۱۳۹۴ لغایت زمان پرداخت محکوم به را دارد. از این رو دادنامه تجدیدنظر خواسته در قسمت صدور حکم به پرداخت خسارت تاخیر تادیه از مورخ اردیبهشت ۱۳۹۳ لغایت اسفند ۱۳۹۴ نسبت به میزان محکومیت خانم م.ج در خور نقض است باستناد به مواد ۳۵۸ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض این قسمت از دادنامه حکم به بی حقی آقای ع.ب صادر می‌گردد. بنابر مراتب پیشگفته دادنامه تجدیدنظر خواسته در قسمت محکومیت خانم م.ج به پرداخت خسارت تاخیر تادیه تا زمان پرداخت خرداد ۱۳۹۸ خالی از اشکال و موافق



قانون است. به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با رد تجدیدنظر خواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته در قسمت مذکور و پرداخت خسارت دادرسی مربوطه تایید میگردد. این رای قطعی است.»

## نقد رای:

بنا به دلایل زیر مطالبه خسارت تاخیر تادیه در این دعوا آن هم از تاریخ تقدیم درخواست مخالف با قانون بوده و کاملاً مردود است. دلایل مدعی فوق به قرار زیر است:


۱. مستند دریافت خسارت تاخیر در حقوق ایران ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م است و البته مطالبات مستند به چک قانون خاص خود را دارد. موضوع ماده ۵۲۲ به تصریح خود ماده «دین از نوع وجه رایج» و شرط مطالبه نیز مطالبه طلبکار و تمکن مدیون است. اولین ایراد درخواست خواهان این است که خواسته اولیه ایشان، از مقوله دیون نبوده بلکه از قسم حقوق است. به بیان روشن تر خواهان محترم مدعی حق کسب و پیشه بوده در حالی که موضوع ماده ۵۲۲ دین یعنی مال کلی و بر ذمه است.

۲. حتی با فرض دین قلمداد کردن حق کسب و پیشه، خسارت تاخیر همانگونه که از نام آن پیدا است فرع بر «تأخیر» مدیون در ادای دین است. هر چند قانون برای تحقق تاخیر در تادیه دین «مطالبه» و «تمکن» را لازم دانسته اما با اندک دقتی می‌توان فهمید که «مطالبه» و موثر بودن آن در صدق تاخیر خود متوقف بر چند شرط است که یکی از آنها حال بودن دین و دیگری مشخص بودن میزان دین است. کاملاً ساده اندیشی است اگر گمان کنیم هر مطالبه‌ای استحقاق خسارت تاخیر را بدنبال دارد. با تامل در ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. بخوبی می‌توان فهمید که مقصود مقنن از اشتراط «مطالبه» و



«تمکن» برای امکان دریافت خسارت تاخیر بیان شرایطی بوده که در صورت اجتماع آنها، مدیون قانونا «مکلف» به پرداخت دین بوده و تعلق در انجام این تکلیف ضمانت اجرای خسارت تاخیر را برای مدیون بدنبال دارد. بنابر این تا زمانی که مدیون قانونا مکلف به ادای دین نیست، خسارت تاخیر نیز منتفی است. پس نکته اصلی در تشخیص استحقاق دریافت خسارت تاخیر تادیه این است که ببینیم مدیون از چه زمانی قانونا موظف به پرداخت بوده و از همان زمان برای تاخیر وی ضمانت اجرای خسارت تاخیر در نظر بگیریم. بر این اساس در پرونده حاضر باید روشن نمود که موکل قانونا از چه زمانی مکلف به پرداخت حق کسب و پیشه به خواهان محترم بوده تا بتوان بر اساس آن مبدء تاخیر را مشخص نمود. مسلما دادگاه محترم تصدیق خواهند فرمود که موکل از زمان تقدیم دادخواست مطالبه حق کسب و پیشه تکلیف به پرداخت آن نداشته زیرا اصل استحقاق خواهانها محل نزاع و محتاج مرافعه قضائی بوده و این تکلیف پس از حکم دادگاه بر عهده موکل قرار گرفته و خوشبختانه موکل پس از ثبوت تکلیف قانونی ظرف مهلت مقرر به انجام تکلیف خود اقدام نموده است.

۳. مسلم بودن دین نیز از شروط مطالبه خسارت تاخیر تادیه است. زیرا وقتی در اصل استحقاق مدعی طلب تردید وجود دارد نمی‌توان انتظار داشت که مدعی علیه، ادعای خواهان را مسلم فرض کرده و بجای مناقشه در استحقاق مدعی، بدوا مبلغ مورد ادعای وی را بپردازد. بنابر این در پرونده‌هایی همچون پرونده حاضر که اصل استحقاق خواهانها نسبت به حق کسب و پیشه محل اختلاف و نزاع بوده و نهایتا با رای دادگاه چنین حقی تثبیت گردیده، بحث خسارت تاخیر از زمان طرح دادخواست اولیه به هیچ روی موجه نیست. زیرا بدون شک تا قبل از



صدرور رای قطعی، قانونا هیچ تکلیفی متوجه خواننده نبوده تا عدم انجام آن را تاخیر در انجام تکلیف قلمداد نماییم.

۴. تکلیف به پرداخت خود مستلزم شرط دیگری یعنی مشخص بودن میزانی است که مدیون مکلف به پرداخت آن است. اساسا چگونه می‌توان از تکلیف به پرداخت سخن گفت در حالی که میزان و موضوع تکلیف روشن نیست و منوط به رسیدگی و اظهار نظر کارشناس و پذیرش آن از سوی دادگاه است. شرط معلوم بودن میزان دین نیز برای تحقق تکلیف به اداء و به تبع آن تحقق تاخیر در اداء امری بدیهی است. زیرا عقلا تکلیف به امر مجهول تعلق نمی‌گیرد و تا مشخص نباشد مدیون چه میزان باید بپردازد، نمی‌توان وی را به عنوان تاخیر در اداء دینی که نمی‌داند چقدر است ملامت نمود و یا از وی مطالبه خسارت کرد.

۵. برای روشن تر شدن موضوع و تفاوت مواردی همچون سرقفلی با سایر دیون می‌توان آن را با سایر دیون پولی مقایسه کرد. بطور قطع در سایر دیون چنانچه اجل آن رسیده باشد مدیون قانونا مکلف به ادای آن است و تکلیف به اداء قانونا فرع بر صدور حکم دادگاه نیست و مراجعه به دادگاه برای الزام شخص ممتنع به انجام وظیفه خود است. دقیقا به همین دلیل در مورد سایر دیون، خسارت تاخیر قابل مطالبه است زیرا به حسب فرض مدیون در ادای دین و انجام وظیفه خود تعلل و تاخیر کرده و طلبکار مجبور به توسل به محکمه شده است در حالی که در مورد حق کسب و پیشه، مسلما به صرف مطالبه مدعی اعم از مطالبه شفاهی یا اظهار نامه یا طرح دعوا، تا قبل از حکم دادگاه تکلیفی متوجه مدیون نیست. بنابر این تصدیق به این مطلب نیاز به تامل چندانی ندارد که اگر طلبکار طلبی را مطالبه کند که اولاً اصل استحقاق وی مسلم نیست و ثانیاً میزان آن مشخص



نیست و منوط به اظهار نظر کارشناس تحت نظر دادگاه است، مسلماً تا قبل از روشن شدن میزان دین، تکلیفی متوجه مدیون نیست تا بتوان سخن از تاخیر به میان آورد.

۶. ممکن است گفته شود رأی دادگاه در این موارد اعلامی است و حکایت از دین سابق دارد. این شبهه کاملاً نادرست است. زیرا اولاً سرقفلی برای اینکه تبدیل به مبلغ ریالی شود محتاج حکم دادگاه است زیرا سرقفلی یا حق کسب و پیشه چیزی جز حق مستاجر بر بقای در عین مستاجره که یک حق عینی است، نمی‌باشد و تنها با حکم دادگاه است که تبدیل به دین ریالی و حق دینی شده و بر ذمه محکوم علیه قرار می‌گیرد ثانیاً حتی با فرض اعلامی بودن، سخن بر سر تکلیف به پرداخت است نه اصل مدیونیت و تردیدی نیست که به صرف دادخواست مطالبه سرقفلی، خوانده مکلف به پرداخت نبوده تا سخن از تاخیر او گفت ثالثاً اعلامی بودن رأی دادگاه ملازمه‌ای با امکان مطالبه خسارت از زمان تقدیم دادخواست ندارد. زیرا در مواردی همچون خسارات ناشی از اتلاف و تسبیب که بدون شک رأی دادگاه اعلامی است، هیچکس ادعا نموده که به محض تقدیم دادخواست مطالبه خسارت، خوانده مکلف به اداء بوده و از همین رو هیچگاه در دادگستری سابقه نداشته که دادگاهی بابت خسارات ناشی از اتلاف و تسبیب حکم به خسارت تاخیر از زمان تقدیم دادخواست یا اظهارنامه مطالبه داده باشد؛ خواه در ضمن دادخواست چنین درخواستی شده یا بعداً تقدیم شده باشد و دلیل این رویه مسلم و قطعی نیز جز این نیست که مبلغ بدهی در زمان مطالبه معلوم نیست و تا دادگاه بر مبنای نظر کارشناس مبلغ را معلوم نسازد و حکم به پرداخت آن ندهد، تاخیر در ادای دین معنا ندارد.

۷. نکته بسیار مهم دیگری که در این میانه مغفول واقع شده تفاوت



اساسی بین مطالبه حق کسب و پیشه و تجارت و سایر دیون از نوع وجه رایج از حیث نحوه محاسبه خسارت است. در مطالبه سرقفلی دادگاه وقتی موضوع را به کارشناس ارجاع می‌دهد، کارشناس قیمت روز سرقفلی را مشخص می‌کند در حالیکه در سایر دیون ریالی وقتی خواهان ادعای طلبی را می‌کند و موضوع مثلاً به کارشناس حسابداری ارجاع می‌گردد، کارشناس نسبت به مبلغ طلب خواهان در زمان دادخواست یا حتی پیش از آن اظهار نظر می‌کند نه ارزش طلب به قیمت روز. بنابراین در پرونده‌های سرقفلی در واقع رشد قیمت‌ها و تورم خودبخود در نظر کارشناس ملاحظه می‌گردد و موضوعی برای محاسبه تورم و کاهش ارزش باقی نمی‌ماند. از همین رو مطالبه خسارت تاخیر تادیه در کنار خواسته مطالبه حق کسب و پیشه در دادگستری هیچگاه سابقه نداشته است. عین این وضعیت در مورد خسارات ناشی از اتلاف و تسبیب نیز مطرح است. زیرا کارشناس وقتی مثلاً خسارات ناشی از تخریب خانه را محاسبه می‌کند، خسارت را بر حسب قیمت روز ارزیابی محاسبه می‌کند نه زمان ویرانی که ممکن است مربوط به سالها پیش باشد.

۸. و اما سخن آخر اینکه دادگاه محترم گمان کرده‌اند با تعیین تاریخ نظر کارشناسی به عنوان ملاک محاسبه خسارت از اشکالاتی که در خصوص مسلم بودن اصل دین و مشخص بودن میزان آن گفته شد، رهایی می‌یابند در حالی که این راهکار نیز راه بجایی نمی‌برد. زیرا به لحاظ حقوقی تردیدی نیست که دادگاه ملزم به تبعیت از نظر کارشناس نیست و اعلام نظر کارشناسی نیست که دین و مبلغ آن را قطعی می‌کند بلکه حکم دادگاه بر مبنای نظر کارشناسی است که چنین ویژگی را دارد و لذا به لحاظ حقوقی هیچ منعی وجود ندارد که دادگاه نظر کارشناسی را موافق با اوضاع و احوال قضیه نداند و آن را



کالا یا بعضاً ردّ نمایند. بر همین اساس است که هیچکس ادعا ننموده که پس از صدور نظر کارشناسی و صرف نظر از رای دادگاه، خواننده قانوناً مکلف به انجام عمل وفق آن می‌باشد. بنابر این بدون شک شروع تکلیف به اداء دین، از زمان ابلاغ رای دادگاه و بلکه ابلاغ اجرائیه است و از این زمان است که می‌توان از تاخیر در اداء دین ریالی و قطعی سخن گفت. پس بطور خلاصه در مواردی همچون حق کسب و پیشه که اصل استحقاق خواهان و میزان طلب وی منوط به اظهار نظر قضائی است، خسارت تاخیر تادیه تنها در فرضی قابل طرح است که شخص بطور قطعی محکوم به پرداخت مبلغ مشخص ریالی شده و علیرغم صدور اجرائیه و در عین داشتن تمکن، از اداء دین امتناع نموده باشد.





# تأملی بر مبنای مسئولیت راننده و دارنده

## در حوادث ناشی از رانندگی

### با رویکرد قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵

مهسا دهینی<sup>۱</sup>

آرزو علینقیان<sup>۲</sup>

#### چکیده

هدف: در این پژوهش در راستای تبیین مبنای مسئولیت هریک از مسئولین در حوادث رانندگی به صورت تطبیقی در پرتو قوانین بیمه اجباری و مشخص نمودن مبنای مسئولیت با عنایت به قانون جدید بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ تلاش گردیده است. روش شناسی: روش مورد استفاده، تحلیلی-توصیفی بوده و برای جمع آوری اطلاعات، از شیوه کتابخانه ای استفاده شده است. یافته‌ها: یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که مبنای مسئولیت دارنده و راننده در قوانین بیمه اجباری در سالهای مختلف، وضعیت گوناگونی داشته و نظریات مختلفی در توجیه مبنا مسئولیت در این قانون مطرح شده است که از جمله می‌توان به نظریه خطر، فرض تقصیر، مسئولیت تضامنی، تضامنی و سامانه مسئولیت جمعی اشاره نمود. نتیجه گیری: به نظر می‌رسد نظریه‌های مذکور در توجیه مبنای مسئولیت در قانون جدید قابل استناد نمی‌باشد، مستند به بند پ ماده ۴ این قانون و

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)

۲. دکترای مدیریت دولتی (منابع انسانی) دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان.



ماده ۳۳۴ قانون مدنی می‌توان گفت، آنچه بر عهده‌ی دارنده خودرو است مسؤولیت مدنی و یا مسؤولیت تضامنی با راننده مسبب حادثه نیست، بلکه صرفاً تکلیفی است به اخذ بیمه اجباری که با نقض آن، دارنده ملزم به پرداخت جریمه می‌باشد. به عبارت دیگر موضوع بیمه در این قانون، مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه نیست بلکه در واقع وسیله‌ی نقلیه می‌باشد و به همین خاطر است که قانون بیمه اجباری، قانونی وسیله محور است و نه شخص محور. به همین خاطر حتی مواردی وجود دارد که در آن راننده وسیله نقلیه تقصیری در ورود ضرر به زیان دیده نداشته فلذا استناد به نظریه تقصیر منتهی است، با این وجود، قانون‌گذار بیمه‌گر و صندوق را ملزم به جبران خسارت نموده است برای نمونه می‌توان به جبران ناشی از فورس ماژور و قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی اشاره نمود که در واقع حرکت از مسؤولیت محض به سمت مسؤولیت مطلق می‌باشد.

طبقه بندی موضوعی: G۲۲, K۴۰, K۱۳

**کلمات کلیدی:** مسؤولیت محض، شخص ثالث، مسؤولیت مدنی، مسؤولیت مطلق،

فورس ماژور

### مقدمه

هرساله تصادفات رانندگی در ایران منجر به خسارتهای هنگفتی می‌شود. علاوه بر این باید توجه داشت که وقوع یک حادثه رانندگی تنها منتسب به یک عامل نمی‌باشد بلکه مجموعه‌ی پیچیده‌ای از عوامل در ایجاد حادثه دخیل هستند. حوادث رانندگی اغلب در اثر بی احتیاطی و اشتباه از جانب راننده‌ی مسبب حادثه، صورت می‌گیرد با این حال، خسارتهای ناشی از این بی احتیاطی و اشتباه ممکن است چنان گزاف باشد که عامل زیان را در جبران آن به مشقت اندازد تا جایی که جبران خسارت زیان دیده را ناممکن گرداند. توجه به این امر در حقوق ایران منجر به تصویب قانون بیمه اجباری نخستین بار در سال ۱۳۴۷ گردید. با این حال، احساس عمومی ایجاب می‌کرد، طرح‌های تکمیلی با فراتر رفتن از پوشش بیمه نامه و قوانین کهن و سنتی مسؤولیت مدنی (تئوری تقصیر) در جهت جبران خسارت زیان دیدگان این حوادث خاص برآیند. در همین راستا قانون بیمه



اجباری در سال ۱۳۸۷ اصلاح و نهایتاً در سال ۱۳۹۵ قانون جدید به تصویب رسید. با عنایت به قوانین بیمه اجباری باید گفت هر یک از راننده و دارنده دارای مسئولیت و تکالیفی هستند اما آنچه در این پژوهش درصدد بررسی آن هستیم مبنای مسئولیت هریک از آنان با عنایت به قانون جدید می‌باشد. به همین خاطر، دقت نظر در خصوص تغییرات قانون جدید نسبت به نمونه‌های سابق خود، لازم و ضروری است.

از جمله تغییرات حائز اهمیت قانون بیمه اجباری در وهله‌ی نخست تغییر عنوان قانون از "بیمه اجباری مسوولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث" در سال ۸۷ به "بیمه‌ی اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث" در سال ۹۵ بود. به این ترتیب، واژه‌ی مسوولیت مدنی به ظاهر از عنوان قانون حذف گردید و این سوال را مطرح نمود که آیا تغییر لفظی در عنوان قانون به تغییر محتوایی یعنی حذف مفهوم مسوولیت مدنی و به عبارت دیگر تغییر در مبنای مسئولیت راننده و دارنده، منجر گردیده یا خیر؟ آیا این تغییر به این معنا است که بیمه موضوع این قانون، بیمه مسوولیت مدنی نمی‌باشد؟ به عبارت دیگر آنچه به موجب قانون جدید، بر عهده دارنده قرار گرفته مسئولیت است یا تکلیف؟ علاوه بر این، آنچه بر عهده راننده قرار گرفته، با چه مبنایی قابل توجیه است؟

از سوی دیگر، مستنداً به ماده ۷ قانون جدید عبارت "هر نوع سانحه ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه" در اقدامی بی‌سابقه به تعریف حادثه ملحق گردید و از طرفی فورس ماژور نیز از موارد خارج از پوشش بیمه نامه حذف گردید. اکنون سوال این است که تبیین نقش فورس ماژور در جبران خسارات ناشی از حوادث رانندگی، چه نقشی در تعیین مبنای مسئولیت هر یک از اشخاص دارد؟

در این پژوهش، ابتدا به بررسی مفاهیم پرداخته شده و سپس نظریات مختلف در خصوص مبنای مسئولیت دارنده و راننده در قوانین ۱۳۴۷، ۱۳۸۷ و ۱۳۹۵ مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت با امعان نظر به رویکرد قانون جدید بیمه اجباری، نتیجه‌گیری شده است.



## ۱. مفاهیم

### ۱-۱. مفهوم مسؤولیت مدنی در معنای خاص

مقصود از مسؤولیت مدنی به معنای خاص آن است که شخصی به سبب ورود زیان به دیگری، بدون آنکه بین او و زیان‌دیده قراردادی بسته شده باشد مسؤل قرار بگیرد. از این مسؤولیت که پاره‌ای از قواعد عمومی و اصول کلی آن در قانون مدنی در ذیل عنوان «الزامات بدون قرارداد» آمده است، به ضمان قهری نیز تعبیر می‌کنند. این قسم از ضمان یا مسؤولیت که به حکم قانون و بدون دخالت اراده ایجاد می‌شود ضمان قهری یا مسؤولیت مدنی (به معنای خاص) نام دارد. در اکثر موارد مسؤولیت مدنی به معنای خاص استعمال می‌شود و این اصطلاح در برابر مسؤولیت‌های ناشی از نقض قرارداد یا تاخیر در اجرای آن قرار می‌گیرد. (قاسم زاده، ۱۳۹۵).

حقوقدانان بر این عقیده‌اند که الزام به جبران خسارت در مسؤولیت قهری منطبق با وقایع حقوقی می‌باشد که در دسته بندی اسباب ایجاد تعهد از آن نام برده شده و مشتمل است بر رویدادهایی که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود. چنانکه در قانون مدنی به اثر این وقایع تحت عنوان الزامات خارج از قرارداد و ضمان قهری اشاره شده است. از این رو برخی معتقدند که «هیچ اصطلاحی همانند وقایع حقوقی نمی‌تواند اسباب پراکنده و گوناگون تعهدات قهری را در خود جمع کند و بر این اساس استدلال می‌کنند». (کاتوزیان، ۱۳۷۴).

مسؤولیت، تعهد قانونی شخصی است بر رفع ضرری که به دیگری وارد آورده است، خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود باشد یا از فعالیت او ایجاد شده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶).

بنابراین لازم نیست که قرارداد یا تعهدی از قبل وجود داشته باشد تا مسؤولیت به جبران خسارت محقق گردد بلکه هر گونه مسؤولیت قانونی که فاقد مشخصات مسؤولیت قراردادی باشد مسؤولیت خارج از قرارداد نامیده می‌شود. (همان، ص ۶۴۳).

در فقه امامیه از مطالعه فروع گوناگون مربوط به مسؤولیت مدنی تحت عنوان



«ضمانات» بر می‌آید که از دیدگاه فقها، این دسته مسؤولیت به دو قسم قهری و قراردادی قابل تقسیم است. اما در کلام اکثر فقها، مسؤولیت متعهد قراردادی همان مسؤولیت قهری دانسته شده و بر این مبنا گفته می‌شود در فقه اسلامی این دو مسؤولیت واحد محسوب می‌شوند زیرا مسؤولیت پزشکی، متصدی حمل و نقل، که مسؤولیت قراردادی است در کنار عناوین موجب مسؤولیت قهری مانند غصب و اتلاف مورد بحث قرار گرفته است. (باریکلو، ۱۳۸۵).

در نتیجه مسؤولیت مدنی به معنای خاص به مفهوم وظیفه‌ای است که شخص به منظور جبران خسارت وارده به دیگری دارد؛ که این خسارت می‌تواند مادی باشد مانند تخریب دیوار همسایه به دلیل برخورد با اتومبیل و یا غیرمادی و از جنس خسارت معنوی باشد. به عبارت دیگر در مسؤولیت مدنی به معنی خاص با ضرر و زیان سر و کار داریم. (افشار قوچانی، ۱۳۸۹).

## ۲-۱. وسیله‌ی نقلیه‌ی موتوری زمینی و دارنده‌ی آن

مطابق بند ۱۰۸ ماده‌ی ۱ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، به هر نوع وسیله‌ی نقلیه‌ای که دارای حداقل یک چرخ در جلو و دو چرخ در عقب بوده و دارای موتور و سامانه انتقال قدرت است و برای حمل بار یا انسان به کار می‌رود که به آن خودرو نیز گفته می‌شود، وسیله‌ی نقلیه موتوری می‌گویند.

مطابق بند ۹۹ ماده‌ی ۱ آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی به هر نوع وسایل موتوری و غیرموتوری و موتورسیکلت که برای جابه‌جایی انسان و کالا در راه به کار برده می‌شود وسیله‌ی نقلیه می‌گویند.

قانونگذار در قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری مصوب ۸۷، وسایل نقلیه موتوری زمینی را، مشمول این قانون دانسته است. به طور مثال اگر شخصی با تیلر کشاورزی به کسی صدمه بزند نیز مشمول این قانون می‌باشد. بنابراین هر وسیله‌ی نقلیه موتوری که روی زمین حرکت نمی‌نماید مانند کشتی و هواپیما را از شمول این قانون خارج می‌شود.



### ۱-۳. دارنده وسیله نقلیه

تبصره ۱ ماده‌ی ۱ قانون بیمه اجباری ۹۵، دارنده را اینگونه تعریف نموده است: «دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله‌ی نقلیه است و هر کدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده‌ی را تحصیل نماید تکلیف از دیگری ساقط می‌شود». برخی از حقوق‌دانان معتقدند که مقصود از دارنده وسیله‌ی نقلیه، شخصی است که وظیفه حفظ و نگهداری یا به تعبیر دیگر اداره وسیله‌ی نقلیه را به عهده‌ی دارد. بعضی دیگر معتقدند که، کسی که متصرف واقعی و حافظ و حکمران در وسیله‌ی نقلیه است، دارنده نامیده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۶). واژه دارنده مبهم است و از آن به خوبی بر نمی‌آید که مقصود مالک است یا متصرف یا هر دو. از مفاد ماده‌ی یک قانون بیمه اجباری که دارنده وسیله‌ی نقلیه را مکلف به بیمه کردن مسؤولیت خود کرده است، و هم چنین از ماده‌ی ۳ همان قانون که مقرر می‌دارد: «از تاریخ انتقال وسیله‌ی نقلیه، کلیه تعهدات ناشی از قرارداد بیمه به منتقل‌الیه وسیله‌ی نقلیه منتقل می‌شود» به خوبی برمی‌آید که مقصود از «دارنده» مالک اتومبیل است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲).

### ۱-۴. تعریف بیمه

در فرهنگ معین بیمه چنین تعریف شده است: "عملی است که اشخاص با پرداخت وجهی، قراردادی منعقد می‌کنند که در صورتی که موضوع بیمه گذاشته شده، به نحوی از انحاء در مخاطره افتد، شرکت بیمه از عهده‌ی خسارت برآید." (معین، ۱۳۷۸). ماده‌ی یک قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ نیز در تعریف بیمه چنین بیان می‌دارد: "بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازاء پرداخت وجه یا جوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد." ایراد تعریف مذکور در قانون این است که ماهیت تعاونی و مکانیسم فنی و ضوابط آماری بیمه را منعکس نمی‌کند، در حالی که حرفه‌ی بیمه‌گری، سازمان دادن به تعاون و همیاری اشخاص در معرض خطر به منظور جبران خسارت‌ها و تأمین سرمایه‌ی لازم است. (محمدی، ۱۳۸۵).



به همین جهت عده‌ای از نویسندگان سعی در ارائه‌ی تعریفی جامع‌تر از بیمه نموده‌اند. بر اساس این تعریف بیمه عبارت از عملی است که بر پایه‌ی آن مؤسسه‌ی بیمه‌گر، اشخاصی را که بر اثر خطرها و حوادث احتمالی ممکن است زیان ببینند، در ازای دریافت حق بیمه و به منظور جبران خسارت، گردآوری می‌نماید و مجموعه خطرهایی را مطابق موازین آماری به عهده می‌گیرد. (محمود صالحی، ۱۳۷۲).

## ۱-۵. بیمه‌ی مسؤولیت مدنی

عموماً رشته‌های گوناگون بیمه‌ی بازرگانی را به طور معمول بر حسب تکنیک و طبیعت و یا بر اساس موضوع آن‌ها بخش بندی می‌کنند. در تقسیم بندی متکی بر تکنیک و سرشت عملیات، بیمه‌ها را با بیمه‌های غرامتی و بیمه‌های تشکیل سرمایه تقسیم بندی می‌کنند.

بر این اساس انواع بیمه‌های اموال و مسؤولیت مدنی جزء بیمه‌های غرامتی (خسارتی) و انواع بیمه‌های عمر جزء بیمه‌های تشکیل سرمایه (سرمایه‌ای) می‌باشند. (محمدی، ۱۳۸۵). اما در تقسیم بندی بر اساس موضوع، بیمه‌ها را به سه رشته بیمه‌های اموال، بیمه‌های اشخاص و بیمه‌های مسؤولیت مدنی دسته بندی می‌کنند. (کریمی، ۱۳۷۴).

در ایران نیز به موجب قانون اداری امور شرکت‌هایی بیمه مصوب ۱۳۶۷ رشته‌های گوناگون بیمه شامل سه رشته‌ی فوق می‌باشند. در بیمه‌های اموال موضوع بیمه شامل هر مال عینی است. این بیمه که قدیمی ترین نوع بیمه است با بیمه‌های دریایی آغاز شد و تحول آن در قرن هفده و هجده میلادی در مورد بیمه‌های حوادث و آتش سوزی بوده است. (معزی، ۱۳۸۶).

بیمه‌های اموال در حال حاضر عمدتاً در قالب‌های بیمه بدنه اتومبیل، بیمه آتش سوزی، سرقت و... ارائه می‌گردد. در بیمه‌های اشخاص موضوع بیمه عبارت است از حیات یا سلامت شخص انسان. بیمه‌های اشخاص را به سه دسته عمده تقسیم کرده‌اند. بیمه‌های عمر، بیمه‌های حوادث و بیمه‌های بیماری. (ابراهیمی، ۱۳۷۵).

یکی دیگر از انواع بیمه که امروز با توجه به نوع زندگی و ضرورت‌های اجتماعی در میان مردم متداول گردیده، بیمه‌ی مسؤولیت مدنی است. اصولاً هر شخصی ممکن



است به سبب انجام عملی یا خودداری از انجام عملی موجب زیان شخص دیگر و ملزم به جبران خسارت از وی گردد.

در این حالت عمدتاً در دارایی مسئول حادثه نقصانی پدید می‌آید و از طرف دیگر زیان‌دیده مستحق دریافت زیان، ممکن است با عدم توانایی زیان زنده در جبران خسارت مواجه گردد. به همین جهت است که معمولاً اشخاص مسؤولیت خود را نزد شرکت بیمه‌ای، بیمه می‌نمایند (کریمی، ۱۳۷۷). در تعریف بیمه‌ی مسؤولیت عده‌ای چنین بیان کرده‌اند: قراردادی است که به موجب آن بیمه‌گر در برابر حق بیمه تعهد می‌کند، در صورت تحقق مسؤولیت بیمه‌گذار خسارت وارده از سوی او یا خسارت وارد بر او را جبران سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷).

در این تعریف از زیان‌دیده و تعهد بیمه‌گر در مقابل او، سخن به میان نیامده است. با این وجود نمی‌توان آن را ناقص شمرد. زیرا بیمه‌گر قصد ندارد در قبال پرداخت حق بیمه در برابر شخص ثالث متعهد شود. بلکه تعهد اصلی بیمه‌گر در مقابل بیمه در این است که در صورت تحقق خسارت از سوی او، آن را جبران نماید. نکته‌ای که باید به آن توجه شود، این است که بر اساس بیمه‌ی مسؤولیت مدنی تنها خسارت‌هایی جبران خواهند شد که از خطا و تقصیر غیر عمدی بیمه‌گذار باشند. بنابراین خسارت‌های عمدی و یا ناشی از ارتکاب جرم را نمی‌توان بیمه نمود.

## ۱-۶. بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی

بیمه‌های مسؤولیت مدنی به پیروی از انواع مسؤولیت‌های مدنی ناشی از فعل اشخاص، متنوع و گوناگون اند.

در واقع هر کس بنا به نوع فعالیتی که دارد ممکن است به گونه‌ای بر اثر وقوع حادثه یا خطر، موجب زیان دیگری شود و مطابق قانون ملزم به جبران خسارت گردد. تنوع و گوناگونی بیمه‌های مسؤولیت مدنی به حدی است که پاره‌ای از نویسندگان برای آن ۲۴ نوع ذکر کرده‌اند. (کریمی، ۱۳۷۷).

یکی از مهم‌ترین بیمه‌های مسؤولیت مدنی بیمه‌ی مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث است.





حقوق مربوط به عبور و مرور وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی و قواعد حاکم بر حوادثی که در این وسایل به بار می‌آید یکی از مشکلات نظام‌های حقوقی است و هدف آن‌ها چاره‌جویی برای درد مشترکی است که هم از حیث کمیت حوادث و هم از نظر برآوردهای اقتصادی گوی سبقت را در مقایسه با سایر خسارات ربوده است.

چنان که بر اساس آمار در سال ۲۰۰۶ دنیا شاهد حداقل ۳۰۰۰ نفر تلفات حوادث ترافیکی جهانی در روز معادل ۱/۲ میلیون نفر تلفات در سال بوده و در کنار این حجم تلفات ۵۰ میلیون نفر مجروح حوادث ترافیکی در سال نیز وجود دارند. (نیکزاد، ۱۳۸۶).  
به این آمار خسارت‌های مالی ناشی از حوادث رانندگی را هم اگر بیفزاییم، اهمیت مسئله به خوبی نمایان می‌گردد.

بر همین اساس نظام‌های حقوقی بر آن شده‌اند تا اصول و قواعد سخت‌گیرانه‌ای برای انواع تخلفات رانندگی وضع کنند و برای خسارت‌های مالی و جانی که از رهگذر حوادث رانندگی برای اشخاص پدید می‌آید چاره‌اندیشی کنند. در این راه دست یاری به سوی نهادهای مختلفی دراز نموده‌اند و مهم‌ترین آن‌ها را در نهاد بیمه‌ی مسؤولیت مدنی و طرح‌های تکمیلی آن دیده‌اند. (خدابخشی، ۱۳۸۶).

در ایران نیز به منظور نیل به این هدف در سال ۱۳۴۷ «قانون بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی» به تصویب رسید که بعدها یعنی در سال ۱۳۸۷ به وسیله‌ی «قانون اصلاح قانون بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی» نسخ شد. نکته جالب آنکه، نه در قانون بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی و نه در هیچ یک از قوانین دیگر از قرارداد بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه تعریف خاصی صورت نگرفته است.

عده‌ای در تعریف این قرارداد چنین گفته‌اند: قراردادی است که به موجب آن، بیمه‌گر اتومبیلی را بیمه می‌کند که اگر به وسیله‌ی این اتومبیل به اتومبیل دیگر صدمه وارد شد، خسارت آن اتومبیل دیگر را بپردازد. (مطهری، ۱۳۶۴).



فرض تصادم دو یا چند وسیله‌ی نقلیه را در نظر گرفته است و از سایر مصادیق حوادث رانندگی مشمول قانون بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه از جمله تصادف با عابر پیاده و یا صدمه سرنشینان اتومبیل در فرض غیر از تصادف غافل بوده است .

در جایی دیگر قرارداد بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه به این نحو تعریف شده است: «قراردادی است که به موجب آن، بیمه گذار در ازای وجه یا وجوهی که به بیمه گر پرداخت می‌نماید از او می‌خواهد مسؤولیت مدنی او را در برابر اشخاص ثالث که ناشی از حوادث رانندگی است، بیمه کند». (معزی، ۱۳۸۶). این تعریف اگر چه ایرادات و نقاط ضعف تعریف پیش را ندارد، منتهای مراتب، در آن به جنبه‌ی اجباری قرارداد اشاره نشده است و بنابراین شامل تمام بیمه‌های مسؤولیت اعم از بیمه‌های اجباری و اختیاری می‌گردد. در نهایت تعریف پیشنهادی از قرارداد بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه به شرح ذیل است: قراردادی است که دارنده‌ی وسیله‌ی نقلیه به حکم قانون مکلف به انعقاد آن با شرکت‌های مجاز بیمه می‌باشد، تا بر اساس آن در ازای پرداخت حق بیمه، شرکت بیمه عهده‌دار جبران خسارت‌های جانی و مالی ناشی از حوادث وسیله‌ی نقلیه‌ی مذکور، در مقابل شخص ثالث گردد.

آنچه در خصوص قرارداد بیمه‌ی اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه به ذهن می‌رسد این است که، علی‌رغم شهرت آن در میان مردم به قرارداد بیمه شخص ثالث، قرارداد مزبور به طرفیت بیمه گر و بیمه گذار منعقد می‌گردد و لذا شخص ثالث در انعقاد آن هیچ‌گونه نقشی ندارد .

بنابراین بر خلاف عقیده عده‌ای که این نوع عقد را نوعی تعهد به نفع شخص ثالث می‌دانند (محمودصالحی، ۱۳۷۹). باید گفت اگر چه شخص ثالث از قرارداد به گونه‌ای استفاده می‌کند، اما این نفع تابعی از تعهد و مسؤولیت بیمه‌گذار است و خود از لحاظ ماهیت با تعهد به نفع شخص ثالث متفاوت است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳).

لذا طرفین این قرارداد، بیمه‌گر و بیمه‌گذار می‌باشند. بیمه گر شخصی است که در ازای دریافت حق بیمه متعهد می‌شود که هر گونه ضرر و زیان احتمالی را جبران نماید. (محمود

صالحی، ۱۳۸۴).

بدیهی است بیمه گر به عنوان یک طرف عقد بیمه می‌بایست دارای شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی یعنی اهلیت و شخصیت باشد. در کشور ما بر اساس قانون بیمه ۱۳۱۶ و ماده ۱ قانون نحوه اداره شرکت‌های بیمه مصوب ۱۳۷۵ شرکت‌های بیمه به صورت سهامی عام تشکیل و اداره خواهند شد.

بنابراین و با نظر به قسمت آخر ماده ۱ قانون بیمه‌ی اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه ۱۳۸۷، بیمه‌گر در قرارداد بیمه‌ی اجباری مسؤلیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه همواره یک شخص حقوقی است که در قالب یک شرکت سهامی با دارندگان وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی اقدام به انعقاد این قرارداد می‌نماید.

بیمه‌گذار در قرارداد بیمه‌ی اجباری، شخصی است که با پرداخت حق بیمه، مسؤلیت مدنی خود را در برابر اشخاص ثالث، بیمه می‌نماید. بیمه‌گذار نیز باید برای انعقاد قرارداد بیمه شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را داشته باشد.

بدیهی است که بر اساس ماده ۱ قانون بیمه‌ی اجباری ۱۳۸۷ بر خلاف آن چه در خصوص بیمه‌گر گفته شد بیمه‌گذار می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد.

البته لازم به ذکر است که در قانون جدید بیمه اجباری، واژه‌ی مسؤلیت مدنی حذف و عنوان قانون، به بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه تغییر یافت که این امر خود دلالت بر این مسئله دارد که بیمه‌ی اجباری در واقع نوعی بیمه‌ی اموال است، که موضوع آن وسیله نقلیه می‌باشد و نه بیمه‌ی مسؤلیت مدنی؛ چراکه در قانون مواردی وجود دارد که اصولاً شخص مسؤلیت مدنی نداشته ولیکن ملزم به جبران گردیده است.

## ۷-۱. خسارت بدنی

### ۷-۱-۱. مفهوم خسارت

خسارت و ضرر به دو صورت است؛ مادی و معنوی. مقصود از ضرر مادی آن است که



مال یا منفعت مسلمی ناقص شود یا از دست برود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶). به عبارت دیگر، ضرر مادی به معنی کاستن از دارایی شخص و پیشگیری از فزونی آن است، به هر عنوان که باشد. به بیان دیگر، هر گاه آنچه از دست رفته قابل ارزیابی به پول باشد و صدمه به حقوق مالی برسد، ضرر مالی است.

ضرر معنوی که در برابر ضرر مادی قرار می‌گیرد، ضرری است که متوجه مال زیان‌دیده نمی‌شود ولی به نفع غیرمالی آن آسیب می‌رساند که می‌توان آن‌ها را به چهار گروه تقسیم کرد: ۱- ضرر معنوی وارد بر جسم (احساس تألم) ۲- ضرر معنوی وارد بر شرف و آبرو ۳- ضرر معنوی وارد بر عواطف و احساسات ۴- ضرر معنوی ناشی از تعدی به حق ثابت فرد (السنه‌وری، ۱۹۶۴: ۸۳۳-۸۳۴).

### ۱-۲-۷. ماهیت حقوقی بیمه شخص ثالث

در یک تقسیم بندی بیمه‌ها به بیمه اجباری و اختیاری تقسیم می‌گردند. بیمه اجباری که بیمه‌ی اجتماعی نیز خوانده می‌شود بیشتر در مورد «بیمه‌های ناشی از قانون» یا «بیمه‌های اجباری» برای کارگران و طبقات کم درآمد جامعه کاربرد دارد؛ یعنی افرادی که از یک سو نیروی تولیدی جامعه محسوب می‌شوند و از دیگر سو، خود کمتر به فکر تأمین آینده و معیشت خویش هستند، در نتیجه، دولت در جهت حمایت از این قشر، به موجب قانون، ایشان را زیر چتر حمایت بیمه‌های اجتماعی قرار می‌دهد. در مقابل بیمه‌های اختیاری که بیمه بازرگانی نیز نامیده می‌شود، به بیمه‌ای اطلاق می‌شود که در آن بیمه‌گذار به میل خود و آزادانه به تهیه‌ی بیمه، اقدام می‌کند. در بیمه‌های بازرگانی، بیمه‌گذار و بیمه‌گر در مقابل هم متعهد هستند به این توضیح که بیمه‌گر در مقابل دریافت حق بیمه از بیمه‌گذار، تأمین بیمه‌ای در اختیار وی قرار می‌دهد. (کریمی، ۱۳۹۵). با توجه به تعریف ارائه شده باید گفت بیمه‌ی شخص ثالث نوعی بیمه‌ی اجباری می‌باشد از سوی دیگر در دسته بندی بیمه‌ها به اموال، اشخاص و مسوولیت، با توجه به تعریف بیمه‌های اموال به نظر می‌رسد بیمه‌ی اجباری شخص ثالث در زمره‌ی بیمه‌های اموال قرار می‌گیرد چراکه، در این نوع بیمه، موضوع تعهد بیمه‌گر یک شی قابل تقویم است.



بیمه اشیا، قراردادی برای جبران زیان وارده و پرداخت غرامت است که حداکثر تعهد بیمه گر تا سقف مبلغ بیمه شده خسارت وارده به بیمه گذار است که از مهم ترین بیمه های اشیا می توان به بیمه آتش سوزی، بیمه اتوموبیل (بدنه، سرنشین، شخص ثالث)، بیمه هواپیما و کشتی اشاره کرد. (همان، ۵۶)

همانگونه که از این تقسیم بندی بر می آید بیمه شخص ثالث ماهیتاً یک نوع بیمه اجباری است که قانون گذار در جهت حمایت از زیان دیدگان حوادث رانندگی آن را اجباری نموده است از سوی دیگر بیمه اجباری شخص ثالث با توجه به موضوعی که در قانون جدید برای آن در نظر گرفته شده، یک نوع بیمه اموال است چراکه در ماده ۲ قانون جدید بیان شده کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون مکلفاند وسایل نقلیه خود را بیمه نمایند، درست برخلاف ماده ۱ قانون ۱۳۴۷ است که اشعار می داشت کلیه دارندگان وسایل نقلیه مکلفاند مسؤولیت خود را بیمه نمایند.

از همین رو به نظر می رسد بیمه اجباری شخص ثالث از حیث دسته بندی انواع بیمه، بیمه ی مسؤولیت نبوده بلکه نوع خاصی از بیمه ی اموال است و به همین خاطر در قانون جدید به مسؤولیت مدنی مسبب حادثه اشاره ای نشده و حتی مواردی وجود دارد که شخص بدون اینکه مسؤولیت مدنی بر عهده داشته باشد، ملزم به جبران خسارت است از جمله جبران خسارت عابر پیاده مقصر در فرض عدم تقصیر راننده وفق ماده ۲۶ قانون تخلفات رانندگی.

#### ۸-۱. مسؤولیت محض (Strict Liability)

مسؤولیت محض (Strict Liability) مسؤولیتی است که مبتنی بر وجود یا اثبات تقصیر در عامل زیان با فعل زیانبار نیست و صرف ایراد ضرر برای عامل آن ایجاد مسؤولیت می کند و خواننده جز با اثبات فقدان رابطه سببیت و انتساب ضرر به قوای قاهره نمی تواند از مسؤولیت معاف شود. مسؤولیت محض، نه مستلزم اثبات تقصیر در عمل است نه در عامل به عبارت دیگر، نه تنها لازم نیست عمل، لزوماً تخطی از معیار رفتار انسان متعارف باشد، بلکه وجود عیب در خصلت، منش با انگیزه عامل نیز شرط نیست. بنابراین



مسئولیت محض، مسئولیت به نتیجه است، نه فعل و عامل زیان نمی‌تواند با اثبات این امر که رفتار او قابل سرزنش نیست یا از رفتار انسان متعارف تخطی نکرده است، از مسئولیت معاف شود. برخی از حقوقدانان ایرانی مسئولیت محض، مطلق، نوعی و عینی را مرادف هم به کار می‌برند، ولی از این اختلاط باید پرهیز کرد. (بادینی، شعبانی کندسری، رادپور، ۱۳۹۱). به عبارت دیگر، مسئولیت بدون تقصیری است که اثبات خلاف آن برای خواننده وجود ندارد، حتی اگر ثابت شود عامل ورود زیان امر خارجی بوده و خواننده هیچ تقصیری مرتکب نشده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴).

## ۹-۱. مسئولیت مطلق و عینی (Absolute Liability)

مسئولیت مطلق مسئولیتی است که در آن ورود خسارت تنها شرط لازم برای مسئول شناختن خواننده است و حتی احراز رابطه سببیت میان فعل او و ورود زیان نیز حذف شده است. بنابراین، این نوع مسئولیت را می‌توان شدیدترین نوع مسئولیت نام نهاد. مسئولیت غاصب (ماده ۳۱۵ ق.م.و) و کسی که در حکم غاصب است (مواد ۳۱۰، ۴۹۳ و ۶۳۱ ق.م.و) نمونه‌ای از مسئولیت مطلق در حقوق ایران است. (بادینی، شعبانی کندسری، رادپور، ۱۳۹۱). برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند مسئولیت مطلق، آخرین درجه‌ی سختگیری و نشانه‌ی رهایی از هرگونه قیدی است در حالی که مسئولیت محض در مصداق‌هایی به کار می‌رود که برای مسئول عذرهای دفاعی کم و بیش وجود دارد. (جعفری، ۱۳۸۷).

## ۲. بررسی مبنای مسئولیت در قوانین سابق بیمه اجباری

### ۲-۱. قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسائل نقلیه موتوری

#### زمینی در مقابل شخص ثالث ۱۳۴۷

نخستین قانون بیمه اجباری در سال ۱۳۴۷ به تصویب رسید که در ماده ۱ این قانون علاوه بر تکلیف دارنده وسیله به بیمه کردن وسیله، اصل بر مسئولیت دارندگان قرار داده شده بود و با توجه به بند ۱ ماده ۴ که خسارات ناشی از فورس ماژور از قبیل جنگ، سیل و زلزله از شمول بیمه خارج می‌شد، مبنای مسئولیت بر اساس نظریه خطر و مسئولیت



عینی قابل توجیه بود. بنابراین، اگر دارندگان وسایل نقلیه با شرکت بیمه وجود قوه قاهره (Force majeure) را اثبات می‌کردند از مسئولیت معاف می‌شدند. (ره پیک، ۱۳۹۰).

قانون سال ۱۳۴۷ مبتنی بر نظریه خطر، دارندگان وسایل نقلیه را مسئول جبران خسارت وارد به اشخاص ثالث دانسته است. مطابق این نظر هر کس در اثر فعالیت خود، محیط خطرناک ایجاد کند و موجب بروز خسارت به دیگران شود، مسئولیت مدنی داشته و ملزم و متعهد به جبران خسارت است. به محض اینکه شخص زیان دیده اثبات کند که خسارتی به او وارد شده و این خسارت با فعل و فعالیت دارنده وسیله نقلیه، رابطه علی و معلولی دارد، بیمه گر به تبع قرارداد منعقد با بیمه گذار ملزم خواهد شد تا خسارت وارده را جبران کند. (هدایتکار، ۱۳۸۸).

در حقوق ما مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تقصیر است و هر کس مسؤول زیان‌هایی است که به عمد یا در نتیجه بی احتیاطی بدیگران می‌زند، قانون بیمه اجباری نیز اصل را رها نساخته است، منتها، چون اثبات تقصیر خوانده باعث می‌شود که بسیاری از زیان‌ها جبران نشود، قانونگذار برای دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی فرض تقصیر کرده است. این فرض نیز، مانند سایر اماره‌های قانونی، بر مبنای حکم غالب استوار است. بدین تعبیر که در بیشتر حوادث رانندگی، دارنده اتومبیل کم و بیش بی احتیاطی کرده است. کسانی هم که از طرف دارنده هدایت اتومبیل را به عهده دارند، در واقع به مسئولیت او به این کار خطرناک دست می‌زنند. پس قانونگذار این حکم غالب را اماره بر تقصیر دارنده قرار داده است و بکار بردن این وسیله فنی با نظریه تقصیر منافات ندارد.

استدلال مزبور با این ایراد اساسی روبرو است که، اگر مفهوم ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری تنها ایجاد اماره تقصیر به زبان دارنده اتومبیل بود، اثبات خلاف آن نیز امکان داشت. زیرا، بر طبق ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی، اماره قانونی در صورتی معتبر است که دلیلی بر خلاف آن موجود نباشد. در حالی که مسئولیت پیش بینی شده در قانون بیمه مطلق است و دارنده اتومبیل با اثبات بی تقصیری خود نیز از آن معاف نمی‌شود و برای رهایی از این ایراد میتوان گفت، قانونگذار دارنده وسیله نقلیه موتوری را مکلف به نگاهداری آن کرده است به گونه‌ای که باعث ضرر دیگران نشود. تعهد دارنده وسیله نقلیه تعهد به نتیجه است؛ یعنی باید از اضرار بدیگران پرهیز کند. وقوع حادثه زیان بار به منزله تخلف از تعهد



قانونی محافظت و در نتیجه نوعی تقصیر است. (کاتوزیان، ۱۳۵۴).

## ۲-۲. قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه

### موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث ۱۳۸۷

قانون بیمه اجباری مسؤولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری در برابر اشخاص ثالث که در سال ۱۳۸۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید حاوی ملاحظات و نکاتی قابل توجه است. در این قانون تمام استثنائات قانون ۱۳۴۷ در تعیین اشخاص ثالث حذف شد و تنها راننده مسبب حادثه از تعریف اشخاص ثالث خارج شد. این امر علاوه بر توسعه حمایت‌های بیمه به ابهامات در برخی مصادیق افراد مورد حمایت پایان داد. همچنین با عدم اشاره به خسارات ناشی از قوه قاهره در بین مواردی که خارج از تعهدات بیمه قرار می‌گیرد بیمه حتی در صورت وجود قوه قاهره نیز مسؤولیت جبران خسارت پیدا کرده است. به همین دلیل می‌توان گفت مبنای مسؤولیت از مبنای خطر تا حدی فراتر رفته و موجب افزایش مسؤولیت نسبت به قانون گذشته شده است. در عین حال، مسؤولیت بیمه و دارنده وسیله نقلیه مانع از آن نشده است که سبب اصلی حادثه مسؤولیت نهایی را بر عهده بگیرد. در چنین مواردی در صورتی که وسیله بیمه باشد بیمه با پرداخت خسارت زیان‌دیده حق دارد با توجه به نوع تقصیر مسبب، تمام یا بخشی از خسارات را از مقصر مطالبه کند. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد مسؤولیت نهایی بر عهده سبب مقصر می‌باشد و اگر به هر دلیل امکان پرداخت به زیان‌دیده وجود نداشته وی می‌تواند تنها برای جبران ضررهای بدنی به صندوق تامين خسارات بدنی بیمه مراجعه کند. (ره پیک، ۱۳۹۰). بعضی از اساتید معتقدند که در حوادث رانندگی، راننده مقصر و مرتکب خطا می‌شود نه دارنده؛ و همچنین در این قانون مسؤولیت هر گونه انفجار و آتش سوزی اتومبیل به عهده دارنده است (همان: ۲۴۱). از مواد متعدد قوانین بر می‌آید که داشتن وسیله نقلیه اماره بر مسؤولیت می‌باشد و فرض بر این است که عامل خارجی حادثه را ایجاد نکرده است، بنابراین فرض را بر مسؤولیت قرار می‌دهند و تأکید دارند که این نظام فرض مسؤولیت به نظریه ایجاد خطر نزدیکتر است، زیرا ایجاد اماره مسؤولیت دارنده و





حتی تحمیل تعهد حفاظت بر او به معنی استقرار مسئولیت بدون تقصیر است و در نظریه مرسوم تقصیر جای نمی گیرد. (احمدی عباسی، بهرامی، احمدی، ۱۳۹۴).

برخی نیز بر این عقیده‌اند که مبنای مسئولیت در حوادث رانندگی مسئولیت تضامی است با این توضیح که مسئولیت هنگامی تضامی است که «موضوع» دو یا چند تعهد واحد است اما «منبع» ایجاد تعهدات مزبور متعدد باشد به عبارتی زمانی که سبب خسارت متعدد بوده اما خسارت واحدی ایجاد شود جایگاه طرح تضام است. حال آنکه تضامن، التزامی است که منشأ آن واحد ولی روابط متعدد است. جایگاه کاربرد این نظریه در حقوق تعهدات در قسمت مسئولیت مدنی است. علی رغم اینکه مواد قانونی در ایران صریحاً نامی از تضام به میان نیاورده‌اند و دکتترین نیز بدون توجه به آثار مسئولیت تضامی در این خصوص گاهی تفکیک بین تضامن و تضام را موجه ندانسته‌اند اما در نظام حقوقی ما مسئولیت تضامی جاری است و نمونه‌هایی از آن را در فقه و قوانین موضوعه می بینیم. به عنوان نمونه در اصلاحیه قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ در ماده اول تبصره ۱ می خوانیم «مسئولیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی باشد» که نشان می دهد زیان دیده می تواند از دارنده وسیله نقلیه یا راننده با مبنای متفاوت مطالبه خسارت نماید. از دارنده بر اساس قانون ذکر شده مطالبه خسارت صورت می پذیرد و به راننده خطاکار بر اساس خطای شخصی مراجعه می شود و این دو، مسئول جبران یک ضررند. و جالب آنکه در طرح پیشنهادی حقوق دانان برای اصلاح این قانون تقریباً همین عبارت آمده بود. (یزدانیان، نیازی، ۱۳۹۳). در حالی که برخی دیگر در نقد این نظر بیان داشته اند، بررسی مبنای مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری با توجه به شمار روزافزون وقوع تصادفات از اهمیت بسیاری برخوردار است. مسئولیت دارنده خود متضمن فروض گوناگونی است. فرض اول که اکثر حقوق دانان تنها به این فرض اشاره کرده اند، حالتی است که دارنده و راننده وسیله نقلیه، یک نفر است. در این صورت ماده ۱ قانون بیمه اجباری سابق علاوه بر اینکه تکلیف دارنده به بیمه نمودن وسیله خود را بیان کرده بود، وی را ضامن جبران خسارت نیز می دانست. به همین علت



اکثر حقوق دانان از این ماده نظریه خطر را استنتاج کردند. اما ماده ۱ قانون جدید تنها تکلیف دارنده را به بیمه کردن وسیله نقلیه، مقرر نموده و سخنی از مسئولیت وی به میان نیاورده است. از طرف دیگر در ماده ۷ این قانون، قوه قاهره از مصادیق عدم شمول بیمه حذف شده است که این دو امر موجب اختلاف نظر بیشتری میان حقوق دانان شده است. عده‌ای از آنها همچنان نظریه خطر را پذیرفته اند. (معبودی، خداپرست، ۱۳۹۲). مثلاً برخی مسئولیت مندرج در قانون بیمه اجباری سابق را اقتباسی از قوانین سوئیس و آلمان و مبتنی بر نظریه خطر-منفعت میدانند. بنابر این نظر هر کس برای رسیدن به منفعت خصوصی به فعالیتی بپردازد که احتمالاً محیط خطرناکی را به وجود آورد باید خسارات و مخاطرات ناشی از فعالیت خود نظیر استفاده از وسیله نقلیه را متحمل شود.

نتیجه تحول و ضرورت‌های جوامع امروزی ایجاب می‌کند که افراد جامعه در مقابل حوادث و خطرهای حمایت شوند. برخورداری از محیط سالم و ایمن از جمله حقوق آحاد جامعه است و کسی حق ندارد به هر نحو ممکن سلامتی و ایمنی افراد را به خطر اندازد؛ در غیر این صورت مکلف به جبران خسارت است. از سوی دیگر بسیاری از فعالیت‌های مشروع در اجتماع که منفعت حاصل از آن نیز نصیب خود زیان‌دیدگان آن حوادث می‌شود، تعطیل پذیر نبوده و لاجرم بروز چنین حوادثی اجتناب ناپذیر خواهد بود. یکی از سازوکارهای پیشرفته که حقوق زیان‌دیدگان و واردکنندگان زیان را همزمان تأمین می‌کند، استفاده از تکنیک‌های بیمه است. (ابدالی، محمدی، اکبرینه، ۱۳۹۵).

اما ماده ۱ قانون جدید، دارندگان وسایل نقلیه را مکلف کرده تا وسیله نقلیه را بیمه کنند و به مسئول بودن آنان در مقابل اشخاص ثالث اشاره‌ای نکرده است. حداقل از جهت معنای عبارت و کلمات این گونه به نظر می‌رسد که مبنای مسئولیت در بیمه شخص ثالث را نظریه تقصیر دانسته است. پذیرش نظریه تقصیر در بیمه نامه شخص ثالث به معنای عقب‌گرد و جبران نشدن بسیاری از خسارت‌های وارد به اشخاص ثالث خواهد بود. بنابراین باید به مسئول بودن دارندگان وسایل نقلیه در ماده ۱ اصلاحیه قانون به صراحت اشاره می‌شد تا مبتنی بر نظریه مطلق خطر مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری در برابر اشخاص ثالث و متقابلاً بیمه اشخاص ثالث در مقابل حوادث رانندگی ایجاد



می‌گردید. (هدایتکار، ۱۳۸۸). هر چند نظر غالب این بوده که هر دارنده خودرو مسئول زیان‌های حاصل از خودروی خویش است ولی به نظر می‌رسد حکم ماده ۱ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷ ش بر پایه، سیاست توزیع زیان میان کلیه دارندگان خودرو وضع شده بود. در قانون ۱۳۸۷ ش با برداشتن عبارت محوری مسئولیت را از ماده ۱، بنیان نظر غالب سست شده است؛ به همین دلیل برخی از صاحب نظران در این باره به تردید افتاده اند، در این حال مبنای توزیع زیان نمود بیشتری یافته است. اکنون این سخن دلنشین تر از گذشته است که کلیه دارندگان به «حیثیت جمعی» مسئول جبران زیان بوده و هستند. حکم به صورت عام مجموعی است نه استغراقی یا بدلی "للمجموع بما هو مجموع" وضع گردیده، لذا به نظر می‌رسد که هیچ دارنده‌ای مسئول جبران همه زیان‌هایی که از خودرو خودش به اشخاص ثالث می‌رساند نبوده و نیست؛ و همه دارندگان در حدود حق بیمه‌ای که باید بپردازند، مسئول جبران زیان همه اشخاص ثالث هستند. بیمه اجباری ابزاری برای تحقق این سیاست است و به وسیله آن سرمایه لازم گراوری می‌شود. (صفایی، اورک بختیاری، ۱۳۹۳). در نقد نظریه سامانه مسؤلیت مدنی جمعی نیز باید گفت ادعای پیروی محض قانونگذار از این نظریه خالی از اشکال نیست، چراکه مثلاً اگر خودرویی که دارنده آن به تکلیف قانونی عمل کرده و آن را بیمه کرده دزدیده یا غصب شود و دزد یا غاصب در مدتی که بیمه برقرار است با آن تصادف کند، مطابق بند «ت» ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ بیمه‌گر پس از جبران خسارت به دزد یا غاصب مراجعه و خسارت پرداختی را از وی دریافت میکند که این امر مخالف نظریه مورد بحث می‌باشد؛ چراکه مطابق نظریه قرار بود خسارت زیان‌دیده توسط کلیه دارندگان وسایل نقلیه جبران گردد و دریافت خسارت مجدد از دزد و غاصب توجیه ندارد و بدین ترتیب برای یک خسارت دو بار جبران خسارت صورت می‌پذیرد. (ابدالی، محمدی، اکبرینه، ۱۳۹۵).

۳-۲. - قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث

ناشی از وسایل نقلیه ۱۳۹۵

از نظر برخی از نویسندگان، مقصود از دارنده همان مالک وسیله نقلیه است که به



دلیل سلطه‌ای که بر اتومبیل خود دارد، مسئول حفظ آن است در این صورت اگر در حالی که مالک بر وسیله نقلیه سلطه دارد، خسارتی به دیگری وارد شود، مالک مسئول جبران است. در غیر این صورت، یعنی حالتی که مالک به هر دلیل بر وسیله نقلیه خود سلطه ندارد، نمی‌توان او را مسئول جبران خسارت دانست. در مورد شخص ثالث هم باید گفت که قانونگذار تلاش کرده که دامنه اشخاص تحت پوشش این مفهوم را گسترش بدهد تا حتی المقدور هیچ خسارتی بدون جبران باقی نماند. در حقوق ایران دامنه مسؤولیت با توجه به ق.ب. ۱۳۴۷ و در حالتی که راننده همان دارنده باشد، به خلاف تحولات جهانی در این مورد، رویه قضایی همچنان به سمت نظریه تقصیر گرایش دارد و علت این امر هم این است که ق.م.ا. ۱۳۷۰ در مواد ۳۳۳ تا ۳۳۷ عملا ق.ب. ۱۳۴۷ را تحت الشعاع قرار داده است. اما همین فرض طبق ق.ب. ۱. ۱۳۸۷ و ۱۳۹۵ به نظر می‌رسد که هدف از تصویب قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی در سال ۱۳۹۰ و ق.ب. در سال ۱۳۹۵ این بوده که قانونگذار نظر به همه خطراتی که استفاده از وسیله نقلیه برای دیگران ایجاد می‌کند، همه مالکین مکلف به بیمه کردن وسیله در قبال استفاده از آن کرده است. از طرف دیگر حذف قوه قاهره از موارد شمول بیمه نیز مؤید پذیرش نظریه خطر است. به هر حال روشن شد که مسؤولیت مدنی در حوادث رانندگی یک حال خاص و ویژه دارد و مانند قوانین مادر مانند قانون مدنی و قانون مسؤولیت مدنی، از نظریات عمومی در باب مسؤولیت مدنی، مانند نظریه تقصیر، تبعیت نمی‌کند و قانونگذار به جهت خطرات زیادی که حرکت وسایل نقلیه در پی دارد و برای حمایت حداکثری از زیان دیده، نظریه خطر را پذیرفته است. البته این رجوع قانون‌گذار از نظریه تقصیر در مورد خسارت ناشی از تصادف رانندگی یک حالت خاص و استثنایی است و نباید آن را به موارد مشابه تسری داد. (فرهانی، اسفندیارپور، ۱۳۹۶). قانون دریایی ایران در مواد مختلف به لزوم تقصیر مالک برای مسؤول شناختن وی اشاره کرده است و ماده ۵۳ قانون ۳ ژانویه ۱۵۶۱ فرانسه نیز که مسؤولیت مالک کشتی راجز در مورد «خطای اثبات شده و قابل انتساب به او» قابل تحدید میداند اشاره به غیرمفروض بودن خطای مالک کشتی دارد. در مورد وسایل نقلیه هوایی مقررات موجود گرایش بر اثبات تقصیر مالک یا متصرف دارد. در حقوق فرانسه در مورد



مسئولیت مالک وسایل نقلیه هوایی قوانین خاص قانون سال ۱۵۶۱ و قانون سال ۱۵۲۵ وجود دارد که برای بهره بردار وسایل هوایی مسئولیت عینی مقرر کرده است و ممکن است مالک و بهره بردار متضامناً مسئول جبران خسارت قرار گیرند. این مسئولیت حتی با اثبات حوادث قهری نیز منتفی نمیشود و اصولاً مالک این وسایل بهره بردار آن شناخته میشود، مگر خلاف آن اثبات گردد. (محمدی، ابدالی، اکبرینه، ۱۳۹۵). از مجموع مواد قانون جدید می توان نتیجه گرفت که هدف قانون گذار این بوده است که خسارت زیان دیده جبران شود و ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی نیز مؤید این امر است. به موجب این ماده در صورتی که راننده تمام احتیاطات لازم را در حین رانندگی رعایت کند اما با این وجود تصادفی رخ دهد، وی مسئول نخواهد بود اما خسارت از محل بیمه نامه جبران می شود. با توجه به تبعی بودن مسئولیت بیمه گر، در این حالت دارنده مسئول خواهد بود. لذا می توان گفت مسئولیت دارنده با توجه به اینکه وی در موقعیت بهتری برای جبران خسارت نسبت به زیان دیده قرار دارد، مطلق است. (معبودی، خداپرست، ۱۳۹۲). تکامل اندیشه حقوقی مسئولیت مدنی، به سوی مسئولیت عینی است که تأمین عدالت و آرامش و امنیت اجتماعی است و نظریه تقصیر، نظریه کهنه و یادگار حقوق رم است که دیگر نمی تواند جوابگوی نیازهای گسترده جوامع فعلی باشد. (آقاعباسی، بهرامی احمدی، ۱۳۹۲).

### ۳. نتیجه گیری:

با توجه به اینکه در قانون بیمه اجباری به دارنده و راننده اشاره شده است لذا باید مشخص گردد که هر یک از این اشخاص چه مسئولیت و یا تکلیفی بر عهده دارند. عده ای از حقوق دانان بر این باورند که در کتب فقهی نمونه هایی وجود دارد که در آن دارنده ی شیء، گرچه تحرک شیء به آن نسبت داده نشود، مسئول خسارتی باشد که ممکن است تحرک آن شیء برای دیگران ایجاد کند مثلاً در پی سقوط دیوار و یا چیزی مانده گلدان از روی بالکن یا ناودان های قدیم که یک سر آن متصل به بام و سر دیگر در فضای محاذی معابر بوده، مالک دیوار، گلدان و ناودان مسئول جبران خسارت خواهد



بود. در خصوص وسیله نقلیه نیز به نظر می‌رسد مبنای مسؤولیت دارنده‌ی خودرو در واقع ریشه در همین مبنای فقهی داشته باشد و با استناد به نظریه‌هایی چون فرض تقصیر، خطر و تعهد به حفاظت که شرح آن گذشت می‌توان مسؤولیت دارنده‌ی خودرو را توجیه کرد. لازم به ذکر است در حقوق ایران نیز اساتیدی همچون دکتر کاتوزیان همین عقیده را دارند.<sup>۳</sup>

صرف داشتن خودرو با ایجاد فضای خطرآفرین یا به عبارت دیگر خطر بالقوه می‌تواند منجر به ورود ضرر به دیگران گردد و علاوه بر این معمولاً وسایل نقلیه با اذن مالک یا همان دارنده در اختیار متصرف یا راننده قرار می‌گیرد و به همین خاطر می‌توان گفت هرچند صرف داشتن وسیله نقلیه خطرآفرین است ولیکن در اثر نقض تعهد نگهداری از آن از جمله استفاده و یا در اختیار قراردادن وسیله نقلیه فاقد پوشش بیمه نامه یا گذاشتن آن وسیله در اختیار متصرف فاقد گواهی نامه و ... می‌تواند مبنای مسؤولیت دارنده خودرو باشد. بنابراین می‌توان گفت که مسؤولیت دارنده مستقل از مسؤولیت راننده است و به همین خاطر نه مسؤولیت راننده نافی مسؤولیت دارنده است و نه بر عکس. به همین جهت گفته شده در مورد تصادفات و حوادث وسایل نقلیه‌ی موتوری زمینی دو مسوول وجود خواهد داشت و در حقیقت راننده و دارنده در برابر ثالث مسؤولیت تضامنی خواهند داشت لذا در پی بروز حادثه، زیان‌دیده می‌تواند به هر دو شخص و یا هر یک از آنان، مراجعه نموده و جبران خسارت خود را از او بخواهد. (بابایی، ۱۳۸۶).

همانطور که گذشت، ماده ۱ قانون ۱۳۴۷ تنها به مسؤولیت مدنی دارنده اشاره کرده بود و در خصوص راننده ساکت بود تا اینکه در قانون ۱۳۸۷ تبصره ۱ ماده یک با بیان این امر که دارنده اعم از مالک و راننده است ابهامات موجود در ماده ۱ قانون سابق را تا حدی مرتفع نمود، ولیکن با بیان تبصره ۲ همین ماده که اشعار می‌داشت مسؤولیت دارنده وسیله‌ی نقلیه مانع از مسؤولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است

---

۳. کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرار داد، ضمان قهری، ص ۶۰۸ - علیرضا یزدانیان، قلمرو مسولیت مدنی، ص ۴۲ - عبدالله خدابخشی، بیمه و حقوق مسولیت مدنی، ص ۱۰۹.



نمی‌باشد، ظاهراً مسوولیت مدنی مستقل، برای دارنده و راننده را تقویت نمود. حال آنکه تبصره ۲ ماده ۱ در قانون ۱۳۹۵ اصلاح گردید و اینگونه بیان شد که مسوولیت دارنده‌ی وسیله نقلیه در تحصیل بیمه نامه موضوع این قانون مانع از مسوولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد و در همین راستا بند پ ماده ۴ قانون بیمه اجباری ضمانت اجرایی را به شرح ذیل در خصوص نقض تکلیف بیمه نمودن وسیله نقلیه توسط مالک در نظر گرفته است: «پ - در صورتی که خودرو، فاقد بیمه نامه موضوع این قانون بوده و وسیله نقلیه با اذن مالک در اختیار راننده مسبب حادثه قرار گرفته باشد، در صورتی که مالک، شخص حقوقی باشد، به جزای نقدی معادل بیست درصد (۲۰٪) و در صورتی که مالک شخص حقیقی باشد به جزای نقدی معادل ده درصد (۱۰٪) مجموع خسارات بدنی وارد شده محکوم می‌شود. مبلغ مذکور به حساب درآمدهای اختصاصی صندوق نزد خزانه داری کل کشور واریز می‌شود و با پیش بینی در بودجه‌های سالانه، صددرصد (۱۰۰٪) آن به صندوق اختصاص می‌یابد.»

لازم به ذکر است که در هیچ یک از مواد قانون جدید مسوولیت مدنی بر عهده‌ی مالک گذارده نشده است لذا به نظر می‌رسد آنچه به موجب قانون بر عهده‌ی دارنده خودرو قرار داده شده مسوولیت مدنی و یا مسوولیت تضامنی با راننده مسبب حادثه در قبال زیان دیده نمی‌باشد، بلکه صرفاً تکلیفی است به اخذ بیمه اجباری که با نقض آن، دارنده ملزم به پرداخت جریمه مقرر در ماده ۴ این قانون می‌گردد.

با استناد به ماده ۳۳۴ قانون مدنی مبنی بر اینکه: "مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه‌ی آن حیوان وارد می‌شود مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطه‌ی عمل کسی منشا ضرر گردد فاعل آن عمل، مسئول خسارات وارده خواهد بود." باید گفت برخی از حقوقدانان در تفسیر ماده مزبور از توجه به قسمت دوم آن غافل مانده اند، چراکه در قسمت دوم بیان شده در هر حال اگر حیوان به واسطه‌ی عمل کسی منشا ضرر گردد فاعل آن عمل، مسئول خسارت وارده خواهد بود. به عبارت دیگر قانونگذار با آوردن قید "به هر حال" مسوولیت مواردی را که مالک حتی مرتکب تقصیر شده ولیکن حیوان به



واسطه‌ی عمل شخص دیگری منشا ضرر گردیده است، بر عهده عامل زیان؛ نه مالک و متصرف حیوان قرار داده است.

بنابراین، به نظر می‌رسد از ماده مزبور می‌توان در خصوص تصادفات رانندگی و مسؤلیت دارنده و راننده نیز استفاده کرد به این ترتیب که چنانچه مالک یا همان دارنده مرتکب تقصیر شود و تکلیفی که قانونا مبنی بر اخذ بیمه نامه بر عهده‌ی وی گذارده شده را نقض نماید، دارنده تنها به لحاظ عدم انجام تکلیف مزبور، به پرداخت جریمه‌ی موضوع ماده ۴ قانون بیمه اجباری محکوم می‌گردد و مسؤلیت دیگری بر عهده ندارد. به عبارت دیگر مسؤلیت در این مورد بر عهده‌ی شخصی است که خودرو به واسطه‌ی عمل وی منشا ضرر گردیده؛ یعنی متصرف یا همان راننده.

علاوه بر این در تقویت این استدلال باید گفت، این اولین باری نیست که در حقوق ایران ضمانت اجرای عدم انجام یک تکلیف قانونی، پرداخت جریمه قرار داده شده است، چرا که در ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی نیز تکلیف ثبت نکاح بر عهده‌ی زوج قرار داده شده بود و ضمانت اجرای عدم ثبت نکاح توسط زوج، بطلان عقد نکاح نبود بلکه جریمه‌ای است که قانون برای عدم انجام این تکلیف در نظر گرفته شده بود هرچند این ماده به موجب ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱ نسخ صریح گردید ولیکن مفاد ماده مزبور نیز موید این ادعا است.<sup>۴</sup> از جمله موارد دیگر می‌توان به ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیک اشاره کرد.<sup>۵</sup>

---

۴. چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام؛ یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری؛ یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه؛ به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود.

۵. ماده ۳۷ - در هر معامله از راه دور مصرف کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود.





حتی چنین مسئولیتی در بیمه اجباری وسیله نقلیه ۱۳۸۷ نیز وجود داشته که البته چندان مد نظر قرار نگرفته است، به این توضیح که قانونگذار ضمن تحمیل تکلیف بیمه کردن وسیله نقلیه بردارنده عبور و مرور وسایل نقلیه فاقد بیمه نامه را نه تنها ممنوع اعلام کرده بلکه چنین وسایلی را مستوجب پرداخت جریمه دانسته است بر اساس ماده ۱۹ ق.ا.ق. ب دارندگان وسیله نقلیه مکلف گردیده اند هنگام استفاده از آنها بیمه نامه خود رو را همراه داشته باشند در غیر این صورت دو ضمانت اجرای توقیف وسیله نقلیه و جریمه بر متصرف متخلف بار می‌گردد جدای از دو ضمانت اجرای فوق که در متن ماده ۱۹ قانون مذکور بیان شده برخی دیگر از محرومیت‌ها با جرایم نیز بردارنده متخلف تحمیل می‌گردد برای مثال اگر دارنده وسیله نقلیه‌ای که مدتی از خاتمه قرارداد بیمه او گذشته بخواهد آن وسیله را بیمه نماید می‌بایست به ازای تاخیر در بیمه کردن جریمه پرداخت نماید و ادارات راهنمایی رانندگی، دفاتر اسناد رسمی، شرکت‌ها و موسسات فعال در زمینه حمل و نقل یا سایر ارگان‌های مرتبط با صنعت حمل و نقل مکلف گردیده‌اند که از ارائه خدمات به وسیله نقلیه فاقد بیمه خودداری نمایند.<sup>۶</sup> (صفری محمدیان، پورقصاب امیری، ۱۳۹۵).

نکته حائز اهمیت دیگر، تغییر عنوان قانون بیمه اجباری ۹۵ از "بیمه اجباری مسؤولیت مدنی" به "بیمه اجباری خسارت وارده به اشخاص ثالث" می‌باشد. این تغییر آثار قابل توجهی در پی دارد اولین اثر همانطور که اشاره گردید این است که در هیچ یک از مواد قانون جدید مسؤولیت مدنی بر عهده‌ی دارنده(مالک) وسیله نقلیه گذارده نشده است. دوم آنکه جبران خسارت زیان دیدگان مشروط به تحقق مسؤولیت مدنی و یا استناد به نظریه تقصیر نمی‌باشد به عبارت دیگر این مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه نیست که

---

۶. ماده ۱ و ۱۹ ق.ا.ق. ب ماده ۱۸۳ آیین نامه راهنمایی مصوب ۱۳۸۴ / ۳ / ۱۸، تبصره ۳

ماده ۱۹ ق.ا.ب



بیمه می‌شود بلکه در حقیقت موضوع بیمه در این قانون، وسیله‌ی نقلیه می‌باشد و به همین خاطر است که قانون بیمه اجباری، قانونی وسیله محور است و نه شخص محور؛ فلذا می‌توان گفت بیمه‌ی اجباری شخص ثالث، برخلاف نظر مرسوم<sup>۷</sup> که این بیمه را، بیمه‌ی مسؤولیت مدنی به شمار می‌آورد؛ نوع خاص از بیمه‌های اموال است. به همین خاطر حتی مواردی وجود دارد که در آن راننده‌ی وسیله نقلیه تقصیری در ورود ضرر به زیان‌دیده نداشته فلذا استناد به نظریه تقصیر منتفی است، با این وجود، قانون‌گذار بیمه‌گر و صندوق را ملزم به جبران خسارت نموده است برای نمونه می‌توان به قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن، اشاره کرد که در آن، قانونگذار احکام بی‌سابقه‌ای را در خصوص عابرین پیاده وضع نموده است، که بیشتر به مبانی مسؤولیت محض نزدیک می‌گردد، مثلاً در فرضی که راننده نه تنها هیچ تقصیری نداشته بلکه وقوع حادثه تنها ناشی از تقصیر سنگین شخص عابر بوده است، با اینکه راننده را مسؤل ندانسته ولیکن جبران خسارت زیان‌دیده را از محل پوشش بیمه نامه قرار داده و در مواردی که خودرو فاقد پوشش بیمه نامه می‌باشد، صندوق تامین را ملزم به جبران خسارت نموده است.<sup>۸</sup>

---

۷. کریمی، آیت، حقوق بیمه.

۸. ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی در همین راستا بیان داشته: «در راههایی که برای عبور عابران پیاده علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است عابران مکلفند هنگام عبور از عرض یا طول سواره رو با توجه به علائم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل از نقاط خط کشی شده، گذرگاههای غیرهمسطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند. هرگاه عابران به تکلیف مذکور عمل ننمایند، در صورت تصادف با وسیله نقلیه، راننده مشروط به این که کلیه مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیله نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد خسارت مادی و بدنی نباشد مسؤولیتی نخواهد داشت. عدم مسؤولیت راننده مانع استفاده مصدوم یا وراث متوفی از مزایای بیمه نخواهد شد و شرکت بیمه با ارائه قرار منع تعقیب یا حکم برائت



هرچند برخی حقوقدانان سعی در توجیه این مواد داشته‌اند، لکن به نظر می‌رسد این نگرش تنها در راستای فلسفه‌ی حمایتی قانونگذار در خصوص زیان‌دیدگان حوادث رانندگی و جلوگیری از آسیب‌های شخصی، خانوادگی و اجتماعی جبران ناپذیری است که در فرض عدم جبران خسارت به هر طریق، می‌تواند به دنبال داشته باشد.

علاوه بر این به نظر می‌رسد هدف از وضع این مواد سعی در نقض غرض بیمه‌گر و صندوق تامین خسارت‌های بدنی در راستای عدم جبران خسارت بوده است.

به علاوه توجه به نقش فورس ماژور در قوانین بیمه اجباری نیز در جهت تعیین مبنای مسئولیت، خالی از لطف نیست. با این توضیح که قوه‌قاهره در قانون بیمه اجباری وضعیت‌های گوناگونی داشته است. در قانون بیمه اجباری مصوب

---

راننده ملزم به اجراء تعهدات موضوع بیمه نامه به مصدوم یا وراث متوفی خواهد بود. چنانچه وسیله نقلیه بیمه نباشد، دیه عابر از صندوق موضوع قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷/۱۰/۲۳ پرداخت میشود. رانندگان نیز موظفند در صورت عبور عابر پیاده از محل‌های تعیین شده، با فاصل‌های که به وسیله خط کشی پشت مسیر ویژه مشخص می‌گردد توقف کامل کنند. در غیر این صورت برای آنها مبلغ دویست هزار ریال قبض جریمه صادر میشود»، و همچنین در ماده ۴ قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن اشعار داشته: «ورود و عبور عابرین پیاده و انواع وسائط نقلیه غیر مجاز و عبور دادن دام در شاهراه‌ها و همچنین توقف وسائط نقلیه در خطوط عبور ممنوع است. هر گاه به جهات مذکور حادثه‌ای واقع شود که منجر به ضرب یا جرح یا قتل یا خسارت مالی شود راننده مجاز که وسیله نقلیه او مجاز به حرکت در شاهراه باشد نسبت به موارد فوق مسئولیتی نخواهد داشت. ولی در هر حال مکلف است در صورت بروز حادثه وسیله نقلیه را در شانه سمت راست متوقف نموده و مصدوم را با وسیله نقلیه خود یا وسیله دیگر بلافاصله به اولین درمانگاه یا بیمارستان برساند و مراتب را به مأمورین انتظامی اطلاع‌دهد. عدم مسئولیت راننده مذکور مانع استفاده شخص ثالث از مقررات بیمه نخواهد بود.»



۱۳۴۷، مستندا به بند الف ماده ۴ و ماده ۱۰ این قانون، جبران خسارت‌های ناشی از قوه‌قاهره صراحتاً از شمول تعهدات بیمه‌گر و صندوق تامین خسارت‌های بدنی خارج گردید در حالیکه قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷ در ماده ۷ در مقام بیان موارد خارج از شمول بیمه موضوع این قانون، از خسارات ناشی از قوه‌قاهره نام نبرد، و همین امر منجر به طرح این مسئله گردید که آیا قانون‌گذار با حذف خسارات ناشی از قوه‌قاهره از موارد خارج از شمول بیمه نامه، درصدد مکلف نمودن بیمه‌گر و صندوق تامین خسارت‌های بدنی به جبران خسارت‌های مزبور بوده است؟ به عبارت دیگر، آیا تغییرات ایجاد شده نوعی گذر از مسؤلیت محض به سوی مسؤلیت مطلق در جبران خسارت توسط نهادهای حمایتی از جمله بیمه و صندوق تامین خسارت‌های بدنی است؟

در پاسخ به این پرسش برخی بیان داشته‌اند، چنانچه عدم ذکر این مورد در ماده ۷ قانون ۱۳۸۷ ناشی علی‌رغم تحقق مسؤلیت مدنی، بیمه‌گر تعهدی به جبران خسارت ندارد، شمارش کرده است، در حالی که در فرض وجود قوه‌قاهره مسؤلیت مدنی اصولاً منتفی است پس تصریح به متعهد نبودن بیمه‌گر در این مورد، ضروری نبوده است. (ایزائلو، ۱۳۸۷).

به نظر می‌رسد این استدلال چندان هم موجه نیست زیرا، تنها خسارات ناشی از قوه‌قاهره از ماده ۷ قانون ۸۷ حذف نشده است، بلکه موارد دیگری از جمله خسارات وارده به متصرفین غیر قانونی وسایل نقلیه و رانندگان فاقد گواهینامه رانندگی نیز که در ماده ۴ قانون سابق ذکر شده بود، در قانون جدید علی‌رغم امکان تحقق مسؤلیت مدنی در این موارد، حذف گردیده است و به همین خاطر از ظاهر امر بر می‌آید که قانون‌گذار قصد چنین تفکیکی میان مواردی که با تحقق مسؤلیت مدنی، بیمه‌گر تعهدی به جبران خسارت ندارد را، نداشته به عبارت دیگر تحقق مسؤلیت مدنی در استثناء نمودن موارد مذکور نقشی ندارد. تا جایی که حتی در قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵، عبارت "مسؤلیت مدنی" از عنوان قانون حذف گردیده است. (دهینی، ۱۳۹۸).

البته برخی دیگر بر این عقیده‌اند که، اگر حادثه‌ی خودرو در اثر قوه‌ی قاهره به وقوع پیوسته باشد، دارنده و به تبع آن بیمه‌گر مسئول نیست و حذف قوه‌ی قاهره از موارد احصایی، یا به علت سهو قلم قانون‌گذار بوده یا به سبب اینکه با ثبوت قوه‌ی قاهره، مسؤولیت مدنی موضوعاً منتفی می‌گردد. (خدابخشی، ۱۳۹۳).

در نقد این نظریه باید گفت، قانون‌گذار در مقام بیان موارد خارج از شمول بیمه نامه بوده است و با این حال از فورس‌ماژور سخنی به میان نیاورده است و این درحالی است که در قانون سابق قانون‌گذار به صراحت به فورس‌ماژور اشاره کرده بود و همین امر نشان می‌دهد مفهوم فورس‌ماژور، برای قانون‌گذار مفهومی ناآشنا و دور از ذهن نبوده است و به همین خاطر در قانون ۱۳۸۷ نیز می‌توانست مانند قانون سابق چنانچه واقعا قصد خارج نمودن فورس‌ماژور از شمول بیمه نامه را داشت، به آن تصریح نماید و بسیار بعید است که قانون‌گذاری که در قانون سابق یکبار به این موضوع پرداخته، در قانون جدید سهوا و یا از روی غفلت این نکته را از قلم انداخته باشد. (دهینی، ۱۳۹۸).

اما در نهایت با تصویب قانون جدید بیمه اجباری ۱۳۹۵ کاشف به عمل آمد که استدلال دوم به مقاصد قانون‌گذار نزدیک‌تر بوده است چراکه نه تنها به صراحت ماده ۱۷ قانون مزبور حوادث ناشی از قوه‌قاهره، از شمول موارد خارج از بیمه موضوع این قانون حذف گردید، بلکه مستندا به ماده ۷ قانون جدید عبارت "هر نوع سانحه ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه" در اقدامی بی‌سابقه به تعریف حادثه ملحق گردید به همین خاطر به نظر می‌رسد، طبق این تعریف، جبران هرگونه خسارت وارده به اشخاص ثالث ناشی از وسایل نقلیه بر اثر حوادث غیرمترقبه، بر عهده‌ی بیمه‌گر و صندوق تامین خسارت‌های بدنی است. از سوی دیگر از آنجاکه در حقوق ایران دکتر لنگرودی حادثه غیرمترقبه را مترادف با فورس‌ماژور و قوه‌قاهره دانسته‌اند و دکتر کاتوزیان نیز حادثه غیرمترقبه را حادثه‌ای نامنتظره که ناگهان رخ می‌دهد و مانع انجام تعهد می‌شود خواه خارجی و طبیعی باشد یا داخلی مانند بی‌هوشی و خون دماغ. تلقی نموده‌اند. علاوه بر این در حقوق ایران در میان حقوقدانان نیز تفکیک این دو عنوان رایج



نمی‌باشد و حتی قانون‌گذار هیچ تفاوتی از حیث احکام مترتبه، میان حادثه غیرمترقبه و فورس‌ماژور، قائل نگردیده است بنابراین، باید گفت منظور از حوادث غیر مترقبه در این قانون در حقیقت همان حوادث ناشی از فورس‌ماژور یا قوه‌قاهره است.

علاوه بر این، حتی اگر قائل به تفاوت میان حادثه غیرمترقبه و فورس‌ماژور باشیم، از آنجا که در حقوق ایران فورس‌ماژور، تنها شامل حوادث خارجی می‌شود، ولیکن حادثه‌ی غیرمترقبه می‌تواند در اثر حوادث خارجی و یا حتی داخلی باشد بنابراین باید گفت حادثه غیرمترقبه معنایی عام‌تر از فورس‌ماژور دارد لذا هنگامی که قانون‌گذار جبران خسارت ناشی از حادثه غیر مترقبه را بر عهده‌ی بیمه‌گر و صندوق گذاشته است و می‌دانیم که حادثه غیرمترقبه تنها شامل حوادث داخلی مانند خون دماغ و بیهوشی نیست بلکه حوادث طبیعی و خارجی را هم شامل می‌شود لذا می‌توان گفت جبران فورس‌ماژور نیز بر عهده بیمه‌گر و صندوق تامین خسارت‌های بدنی است.

التهایه با امعان نظر به دلایل مذکور باید گفت، اولاً تکلیف دارنده اخذ بیمه اجباری این قانون برای وسیله نقلیه می‌باشد لذا در فرض عدم اخذ بیمه نامه دارنده تنها به جریمه مقرر در بند پ ماده ۴ قانون جدید محکوم خواهد شد و اصولاً دارنده، مسئولیت تضامنی یا تضاممی با راننده وسیله نقلیه در جبران خسارت نخواهد داشت مگر اینکه در ورود خسارت به اشخاص ثالث نقش داشته باشد. دوماً مبنای مسئولیت راننده، دیگر با تئوری‌هایی همچون خطر، تقصیر و حتی مسئولیت محض قابل توجیه نمی‌باشد و با توجه به مطالب ذکر شده مبنای مسئولیت راننده در قانون جدید با امعان نظر به سایر قوانین مرتبط از جمله قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، قانون ایمنی راه‌ها و راه آهن و ... نظریه مسئولیت مطلق می‌باشد همانطور که حقوقدانان فرانسوی<sup>۹</sup> بر این باوراند که در حوادث

۹. آندره تنک.

رانندگی هیچ عامل معاف کننده‌ای نباید وجود داشته باشد و خسارت در هر صورت باید جبران شود و نمیتوان ترمیم زیان را به بهانه‌ی دخالت قوه قاهره یا شخص ثالث معطل گذاشت.

## منابع

- ابراهیمی، محمد حسین. (۱۳۷۵). بیمه تأمین اجتماعی از دیدگاه اسلام. انتشارات کویر، چاپ اول.
- اکبرینه، پروین؛ محمدی، مهدی؛ ابدالی، مهرزاد. (۱۳۹۵). مسؤولیت مدنی ناشی از مالکیت یا تصرف وسایل نقلیه در حقوق ایران و فرانسه. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۴ تا ۱۶۳
- افشار قوچانی، زهره. (۱۳۸۹). قوه قاهره و مسؤولیت مدنی. ماهنامه کانون شماره ۱۱۳، ۱۲۳ تا ۱۴۶.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۶۴ م). الوسیط فی شرح القانون المدنی جدید. دارالاحیاء التراث العربی، مجلد الاولی.
- ایزانلو، محسن. (۱۳۸۷). نقد و تحلیل قانون اصلاح بیمه اجباری. مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۴،
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۵). مسؤولیت مدنی. نشر میزان، چاپ اول.
- بابایی، ایرج. (۱۳۸۶). حقوق بیمه. انتشارات سمت، چاپ ششم.
- بهرامی احمدی، حمید؛ آقاعباسی، رضا. (۱۳۹۴). بررسی مبنای مسؤولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی و حدود آن با تکیه بر مبانی فقهی. حقوق تطبیقی، شماره ۲، ۴۵ تا ۶۴.
- بادینی، حسن؛ شعبانی کندسری، هادی؛ رادپرور، سجاد. (۱۳۹۱). مسؤولیت محض؛ مبانی و مصادیق. مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۹ تا ۳۶.
- جعفری، فیض الله. (۱۳۸۷). حوادث اتمی و اصول مسؤولیت مدنی. مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۳،
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق. انتشارات گنج دانش.
- خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۶). پیوند قواعد بیمه‌ای و حقوق حوادث رانندگی. مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۲، ۱۶۹ تا ۲۰۵
- ره پیک، سیامک. (۱۳۹۰). مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه بر اساس قانون بیمه اجباری مصوب سال ۱۳۸۷ در مقایسه با قانون مصوب ۱۳۴۷. فصلنامه حقوق، مجله



- دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۳، صفحات ۱۷۱ تا ۱۸۳.
- فرهانی، احمد؛ اسفندیار پور، محمدحسین. (۱۳۹۶). مسوولیت مدنی ناشی از حوادث وسایل نقلیه در پرتو قانون جدید بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵. آموزه‌های حقوقی گواه، شماره ۴، ۵ تا ۳۸
  - صالحی، محمود. (۱۳۷۲). حقوق زیان دیدگان و بیمه شخص ثالث. انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
  - صفایی، سید حسین؛ اورک بختیاری، حسنعلی. (۱۳۹۳). نگاهی نو به مبانی مسوولیت مدنی دارندگان خودرو. مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۱، ۳۱ تا ۵۰.
  - صفری، فاطمه؛ محمدیان، شیما؛ پورقصاب امیری، علی. (۱۳۹۵). مسوولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی و تعهدات بیمه گران در برابر اشخاص. تحقیقات جدید در علوم انسانی، شماره ۲، ۱۷۰ تا ۱۸۴.
  - قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۵). الزام‌ها و مسوولیت مدنی بدون قرارداد. انتشارات میزان، چاپ یازدهم.
  - کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها. ج ۳، انتشارات بهمن برنا، چاپ چهاردهم.
  - ----- (۱۳۸۶). مسوولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی. انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
  - ----- (۱۳۹۵). وقایع حقوقی، مسوولیت مدنی. انتشارات گنج دانش، چاپ نوزدهم.
  - ----- (۱۳۸۷). الزام‌های خارج از قرارداد، مسوولیت مدنی. ج ۳، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
  - ----- (۱۳۵۴). مسوولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۱۸، شماره ۱۰۰۰۰۸۴، ۵۴ تا ۶۴
  - کریمی، آیت. (۱۳۸۳). کلیات بیمه. پژوهشکده بیمه، چاپ هشتم.
  - ----- (۱۳۷۷). بیمه اموال و مسوولیت. دانشکده امور اقتصادی، چاپ دوم.
  - محمدی، محمد مهدی. (۱۳۸۵). حقوق بیمه مسوولیت و شخص ثالث. انتشارات میزان، چاپ اول.
  - معبودی نیشابوری، رضا؛ حداد خداپرست، مریم. (۱۳۹۳). مبانی مسوولیت دارنده وسیله نقلیه موتوری زمینی با توجه به قانون جدید بیمه اجباری. پژوهشنامه بیمه، شماره ۱، شماره مسلسل ۱۱۳، ۱۸۱ تا ۲۰۷.
  - معزی، جعفر. (۱۳۸۶). حقوق بیمه شخص ثالث با تأکید بر شروط ضمن عقد. انتشارات آوند اندیشه، چاپ اول.
  - معزی، فرهاد. (۱۳۶۹). بررسی اجمالی ماهیت حقوقی بیمه دیه. فصلنامه صنعت





بیمه، شماره ۱۷، ۱ تا ۸.

- معین، محمد. (۱۳۷۵). فرهنگ معین. انتشارات امیر کبیر، چاپ چهاردهم.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۶۴). ربا، بانک، بیمه. انتشارات صدرا، چاپ اول.
- نیکزاد، میرفاضل. (۱۳۸۶). سوانح ترافیکی کشور و خسارات ناشی از آن. پلیس راهنمایی و رانندگی ناجا، چاپ اول.
- هدایتکار، علی؛ صادقی شاهدانی، مهدی. (۱۳۸۸). بررسی قانون اصلاح قانون شخص ثالث در مقایسه با قانون مصوب سال ۱۳۴۷. پژوهشنامه بیمه، شماره ۹۳ و ۹۴، ۱۴۳ تا ۱۵۶.
- یزدانیان، علی رضا؛ نیازی، عباس. (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی مسئولیت تضامی در فقه و حقوق فرانسه. فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، ۱۳۷ تا ۱۶۴.



# حدود اختیارات مالکان

## با فروشنده و اشخاص ثالث در بیع زمانی

عبدالحسین شیروی<sup>۱</sup>

امیرعلی خدایی<sup>۲</sup>

محمد جعفری<sup>۳</sup>

### چکیده

روابط مالکان در قرارداد بیع زمانی با فروشنده و اشخاص ثالث، با عنایت به اینکه تمامی آنان نسبت به یک مال مالکیت دارند، اما هر یک از آنان مفروضاً مالکِ مقطعِ زمانیِ خویش هستند؛ تا حدودی متفاوت با سایر قراردادهای و دارای احکام ویژه است. رابطه مالکان با فروشنده بیشتر حول محور تسلیم می‌باشد. فروشنده باید مبیع را به هر یک از خریداران با فرا رسیدن مقطع مالکیت آنان تسلیم ایشان نماید. در صورت وجود شرایط حق حبس، فقط خریدار مقطع نخست حق حبس ثمن را خواهد داشت. در قرارداد مذکور بعد از تسلیم مبیع به هر یک از خریداران اگر مورد معامله تلف شود معاملات بعد از آن منفسخ می‌گردد. اشخاص ثالث نیز به غیر از فروشنده، ممکن است دست به تصرفات مادی و حقوقی در مملوک زمانی بزنند. در چنین شرایطی مالکان می‌توانند اقداماتی برای

- 
۱. استاد تمام دانشگاه تهران، وکیل پایه یک دادگستری عضو کانون وکلای دادگستری مرکز.
  ۲. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، وکیل پایه یک دادگستری عضو کانون وکلای دادگستری مرکز.
  ۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



دفاع از حقوق خویش انجام دهند.

واژگان کلیدی: بیع زمانی، روابط مالکان، تسلیم، رهن

## مقدمه

زندگی شهری کسل کننده امروزی، خوشگذران بودن انسان و علاقه وی به تنوع طلبی سبب شده تا به فکر یافتن راه حلی برای یکنواختی اماکن تفریحی خود برآید. برای رسیدن به هدف مذکور تعویض مکرر اماکن تفریحی کار دشواری است. به منظور رسیدن به اهداف مذکور و دور ماندن از معایب بیان شده، قرارداد بیع زمانی به وجود آمد. مسأله بیع زمانی هنگامی در ایران مطرح شد که شرکتی به نام «شرکت مجتمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران ایران» در سال ۱۳۷۳ اقدام به فروش هفتگی آپارتمان‌ها و ویلاهای توریستی واقع در ساحل جزیره کیش نمود. این شرکت در آگهی‌ها و تبلیغات خود از عنوان «تایم شر»، «مالکیت زمانی» و «بیع زمانی» استفاده میکرد. ویژگی اصلی این قرارداد، این است که مالکیت یک مال برای زمان محدود و مشخص در سال به هر یک از خریداران منتقل می‌شود. در نتیجه راجع به یک مال، مالکان متعدد وجود دارد که حق مالکیت و انتفاع آنان از مبیع، محدود به زمان معینی است. هر مالکی در زمان معین شده در قرارداد، مالک مبیع است و در نتیجه می‌تواند انحاء تصرفات را با رعایت حقوق سایر مالکان در آن انجام دهد. در عقد مذکور هر خریداری با فروشنده معامله میکند و طرف معامله وی، فروشنده است؛ بنابراین رابطه هر یک از خریداران با فروشنده با توجه به اینکه هر یک از آنان یک مملوک زمانی را در مقطع زمانی معین مفروضاً مالک هستند، متفاوت از سایر بیع‌ها است. بعد از انعقاد عقود بیع زمانی، رابطه مالکان با فروشنده حول محور تسلیم و آثار آن می‌باشد. ویژگی خاص این عقد، این تردید را به وجود می‌آورد که آیا تسلیم مملوک زمانی به خریدار اول به منزله‌ی تسلیم به تمامی خریداران است یا اینکه مبیع باید به تک تک خریداران جداگانه تسلیم شود. بر پایه اینکه کدام نظر را بپذیریم برخی از آثار تسلیم نیز بسته به همان نظر متفاوت خواهد بود. رابطه اشخاص ثالث با مالکان در بیع زمانی، زمانی قابل تصور است که این اشخاص در مملوک زمانی تصرفات



مادی و حقوقی انجام دهند. با توجه به ویژگی خاص این قرارداد، بررسی تصرفات اشخاص ثالث در مملوک زمانی و اقدامات مالکان به تبع آن تصرفات، خالی از لطف نیست. بر همین اساس است که تحقیق حاضر را در دو بخش مطالعه می‌کنیم، در بخش اول رابطه مالکان با فروشنده و در بخش دوم رابطه مالکان با اشخاص ثالث بررسی می‌گردد.

## بخش اول

### روابط مالکان با فروشنده

در عقد بیع، مبیع با ثمن مبادله می‌شود، لذا منطقی است همچنان که بایع ملزم به تسلیم مبیع می‌شود، مشتری نیز ملزم به تأدیه ثمن باشد (بند ۴ ماده‌ی ۳۶۲ ق.م.ا). تأدیه ثمن در قرارداد بیع زمانی نیز مانند سایر بیع‌ها است و هیچ تفاوتی با آنها ندارد. زیرا به تعداد معاملات، ثمن وجود دارد و هر خریدار باید ثمن قرارداد خویش را تأدیه نماید. آنچه جای بحث دارد، تسلیم مملوک زمانی (مبیع) است، با این توضیح که در قرارداد مذکور فروشنده مبیع واحد را به چندین نفر منتقل می‌کند و در نتیجه هر یک از خریداران، مالکیت یک مال را برای زمان محدود و مشخص به دست می‌آورند؛ لذا راجع به یک مال، مالکان متعدد وجود دارد که مالکیت و حق انتفاع آنان از مبیع محدود به زمان معین است البته مفروزاً، بدون اینکه اشاعه‌ای در کار باشد. حال به دنبال پاسخگویی به این پرسش هستیم که آیا به صرف اینکه فروشنده مبیع را تسلیم خریدار اول نمود، دیگر نیازی نیست که آنرا به خریداران دیگر تسلیم نماید و خریدار اول باید به خریدار دوم تسلیم نماید و به همین نحو تا خریدار آخر و یا اینکه وی ملزم است مبیع را جداگانه به تک تک خریداران تسلیم نماید؟ برای پاسخگویی به این پرسش لازم است که با مفهوم تسلیم و مباحث مرتبط با آن آشنا شویم.

### ۱-۱: تسلیم مملوک زمانی

تسلیم اصطلاحی عربی است که از لحاظ لغوی به معنای گردن نهادن، رضایت دادن، سلام گفتن، واگذار کردن، سپردن و تحویل دادن است. همچنین این کلمه به معنای اعطای چیزی به کسی نیز می‌باشد. (دهخدا، لغت نامه دهخدا، جلد ۴، ص ۵۸۹۱)



نویسنده‌ی فرهنگ‌المورد، تسلیم را به معنای دادن، ارایه کردن، تحویل دادن و تقدیم کردن دانسته است. (روحی البعلبکی، فرهنگ‌المورد، ص ۲۹۰) معادل واژه تسلیم در زبان انگلیسی کلمه «Delivery» است که از آن به تسلیم، تحویل و واگذاری معنا شده است؛ (عباس یزدی، فرهنگ حقوقی رهنما، ص ۲۸۵) البته معادل تسلیم در مورد اموال غیر منقول کلمه‌ی «Convey» می‌باشد. مفهوم اصطلاحی تسلیم را میتوان چنین تعریف نمود: «تسلیم در عقد معوض، عبارت است از اینکه یکی از طرفین دیگری را بر مالی که به او منتقل کرده است، مستولی نماید و به عبارت دیگر عبارت است از تمکین یک طرف از تصرف یا قرار دادن مورد معامله در اختیار طرف دیگر». (محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۵۳)

ماده ۳۶۷ ق.م. نیز تسلیم را این چنین تعریف میکند: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری، به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد، و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع». از مفاد این ماده میتوان برداشت نمود که دادن و گرفتن مبیع و یا تسلیم و تسلّم آن فعل واحدی است که به اعتبار فروشنده تسلیم و به اعتبار خریدار قبض یا تسلّم نامیده میشود، بنابراین قبض و تسلیم دو جنبه گوناگون یک حقیقت هستند. لذا تحقق تسلیم از لحاظ حقوقی بدون تحقق قبض امکان پذیر نبوده و اعتبار خارجی ندارد. به عنوان مثال تحویل کلید منزل به مشتری بدون فعل رفع اثر از آپارتمان توسط بایع موجب تحقق قبض به معنای حقوقی آن نگشته و در نتیجه تسلیم هم صورت نخواهد گرفت. (علامه حائری، علی، آثار قبض، انتشارات تابان، چاپ دوم، ص ۳۵) در همین زمینه امام خمینی (ره) می‌فرماید: «قبض عبارت است از استیلاء و استبداد بر شیء بدون اینکه نیاز به ضمیمه شدن تصرف خارجی باشد و عنوان قبض و تسلیم و تحویل در غیرمنقول برخلاف منقول، به نفس استیلاء صدق مینماید و استیلاء نیز با تخلیه و قراردادن مبیع تحت ید مشتری محقق میگردد به طوری که هر عملی که می‌خواهد بر آن انجام دهد.» (روح الله موسوی الهمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۶۶) باید توجه داشت تسلیم زمانی محقق می‌گردد که مبیع به گونه‌ای در تصرف مشتری قرار گیرد به نحوی که متمکن از تصرف در آن باشد. در واقع عنصر اصلی تسلیم در اختیار نهادن و مستولی



کردن خریدار بر مبیع است و قبض مادی، ابزار عرفی تحقق آن می‌باشد. (ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، ص ۱۶۶)

در توضیح ماده ۳۶۷ می‌توان گفت همین که مبیع در اختیار خریدار قرار بگیرد، به گونه‌ای که هر وقت اراده کرد بتواند در آن تصرف فیزیکی کند، تسلیم تحقق می‌یابد؛ در نتیجه ضرورتی ندارد که مشتری عملاً در آن تصرف نماید. به عنوان مثال، هرگاه مبیع یک دستگاه خودرو باشد، برای تحقق تسلیم کافی است که بایع آن را به مشتری تحویل دهد و لزومی ندارد که مشتری در آن تصرف کند (عبدالله کیانی، الزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، ص ۴۷). برخی بر این نظر هستند که تسلیم از دو عنصر اصلی تشکیل گردیده است. نخست اینکه مال تحت اختیار متعهدله و یا نماینده قانونی وی قرار گیرد. دوم اینکه مال به نحوی تحت اختیار متعهد له قرار گیرد که وی توانایی تصرفات و انتفاعات از مورد تسلیم را داشته باشد. در برخی موارد، مانند تسلیم روزنامه، مطابق عرف اطلاع خریدار از اینکه مال در اختیار وی قرار گرفته، لزومی ندارد، ولی در برخی موارد دیگر متعهد باید متعهد له را از جریان تسلیم آگاه سازد. بنابراین اگر کسی مبیع را به مغازه مشتری ببرد و آنجا بگذارد، باید مشتری یا نماینده او را مطلع کند وگرنه تسلیم محقق نشده است. (محمد جعفر لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۶۷۶) در نتیجه می‌توان گفت در همه موارد ضرورت ندارد که مورد معامله به دست مشتری داده شود. قبض مادی نیز اگر مشتری را متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات نسازد، تسلیم تلقی نمی‌شود. (ناصر کاتوزیان، همان). انحاء تصرفات که در ماده ۳۶۷ ق.م. آمده شامل انواع تصرفات خارجی و اعتباری می‌گردد، بدین معنا که مبیع به نحوی در تصرف مشتری باشد که قادر باشد تا تصرفات فیزیکی متناسب با آنرا انجام دهد، برای مثال اگر مبیع خانه است، مشتری باید بتواند در آن سکونت کند. همچنین تصرفات اعتباری را نیز باید قادر باشد، مثلاً بتواند مالکیت خانه‌ای را که به او واگذار شده است را به دیگری انتقال دهد (عبدالله کیانی، همان). مقصود از متمکن ساختن مشتری از تصرفات فیزیکی در مبیع، این است که هرگاه مشتری اراده تصرف فیزیکی در مبیع نماید، قادر باشد که آنرا انجام دهد، اگرچه مبیع هنوز در تصرف فیزیکی و مادی وی نباشد. به عبارت دیگر، منظور آن است



که مبیع بالقوه در تصرف فیزیکی مشتری قرار گیرد و مقصود این نیست که مبیع بالفعل و به طور فیزیکی و خارجی در تصرف مشتری قرار گیرد. این مفهوم جنبه عرفی دارد و ضابطه قانونی برای آن وجود ندارد. منظور این است که مبیع به گونه‌ای در اختیار مشتری قرار گیرد که عرف وی را مسلط بر مال بدانند. مواد ۳۶۸ و ۳۶۹ ق.م. در پیروی از همین نظر اعلام می‌دارند: «تسلیم وقتی حاصل میشود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد، اگرچه مشتری آنرا هنوز عملاً تصرف نکرده باشد». «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آنرا تسلیم گویند». به هر حال مبیع باید به نحوی در اختیار مشتری قرار بگیرد که وی بتواند در صورت اراده انحاء تصرفات و انتفاعات را در آن انجام بدهد. این امر از نظر عرف بستگی به طبیعت و کیفیت مبیع و توافق طرفین دارد. (همان، ص ۵۲)

در قراردادهای بیع زمانی با توجه به اینکه اغلب این معاملات راجع به اموال غیر منقول است، تسلیم آنها با تخلیه و تحویل دادن کلید و اسناد زمین، خانه، باغ، ویلا و غیره محقق میگردد.

با توجه به مطالب ارائه شده از تسلیم، میتوان بر این نظر بود که بیع زمانی نیز هیچ تفاوتی با سایر بیع‌ها از نظر تسلیم ندارد و باید خریداران را بر مالی که به آنان منتقل کرده است، مستولی نماید و به تصرف آنان دهد به گونه‌ای متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشند. از آنجا که بیشتر قراردادهای بیع زمانی راجع به اموال غیرمنقول است، تسلیم این اموال با تحویل سند و کلید و تخلیه محقق میگردد. این نکته مسلم است که اگر تحویل کلید و سند و تخلیه ملک با فرا رسیدن هر یک از مقاطع زمانی، صورت گیرد، تسلیم نیز در همان زمان صورت میپذیرد. اما اگر تحویل کلید و سند به هر یک از خریداران در هنگام عقد صورت گیرد، آنگاه ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا تسلیم کامل مبیع به خریدار اول (خریدار مقطع نخست) کافی است یا باید به تک تک خریداران با فرا رسیدن مقطع مالکیت آنان، مبیع را تسلیم نمود؟ باید گفت از طرفی میتوان بر این نظر بود که صرف تسلیم مبیع به خریدار اول کافی است و نیازی نیست که بایع مبیع را در پایان هر مقطع زمانی به مالک بعدی تسلیم نماید. برای توجیه این نظر



میتوان گفت برای بایع بسیار مشقت بار است که مبیع را در پایان هر مقطع زمانی از مالک قبلی تحویل گرفته و به مالک بعدی تسلیم نماید و همچنین تسلیم برای یک مرتبه رخ می‌دهد و چندین مرتبه تسلیم وجود ندارد. از طرف دیگر می‌توان بر این باور بود که بایع مبیع را باید به تک تک خریداران جداگانه تسلیم نماید؛ برای تأیید این استدلال می‌توان به این دلیل تمسک کرد که در هر یک از معاملاتی که بایع با هر یک از خریداران منعقد می‌نماید، این اراده ضمنی وجود دارد که وی مبیع را از مالک قبلی تحویل گرفته و به مالک جدید تسلیم نماید. بایع با هر یک از خریداران عقدی مستقل منعقد می‌کند و در هر عقد بیع مطابق بند سوم ماده ۳۶۲ ق.م. بایع ملزم به تسلیم مبیع می‌باشد. بنابراین بایع ملزم است مبیع را به تک تک خریداران تسلیم نماید. از سوی دیگر همچنان که اشاره شد تسلیم در اموال غیر منقول با دادن کلید و سند و تخلیه ملک صورت می‌گیرد؛ بنابراین در صورتی که کلید و سند هنگام انعقاد عقد تحویل گردد تسلیم تحقق خواهد یافت تا هنگامی که تخلیه صورت گیرد و هر وقت تخلیه صورت گرفت تسلیم نیز محقق می‌گردد، زیرا در این لحظه است که خریدار متمکن از انحاء تصرفات می‌شود. به هر حال باید در مقطع مورد نظر ملک بدون معارض در اختیار مالک زمانی قرار گیرد و در آن لحظه تسلیم محقق می‌گردد. در جواب استدلال قبل مبنی بر اینکه برای بایع بسیار مشقت بار است که مبیع را از خریدار قبلی دریافت نماید و به مالک بعدی تسلیم نماید، می‌توان گفت وی با هر معامله‌ای که منعقد می‌کند بار این مشقت را به دوش می‌کشد و با علم به این نکته که خود وی ملزم به تسلیم مبیع است، معامله‌ای جدید منعقد می‌نماید.

## ۱-۲: آثار تسلیم

بعد از وقوع عقد بیع اگر تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن صورت نگیرد، عقد منعقد هیچ فایده‌ای نخواهد داشت و طرفین به آن هدفی (دسترسی به مبیع و ثمن) که از انعقاد عقد داشته‌اند، نخواهند رسید. بر همین اساس تسلیم مبیع و تأدیه ثمن از اهمیت خاصی برخوردار و دارای آثار و نتایجی به شرح ذیل هستند.





حق حبس به این معناست که بایع می‌تواند تا زمانی که مشتری حاضر به تأدیه ثمن نگردیده است، از تسلیم مبیع خودداری نماید، همچنان که مشتری نیز میتواند از این حق برای تأدیه ثمن استفاده نماید. ماده ۳۷۷ ق.م. در همین زمینه مقرر میدارد: «هریک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از مبیع و ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود». اعمال حق حبس در صورتی امکان پذیر است که مبیع و ثمن هر دو حال باشند. در صورتی که مبیع یا ثمن مؤجل باشند، از حق حبس نمی‌توان استفاده کرد. شرط دیگر برای اعمال حق حبس این است که مبیع تحت تصرف بایع باشد و همچنان نیز در اختیار وی باشد و از طرف مشتری، هنگامی امکان پذیر است که ثمن هنوز تأدیه نشده باشد. ماده ۳۷۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت، مگر به موجب فسخ در مورد خیار.» حقوقدانان بر این نظر هستند که چنانچه بایع یا مشتری بعد از وقوع عقد بیع، قبل از قبض عوض اقدام به تسلیم نمایند، در واقع از حق حبس خویش صرف نظر نموده‌اند. در نتیجه اگر طرف مقابل از تسلیم عوض امتناع کند، حق استرداد شیء تسلیم شده برای طرف دیگر وجود نخواهد داشت، زیرا مال مزبور از آن متصرف بوده و هیچ گونه مانعی در مسیر انتفاع و تصرف وی بر مالش وجود نخواهد داشت. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۸۵، حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۵۳۵)

در قرارداد بیع زمانی اگر مقطع مالکیت زمانی خریدار بلافاصله بعد از قرارداد باشد، خریدار و فروشنده دارای حق حبس خواهند بود و اگر تأدیه ثمن مؤجل باشد، بایع باید مملوک زمانی را تسلیم نماید و حق حبس نخواهد داشت، ولی اگر مقطع مالکیت وی منفصل از زمان انعقاد عقد باشد، دیگر حق حبس نخواهند داشت. زیرا تسلیم مملوک زمانی مؤجل است و باید ثمن معامله‌ی خویش را تأدیه نمایند. به عبارت دیگر فقط خریدار اول (خریدار مقطع اول) حق حبس ثمن را خواهد داشت، البته با وجود شرایط آن و اگر شرایط نباشد و همچنین خریداران بعدی حق حبس نخواهند داشت.



یکی دیگر از آثار تسلیم، انتقال ضمان معاوضی از بایع به خریدار است. در کتاب‌های فقهی تعریف روشن و صریحی از ضمان معاوضی به عمل نیامده است ولی مفهوم، شرایط تحقق و چگونگی انتقال آن به تفصیل مطرح و بیان گردیده است. در قانون مدنی نیز تعریفی از این ضمان به عمل نیامده است. فقط در ماده ۳۸۷ ق.م. شرایط و آثار ضمان معاوضی ذکر شده است و میتوان آنرا این چنین تعریف نمود: «زیان تلف مبیع قبل از تسلیم به مشتری به عهده بایع است و این مسؤولیت را ضمان معاوضی میگویند». بعد از تعریف ضمان معاوضی، در مورد این مطلب بحث میکنیم که انتقال ضمان معاوضی به دو روش صورت می‌گیرد؛ اول، روشی که به سبب آن ضمان معاوضی به موجب عقد انتقال می‌یابد که در این صورت تسلیم مبیع نقشی در انتقال ضمان معاوضی ندارد دوم، روشی که به موجب آن ضمان معاوضی با تسلیم مبیع منتقل می‌شود. در روش اول که ضمان معاوضی با عقد منتقل می‌شود ممکن است مالکیت با عقد منتقل شود که در این صورت، تسلیم در مقایسه با عقد نقش فرعی خواهد داشت و نیز ممکن است با وجود آنکه ضمان با عقد منتقل می‌شود، مالکیت با تسلیم منتقل شود و نه اینکه با عقد منتقل شود؛ در این حالت که تسلیم ابزار انتقال مالکیت است، در مقایسه با حالت اول تسلیم دارای اهمیت بیشتری خواهد بود. بنابراین در روش اول دو حالت متصور است:

الف - حالتی که انتقال ضمان و مالکیت هر دو با عقد منتقل میشود؛ در این حالت اگر مبیع بعد از انعقاد عقد تلف شود، ضمان آن بر عهده مشتری خواهد بود و بایع هیچ گونه مسؤولیتی نخواهد داشت. در حقوق کشورهای فرانسه و انگلیس ضمان معاوضی بر عهده مالک است و به محض انعقاد عقد مالکیت و ضمان هر دو به مشتری منتقل می‌شود.

(g.htreitle.the law of cantract.p۸۷۳)

ب - حالتی که انتقال ضمان با عقد و انتقال مالکیت با تسلیم باشد؛ در این حالت اگرچه مالکیت با تسلیم مبیع منتقل می‌شود ولی ضمان معاوضی با انعقاد عقد به خریدار منتقل می‌شود، در نتیجه اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود از کیسه‌ی خریدار خواهد بود، اگرچه وی هنوز مالک مبیع نمی‌باشد. در بیان علت این امر گفته شده است که به موجب عقد بیع، بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری می‌شود، لذا به موجب عدالت معاوضی که



مشتری از فزونی بهای کالا و بدون آنکه بر ثمن بیفزاید بهره می‌برد، می‌بایست خسارت ناشی از تلف آن را نیز متحمل شود. به عبارت دیگر به دلیل آنکه مشتری در اثر تسلیم مبیع از منافع آن بهره مند می‌شود، تلف مبیع پیش از تسلیم آن نیز بر عهده وی قرار می‌گیرد و در نتیجه در صورتی که مبیع بعد از عقد و پیش از تسلیم تلف شود مشتری ملزم به تأدیه ثمن خواهد بود. مطابق این نظر، ضمان بر عهده کسی است که هنوز مالک مبیع نگردیده است. (محسن رسوق، تسلیم مبیع و ثمن، ص ۲۷۲، ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، ص ۱۱۵-۱۱۶). ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس در این زمینه مقرر می‌دارد: «۱- بیع عقدی است که به موجب آن بایع ملزم به تسلیم مبیع به مشتری و انتقال مالکیت آن به وی، در مقابل ثمنی که مشتری متعهد به پرداخت آن به اوست...». ماده ۱۸۵ قانون تعهدات سوئیس مقرر می‌دارد: «۱- از زمان انعقاد عقد، منافع و خطرهای مربوط به مبیع به مشتری منتقل می‌شود، مگر در موارد استثنائی حاصل از اوضاع و احوال و شرایط یا توافقه‌های خصوصی...». (قانون تعهدات سوئیس، ترجمه جواد واحدی، ص ۶۳). بنابراین در حقوق این کشور بیع، عقدی عهده‌ای است و انتقال مالکیت در اثر تسلیم می‌باشد اما اگر قبل از تسلیم تلف شود، این تلف از کیسه‌ی خریدار خواهد بود. در روش دوم نیز که ضمان معاوضی با تسلیم منتقل می‌شود، دو حالت ممکن است پیش آید:

الف - انتقال ضمان و مالکیت با تسلیم: قانون مدنی آلمان این شیوه را پذیرفته است. ماده ۴۳۳ ق.م. این کشور بدون اینکه تعریفی از عقد بیع ارائه کند، اثر بیع را الزام تسلیم شیء مورد معامله به مشتری و انتقال مالکیت آن به وی و نیز الزام مشتری به تأدیه ثمن مورد توافق و قبض شیء مورد معامله بیان می‌دارد. در این حالت هم مالکیت و هم ضمان با تسلیم انتقال پیدا می‌کنند. اگر مبیع پیش از تسلیم تلف شود مسؤولیت آن بر عهده مالک یعنی بایع است، اما اگر پس از تسلیم تلف شود، مسؤولیت تلف بر عهده مالک جدید، یعنی خریدار است. (محسن رسوق، همان، ص ۲۷۳)

ب - انتقال ضمان با تسلیم و انتقال مالکیت با عقد: در این حالت مالکیت به محض وقوع عقد به خریدار منتقل می‌شود، اما ضمان معاوضی با تسلیم به خریدار منتقل می‌شود



و تا قبل از تسلیم بر عهده بایع است. قانون مدنی ایران در ماده ۳۸۷ این نظر را پذیرفته است. بنابراین در صورتی که ضمان با تسلیم منتقل شود، تلف مبیع قبل از تسلیم بر عهده بایع خواهد بود؛ خواه مالکیت به محض وقوع عقد منتقل شود، خواه با تسلیم منتقل شود، لذا در حقوق کشورهایمانند ایران و آلمان تلف مبیع قبل از قبض بر عهده بایع می‌باشد. ماده ۳۸۷ ق.م. در همین زمینه مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود».

در قرارداد بیع زمانی اگر مبیع قبل از تسلیم به خریدار نخست تلف شود، تمامی معاملات منعقد راجع به مال تلف شده منفسخ می‌گردد و این تلف از کیسه‌ی فروشنده خواهد بود؛ در نتیجه وی ملزم است اگر ثمن معاملات را گرفته باشد، آن را مسترد کند. روشن است که مبیع در دست هر یک از خریداران تلف شود، وی هیچ گونه مسؤولیتی در برابر سایر مالکان نخواهد داشت. زیرا تصرف وی در مملوک زمانی مالکانه است و مال در اثر حادثه خارجی تلف شده است. در صورتی که مبیع بعد از تسلیم به خریدار دوم تلف شود، معاملات بعد از خریدار دوم منفسخ می‌شود و به همین نحو در صورتی که بعد از تسلیم به هر یک از خریداران، مورد معامله تلف شود، معاملات بعد از آن منفسخ می‌شود. ناگفته نماند این نظر در حقوق کشورهایمانند ایران و آلمان که ضمان با تسلیم منتقل می‌شود صحیح است، ولی در حقوق کشورهایمانند فرانسه، انگلیس و سوئیس که ضمان به محض وقوع عقد منتقل می‌شود، تلف مملوک زمانی از کیسه‌ی خریداران خواهد بود. تمامی مطالب فوق در صورتی صحیح خواهد بود که مبتنی بر این نظر باشد که اراده بایع و خریداران بر این امر باشد که بایع مملوک زمانی را به تک تک خریداران جداگانه تسلیم نماید وگرنه اگر مبتنی بر این نظر باشد که تسلیم به خریدار اول به منزله‌ی تسلیم به همه خریداران باشد، تلف مملوک زمانی از کیسه‌ی تمامی مالکان خواهد بود و بایع ملزم نیست که ثمن معاملات را مسترد کند و اگر خریداران ثمن را تأدیه نکرده باشند، باید به بایع تأدیه نمایند. مطلبی که توجه بدان خالی از لطف نیست، این است که تسلیم مبیع



به هر یک از خریداران برای یک مرتبه کافی است و نیازی نیست که مبیع برای زمان‌های بعد نیز به آنها تسلیم شود؛ بنابراین اگر مبیع در دست آخرین خریدار تلف شود، این تلف از کیسه تمامی خریداران خواهد بود. ممکن است در هنگام انعقاد عقد طرفین تراضی کنند که بایع باید مبیع را در تمامی مقاطع زمانی از مالک قبلی دریافت کند و به مالک جدید تسلیم نماید. برای مثال خریدار مقطع زمانی مهر ماه با فروشنده توافق نماید که بایع هر سال مملوک زمانی را از مالک شهریور دریافت نماید و به وی تسلیم کند، در چنین حالتی اگر مبیع در دست مالکان دیگر تلف شود، قرارداد مالک مهر ماه و بایع برای سال‌های بعد منفسخ می‌شود و بایع ملزم است به نسبت سالهای باقی مانده ثمن را به مالک مهر ماه مسترد کند. در صورتی که تمامی مالکان با بایع چنین توافقی را نموده باشند و در دست یکی از آنان تلف شود تمامی عقود، نسبت به آینده منفسخ می‌گردد.

## بخش دوم

### روابط مالکان با اشخاص ثالث دیگر

بعد از انعقاد عقود بیع زمانی، اشخاص ثالث ممکن است در مملوک زمانی تصرفات مادی یا حقوقی انجام دهند؛ در چنین شرایطی، مالکان نیز بالتبع میتوانند برای احقاق و دفاع از حقوق خود دست به اقداماتی زنند که در ذیل به بررسی تصرفات مادی و حقوقی اشخاص ثالث و اقدامات مالکان می‌پردازیم.

#### ۱-۲: غصب مملوک زمانی

اگر مبیع که در بحث ما مملوک زمانی است قبل از قبض، غصب گردد، در صورتی که بتوان به سرعت آن را برگرداند، مشتری حق فسخ ندارد و بایع در صورت امکان باید آنرا برگرداند، زیرا تسلیم بر عهده وی است، در غیر این صورت مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت. (زین الدین بن علی العاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ۲۶۶، سیدجواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد، ص ۱۲۴۸، علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد فی الشرح القواعد، ص ۴۱۰) در مورد اجرت المثل منافع نیز،



برخی بر این عقیده هستند که چون منافع به منزله نماء منفصل است که بدون تعدی و تفریط از سوی بایع از بین می‌رود، بنابراین اجرتی بر عهده وی نمی‌باشد. (ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی المسائل الحرام والحلال، ص ۳۶) برخی در این نظر ابراز تردید کرده‌اند (سید محمد جواد حسینی عاملی، همان، ص ۱۲۵۰). از ماده ۴۸۸ ق.م. در این مورد می‌توان استفاده کرد و بر این نظر شد که در چنین حالتی مشتری می‌تواند بیع را فسخ و یا به خود غاصب رجوع نماید. در صورتی که شخص ثالثی مملوک زمانی را بعد از تسلیم، غصب نماید و بعداً نه به سرعت، مسترد نماید، در مقابل مالک یا مالکان مقطوع زمانی که منافع در آن مقطع از دست رفته یا توسط وی استیفاء شده است، ضامن کلیه منافع است. چنانچه غاصب مال را تلف کند، در مقابل تمامی مالکان مسؤول می‌باشد. (مسعود امامی، سلسله پژوهش‌های فقهی-حقوقی، بیع زمانی، ص ۱۱۲). اگر شخص ثالثی مملوک زمانی را غصب نماید، مالک فعلی بی تردید می‌تواند مبادرت به اقامه دعوی نماید، اما تردید در سایر مالکان است که فعلاً مالک مال نیستند. به نظر می‌رسد که آنان نیز دارای چنین حقی هستند، ولی در مقایسه با مالک فعلی دارای محدودیت هستند؛ بدین صورت که اگر در زمان مالک فعلی، بیگانه‌ای مبادرت به تصرف عدوانی، ممانعت از حق و تخریب ملک یا هر اقدامی که منافی ملک باشد، نماید و مالکان دیگر غیر از مالک فعلی اقدامات مذکور را منافی حقوق خود بدانند، زمانی می‌توانند اقامه دعوی نمایند که مالک فعلی نسبت به تصرفات بیگانه به اقدامی مبادرت نکند.

## ۲-۲: ادعای ثالث نسبت به مملوک زمانی

قانون مدنی در مبحث ضمان درک مسأله استحقاق کلی یا جزئی مبیع را با هم مطرح نموده است. مطابق ماده ۳۹۰ قانون مزبور، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید بایع ضامن است و به موجب مواد بعدی، در هر صورت باید ثمن مبیع را به همان میزان به مشتری مسترد کند و به موجب ماده ۴۴۳ همان قانون در فرض استحقاق جزئی و استرداد ثمن مربوط، در صورت جهل مشتری، خیار تبعض صفقه برای وی به



وجود خواهد آمد. این بدین معنا است که در ادعای مالکیت شخص ثالث نسبت به مبیع، ممکن است ادعای نسبت به قسمتی از مبیع باشد، نه تمام آن و این در صورتی است که مبیع دارای مالکان متعدد باشد و فروشنده بدون اذن و اجازه از سایر مالکان، اقدام به فروش کل مال به دیگری کرده است. برای مثال، وارث یا وراثی بدون اجازه سایر وراث مال مورثه را می‌فروشند.

در قرارداد بیع زمانی نیز در صورتی که بایع مالک نباشد و مالی را بفروشد که به شخص ثالث تعلق دارد، تمامی معاملات منعقدۀ فضولی خواهد بود. در این صورت نیز مالک می‌تواند تمامی معاملات را امضاء کند و یا تمامی معاملات را رد کند، که در این صورت هر یک از خریداران می‌تواند برای دریافت ثمن به فروشنده رجوع کند و در صورت جهل، غرامت خود را نیز از بایع اخذ نماید. همچنین مالک می‌تواند هر یک از معاملات را که خواست، امضاء و بقیه را رد نماید. در این صورت خریداری که معامله وی تنفیذ شده است، فقط در مقطع زمانی متعلق به خویش مالک مملوک زمانی می‌شود و در سایر مقاطع یا شخص فروشنده مالک است یا خریداران دیگر که مالک، معامله آنان را تنفیذ نموده است. در چنین حالتی نمی‌توان به ماده ۲۵۷ ق.م. استناد نمود و بر این نظر شد که هر یک از معاملاتی را که مالک امضا میکند، معاملات بعد از آن هم نافذ خواهد بود. دلیل این امر این است که در معاملات فضولی مذکور در ماده ۲۵۷ مورد معامله فقط یک مورد است که توسط خریداران متعدد فروخته میشود و خریدار معامله‌ی قبلی در معامله‌ی بعدی فروشنده واقع میشود، اما در فرض مورد بحث ما فروشنده در تمامی معاملات یک نفر است و مورد معامله نیز در هر معامله‌ای متفاوت است. در واقع مانند این است شخصی هزار کیلو برنج دارد و فروشنده‌ی فضولی برنج‌ها را به ده نفر، به هر نفر صد کیلو در معاملاتی جداگانه می‌فروشد. در این حالت مالک، هر یک از معاملات را که تمایل داشت می‌تواند تنفیذ نماید، ولی معاملات بعدی تنفیذ نخواهد شد و نیاز به اجازه جداگانه مالک دارد.

در صورتی که مالکان مالی متعدد باشند، به عبارت دیگر مالکیت مشاع نسبت به مال داشته باشند و یکی از آنان ممکن است تمام مال را، یعنی سهم شرکای دیگر را هم به



انضمام سهم خود به صورت بیع زمانی بفروشد و یا ممکن است فقط سهم خود را به صورت بیع زمانی بفروشد. چنانچه وی تمام مال را بفروشد، تمام احکامی که در مورد معاملات بیع که شخص ثالث به صورت بیع زمانی منعقد میکند، در این حالت نیز جاری میشود. به عبارت دیگر هر شریکی مختار است معامله‌ای را که نسبت به سهم وی صورت گرفته را در هر مقطعی که مایل است تنفیذ نماید یا رد کند. اگر تمامی آنان تنفیذ نمایند یا رد نمایند بحثی وجود ندارد. اما اگر برخی رد و برخی دیگر تنفیذ نمایند و یا شریکی که تنفیذ می‌نماید، برخی از مقاطع را تنفیذ نماید و برخی مقاطع دیگر را رد نماید؛ در این حالات هر یک از خریداران در مقطع زمانی خویش با مالکانی که معاملات فضولی را تنفیذ نکرده اند، به طور مشاع شریک خواهند شد. در صورتی که شریکی فقط سهم خود را به صورت بیع زمانی واگذار نماید، این معاملات با توجه به ماده ۵۸۳ ق.م. صحیح میباشد. در این صورت هر یک از خریداران مملوک زمانی با تمامی وراث مالکیت مشاع نسبت به مال خواهند داشت، البته این مالکیت مشاع برای هر یک از خریداران فقط در مقطع زمانی مخصوص به خود خواهد بود و وراث در تمامی مقاطع زمانی نسبت به مملوک زمانی مالکیت خواهند داشت. برای مثال فرض کنید احمد و علی و حسن نسبت به خانه‌ای مالکیت مشاع دارند. احمد سهم خود را که دو دانگ است به محمد، رضا، حمید و سعید که هر کدام یک فصل مالک خواهند بود می‌فروشد. رضا که مالک سهم دو دانگ از شش دانگ فصل بهار است؛ در این فصل با علی و حسن نسبت به مملوک مالکیت مشاع خواهد داشت. محمد، حمید و سعید هیچ گونه مالکیتی در فصل بهار نسبت به مملوک زمانی نخواهند داشت. حمید نیز که مالک دو دانگ از شش دانگ فصل تابستان است، در فصل مذکور با علی و حسن نسبت به مملوک زمانی مالکیت مشاع خواهد داشت. محمد، رضا و سعید هیچ گونه مالکیتی در فصل تابستان نسبت به مملوک زمانی نخواهند داشت. همین قاعده در مورد مالکیت محمد در فصل پاییز و مالکیت سعید در فصل زمستان جاری است. در فرض مذکور که در هر فصل سه شریک وجود دارد، دو نفر از شرکا (علی و حسن) که ثابت هستند و فقط شریک سوم است که در هر فصل متغیر است. طرز اداره کردن مال مملوک در هر فصل، بستگی به توافقات شرکای همان فصل





دارد. مطلب مذکور را می‌توان از ماده ۵۷۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقررره بین شرکاء خواهد بود.» برداشت نمود. ناگفته نماند تمامی مالکان اعم از مالکان ثابت و مالکان متغیر می‌توانند برای تمام سال در مورد اداره مملوک زمانی به توافق برسند.

## ۲-۳: رهن مملوک زمانی

با توجه به ماده ۷۷۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مال مرهون، باید عین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.» در صورتی که ماهیت بیع زمانی را عقدی بدانیم که در آن مالکیت عین متصور نباشد، مانند اجاره، رهن دادن مملوک زمانی با توجه به ماده مذکور صحیح نمی‌باشد. در مورد قبض دادن مملوک زمانی نیز می‌توان گفت با توجه به ماده ۷۷۲ ق.م. که استمرار قبض را شرط صحت نمی‌داند، لذا به قبض دادن مملوک زمانی در یک مقطع زمانی خاص امکان پذیر می‌باشد. در قبض دادن مملوک زمانی نیازی به اذن سایر مالکان نیست. زیرا همان گونه که بیان شد مالکیت هر یک از مالکان در هر مقطع زمانی مفروز است و مشاع نیست تا تصور شود که در قبض آن نیاز به اذن سایر مالکان می‌باشد. با توجه به مطالب مذکور، می‌توان گفت امکان ارتهان مملوک زمانی دور از ذهن نیست. بدیهی است که اگر مرتهن بخواهد مملوک زمانی را در تصرف خود داشته باشد، فقط می‌تواند تا پایان مقطع زمانی متعلق به راهن آنرا در تصرف خود داشته باشد و در پایان مقطع زمانی مزبور، وی باید از عین مرهونه که مملوک زمانی باشد، رفع ید کند تا مالک بعدی بتواند تصرفات مالکانه خود را اعمال کند. اگر وی رفع ید نکند، مالک مقطع زمانی مزبور می‌تواند با توجه به مفاد قرارداد به فروشنده یا مالک قبلی یعنی راهن مراجعه کند و یا مطابق قواعد غصب به مرتهن رجوع نماید. اگر مرتهن بدون تلف نمودن عین، آن را مسترد نماید، در مقابل مالک مقطع زمانی که منافع ملک را به دلیل عدم رفع ید مرتهن از دست داده است، ضامن است و اگر مال در دست وی تلف شود، وی در برابر تمامی مالکان مسؤول است. در صورتی که راهن دین خود را به مرتهن نپردازد، مالکیت مقطع زمانی که متعلق به راهن می‌باشد به شخص ثالث منتقل می‌گردد تا از ثمن آن دین مرتهن پرداخت



گردد. اگر راهن اقدام به فروش مملوک زمانی ننماید، مطابق ماده ۷۷۹ ق.م. حاکم وی را مجبور به بیع یا اداء دین می‌نماید و در صورتی که مرتهن وکالت داشته باشد، وی خود می‌تواند بفروشد و دین خود را از ثمن معامله برداشت نماید. چنانچه مرتهن جاهل باشد که افراد دیگری هم در زمانهای دیگر مالکیت نسبت به عین مرهونه دارند، وی می‌تواند با توجه به معیار مواد ۲۶۳ و ۳۲۵ ق.م. برای گرفتن کلیه غرامت خود به راهن رجوع کند. پرسشی که در این قسمت میتوان مطرح نمود، این است که اگر مرتهن جاهل باشد که مال مرهونه مملوک زمانی است، به عبارت دیگر راهن هیچ مطلبی راجع به اینکه اشخاص دیگر نیز نسبت به مال مرهونه در زمانهای دیگر مالکیت دارند به مرتهن نگوید و مرتهن نیز هیچ اطلاعی از این مطلب نداشته باشد، آیا وی میتواند عقد رهن را فسخ نماید؟ عقد رهن بنا به تصریح ماده ۷۸۷ ق.م. نسبت به مرتهن جایز است و هر وقت اراده کند میتواند آنرا فسخ نماید، اما اگر حق فسخ وی بنا به هر دلیلی سلب شده باشد، در این صورت شاید بتوان از ملاک ماده ۵۳ ق.م. که عبارت است از اینکه اطلاع یافتن خریدار از داشتن حق انتفاع شخص دیگر در ملک، که برای وی حق فسخ ایجاد میکند، استفاده نمود و گفت در فرض مذکور نیز راهن اطلاعی از داشتن حق مالکیت افراد دیگر در عین مرهونه نداشته، بنابراین بعد از اطلاع وی میتواند عقد رهن را فسخ نماید. وانگهی میتوان گفت اراده ضمنی طرفین این بوده است که مالکیت راهن نسبت به عین مرهونه مطلق باشد، در نتیجه حال که از این اراده ضمنی تخلف شده است وی میتواند عقد رهن را فسخ نماید و خسارت خویش را مطالبه نماید و اگر فسخ ننمود، عین مرهونه فقط در مقطع زمانی متعلق به راهن، در رهن وی باقی می‌ماند و در صورت عدم تأدیه دین فقط مالکیت همان مقطع به شخص ثالث منتقل میگردد و از ثمن آن، دین مرتهن پرداخت میگردد. ناگفته نماند که در صورت جهل مرتهن به مملوک زمانی بودن مبیع مطابق ماده ۷۸۴ ق.م. طرفین میتوانند در مورد تبدیل رهن به مال دیگر تراضی نمایند که در چنین شرایطی مجالی برای فسخ به وجود نمی‌آید.

مطلب دیگری که در این قسمت اشاره بدان خالی از لطف نیست، این است که اگر مالی موضوع رهن بود و توسط راهن به عنوان وثیقه نزد مرتهن سپرده شد و با وجود این،




راهن بدون اذن و اطلاع مرتهن، اقدام به فروش آن مال به صورت بیع زمانی به افراد دیگر کند و خریداران ناآگاه نیز پس از انجام معامله، مواجه با ادعای رهن نسبت به مبیع از سوی مرتهن (شخص ثالث) میگردند، در چنین وضعیتی سرنوشت حقوقی عقد رهن قبلی و عقود بیع زمانی بعدی چه خواهد شد؟ برای پاسخ گویی به این سؤال، از یک طرف مواد ۷۹۳ «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن» و ۷۹۴ «راهن میتواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد، بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند. در صورت منع اجازه با حاکم است.» مطرح است و از طرفی مشهور فقهای امامیه، تصرفات ناقل ملکیت را منافی با حق مرتهن می‌دانند و آنرا منع کرده‌اند. صاحب جواهر مفاد حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» را نقل کرده و مدعی شده است که در این خصوص ادعای اجماع شده است. سایر فقها در تأیید این استدلال بیان نموده‌اند که در عقد رهن، مالی وثیقه طلب دائن از راهن میشود و وثیقه زمانی کامل است که راهن نتواند در آن تصرف نماید و همین منع وی را تحریک میکند که دین خود را بپردازد. (شیخ محمد حس نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۵، ص ۱۹۵) به هر حال اگر مال مرهونه توسط راهن به افراد دیگر فروخته شود و پس از آن مرتهن به عنوان شخص ثالث نسبت به آن مدعی می‌گردد که مبیع در رهن وی بوده و راهن تاکنون بدهی خود را نپرداخته و اقدام وی به فروش مورد رهن منافی حقوق مرتهن است، در این صورت وضعیت حقوقی عقود بیع چگونه خواهد بود؟

چهار نظریه از سوی فقها و حقوقدانان در این خصوص وجود دارد. نظریه اول: بطلان عقد بیع مطلقاً. شیخ انصاری بیان نموده‌اند که ظاهر عبارت عده‌ای از قدما و غیر آنان بطلان عقد بیع در این فرض است، (شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، جلد ۴، ص ۱۵۴) که از آن جمله میتوان شیخ اسدالله تستری را نام برد، (اسدالله کاظمی تستری، مقابسات الانوار و نفاست الاسرار، ص ۱۸۸). ولی در هر صورت همان طور که برخی حقوقدانان گفته‌اند، این نظر متروک می‌باشد. (محمد جعفر لنگرودی، حقوق مدنی، رهن و صلح، ص ۹۸) نظریه دوم: عدم نفوذ عقد بیع مطلقاً. مشهور فقها عقد بیع را در فرض مذکور غیرنافذ



میدانند و معتقدند چنین عقدی برای نفوذ یافتن نیاز به اذن مرتهن دارد. آنان دلیل این امر را ممنوع دانستن تصرفات منافی با حقوق مرتهن در عین مرهونه میدانند. در واقع در فرض مذکور عقد بیع، مانند عقد فضولی است که متوقف بر اجازه مالک است، اما فروشنده چون خودش مالک است، نمی‌توان آنرا فضولی به معنای مصطلح دانست، بلکه به دلیل محجور و ممنوع بودن مال الرهن از تصرف راهن و مرتهن، مالک (راهن) استقلال در تصرف نسبت به آن ندارد و در نتیجه نفوذ عقد وی متوقف بر اجازه مرتهن است. (زین الدین بن علی عاملی، همان، جلد ۴، ص ۴۷، شیخ مرتضی انصاری، همان، ص ۲۹، محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۹۹) حقوقدانان نیز با حمل ماده ۷۹۳ ق.م. به این معنا، غالباً همین نظر را پذیرفته‌اند. (محمد جعفر جعفری لمگرودی، همان، ص ۹۹، مصطفی عدل، حقوق مدنی، ص ۳۸۹، سید علی حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، جلد ۲، ص ۶۹۵). نظریه سوم: غیر نافذ بودن بیع در صورت عدم تأمین حقوق مرتهن. برخی حقوقدانان بیان نموده‌اند که با وجود اینکه فروش مال مرهونه توسط راهن منافی با حقوق مرتهن است، لیکن اگر حقوق مرتهن تأمین شود، دیگر نیازی به اجازه مرتهن نیست و عقد بیع هم نافذ است. برای تأمین حقوق مرتهن اشراط آن در عقد بیع کافی است، یعنی ضمن عقد بیع شرط شود که این معامله با حفظ حقوق مرتهن است. (سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۴۵۹) برخی دیگر معتقدند تأمین حقوق باید به صورت واقعی باشد و فروشنده پس از عقد بیع با پرداخت بدهی به مرتهن، اقدام به فک رهن نماید. (محمد جواد مغنیه، فقه امام جعفر صادق، جلد ۳، ص ۹۳). نظریه چهارم: صحت و نفوذ بیع مطلقاً. برخی حقوقدانان، نظریه مشهور را که مبنی بر غیر نافذ بودن عقد بیع میباشد را قابل انتقاد می‌دانند و معتقد به صحت عقد بیع در فرض مذکور می‌باشند. زیرا حق مرتهن بر عین مرهونه یک حق عینی است و یکی از آثار این حق، قابل احترام و قابل استناد بودن در برابر همه کس است. به عبارت دیگر، مرتهن برای استیفاء طلب خود از مورد رهن، دارای حق تعقیب می‌باشد و میتواند این حق را در برابر خریدار یا متهب مال نیز اعمال کند و با انتقال از بین نمی‌رود. از سوی دیگر، چون حق عینی مرتهن پیش از عقد بیع به سود وی ایجاد شده است، راهن و خریدار نمیتوانند به تراضی آنرا از بین ببرند. به حکم قانون حق



مرتهن مقدم بر حق خریدار است (ناصرکاتوزیان، حقوق مدنی، عقد معین، جلد ۴، ص ۵۸۲). این نظر در فقه طرفداری ندارد و به قول برخی حقوقدانان چنین نظری متروک است و قائلین به آن در واقع معتقدند، عقد رهن نسبت به راهن و مرتهن جایز است، در حالی که به صراحت ماده ۷۸۷ ق.م. عقد رهن نسبت به مرتهن جایز ولی نسبت به راهن لازم است. (محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان، ص ۹۸) نظر مشهور مبنی بر غیر نافذ بودن، با توجه به مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و لحن ماده ۳۴ مکرر اصلاح شده قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و اصلاحی ۱۳۵۱ و مفاد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹، موجه می‌باشد. (سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۴۵۹)

حال با توجه به نظریات چهارگانه، که در موارد فروش مال مرهونه بیان شد، مطابق نظریه بطلان عقد بیع و نیز نظریه صحت و نفوذ عقد بیع، تکلیف مرتهن معلوم است، زیرا بر فرض بطلان عقد بیع، مرتهن تنها دارنده حق عینی نسبت به مال مرهونه غیر از مالک خواهد گردید و می‌تواند در صورت عدم پرداخت دین توسط راهن متعرض مال مرهونه شود و در فرض صحت و نفوذ عقد بیع نیز، مرتهن حق عینی خود در مال مرهونه را به رغم انتقال آن به خریدار حفظ نموده و حق عینی او بر حق عینی خریدار تقدم خواهد داشت. مطابق نظریه مشهور که مبتنی بر غیر نافذ بودن عقد بیع است، در صورتی که مرتهن عقد بیع را رد نماید و موجب بطلان آن گردد، (حسن امامی، همان، ص ۴۵۹). مرتهن تبدیل به تنها ذی حق عینی (غیر از خود مالک) نسبت به مال رهنی خواهد شد. در صورتی که مرتهن به هر دلیلی عقد بیع را اجازه نمود، برخی از حقوقدانان (ناصرکاتوزیان، همان، ص ۵۸۴). به تبعیت از برخی فقها (شیخ محمد حسن نجفی، همان، ص ۱۹۹) موضوع را شبیه و در حکم فضولی دانسته و اجازه مرتهن را موجب تنفیذ عقد راهن از زمان انعقاد آن میدانند. لیکن ایشان این نکته را هم گفته‌اند که این اجازه به معنای انصراف مرتهن از رهن نیست. زیرا هیچ تعارضی بین نفوذ معامله و باقی ماندن وثیقه وجود ندارد، همان گونه که صاحب جواهر در این خصوص آورده اند: «نعم لو باع او وهب مثلاً، وقف علی اجازه المرتهن، فإن حصلت، حکم بصحته والا فلا، إذ هو ان



لم يكن فضولياً فمثله في ذلك... و ليس هذا من اسقاط حق الرهانه اولاً و بالذات في الزمن السابق» (همان، ص ۱۹۹-۲۰۰). اما برخی دیگر از حقوقدانان، هر کدام به نحوی اجازه مرتهن نسبت به عقد رهن را نوعی از بین بردن حق رهن مرتهن دانسته اند، به این نحو که برخی قائل به بطلان عقد رهن در صورت اجازه مرتهن گردیده اند. (محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۹۷، سید علی حائری شاهباغ، همان، ص ۶۹۵). برخی نیز اجازه مرتهن را موجب فک رهن دانسته و بیان نموده اند که اگر عقد انجام شده عوضش پول بود، آن عوض در رهن مرتهن قرار نمی گیرد، زیرا ظاهر از انتقال مال مرهون در مقابل پول، آن است که راهن به قصد استفاده از عوض آنرا واگذار نموده، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود، ولی اگر عوض غیر پول بود، عوض مزبور در رهن مرتهن قرار میگیرد. (سیدحسین امامی، همان، ص ۴۵۹) برخی دیگر اجازه مرتهن را مستلزم اسقاط قبلی حق رهن از سوی نامبرده دانسته اند و معتقدند وی با اجازه نمودن در واقع مستقیماً حق وثیقه خویش را ساقط میکند. (محسن پور عبدالله، ادعای ثالث نسبت به مبیع، ص ۳۲۵). به نظر میرسد، نظر مشهور فقها مبنی بر اینکه اجازه مرتهن موجب فک رهن نمی شود، منطقی باشد. زیرا حق رهن مرتهن، حق عینی است که به عین مال مرهونه تعلق گرفته و انتقال بعدی مالکیت آن منافاتی با حق عینی سابق ندارد. حالی سؤالی که در این قسمت مطرح می باشد، این است که تکلیف مشتری ها که مال مرهونه را از راهن خریداری نموده، سپس با ادعای مرتهن مبنی بر داشتن حق عینی در مملوک زمانی مواجه شده اند، چیست؟

بنابر قولی که عقود بیع انجام شده توسط راهن به دلیل سابقه رهن، باطل میباشند، هریک از مشتری ها که مبیع در استیلاي اوست، باید مطابق مقررات، مبیع را به فروشنده عودت دهد و ثمن پرداختی را نیز مسترد نماید. بقیه مشتری ها نیز میتوانند برای استرداد ثمن پرداختی به فروشنده یعنی راهن رجوع نمایند. در صورتی که هر یک از خریداران جاهل به رهنی بودن مبیع باشند، می توانند جبران خسارات وارده را نیز از فروشنده بخواهند. همین احکام در فرض قائل بودن به عدم نفوذ بیع و رد تمامی معاملات توسط مرتهن که منجر به بطلان عقود میشود نیز جاری است. اما بنابر این قول که با وجود فروش مال مرهونه بدون اذن مرتهن، عقود بیع در هر صورت صحیح و نافذ خواهند بود و



یا در فرضی که عقود بیع غیرنافذ بوده ولی مرتهن تمامی آن معاملات را تنفیذ می‌کند؛ در چنین وضعیتی اگر مشتری‌ها مطلع از موضوع رهن سابق باشند، صرفاً به عنوان ذی حق عینی دوم (بعد از مرتهن) نسبت به مبیع تلقی شده و باید صبر کنند تا وضعیت استیفاء حقوق مرتهن معلوم شود و پس از آن حق تصرف در مبیع را در مقطع زمانی متعلق به خویش را خواهند داشت. در صورتی که مشتری‌ها اطلاعی از این موضوع نداشته باشند و بعد از انجام عقود بیع متوجه حق مرتهن شده باشند، اگر نتوانند به استناد ماده ۷۸۷ ق.م. عقد رهن را فسخ کنند، هر یک از آنان مطابق عموماً از جمله ماده ۵۳ ق.م. حق فسخ معامله خویش را خواهند داشت. همچنین همان طور که اشاره شد، اگر از اراده ضمنی تخلف شود، طرف دیگر عقد حق فسخ معامله را خواهد داشت. در فرض مذکور اراده طرفین مبتنی بر این است که فروشنده ملک طلق را بفروشد، نه اینکه مالی بفروشد که در گرو دین شخص ثلث باشد؛ از این رو، هر یک از مشتری‌ها می‌تواند قرارداد خود را فسخ نماید و همچنین خسارت خویش را نیز مطالبه کند. در مواردی که برخی از خریداران مطلع از حق مرتهن باشند و برخی اطلاعی از این امر نداشته باشند، خریدارانی که از حق رهن اطلاع نداشته باشند، می‌توانند عقد خود با فروشنده را فسخ نمایند و علاوه بر ثمن، خسارات وارده را نیز مطالبه نمایند. ممکن است در بیع زمانی برخی از خریداران از حق رهن اطلاع داشته اند، در این صورت آنان باید صبر کنند تا تکلیف حقوق مرتهن معلوم شود و پس از آن حق تصرف در مبیع را در مقطع زمانی متعلق به خود را خواهند داشت.

مطابق نظری که عقود بیعی را که پس از عقد رهن، منعقد شده‌اند را غیرنافذ میدانند، مرتهن می‌تواند هر یک از عقود بیع زمانی را که خواست، تنفیذ و هر یک از عقود مزبور را رد نماید. عقد یا عقودی که رد می‌شود باطل خواهند بود. عقد یا عقودی که تنفیذ می‌شود، صحیح خواهند بود، البته هر یک از آنان که جاهل به عقد رهن باشد، می‌تواند عقد خود را فسخ و خسارت خویش را مطالبه نماید و یا اینکه مانند خریداری که مطلع به حق مرتهن بوده باید صبر نماید تا تکلیف حقوق مرتهن معلوم شود و پس از آن حق تصرف در مبیع را خواهد داشت، البته فقط در مقطع زمانی متعلق به خویش. ناگفته نماند که مطابق نظر



کسانی که اجازه مرتهن را نسبت به عقود بیعی که راهن منعقد نموده، به نحوی زایل کردن حق رهن مرتهن دانسته اند؛ در صورتی که همهی عقود را رد نماید و یا همه را تنفیذ نماید، تکلیف مشخص است و هیچ بحثی وجود ندارد. اما اگر مرتهن برخی از عقود را رد و برخی دیگر را تنفیذ نماید، عقودی که رد میشوند باطل و عقودی که تنفیذ میشوند نافذ خواهند بود. در این صورت وی دیگر هیچ حقی نسبت به عین مرهونه نخواهد داشت. به عبارت دیگر، کافی است که یکی از عقود بیع زمانی توسط مرتهن تنفیذ شود تا وی دیگر هیچ حقی نسبت به عین مرهونه نداشته باشد. برای مثال فرض کنید خانه‌ی علی در رهن طلب حسن است. علی خانه را به حسین، رضا، آرش و کامران به صورت بیع زمانی به نحوی که هر یک از آنان به ترتیب مالک مبیع در فصلهای بهار، تابستان، پاییز و زمستان باشند، میفروشد. اگر حسن (مرتهن) عقد بیع حسین را که خریدار اول میباشد و قرار است مالک فصل بهار باشد را تنفیذ نماید، در این فرض بحثی نخواهد بود. زیرا وی با تنفیذ عقد اول، حق خود را نسبت به عین مرهونه ساقط میکند و دیگر ذی نفع نخواهد بود که بخواهد عقدهای رضا، آرش و کامران را تنفیذ نماید و عقود آنان به طور اتوماتیک وار تنفیذ میشوند و کشف میگردد که عقود آنان از ابتدا نافذ و صحیح بوده است، ولی اگر حسن عقد حسین را تنفیذ نماید و عقد رضا را که خریدار دوم است و قرار است مالک مبیع در فصل تابستان باشد را رد نماید و یا عقد رضا را نیز تنفیذ نماید و عقد آرش را رد نماید و یا عقد آرش را نیز تنفیذ نماید، ولی فقط عقد کامران را که خریدار چهارم میباشد را رد نماید. مطابق نظر این حقوقدانان عقود قبلی که تنفیذ شده، صحیح و عقدی که رد میشود و عقود مابعد آن باطل میباشدند. مطمئناً زمانی که این حقوقدانان چنین نظری را داده اند، عقد بیع زمانی مطرح نبوده است؛ حال ایرادی که بر این نظر وارد میشود، این است که چرا باید شخصی که با رد یکی از معاملات دوم (معامله رضا) یا سوم (معامله آرش) و یا چهارم (معامله کامران)، حق خویش را ساقط نموده و دیگر هیچ حقی نسبت به عین مرهونه قبلی و مبیع فعلی ندارد، توانسته است عقود قبلی را تنفیذ نماید؟! به عبارت دیگر با رد نمودن عقد دوم یا سوم و یا چهارم کشف میگردد که وی از ابتدا هیچ گونه حقی نسبت به مبیع نداشته و در نتیجه تمامی عقود بیع زمانی صحیح خواهند بود. به منظور





اینکه چنین ایرادی را رد نماییم، شاید بتوان گفت راهن باید تمامی عقود مزبور را یا رد نماید و یا اینکه تمامی آنها را تنفیذ نماید. راه حل دوم برای بر طرف کردن ایراد مذکور، این است که عقود مزبور همان گونه که اشاره شد در حکم عقد فضولی هستند نه فضولی واقعی، زیرا مرتهن مالک مال مرهونه نمیباشد تا با رد معامله توسط وی، آن مال به خود او برگردد، بلکه نتیجه رد معامله بی تأثیر شدن آن معامله نسبت به مرتهن است تا مرتهن بتواند مطابق مقررات قانونی از محل آن مال، طلب خود را استیفا نماید؛ بنابراین با توجه به ماده ۲۵۷ ق.م. هر کدام از معاملات را که مرتهن تنفیذ نمود، معامله مذکور و معاملات بعد از آن نافذ خواهند بود و معاملات قبل از آن باطل خواهند بود. این ایده نیز عاری از ایراد نیست، به طوری که در بیع فضولی شخص تنفیذ کننده مالک است و با تنفیذ نیز عوض معامله فضولی در ملکیت وی خواهد بود. به عبارت دیگر چه در صورت رد معامله فضولی و چه در صورت تنفیذ معامله فضولی وی ذی حق خواهد بود. در صورت رد، مال همچنان در ملکیت وی باقی خواهد ماند و در صورت تنفیذ نیز ثمن معامله در ملکیت وی خواهد بود، ولی در فرض مذکور شخص مرتهن در صورت تنفیذ یکی از معاملات، دیگر به هیچ نحوی ذی حق نخواهد بود تا معتقد باشیم که معاملات بعد از معامله تنفیذ شده صحیح می‌باشند و معاملات قبل از آن باطل. به عبارت دیگر با رد یکی از معاملات کشف می‌گردد که وی از ابتدا هیچ حقی نسبت به عین مرهونه نداشته و گویی اصلاً عقد رهنی منعقد نشده است.

مطلب بعد اینکه، مدیون مالی را که در ملکیت مالکان زمانی است رهن میدهد (رهن فضولی). در چنین وضعیتی اگر تمامی مالکان عقد رهن مزبور را تنفیذ نمودند، رهن نافذ میشود و مال در رهن دائن قرار میگیرد ولی اگر تمام مالکان رد نمودند، عقد رهن باطل خواهد بود. البته ممکن است برخی از مالکان تنفیذ و برخی دیگر رد نمایند، در این صورت دائن فقط در مقاطع زمانی که مالکان آنها عقد رهن را تنفیذ نموده‌اند حق عینی خواهد داشت و در سایر مقاطع که مالکان آنها تنفیذ ننموده‌اند، هیچ گونه حقی نخواهد داشت.

نکته آخر اینکه، اگر مبیعی که رهن است، در دست مرتهن به سبب حادثه قهری تلف شود، مرتهن ضامن نیست، زیرا ید وی امانی است و تمامی عقود بیع زمانی نیز منفسخ



می‌شوند. در صورتی که مرتهن تلف کند، همان طور که اشاره شد، هر یک از خریداران مطابق نظر مشهور مخیر در فسخ معامله خواهند بود و یا اینکه مثل یا قیمت را از مرتهن مطالبه کنند. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا هر کدام از مالکان در مال مثلی نیز مالکیت زمانی خواهند داشت؟ هر یک از خریداران که عقد را فسخ و ثمن خویش را مسترد میکنند، طبیعتاً هیچ مالکیتی در مال مثلی نخواهند داشت، ولی خریدارانی که مطالبه مثل می‌کنند در مال مثلی مالکیت زمانی خواهند داشت و مالکیت مال مزبور در زمان‌هایی که به دلیل فسخ خریدارانی که بدون مالک مانده است با فروشنده خواهد بود.

### نتیجه:

روابط مالکان با فروشنده در عقد بیع زمانی بیشتر در مورد مسأله تسلیم می‌باشد. با توجه به اینکه بیشتر قراردادهای بیع زمانی راجع به اموال غیر منقول است، لذا تسلیم در این قرارداد زمانی محقق می‌گردد که کلید و سند تحویل گردد و تخلیه ملک نیز انجام پذیرد. زیرا در این لحظه است که خریدار متمکن از انحاء تصرفات میشود. نهایتاً اینکه مبیع باید بدون معارض در اختیار خریدار قرار گیرد تا تسلیم محقق گردد. باع باید مبیع را به تک تک خریداران جداگانه تسلیم نماید. آثار تسلیم در هر قرارداد بیع سقوط حق حبس و انتقال ضمانی معاوضی است. قرارداد بیع زمانی نیز مستثنی از این قاعده نیست ولی با توجه به ویژگی خاص این قرارداد، کمی متفاوت با سایر قراردادهاست، بدین نحو که فقط خریدار مقطع زمانی نخست حق حبس ثمن را خواهد داشت البته در صورت وجود شرایط آن. در قرارداد مذکور اگر مبیع در دست هر یک از خریداران تلف شود معاملات بعد از آن منفسخ می‌گردد. در چنین شرایطی مالکی که مملوک زمانی در دست وی تلف گردیده هیچ گونه مسؤولیتی ندارد زیرا تصرف وی در ملک خویش و مالکانه است. روابط مالکان با اشخاص ثالث دیگر در مواردی قابل تصور است که این اشخاص در مملوک زمانی تصرفات مادی یا حقوقی انجام دهند. اگر مملوک زمانی غصب گردد و در این حالت مالک فعلی اقدام به اقامه دعوی نکند مالکان مقاطع بعدی در صورتی که اقدام ثالث را منافی با حقوق خود بدانند می‌توانند اقامه دعوی نمایند. در صورتی که شخص فصول مال را به



صورت بیع زمانی به اشخاص ثالث منتقل نماید، تمامی معاملات فضولی خواهد بود و هر معامله‌ای را که مالک تنفیذ میکند نافذ خواهد بود و معاملات بعدی تنفیذ نخواهد شد مگر با تنفیذ جداگانه. این در واقع مثل این است که شخصی یک مال قابل تجزیه را به چند قسمت تقسیم نموده و هر یک را به اشخاص متعدد منتقل نماید. رهن دادن مملوک زمانی با هیچ اشکالی مواجه نیست و صحیح است. اگر مرتهن از حدود اختیارات خود تجاوز نماید در مقابل مالک یا مالکان زمانی مسؤول اعمال خویش است. چنانچه راهن بعد از رهن، عین مرهونه را به چندین نفر به صورت بیع زمانی منتقل نماید، بسته به اینکه عقود بیع را باطل یا صحیح بدانیم، تصرفات خریداران در عین مرهونه باطل یا صحیح تلقی خواهد شد.

## منابع

### الف - فارسی

- ۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ سی و دوم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۰.
- ۲- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ بیست و سوم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۰.
- ۳- امامی، مسعود، سلسله پژوهشهای فقهی - حقوقی (۴) بیع زمانی، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
- ۴- بروجردی عبده، محمد، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰
- ۵- پور عبدالله، محسن، ادعای ثالث نسبت به مبیع، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲.
- ۶- موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۵، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۳ شمسی
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و پنجم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
- ۷- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ دوم، تهران، انتشارات

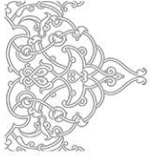


گنج دانش، ۱۳۷۰.

- ۸. \_\_\_\_\_ دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت «حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات»، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
- ۹- حائری شاهباغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ۱۰- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه‌ی دهخدا، جلد ۴، چاپ اول از دوره جدید، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- ۱۱- رسوق، محسن، تسلیم مبیع و ثمن، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
- ۱۲- روحی البعلبکی، فرهنگ المورد: عربی - فارسی، محمد مقدس، چاپ چهارم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۹۱.
- ۱۳- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحر العلوم، ۱۳۷۳.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- ۱۵- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- ۱۶- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
- ۱۷- کیانی، عبدالله، التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
- ۱۸- واحدی، جواد، قانون تعهدات سوئیس، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- ۱۹- یزدی، عباس، فرهنگ حقوقی رهنما: انگلیسی - فارسی، چاپ دوم، تهران، انتشارات رهنما، ۱۳۸۴.

## ب - عربی

- ۲۰- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد ۴، چاپ اول، قم، چاپ کنگره، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۲۱- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامة فی شرح القواعد، جلد ۱۰ و ۱۳، چاپ اول، بیروت، دارالتراث، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۲۲- عاملی «شهید ثانی»، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح



- الشرائع الاسلام، جلد ۳ و ۴ و ۱۰، قم، مؤسسه معارف اسلامى، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
- ۲۳- كاظمى تسترى، اسدالله، مقابس الأنوار و نفائس الأسرار، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بيتا.
- ۲۴- كركى «محقق ثانى»، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، جلد ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۲۵- محقق حلى، ابى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام فى المسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامى، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۲۶- مغنيه، محمد جواد، فقه امام جعفر صادق (ع)، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه انصاريان، ۱۴۲۱ هـ.ق.
- ۲۷- نجفى، شيخ محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۵، چاپ هفتم، بيروت، دارإحياء التراث العربى، ۱۴۰۴ هـ.ق.

### ج - لاتين

- ۲۸- Treitel, G.H., The Law of contract, ۹th Edition, London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۵.



# ارائه ضابطه در تبیین مفهوم سلاح با نگاهی به فقه و قوانین جزایی موضوعه

امیرمحمد کریمی<sup>۱</sup>

فاطمه وثاقتیان قضا<sup>۲</sup>

## چکیده

از آن جایی که سلاح می‌تواند در برخی جرایم وسیله ارتکاب جرم باشد، در بسیاری از قوانین موضوعه در مقام بیان به عنوان وسیله جرم به آن اشاره شده است (مثل بند اول ماده ۶۵۱ قانون تعزیرات)، اما متأسفانه قانون‌گذار مانند برخی از موضوعات دیگر دیگر، تعریفی از آن ارائه ننموده است، بلکه در برخی مواد قانونی تنها به ذکر مصادیقی از آن بسنده نموده است. علت عدم تصریح به تعریف رابری اشکال قانون‌گذاری و برخی دیگر بدیهی بودن موضوع دانسته‌اند، اما علت سکوت هرچه باشد خود موجب تشتت آرای صادره از محاکم شده است و تا لحظه نگارش این پژوهش نیز قانون جامعی مبنی بر تعریف سلاح و حتی آرای وحدت رویه‌ای در خصوص موضوع صادر نگردیده است لذا در این پژوهش، نگارندگان، برای ارائه ضابطه، وفق اصول و قواعد مطروحه در فقه و حقوق موضوعه، نگاهی تحلیلی به آرای فقهای امامیه و نظریات دکترین حقوق نسبت به مراد

۱. دادیار دادرای عمومی و انقلاب اصفهان.

۲. دادیار دادرای عمومی و انقلاب اصفهان.

قانونگذار از واژه سلاح در قوانین تنقیح شده داشته و نهایتاً معیاری جهت تشخیص مفهوم آن ارایه خواهند داد.

کلید واژگان: حقوق کیفری، دکترین حقوقی، فقه امامیه، سلاح، قانون مجازات اسلامی.

## مقدمه

یکی از مهم‌ترین مسائل مهم در نظام حقوق کیفری ایران مبهم بودن تعریف سلاح به عنوان یکی از شایع‌ترین وسایل مورد استعمال در جرایم است و همیشه این سوال مطرح بوده که مراد مقنن از سلاح چیست؟ به عنوان پاسخ ابتدایی شاید گفته شود که سلاح از نقطه نظر لغوی در معنای ابزار جنگ (معین، ۱۳۷۵: ۳۲۵) و در اصطلاح گفته می‌شود، عبارت است از وسیله‌ای که برای جنگیدن ساخته و استفاده می‌شود اما همان طوری که بیان خواهیم کرد موضوع همیشه به این سادگی نیست زیرا که با سکوت قانون‌گذار برخی دامنه آن را موسع و برخی دیگر مضیق نموده و هرکس مطابق نظر خود به اجتهادی تازه دست زده است، نتیجه‌ای منطقی که سکوت قانون علت تامه آن بوده است. از نقطه نظر تاریخی نیز اختلاف بر سر مفهوم سلاح سابقه به قدمت قرآن کریم داشته و، به صدر اسلام نیز باز می‌گردد. توضیح آن که با سکوت فقه در باب استقلال بحث محاربه، در جرایمی فقهی و سنتی مثل محاربه که لازمه تحقق آن استفاده از سلاح می‌باشد همیشه بر سر مفهوم سلاح در این جرم اختلاف عقیده بوده که تا حال حاضر نیز ادامه دارد. از جمله سوالات مطروحه در خصوص محاربه این است که آیا اسید پاشی همراه با سایر شرایط محاربه تلقی می‌گردد یا خیر؟ در پاسخ به این سوال برخی گفته‌اند که اقتضای تفسیر مضیق قوانین جزایی این است که اسید سلاح تلقی و النهایه محاربه احراز نگردد و به علاوه این که تبادر عرفی مفهوم سلاح نیز مفید این معناست که اسید، سلاح محسوب نمی‌گردد. فی الواقع اختلاف نظرها بسیار بوده و هست. لذا آن چه این پژوهش به دنبال آن بوده، ارائه قاعده‌ای در خصوص مفهوم سلاح است. بنابراین پژوهش حاضر در چهار بند ارایه می‌گردد:



در بند اول، موارد استعمال سلاح و دایره شمولیت آن در قوانین موضوعه بررسی می‌شود. در بند دوم، نظرات دکتربین حقوق را موردارزیابی قرار می‌دهد. در بند سوم، نظرات فقهای معظم را تحلیل خواهیم نمود و النهایه در چهارمین بند، با تعمق در پیش گفته‌ها، به بیان تعریفی دقیق تحت عنوان "صابطه‌ی شناخت مفهوم سلاح" می‌پردازد.

استخراج موارد استعمال لغت سلاح در قوانین موضوعه و فقدان تعریف قانونی

#### ۱-۱ موارد استعمال سلاح در قوانین مدنی

از آن جایی که واژه سلاح از مفاهیم حقوق جزا شمرده می‌شود، در قوانین و مقرره‌های حقوقی کم‌تر دیده می‌شود. البته ضمن بررسی قوانین موجود حقوقی چنین به دست آمده که تنها ماده‌ای که واژه سلاح در آن به کار رفته است ماده ۲۶ قانون مدنی است. این ماده که ذیل باب اول در بیان انواع اموال است اشعار می‌دارد: "اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی، قوره‌خانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و همچنین ابنیه و اثاثیه و..." قانون‌گذار در این ماده در مقام بیان اموال عمومی است و فقط از واژه سلاح در این ماده استفاده نموده است. در شناسایی مفهوم سلاح نمی‌توان به طور دقیق از این مقرر قانونی چیزی برداشت نمود. لیکن نکته قابل استخراج از این ماده آن است که قانون‌گذار اسلحه را در کنار سفاین جنگی استعمال نموده است که خود اماره قوی بر این است که سلاح همان چیزی است که در جنگ استعمال می‌گردد و برای آن نیز ساخته شده است. نتیجتاً آن که، در قوانین حقوقی واژه سلاح، جز در ماده فوق به کار نرفته است و ذکر این ماده نیز به دو دلیل بوده: اول آن که، برخورد قوانین حقوقی در خصوص مفهوم سلاح و دوم آن که، این نکته مطرح شود که این واژه حتی در متون حقوقی نیز در معنای ابزار جنگ به کار گرفته شده است.

#### ۱-۲ موارد استعمال سلاح در قوانین کیفری

همان طور که در کتب جزایی بیان گردیده، سلاح غالباً به عنوان یکی از وسایل ارتکاب





جرم، خاصه در جنایت به کار می‌رود و از طرف دیگر جرم و جنایت نیز در حیطه‌ی قوانین کیفری است. بنابراین واژه سلاح در این قوانین به وفور و کرارا استعمال شده‌است. نکته مهم و قابل ذکر آن است که هرچند قانون‌گذار به لحاظ ارتباط و پیوستگی در قوانین کیفری از واژه سلاح زیاد استفاده نموده‌است. لیکن همانند قوانین مدون حقوقی در این مقرردها نیز تعریفی از سلاح ارائه ننموده‌اند و تنها تفاوت متون کیفری با متون حقوقی در خصوص موضوع، آن هست که در برخی مواد قانونی جزایی برخی از مصادیق سلاح را به تناسب موضوع کیفری مورد بحث بیان نموده‌است. به عنوان مثال قانون مجازات اسلامی در تبصره ماده ۶۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ در باب سرقت مسلحانه به صراحت اشعار داشته که: «منظور از سلاح در این بند...» بنابراین نه تنها تعریفی از سلاح ارایه ننموده‌است بلکه مصادیق نامبرده را ویژه مفهوم سلاح در همان جرم خاص دانسته‌است. لذا ذیلا به اهم مواد قانونی جزایی که سلاح استعمال گردیده اشاره می‌گردد:

### ۱-۲-۱ بررسی موارد استعمال سلاح در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی که مشتمل بر چهار بخش است، مفهوم سلاح به جز در قسمت دیات در سایر موارد بخش‌های مختلف قانون مذکور به فراخور موضوع جزایی، بدون ارائه مفهوم و اکتفا به بیان مصادیق بیان گردیده‌است:

۱- کلیات: در کلیات قانون موصوف در سه ماده استعمال گردیده است به این بیان که، ابتدا در ماده ۲۳ قانون اشعار می‌دارد: «دادگاه می‌تواند فردی را که به مجازات حد، قصاص و یا مجازات تعزیری از درجه ۶ تا درجه ۱ محکوم کرده‌است با رعایت مقررات این قانون به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی ذیل محکوم نماید... چ- منع از حمل سلاح...» سپس در ماده ۳۳ چنین ادامه می‌دهد که: «منع از حمل اسلحه مجاز مستلزم ابطال پروانه حمل و توقیف سلاح است». والنتهایه در ماده ۴۷ از باب کلیات اشعار می‌دارد که: «صدور حکم و اجرای مجازات در جرایم ذیل و شروع به آنها قابل تعویق و تعلیق نیست... پ- قدرت نمایی و ایجاد مزاحمت با چاقو و یا هر نوع اسلحه دیگر».



۲- حدود: در چهار ماده واژه سلاح را به کار برده شده است توضیح آن که، قانون گذار ابتدائاً در ماده ۲۷۹ در تعریف جرم محاربه که مهم‌ترین جرم مرتبط با سلاح است، اشعار می‌دارد که «محاربه عبارت است از کشیدن سلاح...» و سپس در بیان احصای مصادیق محاربه در ماده ۲۸۰ اشعار می‌دارد که «فرد یا گروهی که برای دفاع و مقابله با محاربان دست به اسلحه ببرند محارب نیست». و النهایه آنکه در ماده ۲۸۷ در تعریف باغی اشعار می‌دارد که: «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی قیام مسلحانه کنند، باغی محسوب می‌شوند...»

۳- دیات: در فصل دیات ماده‌ای که در آن واژه سلاح استعمال شده است، وجود ندارد.

۴- تعزیرات: در فصل تعزیرات قانون گذار در ماده ۶۵۱ اشعار می‌دارد که «هرگاه سرقت جامع شرایط حد نباشد ولی مقرون به تمام پنج شرط ذیل باشد مرتکب از پنج تا بیست و پنج سال و... محکوم می‌گردد... ۳- یک یا چند نفر از آنها حامل سلاح باشد» و سپس در ماده ۶۹۴ در باب ورود به عنف مقرر می‌دارد که «هرکس در منزل یا مسکن دیگری به عنف یا تهدید وارد شود... و لااقل یکی از آنها حامل سلاح باشد و...»

اکنون باید گفت از دقت در مواد قانونی یاد شده، چنین استنتاج می‌گردد که قانون گذار مجازات اسلامی در هیچ یک از ابواب اربعه یعنی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تعریفی از مفهوم سلاح ارایه ننموده است. بلکه در برخی مواد مثل ماده ۶۵۱ در باب سرقت مسلحانه برخی از مصادیق آن را ذکر نموده است. لیکن، باید گفت که ذکر مصداق هرچند جهت شناخت مفهوم لازم بوده لکن کافی نیست و نظر بهتر این هست که قانونگذار مانند سایر موارد مثل زنا و لواط به تعریف سلاح می‌پرداخت هرچند، متأسفانه چنین نکرده است. اکنون به بررسی سایر قوانین کیفری پرداخته می‌گردد.

۱-۲-۲ قانون آیین دادرسی کیفری: علاوه بر قوانین ماهوی، در قوانین شکلی که مهم‌ترین آن قانون آیین دادرسی کیفری است نیز واژه سلاح استعمال گردیده است. که



اهم مواد قانونی مرتبط به شرح ذیل بیان می‌گردد:

۱. در فصل سوم این قانون، قانون‌گذار در ماده ۸۱ اشعار می‌دارد که: «در جرایم تعزیری درجه شش و هفت و هشتم که مجازات آن‌ها قابل تعلیق است... دادستان می‌تواند حسب مورد به برخی از دستورات زیر مکلف کند...»  
عدم حمل سلاح دارای مجوز.»

۲. در فصل هفتم قانون مسبوق، قانون‌گذار در ماده ۲۴۷ در خصوص قرار نظارت قضایی در کنار قراردادهای تامین اشعار می‌دارد: «بازپرس می‌تواند متناسب با جرم ارتكابی علاوه بر صدور قرار تامین،... قرار نظارت قضایی که شامل یک یا چند دستور از دستورات ذیل است برای مدت معین، صادر نماید...»  
ممنوعیت از نگهداری سلاح دارای مجوز.»

علاوه بر مواد فوق‌الذکر، قانون‌گذار در ماده ۶۱۸ قانون موصوف اشعار می‌دارد که: «در زمان جنگ صدور قرار بازداشت موقت با رعایت شرایط مندرج در این قانون در موارد ذیل الزامی است... پ- شورش مسلحانه..ث- ایراد ضرب و جرح عمدی با سلاح.»  
نتیجتاً همان طوری که ملاحظه گردید در این قانون نیز هرچند از واژه سلاح نام برده شده است، لیکن تعریفی از آن ارائه نگردیده است. اکنون به بررسی دو قانون دیگر یعنی قانون جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ و قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات پرداخته می‌شود.

### ۱-۲-۳ قانون جرایم نیروهای مسلح

اولین ماده‌ای که در قانون جرایم نیروهای مسلح، قانون‌گذار واژه سلاح را به کار برده است، ماده ۳۰ آن قانون است که اشعار می‌دارد: «هر فرمانده یا مسوول نظامی... که به او سپرده شده است از قبیل... اسلحه و مهمات...» و سپس در ماده ۳۱ از اصطلاح «خلع سلاح» استفاده نموده و سپس در ماده ۳۲ از به کاربردن سلاح صحبت به میان آورده است و هم‌چنین، در مواد ۳۳، ۳۴، ۳۳ و... از واژه سلاح بدون تعریف و یا حتی ذکر مصادیقی از آن استعمال نموده است.



## ۱-۲-۴ قانون قاچاق اسلحه و مهمات

در خصوص قانون قاچاق اسلحه قانون گذار در ماده ۲ این قانون اشعار داشته که: «مقصود سلاح در این قانون انواع سلاح‌های گرم و سرد... است». در این قانون هر چند انتظار می‌رفت که قانون‌گذار تعریفی از واژه سلاح ارایه نماید. لیکن در حد ماده ۲ که آن هم مرتبط با همین قانون است اکتفا نموده و متأسفانه در این قانون نیز هر چند که وجه تسمیه آن پیداست، لیکن تعریفی از لسان قانون‌گذار در خصوص اسلحه یا همان سلاح بیان و ارائه نگردیده است. که از جهت اصول و قواعد حاکم بر حقوق موضوعه، اشکال بزرگی بر این قانون می‌باشد. علاوه بر ماده ۲، قانون‌گذار در سایر مواد این قانون نیز به واژه سلاح اشاره نموده است. نکته قابل ذکر آن است که در آیین نامه مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان اسلحه غیر مجاز مصوب ۱۳۹۲، اصطلاحات مندرج در قانون فوق‌الذکر تعریف شده‌اند. طبق تعریف این آیین‌نامه سلاح سرد عبارت است از «وسایل، آلات و ادواتی که بر خلاف اسلحه‌های گرم در اثر استفاده، صدا، شعله و حرارت ایجاد نموده و اصابت آن‌ها به بدن منجر به ایجاد پارگی، خونریزی، از کار افتادن موقت یا دائم اعضا و نهایتاً آسیب جسمی و روحی یا فوت می‌شود». به هر حال آنچه در پایان این بند به عنوان نتیجه مطالب گفته شده قابل ذکر است، آن‌که اولاً، این تعریف در آیین‌نامه آمده و مصوبه مجلس نیست. ثانیاً، آن‌که در این ماده فقط به بیان تعریفی از سلاح سرد اکتفا نموده و سلاح گرم همچنان مبهم است و مجلس محترم شورای اسلامی به‌عنوان مقنن، در تمامی تدوین‌های خود تاکنون هیچ‌گاه به تعریف سلاح پرداخته است و نهایت تلاشی که نموده این است که در ماده ۶۵۱ قانون مجازات اسلامی، یعنی در باب تعزیرات به برخی مصادیق سلاح در خصوص سرقت مسلحانه پرداخته و علاوه بر این‌که در ماده ۲ قانون اسلحه و مهمات مقصود از سلاح در آن قانون را اجمالاً تصریح نموده است.

### ۱ - بررسی مفهوم سلاح از نظر حقوقدانان

بمراجعه به تالیفات حقوقدانان باید گفت که با سکوت قانون، اساتید حقوق جزا در خصوص مفهوم سلاح نظرات مختلفی ارائه نموده‌اند که هر کدام نیز استدلالی در

خصوص نظر خود بیان داشته‌اند که چند مورد از نظرات آنان رابه شرح ذیل بیان می‌گردد:

۱-۲ برخی در بررسی جرم محاربه در مبحث جرایم علیه امنیت (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۳: ۵۳). چنین گفته‌اند: «مهم‌ترین ضابطه در تعریف سلاح آن چیزی است که برای نزاع و جنگیدن ساخته شده است یا به کار می‌رود، و معنی آن از لحاظ زمان و مکان متغیر است. بدین ترتیب باید دید که برداشت عرف از واژه سلاح یا اسلحه چه می‌باشد. به عنوان مقدمه بحث باید گفت که با مراجعه به عرف، بدیهی است که سلاح را اعم از گرم و سرد می‌دانند. البته صرف اینکه ابزار خاصی اصالتاً برای کاری غیر از نزاع ساخته شده است لزوماً باعث خروج آن از عنوان سلاح نمی‌شود. بدین ترتیب مثلاً چه بسا ساتور قصابی یا تبر را هم بتوان با عنایت به آیین‌نامه سابق‌الذکر، سلاح سرد محسوب کرد» (میر محمد صادقی، ۱۳۹۳: ۵۳) در ادامه بیان می‌دارند که سلاح چیزی است که برای جنگیدن ساخته و یا به کار می‌رود بنابراین، از دیدگاه این حقوقدان اگر چیزی برای جنگیدن ساخته نشد ولی برای جنگ به کار می‌رود، سلاح نامیده می‌شود در نهایت ایشان عرف را ملاک تشخیص سلاح از غیر سلاح معرفی می‌کنند یعنی بیان می‌دارند، صرف این که چیزی اصالتاً برای چیزی غیر از نزاع ساخته می‌شود موجب خروج آن از عنوان سلاح نمی‌شود، لکن این نظر چندان موجه به نظر نمی‌رسد زیرا اولاً، تفسیر سلاح به عناوینی مثل ساتور در فرض نبود نص، خلاف تفسیر مضیق نصوص جزایی است ثانیاً، از لحاظ موازین اصول فقه در بحث الفاظ با نبود حقیقت قانونی (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۹۴) برای مفهوم سلاح، ناچار برای شناخت مفهوم سلاح باید به عرف رجوع نمود. و بنظر می‌رسد عرف هیچ‌گاه به ساتور قصابی سلاح نمی‌گوید بلکه ساتور قصابی، ساتور قصابی است. بعلاوه اینکه اگر شک کنیم آیا چیزی در مفهوم سلاح قرار می‌گیرد یا خیر (شبهه موضوعیه) مقضای اصل نیز عدم دخول شی مشکوک در مفهوم سلاح است.

۲-۲ برخی دیگر نیز در تحلیل جرم محاربه و در تبیین مفهوم سلاح قایل به این هستند که «هرچند ظاهر این است که استفاده از سلاح در تحقق محاربه شرط است لیکن حکم محاربه درباره‌ی کسی که با تازیانه و عصا و ابزارهایی از این قبیل، مردم را بترساند



محرابه نیست» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۹۲) و در مقام استدلال نیز به نظر صاحب جواهر استناد کرده‌اند که می‌فرمایند «در صدق سلاح، فرقی میان عصا و سنگ و ابزارهای دیگری غیر از آنها وجود ندارد. شاید ظاهر آیه مربوط به محاربه، چنین تعمیمی را برساند اما، اینکه معنای سلاح شامل عصا و سنگ نیز باشد، جای درنگ دارد، بلکه اساساً نادرست است» (نجفی، بی تا: ۴۳۱). آن چه که از کلام این نویسنده برمی‌آید، این است که ظاهر عقیده وی بر عدم سرایت مفهوم سلاح به به ابزارهایی چون تازیانه و عصا است اما، این که مبنای این استدلال در چیست، را صراحتاً بیان ننموده‌اند بعلاوه آن حکم به خروج برخی مصادیق از دامنه شمول سلاح هر چند در برخی موارد جزئی و در خصوص پرونده‌ی خاصی ممکن است رهشگا باشد. لیکن، تکلیف سایر موارد مشکوک را روشن ننموده است. حال آن که همان طوری که در مقدمه بحث بیان شد هدف از تحقیق حاضر، حل مشکل به نحو اساسی و ارائه قاعده است، تا آن که تقریباً دانسته شود که معیارهای سلاح چه شرایطی می‌باشد که در بندهای آتی مفصلاً به بحث گذاشته خواهد شد.

۲-۳ حقوقدان دیگری در اثر خود و در مقام تعریف سلاح چنین بیان می‌نماید که: «سلاح عبارت از چیزی است که ذاتاً قتاله و کشنده باشد بنابراین اگر وسیله‌ای به اعتبار محل استفاده یا شخصیت مجنی علیه آلت قتاله و کارزار حساب شود صدق عنوان اسلحه درباره آن محل تردید است» (ساریخانی، ۱۳۸۴: ۲۷۹). همان گونه که مشاهده می‌گردد، ایشان نیز تعریف روشنی از مفهوم سلاح بیان ننموده‌اند بلکه، تنها معنایی برای آن ذکر نموده‌اند که خود حاوی ابهام و اجمال است. زیرا با دقتی ساده معلوم می‌شود که جوهره این تعریف «چیز ذاتاً قتاله» است، اکنون معلوم نیست که این عبارت دقیقاً حاوی چه مفهومی است. از طرف دیگر این تعریف به تعبیر منطقی مانع اغیار نیست زیرا چیزهای دیگری ممکن است ذاتاً قتاله محسوب شوند ولی به هیچ وجه در عرف به آن سلاح اطلاق نمی‌گردد. چنان که سنگ‌های بزرگ در صورت اصابت به جسم ذاتاً قتاله‌اند اما در تطبیق این مفهوم با سلاح تردید جدی وجود دارد، لذا این تعریف نیز نمی‌تواند حلال مشکلات علمی و عملی این مفهوم در نظام حقوقی ایران باشد.

۲-۴ استاد لنگرودی در ترمینولوژی حقوق خود در مقام تبیین حقوقی مفهوم سلاح،



بیان داشته که: «سلاح آلت و ادوات برنده یا سوراخ کننده یا له کننده و ... دو قسم است الف- سلاح بالطبع مانند تفنگ و شمشیر.. ب- سلاح بالقصد مانند تیغ ژیلت و چکش یا تکه آهنی که انسان آن را در مواردی بطور استثناء بجای سلاح معمولی به کار می برد با این که عرفاً اختصاص بکاری که سلاح به آن اختصاص داده می شود داده نشده است» (لنگرودی: ۱۳۹۵: ۳۸۱). در مقام تحلیل و تبیین این تعریف می توان چنین گفت که هر چند در جای خود برای جلب معنای ابتدایی سلاح مفید است اما حاوی اشکالات عدیده ای است بدن شرح که اولاً، سلاح به بدهت عقلی از وسایل مادی و موجود جهان طبیعت بوده و قصد انسان در تعریف آن نمی تواند دخالت داشته باشد. به بیان بهتر تعریف سلاح به قصد کاربر با این ایراد مواجه است که به نظر این تعریف، سلاح واجد مفهومی مستقل و روشن نیست بلکه تابع قصد اشخاص در به کارگیری وسایل است. این درحالی است که سلاح از امور مادی، محسوس و موجود در عالم خارج بوده، نتیجتاً واجد ماهیتی مجزا از قصد باطنی کاربران آن می باشد. ثانیاً، هر چند که تعریف سلاح به ادوات برنده تاحدی مقبول عرف است، لیکن دخول وسایل سوراخ کننده در مفهوم سلاح جای اشکالی جدی است زیرا به دلالت عرف و تبادل ذهنی، اشیاء سوراخ کننده در مفهوم سلاح نمی گنجد. و بعلاوه آن که هیبت منطقی سلاح از وسایل سوراخ کننده که حتی سوزن های کوچک نیز در شمولیت آن است، انصراف عقلی دارد. ثالثاً، مثال هایی که در این تعریف ذکر شده است، شاید قرار دادن آن ها در معنای لغوی سلاح تاحدی بلامانع باشد. لیکن، در تعریف حقوقی سلاح، شأن مصادیق این تعریف من جمله (ژیلت و امثال آن) با شان حقوقی سلاح در تعارض آشکار است، زیرا همان گونه که بیان شد و در مطالب بعدی نیز بهتر بیان خواهد شد. مقنن، شارع و کلیه متکلمین واضح الفاضلی من جمله سلاح، اهل عرف بوده و در صورت یأس از تعریفی کامل حسب مقتضیات علمی چون اصول فقه و ... تکیه بر تعریف عرفی سلاح مناسب ترین و منطقی ترین دست آویز محققین است. و هیچ گاه این مصادیق از نظر عرف عام و حتی خاص حقوقدانان در مفهوم سلاح قرار نمی گیرند. با توجه به مطالب پیش گفته روشن شد که، این تعریف نیز جامع اشخاص و مانع اغیار نبوده، بعلاوه آن که تعریفی بعید از ذهن به نظر می رسد که ادامه این پژوهش برای یافتن تعریفی کامل



را تجویز می‌نماید.

۲-۵ یکی دیگر از دیگر حقوقدانان بر این باور است که «در فقه امامیه با توجه به آیات و روایاتی که در زمینه محاربه و افساد فی الارض وارد شده، اطلاق محارب و... بسیار وسیع است... پس اگر کسی با سنگ یا عصا بر مردم حمله کند باز محارب است». برخی معتقدند سلاح چیزی است که ذاتاً کشنده و قتاله باشد، بنابراین اگر وسیله‌ای به اعتبار محل استفاده یا شخصیت مجنی علیه آلت قتاله و کارزار حساب شود صدق عنوان اسلحه درباره آن محل تردید است. (شامبیاتی، ۱۳۸۵: ۴۸) همان طوری که به صراحت از کلام این حقوقدانان بر می‌آید. ایشان، بدون استدلال فقط به نظر فقها استناد نموده است و استدلال محکمی برای بیان این دیدگاه ارائه ننموده‌اند. که به نظر می‌رسد جای تأملی بهتر می‌بود زیرا، با توجه به این که مثلاً در جرم محاربه تحقق شمول سلاح بر برخی مصادیق مشکوک، موجب ثبوت حد محاربه می‌گردد (که مجازات آن سالب حیات است). اگر بخواهیم بدون توجه به قرائن عقلی و نقلی و نیز بدون در نظر گرفتن منطق فقه و حقوق موضوعه، و صرفاً با استدلال بر اطلاق کلام این گونه مسئله متنازع‌فیه را موسع تفسیر کنیم، بنظر می‌رسد که اعمال قواعد تفسیر متون شرعی و قانونی که مؤید عدم توسعه موارد جرم انگاری می‌باشد، مورد غفلت واقع می‌گردد. که خود امری غیرقابل دفاع است. بعلاوه آن که فقها معمولاً در خصوص سلاح تعریف به مصداق نموده‌اند و نه تعریف به مفهوم و ما در یافتن مفهوم سلاح نمی‌توانیم صرفاً به تمثیلات بیان شده اکتفا کنیم؛ زیرا اولاً، توسل به عام در شبهات مصداقیه باطل (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۱۶۸) و ثانیاً، حتی گمان می‌رود، در برخی موارد شأن نزول روایت حکایت از آن دارد که علی‌رغم سلاح نبودن وسیله، ولی امام بزرگوار در آن مورد خاص قائل به محاربه بوده است که به دلیل اهمیت مسئله فقط در همان مورد خاص حکم قابل جریان است و سرایت آن به موارد دیگر بدون در نظر گرفتن شأن بیان از نقطه نظر فقه انور امامیه مردود می‌باشد.

## ۲ - بررسی سلاح و مفهوم آن از نقطه نظر فقها

به‌عنوان مقدمه باید بیان داشت که با بررسی و تأمل در متون فقهی، چنین به‌دست



آمده که فقهای معظم غالباً بحث سلاح و مصادیق آن را در حدود، آن هم در حد محاربه مطرح نموده‌اند. به همین دلیل هر چند محوریت اصلی این پژوهش در خصوص مفهوم سلاح است. اما به جهت عجین شدن مفهوم سلاح در جرم حدی محاربه در فقه، به ناچار بیش‌ترین مطالب راجع به این جرم بیان می‌گردد. و از این حیث در ابتدا پاسخ اشکال احتمالی خواننده مبنی بر کثرت مطالب محاربه در پژوهش داده می‌شود. خاصه آن که در خصوص محاربه که از اجزا و ارکان عدیده‌ای تشکیل شده است در این پژوهش، تنها از سلاح که به‌عنوان وسیله الزامی در تحقق این جرم کاربرد دارد، بحث می‌گردد. و راجع به سایر ابعاد مسأله، محقق با التفات به خروج موضوعی آن از هدف این تحقیق سکوت می‌نماید. این مسئله که، سلاح در فقه بحث مستقلی ندارد مورد تأیید برخی محققان حقوقی نیز واقع گردیده است (بسامی و دیگران، ۱۳۹۴: ۵۶). البته این مسئله ناظر به موارد اغلب است، زیرا مانند حقوقدانان برخی از فقها هم در باب تعریف سلاح سکوت کرده، و همه آن‌ها در خصوص این مفهوم توضیحاتی ارائه نداده‌اند.

اکنون به بررسی نظرات فقهی موضوع پرداخته می‌شود. در تحریرالوسیله (باب حد محاربه) از واژه سلاح نام برده و آن را رکن رکن محاربه دانسته‌اند. حضرت امام خمینی (ره): می‌فرمایند: «المحارب هو من جرد سلاحه او جهزه لاخافه الناس واراده الافساد فی الارض» (محارب به کسی گویند که اسلحه‌ی خود را به منظور تهدید و ترساندن مردم از غلاف بیرون آورد و یا آن را مجهز سازد و قصد افساد در زمین را داشته باشد) (امام خمینی، ۱۳۹۱: ۵۸۲). با دقت در بیان معظم‌له باید گفت ایشان در خصوص تعریف سلاح در این مسئله و سایر مسایل دیگر (امام خمینی، ۱۳۹۱: ۵۸۲)، تعریفی از سلاح ارائه نموده‌اند و به نظر می‌رسد که امام آن را به عرف احاله نموده است. لیکن، لحن بیان ایشان به گونه‌ای است که بنظر، وی سلاح را چیزی غیر از ابزاری می‌داند که استفاده ثانویه آن‌ها ابزار جنگ بوده، زیرا عبارت «من جرد سلاحه» به وضوح دلالت بر کشیدن ابزار جنگ دارد. بنابراین این که برخی می‌گویند اسیدپاشی و یا کاردهای قصابان از مصادیق سلاح است، از کلام امام بزرگوار برداشت نمی‌شود. زیرا آن چه معمولاً کشیده می‌شود، وسیله‌ای است که عرفاً به آن سلاح گفته شود و غالباً افراد وسایلی چون چاقو، سنگ و... را «نمی-



کشند؛ همین استدلال و توجیه در غالب مواردی که فقیه از عبارت «جرد سلاح استفاده» نموده است قابل تأمل است. زیرا همان طوری که بیان شد پرتاب کردن سنگ و عصا و... «کشیدن» نمی‌باشد تا گفته شود، استفاده از آن‌ها تجرید سلاح است.

از دیگر فقهای امامیه، می‌توان به شهید اول اشاره نمود؛ ایشان نیز همانند حضرت امام (ره) در لمعه (فصل حدود، حد محاربه) در خصوص مفهوم سلاح سکوت نموده است، اما در باب محاربه ایشان می‌فرمایند «فی المحاربه: وهی تجرید السلاح براؤ بحر لیلأ أو نهارا لاخافه الناس فی مصر وغیره من ذکر أو أنشی قوی أو...» در محاربه: (و محاربه) عبارت است از کشیدن سلاح در دریا یا خشکی، روز یا شب برای ترساندن مردم... «الشهید الأول، ۲۴۵: بی تا). همان طوری که از متن به خوبی بر می‌آید شهید اول نیز از عبارت «کشیدن سلاح» استفاده نموده است که بیان این بزرگوار حاوی دو مطلب است: اول آن که حداقل سلاح یک ابزار است و بنابراین مفاهیمی چون محلول اسید در زمره سلاح قرار نمی‌گیرد. دوم آن که، لحن کشیدن سلاح متبادر از مفهومی غیر از کاردهای قصابی و... است. نکته دیگری که در این خصوص قابل تأمل است آن که ایشان فرموده اند، محاربه مطلق تجرید سلاح (البته با سایر شرایط) اعم از خشکی و «بحر» را شامل می‌گردد. اکنون به قرینه واژه «بحر» در این بیان، شاید حتی بتوان گفت که آن چه امروزه به عنوان سلاح مورد تردید است (مثل سنگ زدن، آتش زدن به قهر و غلبه، استفاده از کارد قصابی و...)، از نظر فقها سلاح محسوب نمی‌گردد. زیرا، غالباً مصادیق اخیر الذکر در خشکی یافت می‌شوند. و نه در دریا، هر چند که ممکن است برخی استدلال کنند که این گونه وسایل هم در دریا ممکن است همراه فاعل باشد. اما پاسخ آن که، ایراد مزبور در مقابل احتمال اول (یعنی در بحر) قوت چندانی ندارد. بنابراین در کنار سایر قرائن می‌تواند خروج موارد مشکوک از مفهوم سلاح را تأیید نماید.

شارح لمعه، یعنی شهید ثانی، آن فقیه نامدار، در باب محاربه، واژه‌ی سلاح چنین استعمال نموده‌اند: "وهی تجرید السلاح براؤ بحر لیلأ أو نهارا لاخافه الناس فی مصر وغیره من ذکر أو أنشی قوی أو ضعیف، قصد اخافه ام لا علی اصح الاقوال لعموم آیه... (محاربه) عبارت است از کشیدن سلاح در دریا یا خشکی، روز یا شب برای ترساندن

مردم... به دلیل عموم آیه قرآن و بنابر صحیح ترین قول‌ها" (الشهید الثانی، ۲۲۰: بی تا). اکنون در تأمل فتوای این بزرگوار می‌توان گفت، هرچند در خصوص علت تعریف محاربه به عموم آیات قرآن کریم تمسک نموده‌اند، لیکن از واژه سلاح تعریفی در شرح خود نیاورده است و فقط گفته‌اند، کشیدن سلاح برای ترساندن مردم. بنابراین شهید ثانی نیز نهایت سخنش در باب مفهوم سلاح آن چیزی است که موجب ترساندن مردم شود (لاخافه الناس). ولی در مورد ماهیت و مفهوم سلاح، صریحاً اظهار نظر نفرموده‌اند که به نظر می‌رسد ایشان نیز با سکوت و یا حداقل اجمال در بیان، نظر به عرف داشته که به عقیده نگارندگان نیز قرین به همین امر می‌باشد.

علاوه بر این، برخی دیگر از فقهای امامیه مجدداً با سکوت در تعریف سلاح؛ تنها در باب محاربه بر این نظر هستند که مراد از محاربه در واقع به کسی گفته می‌شود که، سلاح بیرون بکشد یا به سلاح خود را مجهز نماید به گونه‌ای که موجب ایجاد ترس در مردم شود و اراده افساد در زمین نماید.

آخرین منبع فقهی مورد مطالعه این پژوهش شرایع الاسلام فقیه عالیقدر یعنی محقق حلی است. هرچند که مرحوم محقق (ره)، نیز همانند سایر فقها بحث مستقلی در باب سلاح مفتوح نموده‌اند. لیکن در تبیین مفهوم محاربه، سلاح را در مفهوم حربه تعریف نموده‌اند و به صراحت مفاهیمی چون چوپ و سنگ را از مفهوم سلاح خارج دانسته‌اند. معظم له می‌فرماید که "شرط نمی‌باشد سلاح: یعنی حربه بلکه اگر اقتضار کند در ترسانیدن بر سنگ و چوب، او قاطع طریق و محارب است (ترجمه دانش پژوه، ۱۳۹۲: ۱۸۸۸)". این بیان حاوی چند نکته مهم است: اول آن که، تا حدی که به مطالعه این پژوهش برمی‌گردد، ایشان تنها فقهی است که سلاح را ولو کوتاه تعریف نموده‌اند. دوم آن که به صراحت این کلام مفهوم سلاح از مفاهیمی مشابه و متفاوت همچون چوب و سنگ هم خروج موضوعی داشته است. سوم آن که، به نحو قاطع نمی‌توان گفت که فقهای معظم هر وسیله کشنده را سلاح می‌دانند، زیرا معظم له با این اجماع موافق نبوده که حکایت از بلندی نظر آن بزرگوار دارد. و آخرین نکته آن که، تعریف سلاح به حرب نیز، تعریفی جامع، روشن و مانع نمی‌باشد.



در نهایت می‌توان گفت علی‌رغم تحلیل صورت گرفته، از کلام این بزرگواران که در عصر خود سرآمدان فقه بودند، هیچ تعریف کامل صریحی استنباط نمی‌شود و حتی تعریف مرحوم محقق حلی (ره)، نیز جامع و مانع نیست. تنها می‌توان با استقراء مدعی بود که آن‌ها فرموده‌اند که کشیدن سلاح شرط محاربه است. ولی در این که مفهوم سلاح در چیست سکوت نموده‌اند. ولی اثری از تبیین و تعریف این واژه دیده نشده است. در خصوص علت سکوت نیز آن‌چه به ذهن نگارندگان متبادر می‌گردد چند عامل است: اول آن‌که، شاید از باب بدیهی بودن مفهوم سلاح در عصر آن بزرگواران باشد. دوم آن‌که، در شناخت مفهوم آن را به عرف احاله نموده‌اند. زیرا، با بررسی مسائل و موضوعات در فقه می‌توان چنین نظر داد که، فقهای معظم بیش‌تر از آن‌که به دنبال تبیین موضوعات بوده باشند، به احکام پرداخته‌اند. و از نظر نگارندگان نیز این مسئله قابل تأیید است. چراکه، رسالت اصلی فقه و فقیه در درجه اول بیان حکم است و تبیین موضوع هرچند مهم است اما در درجه بعدی اهمیت قرار می‌گیرد. آن‌هم به این علت که تشخیص موضوع و مفاهیم غالباً در نزد عرف مسئله‌ای هویداست و به خلاف آن، در خصوص احکام معمولاً به جز متخصص فن یا همان فقیه جامع‌الشرایط، کسی نمی‌تواند به نحو دقیق به اظهار نظر بپردازد. چنان‌که مفهوم بیع، خرید، فروش و... در عرف معلوم است اما این‌که بیع از جهت حکمی عقد است صحیح، لازم و... بدهتاً از عهده عوام و اهل عرف خارج است. سوم آن‌که، در بحث محاربه ثقل کلام بر روی مفهوم محاربه است و وسیله آن در فرع قرار می‌گیرد. و آنان نیز در مقام بیان تعریف محاربه بوده‌اند، و نه سلاح. و چهارم آن‌که، چون در آن دوران سلاح در ید حاکمان و سلاطین بود شاید از باب تقیه این موضوع مسکوت واقع شده است که در هر چند وجه ایرادی بر آنان نیست.

بنابراین، می‌توان بیان نمود که سلاح هرچیزی باشد یک وصف آن یقینی است. و آن هم این‌که، معمولاً موجب ترس مردم می‌شود. و اگر مردم را نوع اشخاص تلقی کنیم، استنتاجاً باید گفت که حداقل مصادیقی چون چوب و سنگ «نوعاً» موجب ترس اشخاص نمی‌شود. نهایتاً برای تحقق محاربه با چنین مجازاتی باید وسیله دیگری مورد استفاده واقع گردد که در بند بعدی اشاره خواهد شد.



### ۳ - جمع بندی نظرات و ارائه ضابطه تشخیص سلاح

اکنون که روشن شد قانون‌گذار ایران در بیان تعریف سلاح سکوت نموده است. و نیز بیان شد که حقوقدانان تعریفی قاعده‌مند در باب مفهوم سلاح ارائه ننموده‌اند. بعلاوه اینکه با بررسی نظرات فقهای بزرگ چون شهیدین وامام(ره)، روشن شد که فقها، بایی در خصوص مفهوم سلاح باز نکرده‌اند. و فقط ذیل عنوان محاربه سلاح را شرط لازم برای تحقق حد محاربه دانسته‌اند. همچنین دانسته شد که فقها همگی بر این امر واقف‌اند که سلاح به "وصف ترس و هراس"، متصف می‌باشد. اما علی‌رغم بیان این ویژگی از سلاح در پاسخ به این سوال که، آیا هر چیزی که اخافه‌للناس شود سلاح است یا خیر سکوت نموده‌اند. با همه این مبینات بنا بر این تحقیق به این مسیر رهنمون می‌شود که معلوم گردید، سلاح حقیقت شرعی و حقیقت قانونی ندارد.

در گام نهایی، با تتبع در سیاق کلام آن‌ها و نیز بالتفات به این نکته مهم که عمده مسائل پیرامون مفهوم سلاح در متون فقهی به هنگام تشریح حد محاربه مورد عنایت فقهای معظم واقع شده است، می‌توان چنین گفت که، چون جرم محاربه از جمله جرایم فقهی با مجازات سنگین بوده، فقها در تبیین مفهوم سلاح در این باب متعرض آن نشده و آن را به عرف محول کرده‌اند. لیکن عرف آن زمان با عرف فعلی با توجه به پیشرفت صنعت و کثرت مصادیق سلاح، قطعاً در برداشت سلاح تغییر موضع می‌نماید. دلایل صحت این ادعا آن است که اولاً، فقه امامیه در بسیاری از موارد منعبث از عرف جامعه اسلامی بوده که به امضای شارع مقدس رسیده است. و در سکوت فقه باید به منبع تکمیلی آن رجوع کرد. ثانیاً، این که فقها در بسیاری از موارد با تعبیر معروف "یرجع الی عرف" موضوع را به عرف احاله نموده‌اند. که دلالت بر تکمیلی بودن عرف در تبیین مفاهیم فقهی دارد. ثالثاً، آن که موضوع در عهد فقها شاید بدیهی و مفروغ‌عنه بوده باشد و برخلاف امروزه احتمال اختلاف نمی‌دادند. رابعاً، آن که، فقها در محاربه بیش تر از این که به "وصف عینی" سلاح توجه داشته‌اند به "وصف ذهنی" فاعل پرداخته و نتیجتاً آن که، مفهوم سلاح مجمل واقع گردید و خامساً آن که، سلاح در عهد فقها نمی‌توانست، چیزی



غیر از شمشیر و موارد واضح آن باشد زیرا صنعت عصر آن‌ها ضعیف‌تر از حال بود. و همین دلیل نیز موجب اختلافات فعلی گردیده است. اکنون، با این مقدمات به استقبال تعریف عرفی گام برداشته می‌شود.

با توجه به آنچه گذشت باید گفت، همه‌ی این توجیهاات از نقطه‌ی تحلیل مسئله، بعد نظری دارد. و دادرسان در مقام قضا قاعده می‌طلبند. تا بر برائت یا مجرمیت رای نمایند. فلذا باید در پی قاعده‌ای بود که بتوان مفهوم سلاح را از غیر سلاح تشخیص داد. در این راه قانون و فقه تعریف مشکل‌گشایی ارائه نداده‌اند. حقوقدانان نیز به پیروی از منابع فقهی و قانونی دچار مشکل گردیده‌اند. لذا جهت حل این مسئله و همسان‌سازی مفهوم در راستای اصل برابری افراد (اصل ۲۰ قانون اساسی) در مقابل قوانینی که سلاح در میزان مجازات آن‌ها موثر است (چون سرقت، محاربه و...)، به نظر می‌رسد که می‌توان از موازین اصول فقه مدد گرفت. یکی از مباحث این علم بحث حقیقت و مجاز بوده و به گفته محققان اصول فقه (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۸۲)، حقیقت نیز انواعی دارد. توضیح آن که، حقیقت شرعی-عرفی-قانونی و لغوی از جمله این‌هاست. مثلاً وقتی می‌گوییم این لفظ حقیقت شرعی دارد به آن معناست که در شرع، شارع معنای خاصی برای آن وضع نموده است. اکنون باید بگوییم که لفظ سلاح حقیقت شرعی و قانونی ندارد. چرا که، در شرع و قانون همان طوری که قبلاً بیان گردید، معنایی برای آن تعریف ننموده‌اند و فقط تبصره ماده ۶۵۱ قانون تعزیرات بعضاً برخی از مصادیق آن را ذکر نموده‌اند. حال باید گفت که برای قاعده‌سازی به حقیقت لغوی (در مفردات سلاح را ابزار جنگ نامیده‌اند) و عرفی متوسل شویم (قافی، شریعتی، ۱۳۹۲: ۹۱). توضیح آن که در فرهنگ لغت‌های موجود آن چه در برابر معنی سلاح قرار گرفته، ابزار جنگ است. مثلاً در فرهنگ معین آمده است: سلاح یعنی ابزار جنگ و... حال که معنای لغوی سلاح را دانستیم، باید گفت در عرف نیز آن چه از سلاح به ذهن متبادر می‌شود وسیله‌ای است که برای جنگ و نزاع "ساخته می‌شود" و عرف نیز مؤید این تعریف است. زیرا، اگر از مردم عادی به عنوان مؤسسان قواعد عرفی، پرسیده شود که سلاح چیست، قطعاً خواهند گفت همان چیزی است که برای جنگ تولید و ساخته می‌گردد. بدین سان عرف هیچ گاه کاردهای قصابی و یا محلول



اسید، سنگ، چوب (البته غیر گرز، چون نگارنده براین عقیده است که هنوز هم در فرهنگ برخی اقوام گرز برای موارد احتمالی نزاع ساخته و مشمول تعریف سلاح قرار می‌گیرد) را سلاح نمی‌داند. به علاوه آن‌که، در تفسیر قوانین جزایی مفهوم سلاح را باید بنابر اصل، مضیق تفسیر نمود. و، مضافاً براین که، با عنایت به اصل عدم اگر شک کنیم که شی در مفهوم سلاح قرار می‌گیرد یا خیر نیز، مقتضای اصل، عدم دخول شی مشکوک است. و باید به قدر یقینی اکتفا کرد. النهایه با توجه به آن چه گذشت و توجهاً به جمیع دلایل گفته شده نظر ما براین است که سلاح عبارت است از "هر وسیله یا ابزار نوعاً ترساننده‌ای (به دلالت کلام فقها مبنی لاختافه الناس) است که علت اصلی و انگیزه اولیه سازنده یا تولید کننده آن، استعمال در جنگ، نزاع یا درگیری‌های داخلی و خارجی می‌باشد و لو آن که استفاده ثانویه دیگری (چون شکار) نیز داشته باشد". بنابراین، برای تعریف باید گفت که: سلاح، الزاماً چند ویژگی را باید داشته باشد. اول آن‌که، وسیله یا ابزار باشد. و بنابراین، مایعات خطرناک مثل اسید هر چند خطرناک‌اند اما سلاح محسوب نمی‌شوند. دوم آن‌که، برای جنگ ساخته و تولید شوند. فلذا، اگر وسیله‌ای برای کارهای دیگر چون قصابی، آهنگری و... ساخته شود لیکن، در جنگ استفاده شوند بنابر دلایلی که بیان شد، سلاح تلقی نمی‌شود.

نکته دیگری که در تقویت این تعریف می‌توان بدان متوسل گردید آن‌که، واژه سلاح که در متون حقوقی استعمال گردیده با فقدان تعریف قانونی، از نقطه نظر اصولی موجب حدوث شبهه‌ای شده که به تعبیر علمای این فن شبهه مفهومی (از موارد بین اقل و اکثر) نام دارد. لیکن در تعیین مفاهیم این موضوع مجهول، قدر متیقنی وجود دارد، مبنی بر آن که حداقل ابزار و آلات ساخته شده برای جنگ را سلاح می‌گویند. ولی، توسعه به موارد مشکوک خصوصاً در تفسیر نصوص جزایی از پشتوانه منطقی برخوردار نبوده، علی‌هذا اکتفای به حد مسلمیت مسئله، نیز اقتضای تفسیر قضایی و اصولی موضوع بوده و این خود مؤید ادعای ما در بحث تعریف ارائه شده می‌باشد.



#### ۴- فایده عملی قاعده؛ خروج موضوعی عناوین مشابه

ممکن است برخی پس از دریافت این تعریف اشکالی وارد نمایند مبنی بر این که، تعریف مزبور بسیاری از مواردی که شخص چیزی چون اسید، سنگ‌های بزرگ، کاردهای قصابی را وسیله اخافه الناس قرار می‌دهد، را شامل نمی‌گردد. و مثلاً در بحث پاشیدن اسید محاربه نکردن فاعل آن چندان موافق انصاف نیست. اما در پاسخ گفته می‌شود که اولاً، آن چه شرط تحقق محاربه است صرف ترس مردم در اثر هر چیزی نیست، بلکه باید در اثر تجرید سلاح باشد، حال آن که در پاشیدن اسید نه پاشیدن، کشیدن است و نه اسید سلاح محسوب می‌گردد (بنابردلایلی که بیان شد). ثانیاً، این که گفته شود شدت قباحت عمل فاعل موجب قرار گرفتن فعل وی در مفهوم محاربه گردد چندان موافق منطق حقوقی و موازین نیست، زیرا، در تطبیق مصادیق بر مفاهیم باید تک تک شرایط مفهوم موجود باشد والا، تطبیق ناقص و محکوم به بطلان است. و در بحث حاضر به دلیل فقدان وصف سلاح در مواردی چون اسید، اساساً شرایط تحقق محاربه مهیا نیست و نتیجتاً محکومیت فاعل چنین عملی نه تنها درست نیست. بلکه، مخالف نص صریح قانون و متون شرعی می‌باشد. ثالثاً، قانون‌گذار می‌تواند با وضع مقرره خاص این گونه موارد را در حکم سلاح قرار دهد. که از این حیث نیز بلامانع بنظر می‌رسد. چنان که در بحث سرقت چنین نموده است (ماده ۶۵۱ تعزیرات). رابعاً، همان طوری که فقهای معظم بحث کرده‌اند، آن چه در محاربه موضوعیت دارد کشیدن سلاح و سلب امنیت مردم است و نه استفاده از سلاح که ممکن است منجر به جرم دیگری شود. حال آن که، غالباً در مواردی اسید پاشی موضوع به استفاده و ریختن اسید می‌انجامد و مسئله کشیدن منطقی‌سالب به انتفای موضوع است. مگر آن که گفته شود فاعل با نشان دادن بطری‌های حاوی اسید مردم را از فعل ریختن بترساند که این مورد خاص نیز همان گونه که گذشت، یادآوری می‌گردد که نشان دادن اسید نمی‌تواند کشیدن سلاح محسوب گردد. مضافاً به این که برخلاف سلاح نوع مردم از محلول قبل از پی بردن به جنس آن (آب، اسید) نمی‌ترسند و شرط دیگر وصف سلاح مخدوش است.



## نتیجه:

مفهوم سلاح همانند بسیاری از مفاهیم دیگری که در حقوق کنونی مورد استعمال مقنن قرار گرفته است، در فقه امامیه و به تبع آن قوانین موضوعه مهجور مانده است. حتی مدد از اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز در این مسیر بی حاصل است. چراکه، رجوع به فقه برای موضوعی که فقهای معظم آن را به اجمال برگزار کرده‌اند، نمی‌تواند راهگشای مسائل این چنینی گردد. با یأس از منابع فقهی در خصوص ارایه تعریفی جامع و مانع، به ناچار نظریات حقوقدانان یکی از بهترین منابع این خلاء قانونی باید تلقی گردد، اما در خصوص این مسئله، حقوقدانان نیز در خصوص ارایه تعریفی از این مفهوم جزایی اختلاف نظر دارند. و به طور اکمل، نمی‌توان از متون حقوقی تعریفی صحیح و غیرقابل خدشه برداشت نمود. لیکن، از آنجایی که حسب قواعد علم اصول بافقدان حقیقت شرعی و قانونی راهی جز تمسک به حقیقت عرفی و لغوی نیست و در این زمینه عرف و لغت شناسان سلاح را ابزار اولیه جنگ تعریف نموده‌اند و حسب اصل تفسیر مضیق و توجهاً به قدر یقینی ابزار جنگ بودن سلاح، باید بر میزان یقینی اکتفا نمود. زیرا، بیان مفهومی که همه مصادیق مشکوک را شامل شود، از نظر حقوق جزا محکوم به بطلان است و برخلاف حقوق خصوصی، مفاهیم جزایی را نمی‌توان به نحو موسع معنا نمود. البته نظریه نظر بر آن است که سلاح "هر وسیله یا ابزار نوعاً ترساننده‌ای (به دلالت کلام فقها مبنی لاخلافه الناس) است که علت اصلی و انگیزه اولیه سازنده یا تولید کننده آن، استعمال در جنگ، نزاع یا درگیری‌های داخلی و خارجی می‌باشد ولو آن که استفاده ثانویه دیگری (چون شکار) نیز داشته باشد و شیئی که فاقد این ارکان باشد، از تعریف سلاح خروج موضوعی دارد. هرچند قانون‌گذار می‌تواند به حکم قانون، مواردی چون کارد قصابی را در حکم سلاح معرفی نماید. پذیرش این تفسیر از سلاح در نظام حقوقی کنونی چند فایده دارد: اول آن که، این تفسیر موجب می‌شود که قضات در تفسیر این مفهوم به حد یقینی معنا اکتفا نموده و از توسعه مفهومی آن در حقوق جزا که امری نکوهیده است، امتناع نمایند. دوم آن که، مقنن می‌تواند در آینده از این تعریف برای تعریف قانونی سلاح استفاده نماید. و در نهایت، موجب می‌شود که نسبت به مسائل مشابه در موارد مطروحه محاکم موضوعی واحد



اتخاذ نمایند و این همان مفهوم برابری حقوقی در مفاد اصل بیستم قانون اساسی جمهوری اسلامی است. هرچند که بدیهی است، از نظر منابع حقوقی، این تعریف مادام که لباس قانون بر تن نپوشاند، جز منابع غیر الزامی حقوق موضوعه کشور قرار می‌گیرد.

## منابع

- قرآن کریم
- بسامی، فرهمند، مسعود، مجتبی، ۱۳۹۴، "بررسی مفهوم سلاح در فقه و حقوق کیفری ایران"، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۲، صفحات ۵۶-۶۳.
- پوربا فراتی، حسین، ۱۳۹۰، "تحلیل جرم محاربه"، مجله فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، صفحات ۴۹-۷۸.
- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳، *نعت نامه*، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- دانش پژو، محمد تقی، ۱۳۹۲، ترجمه *فارسی شرایع الاسلام*، جلد ۴، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- رحیمی نژاد، اسمعیل، صفرخانی، محدثه، ۱۳۹۳، "بررسی جرم بغی در فقه امامیه و حقوق ایران"، نشریه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، صفحات ۱۰۵-۱۳۳.
- ساریخانی، عادل، ۱۳۹۴، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ اول، قم، دانشگاه قم.
- شامبیاتی، هوشنگ، ۱۳۸۵، *حقوق کیفری اختصاصی*، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران، ژوبین.
- شهیدالاول، ۱۴۱۱، *المعه للمعته دمشقیه*، الطبعة الاولى، قم، دارالفکر.
- شیروانی، علی، ۱۳۹۳، ترجمه و تبیین شرح المعه، جلد ۱۳، چاپ سیزدهم، قم، دارالعلم، ۱۳۹۳.
- قافی، شریعتی، حسین، سعید، ۱۳۹۲، *اصول فقه کاربردی*، جلد ۱، چاپ هشتم، تهران، سمت.
- -----، ۱۳۹۰، جلد ۲، چاپ هشتم، تهران، سمت.
- -----، ۱۳۹۲، جلد ۳، چاپ هشتم، تهران، سمت.
- لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۵، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست نهم، تهران، گنج دانش.
- موسوی همدانی، سید محمدباقر، ۱۳۹۱، ترجمه *تحریرالوسیله*، جلد ۴، چاپ چهارم، قم، دارالعلم.
- میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۸۶، *جرایم علیه امنیت و آسایش حقوقی*، چاپ دهم



تهران، میزان.

- ---، ---، ۱۳۹۲، جرایم عیله اشخاص، چاپ سیزدهم، تهران، میزان.
- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۷۰، *مبانی استنباط اصول اسلامی*، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- معین، محمد، ۱۳۷۵، *فرهنگ فارسی*، تهران، امیرکبیر.
- نجفی، محمد حسن، ۱۴۱۳، *جواهر الکلام*، جلد ۴۱، چاپ هفتم، بیروت، دارالحياء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، محمود، ۱۳۸۸، *بایسته‌های فقه جزا، چاپ سوم*، تهران، نشر میزان.



# تأملی بر سیر تاریخی تدوین قانون مدنی

## بر مبنای فقه امامیه و حقوق فرانسه

سمانه سادات احمدی<sup>۱</sup>

علی اسلامیان<sup>۲</sup>

### چکیده

گذشته هر کشور بی شک جزء جدایی ناپذیر فرهنگ هر کشور بوده و قطعاً ریشه قوانین را می‌توان در تاریخ آن کشور کاوش کرد. قانون مدنی ایران نیز به عنوان یکی از افتخارات عرصه قانون نویسی در ایران بوده که علیرغم گذشت نود سال از تدوین و تصویب آن، کماکان در عرصه روابط خصوصی اشخاص، متکلم بلامنازع بوده و به جرأت می‌توان آن را شاهکار قانون نویسی ایران در آن زمان دانست.

آگاهی از سیر تاریخی تدوین و تصویب قانون مدنی در بررسی اوضاع و احوال حاکم بر جامعه حقوقی آن دوران نقش بسزایی در تفسیر و توضیح قوانین موضوعه مدنی خواهد داشت.

واژگان کلیدی: قانون مدنی، فقه، حقوق مدنی فرانسه، تفسیر

### مقدمه

قانون مدنی یکی از محورهای اصلی سیستم حقوقی در هر کشور بوده که تمامی قوانین مربوط به روابط خصوصی افراد من جمله روابط قراردادی و غیرقراردادی را شامل

---

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

۲. عضو مرکز وکلای قوه قضائیه



می‌شود. می‌توان گفت حجم کثیری از مبانی حقوقی در قانون مدنی منعکس بوده و در تمامی رشته‌های دیگر حقوق نیز بازتاب دارد که این خود ریشه در عقاید، فرهنگ، آداب و رسوم هر کشور دارد. در حقیقت این قانون مدنی است که همچون قلب تپنده در جای جای سیستم حقوقی کشور نقش مهم و حیاتی را ایفا کرده و بی دلیل نیست که تمامی کشورها با تدقیق در قانون مدنی، پایه‌های حقوقی خود را بر مفاهیم و معیارهای حقوقی موجود در این قانون بنیان می‌گذارند. بدین منظور همواره برای تدوین قانون مدنی در هر کشور، از بزرگترین و برجسته‌ترین حقوقدانان که بر کلیه مفاهیم حقوقی و حتی دیگر نظام‌های حقوقی تسلط کافی داشته باشند، کمک گرفته و در بسیاری از موارد، بالاترین مقامات کشوری بر پیشرفت کار تدوین آن نظارت می‌کنند. به عنوان مثال می‌توان به قانون مدنی فرانسه اشاره کرد که به جهت اهمیت این قانون، شخص ناپلئون بناپارت در جلسات بحث و مذاکرات مدونین قانون مدنی همواره حاضر می‌شد و نتیجه آن را حتی از کشور گشایی‌ها مهم‌تر و موثرتر می‌دانست. نویسندگان این قانون علاوه بر صلاحیت از هر حیث بخصوص دانش حقوقی و ارزش‌های حاکم بر جامعه فرانسه در راستای تدوین یک قانون بی نقص، جامع و مانع، به حقوق دیگر کشورها نیز توجه و دقت نظر داشته‌اند. تا آنجا که حتی در فهرست منابع قانون مدنی فرانسه نام کتاب ارزشمند «جامع عباسی» تالیف شیخ بهایی به چشم می‌خورد. در نهایت کار تدوین قانون مدنی فرانسه در سال ۱۸۰۴ پایان و در سال ۱۸۰۷ تحت عنوان کد ناپلئون نامگذاری و تصویب شد.

قانون مدنی ایران نیز با توجه به حساسیت بالا، توسط برجسته‌ترین شخصیت‌های روز نگاشته و به تصویب رسید. زمانی که کشور از این خلا قانونی رنج‌ها و مشقت‌های فراوانی را متحمل گردید. روزگاری که قضاوت کنسولی یا به عبارتی قانون کاپیتولاسیون، حاکمیت ملی ایران را به چالش کشیده بود. در آن زمان بود که به همت فقها و حقوقدانان فرهیخته و بزرگ، این مهم حاصل و به عنوان سند افتخار و میراث ملی در سال ۱۳۰۷ به تصویب رسید.

### تدوین قانون مدنی مقدمه‌ای بر الغای قانون کاپیتولاسیون

انقلاب مشروطه‌ی ایران را نباید صرفاً در دموکراسی خلاصه کرد. نخبگان جامعه‌ی



ایران هم‌چون روشن فکران، روزنامه‌نگاران، شاعران، نویسندگان، تاریخ‌نویسان و سیاست‌مداران در آن زمان با توجه به تحولاتی که از قرن نوزدهم و مشکلاتی که به دلایل اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، نظامی و فرهنگی برای ایران پیش آمده بود و آگاهی‌های جدیدی که بر اساس گرایش‌های فکری و اندیشه‌های مدرن در ایران رایج شده بود، دچار بحران هویت شده و با مقایسه‌ی ایران گذشته با روزگار خود، در پی چاره‌جویی برای بهبود وضع ایران بودند. بنابراین، این ذهنیت برای همه ایجاد شد که باید تحول اساسی در ایران صورت بگیرد که تحقق سه هدف و آرمان را هدف خود قرار دهد: ۱- بازسازی و نوسازی ایران ۲- رهایی از سلطه خارجی ۳- برقراری امنیت و ثبات سیاسی در کشور. در آن زمان دو قدرت و بازیگر جهانی، روسیه و بریتانیا، مشکلات بسیاری را برای مردم ایران بوجود آورده و هیچ استقلالی برای ایران به رسمیت نمی‌شناختند؛ قراردادهایی با ایران منعقد نموده و سرزمین‌هایی را از نقشه کشورمان جدا کردند و امتیازهای بزرگی اخذ کردند که قدرت تصمیم‌گیری را از حاکمان ایران گرفت. این جمله‌ی ناصرالدین شاه معروف است که می‌گفت: «اگر ما شمال برویم انگلستان مخالفت می‌کند، اگر جنوب برویم روسیه، پس مرده‌شور این مملکت را ببرد.» در این مقطع مهم تاریخی ایرانی‌ها به این نتیجه رسیدند که برای به رسیدن به آرمان‌های‌شان، دست‌یابی به آرمان‌های‌شان، تغییر و تحول در ساختار دولت یا به تعبیر امروزی، دموکراسی و برقراری رژیم قانون، در اولویت قرار دارد. وقتی این آگاهی ایجاد شد خیلی سریع این خواست تحقق یافت و در عرض دو سه ماه نشست و اعتصاب، مظفرالدین‌شاه فرمان مشروطیت را امضا کرد و دولت در دست مردم افتاد. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳)

اگرچه به عقیده برخی انقلاب مشروطه بعدها شکست خورد اما به جرات می‌توان شروع ناقص کار قانون‌گرایی و توجه ویژه متفکران به قانون را از همان زمان دانست. اندیشه تدوین ضوابط و احکام حقوقی جامعه ایران نیز جزء اهداف احصا شده مشروطه خواهان بود و در واقع حتی قبل از انقلاب مشروطه نیز اقداماتی در این زمینه صورت گرفته و برای «عدلیه» سرو سامانی پیش بینی شده بود ولی این تلاش‌ها کافی نبوده و بعد از آشوب و به هم ریختگی‌های سیاسی و امنیتی برانگیخته شده از کشورهای خارجی



که منتهی به تغییر حکومت از قاجار به پهلوی شد، یکی از اقداماتی که در دستور کار حکومت جدید قرار گرفت تدوین قوانین ضروری و مهمتر از همه قانون مدنی بود. دلیل آن هم وجود قانون مغایر آزادی کاپیتولاسیون در ایران بود که ریشه آن در عهدنامه ننگین ترکمانچای و معاهدات بعدی بین ایران و کشورهای از جمله انگلیس، سوئد، دانمارک و دیگر کشورهای مقتدر اروپایی بود. قانون کاپیتولاسیون یا همان قانون قضاوت کنسولی بدان معناست که محاکمه شخص خارجی در ایران نه براساس قانون ایران بلکه بر اساس قانون کشور و دولت متبوع شخص بیگانه خواهد بود که این خود علناً نقض حاکمیت ملی ایران برشمرده می‌شد.

وجود کاپیتولاسیون یکی از علل ضعف و انحطاط نظام قضایی بعد از مشروطه به شمار می‌رفت و شاید عمده ترین علل ناکارآمدی و نابسامانی عدلیه پس از مشروطه، فقدان قوانین مدون در حوزه نظام قضایی بود و این امر از جمله مسائلی قلمداد می‌شد که بیگانگان آن را مستمسک قرارداده تا حاکمیت حق قضاوت کنسولی را توجیه نمایند زیرا قدرت‌های غربی اصرار داشتند در صورتی لغو کاپیتولاسیون را می‌پذیرند که ایران یک نظام قضایی به سبک غرب داشته باشد.

پس از انتقال قدرت از قاجار به پهلوی، رضا شاه نیز بر آن بود تا با به کار گرفتن قوانین مدنی سکولار در ایران به هدف خود یعنی پایان دادن به حق کاپیتولاسیون در ایران برسد. رضاشاه عقیده داشت که زمانی که کشوری دادگاه‌هایی که با قوانین سکولار اداره می‌شوند داشته باشد می‌تواند قوانین ویژه برای اتباع خارجی را لغو نماید و همه چه اتباع خارجی و چه محلی در برابر قوانین سکولار برابر هستند و همسان جوابگو می‌باشند. (Ghani, 2000, ص 397) ضرورت تدوین قانون مدنی از آنجا احساس شد که دولت وقت قصد الغای «قضاوت کنسولی» (کاپیتولاسیون) را داشت و مقدمه ضروری الغای کاپیتولاسیون، وجود یک قانون مدنی مشخص، مدون و پیشرفته و مطابق با نیازهای کشور قابل ارائه به جوامع پیشرفته بود. پس تدوین قانون مدنی یک اقدام اجتناب ناپذیر و حساس برای این امر خطیر به حساب می‌آمد. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳)

در اواخر سال ۱۳۰۵ ه.ش «علی اکبر داور» در ترمیم کابینه «میرزا حسن مستوفی» وزیر



عدلیه شد و در همان روز عدلیه تهران را منحل کرد. داور با دو هدف عمده به وزارت عدلیه منصوب شده بود: ۱- کاهش فشار بر دولت از جهت ناراضی‌های مربوط به این دستگاه که با انحلال آن موجب تشفی موقت افکار عمومی شد. ۲- فراهم نمودن موجبات الغای قانون کاپیتولاسیون. (محمدی، ۱۳۹۷، ص ۲۲)

در تاریخ ۲۷ بهمن ماه ۱۳۰۵ یعنی چند روز پس از انتصاب وی به وزارت عدلیه از سوی نخست وزیر وقت، داور از مجلس به موجب ماده واحده‌ای اختیارات ویژه برای دگرگون کردن وضع عدلیه ایران گرفت و بر مبنای اختیاراتی که گرفته بود با دقت و پشتکار زیاد و صرف وقت مداوم و مذاکره و مصاحبه شخصی، افراد با شخصیت و واجد صلاحیت قضاوت را از سراسر ایران فراخوانده و با هر پیشنهاد معقول و امتیازی که می‌خواستند در مراتب مختلف قضایی منصوب کرد. وی از «دکتر مصدق» نیز دعوت کرد تا ریاست دیوان کشور را با حقوق ماهیانه «هزار تومان» که از بالاترین حد نصاب حقوق ریاست دیوان کشور دوپست و پنجاه تومان بالاتر بود، بپذیرد ولی دکتر مصدق که در آن زمان نماینده مجلس ششم بود این پیشنهاد را نپذیرفت و وکالت مردم در مجلس را ترجیح داد اما همچنان با داور در ارتباط بود و به او مشورت می‌داد.

در ششم اردیبهشت سال ۱۳۰۶ شمسی در دیدار قضات جدید با رضا شاه، «عدلیه» جدید طی مراسمی در تهران به طور «ناقص» شروع به کار کرد و در همان روز رضاشاه برای الغای کاپیتولاسیون فرمانی خطاب به «مستوفی الممالک» صادر کرد تا مقدمات آن را ظرف یک سال فراهم کند. (معظمی، بی تا: ۳۵-۵۴)

چند روز بعد داور وزیر عدلیه، تصمیم ایران را برای لغو کاپیتولاسیون به دولت‌های آلمان، ایتالیا، بلژیک، هلند، سوئیس و اسپانیا اعلام کرد و خاطر نشان ساخت که این امر یکسال بعد یعنی در تاریخ نوزدهم اردیبهشت سال ۱۳۰۷ محقق خواهد شد. لذا تا آن تاریخ می‌بایست قانون مدنی ایران نوشته می‌شد.

سرانجام بعد از بنیان گذاری عدلیه جدید در تاریخ سه شنبه دهم دیماه ۱۳۰۶ هیأت تدوین قانون مدنی تشکیل شد و شروع به کار کرد. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳)





## تشکیل هیات تدوین قانون مدنی

وفق تقریرات آقای سید محمد فاطمی یکی از برجسته ترین مدونین قانون مدنی که در کتاب خاطرات خود آورده است، تاریخ اولین تشکیل هیات جهت تدوین قانون مدنی به سال ۱۲۹۸ بر می گردد. زمانی که به دستور وزارت عدلیه قاجار این اتفاق رخ داد اما حتی پس از چندین جلسه تشکیل کمیسیون مزبور با حضور آقایان حاج سید نصرالله تقوی و سید محمد یزدی و سید محمد رضا افجه ای و چند تن دیگر به نتیجه ای نرسیده و منحل شد. اما از آنجا که رضاشاه اهمیت ویژه ای را برای لغو قانون کاپیتولاسیون قائل بود و نیز تلاش های مجدانه وزیر جوان عدلیه وقت، نهایتاً هیات مزبور در دی ماه ۱۳۰۶ کار خود را به طور رسمی آغاز کرد.

در زمانی که تجدد و مدرن گرایی در جامعه آن روز حرف اول را می زد و اکثر دانش آموخته های کشور با توجه به گذران دوران تحصیلشان در فرنگ، همواره اندیشه ای مدرنیته و نظریه های غربی ملاک عمل آنها بود و در نظر آنان لازمه برون رفت از جامعه سنتی ایران به یک جامعه به روز و مدرن بدون توسل به اندیشه های غربی میسر نبود، تدوین قانون مدنی به محلی برای تشتت آرا مبدل گردید. عده ای معتقد به ترجمه قوانین کشورهای اروپایی و پیاده ساختن آن در قانون ایران بودند و عده ای نیز علم مخالفت با این امر را برافراشته و مدعی فرهنگ غنی مذهب شیعی بوده و تقلید و پیروی کورکورانه از قوانین غربی را نه تنها به صلاح مملکت ندانسته بلکه آفاتی را برای آن در آینده پیش بینی می نمودند. با توجه به اینکه محوریت و مدیریت کار تدوین قانون مدنی بر عهده وزیر عدلیه مرحوم داور<sup>۳</sup> بود، این امر نیز خود باعث شد که داور در ابتدای امر با به

---

۳. علی اکبر داور فرزند «کربلایی علی خان خازن خلوت» خزانه دار اندرون دربار قاجار بود. علی اکبر داور فارغ التحصیل دارالفنون بود و استعداد سرشاری داشت، به طوری که در سن بیست و پنج سالگی از سوی «میرزا حسین خان مشیرالدوله» وزیر عدلیه وقت، مدعی العموم یا دادستان تهران شد ولی پس از یک سال خود را نیازمند به ادامه تحصیل دید و به سویس رفت و مدت یازده سال دوره های حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی را همراه با مطالعات در فلسفه و

←



خدمت گرفتن مشاوران اروپایی، کار تدوین قانون مدنی ایران را در مسیر اقتباس از قوانین اروپایی قرار دهد. وی در این راه اقداماتی کرده و گروهی را برای این مهم نیز در نظر گرفته بود و در برابر تصمیم او عکس العملی هم مشاهده نمی‌شد.

### چگونگی تدوین قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه

با روی کار آمدن رضاشاه، مدرنیزاسیون در همهٔ ارکان و ابعاد دولت در دستور کار قرار گرفت. همچنین اکثر دانش آموخته‌های کشور با توجه به دوران تحصیلشان در فرنگ، همواره اندیشه مدرنیته و نظریه‌های غربی را ملاک عمل قرار داده و لازمه برون رفت از جامعه سنتی به یک جامعه مدرن را بدون توسط به اندیشه‌های غربی ممکن نمی‌دانستند. قطعاً نظام قضایی هم از دایره شمول مدرنیزاسیون خارج نماند.

رویکرد دولت پهلوی در این زمینه، دوری جستن از نظام قضایی شرعی و تمایل به ساختارهای غربی بود که با مخالفت اکثریت علما مواجه گردید. چرا که در حوزه نظام قضایی، علمای شیعی به طور سنتی همواره خود را متولی امر قضا می‌دانستند. پس تدوین قانون مدنی به محل تشتت آراء مبدل گردید. (عاقلی، ۱۳۶۹: ص ۲۳) عده‌ای معتقد به ترجمه قوانین کشورهای اروپایی و پیاده ساختن آن در قانون ایران بودند و عده‌ای در مقابل با

---

منطق و تاریخ و روابط سیاسی گذراند و رساله دکتری خود را تحت عنوان «سقط جنین از نظر پزشکی قانونی» تهیه و برای دفاع تقدیم هیأت رسیدگی کرد. در همین ایام کودتای ۱۲۹۹ سید ضیاءالدین طباطبایی و رضاخان اتفاق افتاد و داور منتظر جلسه دفاع رساله خود نشد و به ایران بازگشت و با رضاخان پیمان همکاری بست و ابتدا رییس کل معارف و سپس نماینده مجلس شد. روزنامه «آزاد» را منتشر کرد و حزب رادیکال را تاسیس و در انقراض قاجار و عزل «احمد شاه» در سال ۱۳۰۴ در مجلس شورای ملی نقش تعیین کننده ای ایفا نمود. طرح تاسیس مجلس موسسان و حتی تعیین اعضای آن نیز به ابتکار داور بود و سرانجام همان طور که گفته شد به وزارت عدلیه منصوب شد و اصلاحات مورد نظر خود را شروع کرد. داور قریب به ۱۱ سال از تحصیل عالییه خود را در کشور سوییس گذاراند.



تأکید بر احکام فقهی مذهب شیعه علم مخالفت برافراشته و تقلید کورکورانه از قوانین غربی را نه تنها به صلاح مملکت ندانسته بلکه آفاتی را برای آن در آینده پیش بینی می کردند. با این وجود با تدقیق در محتوای قانون مدنی می توان به مبنا و ریشه آن که همانا فقه اسلامی و به طور مشخص بر اساس فقه امامیه است پی برد و این امر پدیده‌ی بدیعی در تاریخ حقوق کشورهای اسلامی به شمار می رود. آمیخته‌ای از تجربه فقاقت و مهارت با لباس فاخر اروپایی و کالبدی فقهی. اما چگونه علیرغم اندیشه‌ای کسانی همچون داور و نیز اندیشه‌های سکولار رضاشاه، توان فقیهان بر تجدد گرایان پیشی گرفت؟ آنچه که امروز به عنوان یک قانون مدنی برگرفته از فقه امامیه در سیستم قضایی ایران مطرح است را به جرات می توان مرهون تلاشهای مرحوم دکتر مصدق دانست که در آن زمان نماینده مجلس و از شخصیت‌های برجسته حقوقی و سیاسی کشور محسوب می شد. وی در سخنرانی مفصلی که در روزهای هجدهم، بیست و پنجم، و بیست و هشتم خرداد سال ۱۳۰۶ در مجلس ایراد کرد، روش کار داور را مورد انتقاد شدید قرار داد. وی در حالی سخنرانی خود را ایراد می کرد که در مجلس آن روز گروه قابل توجهی از علمای مذهبی حضور داشتند. سخنرانی دکتر مصدق - که گاه توسط بعضی از نمایندگان وابسته قطع می شد - طولانی بود. در ادامه به بعضی از جملات این نطق که کلاً به بحث ما مرتبط بوده، اکتفا می نماییم؛

«بنده افتخار می کنم و آزرمند بودم که ... یکی دیگر هم پیدا شود وزارت عدلیه را درست کنند... اگر ما درست کنیم می گویند ایرانی درست کرد و اگر اروپایی درست کرد می گویند اروپایی درست کرد... بنده با اصلاحات آقای وزیر موافقم ولی ملاحظه بفرمایید هر ملتی عقیده نداشته باشد آن مملکت کارش زار می شود... پس باید مملکت را همیشه اصل اسلامیت حفظ کند فقط. خصوصاً حال که تجدد مآبی اصل است و ما نباید با این اصولی که در جامعه است و به عنوان تجدد‌های دروغی مملکت را خراب کنیم ... من معتقد نیستم که در اصلاحات عدلیه مملکت، چهار نفر مفتش خارجی بیاید ... وقتی که چهار نفر مفتش اروپایی آمدند در عدلیه، از دو حال خارج نیست: یا یک ترتیبی می شود مثل «موسیو پرینی» بی اختیار. یک پولی می گیرد و «کد ناپلئون» را ترجمه می کند و



می‌دهد به دست ما و می‌رود که بنده خیلی بهتر از او می‌توانم ترجمه کنم برای آنکه او فقط فرانسه می‌داند ولی بنده فارسی را هم می‌دانم... و یا اینکه می‌آید اینجا و یک اختیاراتی پیدا می‌کند. اگر اختیار پیدا کند نقض غرض می‌شود. امروز اعلیحضرت همایونی دستخط می‌فرمایند که کاپیتولاسیون ملغاست. البته اسباب افتخار ایرانی را در تمام دنیا و نزد تمام ملل فراهم می‌فرمایند. کاپیتولاسیون چیست؟ کاپیتولاسیون در واقع نظارت یک نفر خارجی است در محاکمه‌ای که بین ایرانی و اتباع خارجی می‌شود... بنده عرض می‌کنم ایرانیتم و اسلامیتیم به بنده اجازه نمی‌دهد و بنده را مجبور می‌کند که در یک همچو مجلسی که حجج اسلام نشسته‌اند، نمایندگان محترم مجلس نشسته‌اند و اولاد فاطمه و پیغمبر خدا حضور دارند عقیده خود را به طور آزادانه بگویم و هر کس می‌خواهد، عقیده من را قبول نکند». (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳)

داور که در تمام مدت با دقت به سخنان وی گوش میداد پس از آن به دکتر مصدق گفت که من با شنیدن سخنان شما قانع شدم و تصمیم خود را عوض کردم ما باید قانون مدنی ایران را با اقتباس از فقه اسلام تهیه کنیم. البته در این میان می‌توان به نقش محسن صدر (صدرالاشراف) نیز در منصرف کردن داور از روی آوردن به مشاوران خارجی برای تدوین قانون مدنی ایران اشاره کرد.

اعتراف محمدعلی فروغی که خود در تدوین قانون مدنی به مرحوم فاطمی کمک نموده و قانون مدنی در زمان صدراعظمی وی به تصویب رسیده، در این زمینه بسیار مهم است. فروغی در سخنرانی‌هایی که در سال ۱۳۱۵ در دانشکده حقوق دانشگاه تهران ایراد نموده و در آن تاریخچه‌ی تدوین قوانین را تشریح نموده، تصریح می‌کند که قانون مدنی چیزی جز مقررات شرعی که در قالب مواد قانونی ریخته شده نبوده و نگرانی متدینان در خصوص آن، وجهی نداشته است:

«اگر می‌خواستیم نغمه قانون مجازات و قانون مدنی را بلند کنیم هنگامه برپا می‌شد که در مقابل قانون شرع، قانون وضع می‌کنند. هرچند در جواب این اعتراضات حرف حسابی داشتیم و می‌گفتیم در امور جزایی سال‌ها بلکه قرن‌هاست که قانون شرع در جریان نیست... و اما در امور حقوقی مخالفتی با قانون شرع نیست فقط لازم است که آن قانون



ماده بندی شود و به صورت قوانین امروزی تنظیم شود و تدوین گردد و به فارسی درآید تا مردم تکلیف خود را بدانند و بفهمند و قانون مجری شود. اما این حرف‌ها در مقابل مردم مغرض و بی انصاف مؤثر نبود و ما را از مخمصه محفوظ نمی‌داشت. این بود که این قسمت را محرمانه شروع کردیم و به اتفاق آقای تقوی و آقای فاطمی مشغول شدیم. درحالی که اطمینان نداشتیم زحمتی که می‌کشیم هیچ وقت به ثمر برسد و به موقع عمل بیاید.» (فروغی، بی تا)

از دیگر اسناد تاریخی مهمی که هویت قانون مدنی و نسبت آن با مقررات شرعی را نشان می‌دهد شرحی است که ذکاءالملک فروغی رئیس الوزرای وقت در تاریخ ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۵ یعنی تقریباً دو سال قبل از تصویب قانون مدنی به رضاشاه نوشته و از وی درخواست نموده هم زمان با تاج گذاری، بابت زحماتی که مرحوم سید محمد فاطمی در تدوین قانون مدنی کشیده، یک سر عصای مرصع به وی اعطاء گردد. فروغی در این متن تصریح می‌کند هرچند احکامی که باید به عنوان قانون مدنی ذکر شده همگی در فقه و از سوی فقهاء با تفصیل تمام وجود دارد اما کار ارزشمندی که مرحوم فاطمی انجام داده تتبع در گفته‌های سابقین و تنظیم و تدوین آن‌ها بوده است:

«خاطرِ مهر مظاهرِ ملوکانه را به سوابق زحمات گران بهایی که جناب مستطاب عمده الفضلاء و الفقهاء آقا میرزا سید محمد قمی در این راه متحمل شده و خدمتی که به دیوان قوانین مملکت کرده و می‌کنند متذکر سازد. معزی الیه مجموعه ای مشتمل بر ۱۴۰۰ ماده با کمک چاکر راجع به قوانین مدنی ترتیب داده‌اند که الحق سزاوار تحسین و تقدیر ذات اقدس شهریاری است و مجموعه ی معروض متضمن ابوابی در معاملات و املاک و وقف و نکاح و طلاق می‌باشد؛ متمم آن هم در دست مطالعه است و امید می‌رود که به زودی حاضر و تقدیم مجلس شورای ملی گردد. تهیه و تدوین قانون مدنی از جمله کارهای مشکلی است که در ممالک اروپا سال‌ها وقت و زحمت دانشمندان را صرف خود نموده؛ در اینجا هم اگرچه احکام شرع انور و تحقیقات فقهاء و علماء، اساس آن را محکم و حتی جزئیات را روشن کرده است لیکن تفرّس و تتبع در گفته‌های سابقین و تنظیم و تدوین آن‌ها هم امر بسیار مشکلی بوده که آقای آقا میرزا سید محمد به خوبی از عهده برآمده‌اند و



جای دارد که از طرف قرین شرف ملوکانه در این موقع جشن تاج گذاری، برای تقدیر زحمات ایشان و تشویق اهل فضل و هنر، یک عصای سر مرصع مرحمت و اعطاء گردد».  
(فاطمی قمی، ۱۳۹۶)

### مراحل تنظیم و تصویب قانون مدنی

اگر تاریخ تشکیل کمیسیون قانون مدنی را ۱۳۰۶/۱۰/۱۰ قرار دهیم، در واقع تا تصویب قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی تا موقع اعلام رای قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸، چهار ماه و چند روز برای تنظیم قانون مدنی فرصت وجود داشته است. البته این در حالی است که ایام تعطیل و مشغله اعضای کمیسیون و مسائل دیگری از این قبیل را هم در نظر نگیریم. بنابراین چگونه متصور است که ۹۵۵ ماده از قانون مدنی با این همه استحکام و آن هم در کمیسیونی متشکل از چند نفر، در ظرف مدت نسبتاً کوتاهی تهیه شود. به نظر می‌رسد که این گونه مطلب نه تنها باعث عظمت قانون مدنی نمی‌شود، بلکه موجب بی اهمیت جلوه دادن یک قانون مهمی است که چند سال تلاش و تحقیق را به دنبال داشته است. (نائینی، ۱۳۸۸)

به موجب آنچه از خاطرات مرحوم فاطمی به دست می‌آید وی کار تهیه ی قانون مدنی را از سال ۱۲۹۰ یعنی ۱۷ سال قبل از تصویب قانون مدنی در مجلس آغاز کرده بود. وی در عصر مظفرالدین شاه و در زمان تأسیس مدارس جدید، کتاب‌هایی راجع به شرعیات و احکام فقهیه برای تدریس در این مدارس می‌نویسد.<sup>۴</sup>

سپس به فکر می‌افتد احکام فقهی راجع به معاملات را در سطحی بالاتر و با تفصیل بیشتر بنگارد و این نقطه، نقطه آغاز تدوین قانون مدنی بوده است. وی در خاطرات خود جرقه ی نخست تدوین قانون مدنی را این گونه توضیح می‌دهد:

«پس از آنکه وارد عدلیه شدم و قوانین تشکیلات و اصول محاکمات و غیره از مجلس

---

۴. این کتاب تحت عنوان فقه فارسی به کوشش آقای ناصر دولت آبادی و انتشارات آوای نور منتشر شده است.



گذشت، به خیال افتادم که راجع به معاملات را احکام فقیه را مفصل تر از آنچه در شرعیات نوشته ام بنویسم. آقا میرزا عیسی خان علی آبادی که در آن موقع رئیس کابینه وزارت عدلیه بود، اصرار کرد که آن را به ترتیب مواد قانونی بنویسم که شاید روزی بکار آید. من هم قبول کردم و به ترتیب قانون مدنی فرانسه و قوانین مدنی مصر و عثمانی، مواد قانون مدنی را تهیه کردم و چون مطابق اصول محاکمات آن زمان، احوال شخصیه مرجع رسیدگی به دعاوی راجع به آن‌ها، حکام شرع بودند و عدلیه دخالت نداشت و محتاج احکام آن‌ها نبود، احکام راجع به اموال را نوشتم» (فاطمی قمی، ۱۳۹۶)

از آنچه گفته شد و نیز سایر محتویات کتاب خاطرات مرحوم فاطمی قمی چند نکته قابل استفاده است:

نخست اینکه نقطه ی آغاز تدوین قانون مدنی به ۱۷ سال قبل از تصویب آن یعنی به سال ۱۲۹۰ شمسی و سال‌ها قبل از حکومت رضاخان بازمی‌گردد. دوم اینکه نه تنها ابتکار اولیه ی نگارش قانون مدنی از مرحوم فاطمی بوده بلکه نویسنده ی اصلی و کسی که تا انتهای کار، نقش محوری در تدوین قانون مدنی را به عهده داشته، مرحوم فاطمی بوده و اسامی دیگری که به عنوان اعضاء کمیسیون تدوین قانون مدنی از آن‌ها نام برده می‌شود نقش کاملاً فرعی و مقطعی در تدوین قانون مدنی داشته‌اند و از همین رو برای تدوین قانون مدنی تنها از مرحوم فاطمی تقدیر صورت گرفته است. (الشریف، ۱۳۹۷)

مرحوم فاطمی خود در جای دیگر به این موضوع این گونه اشاره می‌کند:

«دهم بهمن ۱۳۰۶ یعنی سه ماه قبل از تصویب قانون مدنی و ۱۶ سال پس از نگارش پیش نویس اولیه قانون مدنی برای مطالعه در قانون مدنی به کمیسیون دعوت شدم و این قانون مدنی همان است که سابقاً من ترتیب داده بودم و فی الجمله تغییر پیدا کرد» (فاطمی قمی، ۱۳۹۶)

گذشته از تمام ابهامات مربوطه و نقش هر یک از مدونین، سرانجام جلد اول قانون مدنی که شامل ۹۵۵ ماده بود به موجب ماده واحده‌ای در تاریخ ۱۸ اردیبهشت سال ۱۳۰۷ یعنی یک روز قبل از تاریخی که کاپیتولاسیون رسماً الغاء می‌شد به تصویب رسید.



## منابع قانون مدنی

پس از شناخت مدونین قانون مدنی که بیشتر آنان از اساتید مشرف به فقه امامیه بوده‌اند و مقایسه متنقانون با کتاب‌های مشهور فقهی همچون شرایع، شرح لمعه، جواهر الکلام، مکاسب شیخ انصاری و شروح آن و نظایر این‌ها، با اطمینان می‌توان منبع مهم قانون مدنی را فقه امامیه برشمرد.

در کنار آن نویسندگان از قانون مدنی فرانسه، قانون مدنی مصر و شرح استاد رستم سلیم باز بر قانون «مجله الاحکام العدلیه» که قانون مدنی عثمانی بوده نیز بهره برده، همچنین که مرحوم سید محمد فاطمی در شرح زندگانی خود این نکته را مورد تصریح قرار داده‌اند که: «...به ترتیب قانون مدنی فرانسه و قوانین مدنی مصر و عثمانی مواد قانون مدنی را تهیه کردم...»

باتوجه به غنای فقه درباب معاملات و ضمان قهری و مأنوس بودن عموم مردم و قضات با حقوق شرعی در ابواب احوال شخصیه، قراردادهای و ضمانات قهری، جایگزینی این نظام جا افتاده با یک نظام بیگانه بدون وجود دلیل و انگیزه‌ی جدی، امری نامعقول بوده همچنین قانون مدنی در سال‌هایی تدریس شده که الزام اصل دوم متمم قانون اساسی مبنی بر رعایت احکام شرع در تصویب قوانین همچنان از اعتبار و جاهت قانونی برخوردار بوده، پس اقتباس مواد قانون از احکام فقه امامیه بسیار باور پذیر می‌باشد. چنانچه در مواد مربوط به عقود معین برخی آن را به مثابه ترجمه فقها و قول مشهور قلمداد می‌کنند. (الشریف، بی تا: ص ۶۳۷)

به عنوان مثال می‌توان به بعضی از مواد قانون مدنی در تعریف عقود و مقایسه آن با شرح لمعه پرداخت که بالتبع در سایر مقررات مربوط به آن نیز از منبع فقهی تبعیت شده است.

شهید اول در کتاب لمعه در تعریف عقد اجاره آورده‌اند: «وهی العقد علی التملیک المعلومه بعوض المعلوم». (شهید ثانی، بی تا: ص ۲/۹) در ماده ۴۶۶ هم قانون گذار، اجاره را عقدی که به موجب آن مستأجر، مالک منافع عین مستأجره می‌شود، تعریف کرده است. ماده ۳۸۸ هم بیع را تملیک عین به عوض معلوم دانسته که در کتاب متاجر شرح لمعه بیع





عبارت است از ایجاب و قبولی که بر نقل ملک در برابر عوض معلوم دلالت می‌کند (همان، ۱/ص ۲۰۴) بیان شده و در کنار آن مقررات بیع و شرایط بیع و ثمن و خيارات هم برگرفته از همان احکام مندرج در آن کتاب است.

همچنین بیشتر مواد مربوط به مقدمه، تقسیم اموال به منقول و غیر منقول و حق انتفاع و حق ارتفاق و قواعد اساسی صحت معامله از قانون مدنی فرانسه و ضمن تطبیق با فقه امامیه تنظیم شده است. (شهیدی، بی تا: ص ۲۳۹)

### شخصیت شناسی تدوین کنندگان قانون مدنی

سرانجام برای تدوین قانون مدنی هیأتی انتخاب شدند که بیشتر ایشان از فقیهان متبحر و دانشمندان واجد صلاحیت بودند که اسامی ایشان به شرح زیر است.

سید محمد فاطمی قمی، سید نصرالله تقوی (سادات اخوی)، شیخ محمد علی کاشانی، میرزا محمد ایروانی، شیخ علی بابا فیروز کوهی (عالم)، محسن صدر (صدرالاشراف)، سید کاظم عصار و مصطفی عدل (منصورالسلطنه)

این افراد در تخصص خود بهترین‌ها بودند. ذیلاً به طور مختصر خاستگاه، شخصیت علمی و سوابق ایشان معرفی می‌گردد. شناخت این افراد از این باب اهمیت دارد که می‌توان با نگاهی گذرا بر شخصیت آنان، تا حدودی متوجه افکار و عقاید آنان شد.

۱- سید محمد فاطمی قمی در سال ۱۲۵۲ هجری شمسی در شهر قم و خانواده‌ای مذهبی متولد شد. پدرش میرزا حسن از علمای بنام شهر قم بود. تحصیلات و معلومات خود را نزد پدر و علمای حوزه‌های علمیه قم شروع کرد و در علوم عقلیه، ادبیات فارسی، ادبیات عربی، فقه و اصول اسلامی، حکمت، منطق و ریاضیات، تبحر یافت و به درجه اجتهاد رسید و از مدرسین سرشناس شد. در سال ۱۲۸۸ شمسی توسط مرحوم حسن پیر نیا وزیر عدلیه وقت برای خدمت دعوت شد و در طول قریب چهل سال خدمت قضایی خود ریاست شعب، یک، دو و چهار دیوان کشور را به عهده داشت و در عین حال عضو شورای ثبت و کمیسیون ترفیع قضایی بود. سید محمد فاطمی، در کنار مشاغل قضایی، به تدریس در مدرسه عالی علوم سیاسی و مدرسه عالی حقوق می‌پرداخت و علاوه بر



تدریس حقوق اسلامی و فقه و اصول، حقوق ثبت اسناد و املاک را نیز تدریس می‌کرد. او براساس سنت «زکاه العلم نشره» به مدت ده سال از ۱۳۱۰ تا ۱۳۲۰ به تدریس در دانشکده معقول و منقول مشغول بود و تبرعاً به ارائه دروس می‌پرداخت. مرحوم فاطمی عضو موثر و شاید موثرترین عضو تدوین قانون مدنی بود و مواد جلد اول قانون مدنی به انشای او تدوین شد. فاطمی، فرزندی نداشت و پیش از مرگ، تمام اندوخته خود را وقف خدمات عمومی و ساختن بیمارستان در شهر قم کرد. در طول خدمت، یکی از قضات شریعتمدار محترم و نافذ القول و سرشناس عدلیه بود و طی بیست سال اول خدمت، حتی یک روز مرخصی نگرفت. کم سخن می‌گفت و مرد عمل بود. شیوه نگارش و انشای حقوقی او زبازد خاص و عام بود. نمونه این نوع نگارش را می‌توان در جلد اول قانون مدنی مشاهده کرد. در تدوین کتاب «فرهنگ کاتوزیان» که فرهنگی عربی به فارسی است، همکاری علمی موثری با شیخ محمد علی تهرانی کاتوزیان داشت. از دیگر آثار تالیفی او، ترجمه به فارسی متن عربی کتاب «اسلام و اندیشه‌ها» نوشته‌هانی دو کاستری است که توسط زعلول پاشا از متن اصلی به عربی ترجمه شده بود.

سید محمد فاطمی، در بیست و هشتم مردادماه ۱۳۲۴ هـ ش پس از سی و شش سالگی خدمت قضایی و علمی به جامعه ایران، بر اثر بیماری و در سن ۷۳ سالگی بدرود حیات گفت. به علت نقش موثری که در تدوین قانون مدنی ایفا کرده بود به پیشنهاد «داور» عصای مرصعی از سوی رضاشاه به او هدیه شد. (مبارکیان، ۱۳۷۷)

۲- حاج شیخ محمدرضا ایروانی، فرزند آخوند ملا زین‌العابدین، در سال ۱۲۵۵ ش در ایروان به دنیا آمد. پدرش از اهالی تبریز بود و در سال ۱۲۷۰ (هـ ق.) به ایروان که در آن زمان متعلق به دولت ایران بود، مهاجرت کرد. حاج شیخ محمدرضا ایروانی، علوم قدیمه و اسلام را در محضر پدر فرا گرفت و در سن دوازده سالگی به تبریز بازگشت و به تحصیلات خود در این شهر ادامه داد. در بیست و یک سالگی به عتبات عالیه و نجف اشرف سفر کرد و در منطقه غرو ساکن شد. در سال ۱۲۹۸ شمسی به ایران بازگشت و در سال ۱۲۹۹ رییس کل اوقاف شد و در سال ۱۳۰۰ به همراه شیخ محمد حسن یزدی به قضاوت در محاکم شرع پرداخت. وی در اردیبهشت سال ۱۳۰۶ به دادگستری نوین



پیوست و رسماً حاکم شرع شد و همزمان به عنوان مستشار دیوان عالی نیز انجام وظیفه می‌کرد و پس از آن رییس شعبه سوم دیوان تمیز شد و تا سال ۱۳۱۹ که سال وفات او در سن ۶۴ سالگی بود در همین منصب انجام وظیفه می‌کرد. حاج شیخ محمدرضا، یکی از مراجع دینی و مدرسان حوزه‌های علمیه تهران (مدرسه خان مروی) و مراکز علمی نجف اشرف بود. از حاج شیخ محمدرضا ایروانی، آثار تالیفی و تحقیقی بسیاری در زمینه‌های فقه و اصول، منطق و حکمت اسلامی به زبانهای عربی و فارسی باقی مانده است. همچنین سفرنامه‌ای دارد که درباره وقایع سفر به عثمانی و نجف اشرف نوشته شده و از لحاظ شرح وقایع تاریخی، یکی از مراجع مهم و قابل توجه به شمار می‌آید. (همان)

۳- حاج سید نصرالله تقوی (سادات اخوی) نیز چهره‌ای نامدار و سالها رئیس دیوان کشور و یا دادستان کل کشور بود. وی فرزند سید رضا اخوی لواسانی بود و در سال ۱۲۴۱ شمسی در تهران دنیا آمد و در پانزده سالگی در بسیاری از علوم متبحر بود. وی برای ادامه تحصیل به لبنان و از آنجا به «سامره» و «نجف» مهاجرت کرد و در فقه و اصول و ادبیات و عرفان و غیر اینها به اجتهاد رسید. از جمله اساتید او شخصیت‌های معروفی چون حاج میرزا حسن آشتیانی، میرزا ابوالحسن جلوه و رئیس‌المحدثین و حاج میرزا حسن نوری بودند. وی پس از عتبات برای تحصیل حقوق به اروپا رفت و پس به ایران بازگشت و از همان وقت در دیوان تمیز مشغول انجام وظیفه شد. وی از اولین اساتید مدرسه عالی حقوق بود. در دوره‌های نخستین به نمایندگی مجلس شورای ملی انتخاب شد ولی به همان شغل قضایی در دیوان تمیز بازگشت، وی همچنین کتابخانه ملی را با کمک ملک المتکلمین و میرزا محمد علی خان نصره السلطان در خیابان ناصری (ناصر خسرو فعلی) تاسیس کرد و کتابخانه خود را به آن هدیه نمود. وی همچنین عضو ثابت فرهنگستان ایران و عضو انجمن تشکیل دانشگاه بود. او در سال ۱۳۲۲ رئیس دانشکده معقول و منقول شد و در سال ۱۳۲۶ در تهران درگذشت. حاج سید نصرالله تقوی گذشته از قانون مدنی در تدوین بسیاری از قوانین دیگر از جمله قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ و قانون تشکیلات دادگستری نقش داشت. تنها نقطه تاریک زندگی حاج سید نصرالله تقوی عضویت در هیأت مدیره یا شورای انقلاب مشروطه دوم بود که دادگاه انقلابی مشروطه را



تعیین و این دادگاه حکم اعدام شیخ فضل الله نوری را صادر کرد. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۳)

۴- شیخ علی بابا فیروزکوهی معروف به عالم، وی در سال ۱۲۵۰ یا ۱۲۵۱ شمسی در فیروزکوه به دنیا آمد. خانواده او از علمای دین بودند. وی تحصیلات مقدماتی خود را نزد پدر آغاز کرد و آن را در حوزه‌های علمیه تهران و اصفهان تحصیلات خود را ادامه داد. در اصفهان استاد بزرگ او مرحوم سید محمد باقر درچه‌ای بود. «شیخ علی بابا» با مرحوم آیت الله بروجردی همدرس بود و با آنکه مرحوم بروجردی خود حافظه قوی داشت مع ذلک در بسیاری موارد از حافظه شیخ علی بابا کمک می‌گرفت. وی پس از اخذ اجتهاد از اساتید حوزه اصفهان از جمله مرحوم درچه‌ای به نجف رفت و به تحصیل پرداخت و از علما و مراجع عتبات اجازات متعدد دریافت کرد و سپس به ایران بازگشت و در مدرسه‌های سپهسالار و مروی به تدریس پرداخت. وی ابتدا به دادگستری رفت و سپس استعفاء کرد و در مدرسه عالی حقوق و معقول و منقول به تدریس پرداخت. وی در کمیسیون تدوین قانون مدنی عضویت داشت. فیروزکوهی مردی مہذب و دانشمند بود و حافظه‌ای بسیار قوی داشت و بر فقه و اصول و قواعد فقه تسلط بسیار داشت و کتابی نیز در اصول و قواعد فقه نوشته که به چاپ رسیده است. وی تالیفات دیگری هم داشت و سرانجام در سال ۱۳۲۷ شمسی در تهران درگذشت و در کربلا به خاک سپرده شد. (مبارکیان، ۱۳۷۷)

۵- سید کاظم عصار تهرانی، وی داماد «شیخ علی بابا فیروزکوهی» و استاد مسلم فلسفه، فقه و ادبیات عرب بود. زبان فرانسه را در دارالفنون نزد بهترین اساتید فرا گرفت و با ریاضیات و فیزیک آشنا شد. مدتی را نیز در دانشگاه «سوربن» فرانسه گذراند و با فلسفه جدید آشنایی پیدا کرد. وی یکی از روحانیون برجسته و استاد حوزه و دانشگاه بود و بسیاری از اساتید نام آور فعلی مثل: دکتر سید محمد رضا جلالی نائینی، دکتر مهدی محقق، بدیع الزمان فروزانفر، دکتر سید حسین نصر شاگرد او بودند. از جمله اساتید او در نجف اشرف، مرحومان شریعت اصفهانی، میرزا محمد تقی شیرازی، آقا ضیاء عراقی و سید محمد کاظم یزدی بودند و از ایشان اجازه اجتهاد مطلق داشت. تولد او در سال ۱۲۶۴ شمسی در تهران بود و وفات او در دی ماه سال ۱۳۵۳ شمسی اتفاق افتاد. (امین، ۱۳۷۷)

۶- سید محسن صدر معروف به صدرالاشراف نیز از تدوین کنندگان قانون مدنی بود.



وی فرزند میرزا حسین و در سال ۱۲۴۷ شمسی (۱۲۸۹ قمری) به دنیا آمد. خانواده او همه اهل علم بودند و خود او نیز مجتهد بود. از ابتدا یعنی از سال ۱۲۸۴ شمسی به عدلیه پیوست و در سال ۱۲۸۸ شمسی رییس محکمه استیناف خراسان شد و در سال ۱۲۸۹ شمسی مستشار دیوان عالی تمیز شد و در سال ۱۲۹۹ رییس شعبه دیوان تمیز شد و در تشکیلات جدید دادگستری نیز در ریاست شعبه دیوان کشور ابقاء گردید. او در سال ۱۳۰۷ شمسی رییس دادگاه انتظامی قضات شد و در سال ۱۳۰۹ مجدداً به ریاست شعبه دیوان کشور منصوب گشت. وی دوبار یکی در سال ۱۳۱۲ و دیگری در سال ۱۳۱۵ وزیر دادگستری شد و سرانجام در سال ۱۳۲۲ از دادگستری بازنشسته شد و سناتور و رییس مجلس سنا گشت و در همین سمت در سال ۱۳۴۱ شمسی درگذشت. وی از دوستان مرحوم آیت الله بروجردی مرجع معروف تقلید بود و از مرحوم بروجردی نقل شده که فرموده: «شخصیت جزء ذات صدر الاشراف است.»

معمولاً مرحوم بروجردی پیغام‌هایی را که می‌خواست برای شاه بفرستد توسط صدر الاشراف می‌فرستاد.

۷- سید مصطفی عدل متولد سال ۱۲۵۸ تنها عضو غیر روحانی هیأت تدوین قانون مدنی بود ولی او نیز ریشه و پایگاه روحانی داشت. وی فرزند «میرزا ابراهیم رکن‌العداله» و نوه دختری «میرزا احمد مجتهد» بود. اغلب افراد خانواده او مشاغل مهم قضایی داشتند. پدرش رییس دیوانخانه عدلیه خراسان شد. دایی او «محسن خان مشیرالدوله» وزیر عدلیه ناصرالدین شاه بود. جد او «حاج سید حسین شاه» و جد مادری او «حاج میرزا مجتهد» و دایی دیگر او «میرزا جواد» از علمای بزرگ آذربایجان و هر دو از مخالفان قرارداد رژی بودند. وی که از تبار بزرگان بود تحصیلات ابتدایی را در تبریز شروع کرد و برای ادامه تحصیلات متوسطه به قاهره رفت و زبانهای عرب، فرانسه، ایتالیایی و روسی را به خوبی فراگرفت و سپس به پاریس رفت و از دانشکده حقوق این شهر فارغ التحصیل حقوق شد. در سال ۱۲۸۲ شمسی به وزارت خارجه و در سال ۱۲۸۶ به «عدلیه» رفت و مدت بیست سال مشاغل حساس داشت. در سال ۱۳۰۲ مستشار دیوان تمیز و سپس رییس دایره تنقیح قوانین شد و در همین مسئولیت با هیأت تدوین قانون مدنی همکاری



کرد و ترجمه قانون مدنی فرانسه برای اعضاء کمیسیون توسط او صورت می‌گرفت و در تدوین قانون جزای عمومی و قانون تجارت نیز نقش مهمی داشت. او در سال ۱۳۱۴ مجدداً به وزارت خارجه رفت و وزیر مختار ایران در ژنو و سپس نماینده رسمی ایران در جامعه ملل شد. در سال ۱۳۱۶ کفیل وزارت خارجه و در سال ۱۳۱۷ وزیر مختار ایران در رم و در سال ۱۳۲۰ رییس دانشکده حقوق دانشگاه تهران و سپس در کابینه فروغی وزیر فرهنگ و در کابینه‌های بعدی وزیر دادگستری و وزیر مشاور بود. او همچنین رییس هیأت نمایندگی ایران در کنفرانس‌های سانفرانسیسکو و نیویورک بود و منشور ملل متحد را به نمایندگی از طرف ایران امضاء کرد. چون پدر وی «رکن‌العداله» و عمویش «عدل‌الملک» بود، نام خانوادگی «عدل» را برای خود برگزید و چون در هرکاری موفق و منصور بود به «منصورالسلطنه» ملقب شد. از تالیفات او کتاب «حقوق اساسی» در سیصد و پنجاه صفحه در سال ۱۲۸۵ شمسی و کتاب «حقوق مدنی» منتشر شده در سالهای ۱۳۰۸ و ۱۳۰۹ شمسی، همچنین کتاب «حقوق تجارت بین‌الملل» و ترجمه جزای عمومی و قانون تجارت ایران به زبان فرانسه را می‌توان نام برد. وی تیر ماه سال ۱۳۲۹ شمسی به بیماری سرطان درگذشت و در آرامگاه خانوادگی عدل در جوار حضرت عبدالعظیم مدفون شد. (هدایت، ۱۳۸۸)

۸- از هشتمین عضو کمیسیون سال ۱۳۰۶ قانون مدنی، مرحوم «شیخ محمد علی کاشانی»، اطلاع جامع و صحیحی در دست نیست.

## نتیجه

نظام قضایی ایران در ابتدای حکومت رضا شاه، همسو با همه دستگاه‌های اداری و اجرایی ایران در جهت ایجاد یک نظام پویا و مدرن دچار تغییر و تحولات جدی گردید. سردمداران دولت جدید با سعی و تلاش بسیار هیچ‌گاه نتوانستند نظام قضایی را از فقه به عنوان مهم‌ترین منبع حقوق اسلامی و فقها به عنوان عالمان و شارحان حقوق اسلامی بی‌نیاز گردانند و یک سره آن را به سوی دستگاه قضایی کاملاً عرفی و سکولار وفق نظر رضا شاه سوق دهند، چرا که حقوق اسلامی طی چهارده قرن در این جامعه



حاکمیت داشته و مبنای حل و فصل دعاوی حقوقی بوده است و نادیده انگاشتن آن در دوره ای کوتاه امکان پذیر نبود. نهایتاً با تلاش‌های فرزندان این خاک که جمله از عالمان حقوقی و فقهی نیز بودند، سندی پیشکش جامعه ایرانی گردید که نه تنها دکترین حقوقی آن عصر و دوران بلکه بارها و بارها توسط شارحین کنونی قانون مدنی هم مورد ستایش قرار گرفته و همت سیستم حقوقی را به صیانت و حفظ این سند و میراث فاخر ملزم می‌نماید.

### منابع فارسی

- بهرامی احمدی، حمید، فصل‌نامه‌ی پژوهشی دانشگاه امام صادق، ش ۲۴، زمستان ۱۳۸۳
- محمدی، مجید، دادگستری در ایران معاصر، قاجار و پهلوی، زمستان ۱۳۹۷
- معظمی، عبدالله، کتاب حقوق بین‌الملل خصوصی
- عاقلی، باقر، داور و عدلیه، انتشارات علمی، تهران، ۱۳۶۹
- فروغی، محمدعلی، مقاله حقوق در ایران مجله یغما سال سیزدهم شماره دوم
- فاطمی قمی، سیدمحمد، خاطرات، انتشارات مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۶
- مبارکیان، عباس، چهره‌ها در تاریخچه نظام آموزش عالی حقوق و عدلیه نوین، چاپ اول، انتشارات پیدایش، تابستان ۱۳۷۷
- امین، سیدحسن، مجله مقالات و بررسی‌ها زمستان ۱۳۷۷، شماره ۶۴
- نائینی، احمدرضا، نقش کمیسیون‌های قانون مدنی در تنظیم مواد این قانون، پیام بهارستان، ش ۵، پاییز ۱۳۸۸
- الشریف، محمدمهدی، درنگی در تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران، فصلنامه علمی تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، د ۵، ش ۶، بهار ۱۳۹۷
- الشریف، محمدمهدی، منطق حقوق، چاپ سوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴
- شهید ثانی، لمعه دمشقیه، شیروانی، علی، غرویان، محسن، چاپ ۵۵، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۴
- نائینی، احمدرضا، نقش رضا خان در تدوین قانون مدنی، پیام بهارستان، د ۲، س ۱، بهار ۱۳۸۸
- هدایت، مسعود، یادى از منصور السلطنه عدل و ترجمه او از خسرو و شیرین، حافظ مرداد ۱۳۸۸، شماره ۶۱
- Cyrus Ghani: Iran and the Rise of Reza Shah, I.B. Tauris, New York, ۲۰۰۰



## نقد رأی؛

# شرط صفت مبین کمیت عین مورد معامله

فاطمه لاوی<sup>۱</sup>

فریده محمدی سرپیری<sup>۲</sup>

در مواردی شرط صفت مبین کمیت عین مورد معامله است یعنی درحقیقت مورد معامله امری است مرکب از اجزای متعدد و طرفین عقد یا یکی از آن دو به وسیله‌ی شرط ضمن عقد، میزان و مقدار اجزای مورد معامله را تعیین می‌کنند مثل اینکه در قرارداد خریدقطعه زمین معینی شرط شود که مساحت آن ۵۰۰ مترمربع باشد.

مقادیر مورد اشتراط بر دو گونه اند: در مواردی اشتراط کمیت درضمن عقد، صرفاً به منظور بیان وصفی از اوصاف عین مورد معامله، به عمل آمده است و در موارد دیگر، کمیت مشروط علاوه بر ملاحظه خصوصیت وصفی آن، از نظر موضوع مورد معامله و میزان تعهدات متعاقدين نیز مورد توجه آن دو است. در شروطی از نوع اول، به دلیل اینکه سایر خصوصیات عین مورد معامله، مورد اتمام و ملاحظه‌ی اقتصادی متعاقدين است کمیت و میزان مورد معامله را موضوع اصلی معامله نمی‌شمرند بلکه برای کمیت مورد اشتراط، صرفاً رتبه‌ی ثانوی و فرعی قائلند فی المثال هرگاه درضمن قرارداد فروش یک تخته فرش قدیمی که در زمان صفویه بافته شده است، شرط شود که مساحت آن ۱۲ مترمربع باشد، در این حالت

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

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





شرط کمیت صرفاً جنبه‌ی وصفی و فرعی دارد چرا که مقصود بالذات و غرض اصلی از خرید چنین فرشی جنبه‌ی قدمت و عتیقه بودن آن است بنابراین چنانچه بعد از عقد، مشتری اطلاع یابد که مساحت فرش مورد معامله از میزان مورد اشتراط کمتر است نمی‌تواند فروشنده را به استرداد مابه‌التفاوت قیمت مجبور سازد بلکه دوره بیشتر پیش روی خویش نخواهد داشت: یا معامله را به همان صورت امضا کند و یا معامله را فسخ نماید. در شروط کمی از نوع دوم، مقدار مورد اشتراط اگرچه جنبه وصفی دارد اما جنبه‌ی کمی آن هم به دلیل تعیین میزان مبیع مورد توجه قرار گرفته است یعنی خریدار با توجه به قیمت هر واحد از عین مورد معامله به تناسب تعداد واحدهای خریداری شده قیمت کل معامله را محاسبه می‌نماید.

برای تفهیم و تکمیل مطالب فوق‌الذکر حالات مختلف را مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۱. مبیع غیر قابل تجزیه است و مقدار جنبه وصفی (شرطی) دارد.
۲. مبیع غیر قابل تجزیه است و مقدار جنبه اصلی دارد.
۳. مبیع قابل تجزیه است و مقدار جنبه اساسی دارد.

### – مبیع غیر قابل تجزیه است و مقدار در آن جنبه وصفی (شرطی) دارد

همانطور که گفته شد هر چند که مقدار مبیع به طور معمول نماینده‌ی میزان تعهد فروشنده است و به تناسب آن ثمن کم و زیاد می‌شود ولی گاه است که طرفین چندان به اوصاف دیگر نظر دارند که از دید ایشان موضوع اصلی مبادله با مقدار مبیع بستگی ندارد. آنان به تناسب هر واحد از مقیاس اندازه‌گیری مبیع ثمن را تعیین نکرده‌اند و به مقدار به عنوان یکی از اوصاف، توجه داشته‌اند. برای مثال باغی از حیث آب و هوا در منطقه‌ای قرار دارد که توجه خریدار را جلب کرده است و او بی آنکه به مساحت باغ به دیده مقیاس تعیین کننده‌ی ثمن بنگرد قیمت باغ را مناسب می‌بیند و آن را به عنوان یک کل می‌خرد. پس اگر دو طرف به مساحت باغ، به عنوان وصفی از موضوع معامله، اهمیت بیشتری



بدهند و معامله را به شرط مساحت معین واقع سازند شرط مورد توافق، باینکه ناظر به مساحت است و باید نمایانگر مقدار مبیع باشد اثر شرط صفت رادارد، یعنی هرگاه زمین زیادتر باشد فروشنده و هرگاه کمتر باشد خریدار حق دارد معامله را برهم زند. این است که ماده ۳۵۵ قانون مدنی می‌گوید: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آنرا فسخ کند...»

لازم به ذکر است که اختیار فسخ معامله حقی است که به متضرر داده شده و او می‌تواند از این اختیار صرف نظر کند و به جای برهم زدن معامله زیاده یا نقیصه را باتوافق طرف قرارداد به گونه‌ای محاسبه کند و به عبارت دیگر حکم ماده ۳۵۵ و ایجاد خیار فسخ مانع از این نیست که خریدار و فروشنده به طریق دیگری صلح کنند.

برخی معتقدند با توجه به ماده ۳۵۵، مال غیر منقول ملاک است (شهیدی، ۱۳۸۶، صفحه ۲۶ و ۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۵ و ۱۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، صفحه ۳۱۱). لیکن برخی حکم این ماده را عام و شامل کلیه اموال اعم از منقول و غیر منقول و ملک ثبت شده یادارای سند عادی را هم می‌دانند (تفکریان، ۱۳۸۷، صفحه ۵۱).

در مواردی ممکن است مبیع، ملک یا مال غیر منقول نباشد بلکه اموالی غیر قابل تجزیه باشد که مقدار در آن جنبه‌ی وصفی دارد و ظاهر این است که طرفین مقدار را به منزله‌ی وصفی از مبیع تلقی کرده و آن را به عنوان یک واحد تجزیه ناپذیر و همچنان که هست مورد معامله قرار داده‌اند. در چنین مواردی قانون مدنی اثر تخلف از شرط را تنها ایجاد خیار فسخ قرارداد است.

پس اگر فرشی به شرط داشتن مساحت ۱۲ متر مربع فروخته شود و ۱۳ متر از آب درآید فروشنده حق ندارد ادعا کند که ۱ متر اضافی مال اوست. زیرا آن چه مورد معامله قرار گرفته یک قطعه فرش است و نه ۱۲ متر از آن. همچنان که اگر ۱۰ متر درآید خریدار نمی‌تواند از ثمن کم کند زیرا او نیز قطعه فرشی خریده که یکی از اوصافش داشتن مساحت ۱۲ متر بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۵).



## – مبيع غیرقابل تجزیه است و مقدار جنبه‌ی اصلی دارد.

فرض کنیم قطعه زمینی محصور با ابعاد معین فروخته می‌شود مورد معامله عین خارجی است که مجموع آن در محدوده‌ی خاص قطعه‌ای را تشکیل می‌دهد و تمام آن نیز مبيع اصلی است ولی بهای این قطعه به تناسب مقدار متر مربع زمین معین می‌شود نه به طور مقطوع و شرط مقدار نمایانگر میزان بهای آن است. در این فرض، اگر زمین کمتر از مقدار معین درآید، خریدار می‌تواند به همان تناسب که زمین کسر مساحت دارد از بهای مورد تراضی بکاهد چرا که محاسبه‌ی ثمن بر آن مبنا انجام شده و اکنون معلوم می‌شود بیش از آن چه مورد تراضی بوده پرداخته است. وانگهی تنها همین راه حل می‌تواند وضع او را جبران کند با وجود ترقی روزافزون املاک او از فسخ معامله طرفی نمی‌بندد، زیرا باید ارزشی به مراتب بالاتر را به فروشنده بدهد و ارزشی به مراتب پایین‌تر از آن چه پرداخته بازستاند؛ کاری که شایسته‌ی سفیهان است! در صورتی هم که زمین زیادتر است نمی‌توان ادعا کرد که درباره‌ی آن معامله‌ای انجام نشده است و «زیاده مال بایع است» زیرا بنابه فرض، تمام زمین محصور با ابعاد معین فروخته شده است پس باید پذیرفت که بهای بخشی از زمین مورد معامله بر مبنای تراضی در تعیین ثمن محاسبه نشده است و خریدار باید آن را بپردازد.

ماده ۱۴۹ اصلاح شده قانون ثبت فرض اخیر را پیش بینی می‌کند. در این ماده آمده است «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد ذینفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله بصندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید.

در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال به مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد اداره ثبت اسناد را اصلاح و به ذینفع اخطار می‌نماید تا وجه تودیع را از صندوق ثبت دریافت دارد عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدت زائد بر ده سال از تاریخ اصلاح سند اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود.



تبصره- در مواردی که تعیین ارزش اضافه مساحت میسر نباشد ارزش اضافه مساحت در زمان اولیه معامله به وسیله ارزیاب ثبت معین خواهد شد. اگر مبیع اضافه مساحت داشت، خریداری تواند قیمت اضافی را براساس ثمن پیش بینی شده در قرارداد و نه قیمت روز، به صندوق ثبت تودیع کند و تقاضای اصلاح سند کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۷ و ۱۲۸).

### مبیع قابل تجزیه و مقدار جنبه‌ی اساسی دارد.

در این گونه موارد مبیع مجموعه است قابل انحلال و مقدار نماینده‌ی میزان تعهد است و ثمن متناسب با شمار واحدی که مقدار را با آن می‌سنجند تعیین می‌شود مانند هزار کیلو برنج به قرار کیلویی ده هزار تومان. پس هر جزء از مبیع در مقابل هر جزء ثمن قرار گرفته است. حکم این گونه موارد در ماده ۳۸۴ بیان شده است. در این حالت مقدار جنبه اساسی و ذاتی دارد در نتیجه اگر نباشد معامله به عقود متعدد تجزیه می‌شود خریدار می‌تواند به استناد خیار تبعض صفقه بیع را فسخ کند و یا قیمت موجود را با تأدیه‌ی حصه‌ی از ثمن به نسبت موجود قبول نماید ولیکن اگر مبیع زیاده باشد چون آن مقدار فروخته نشده است این زیادی متعلق به بایع است (شهیدی، ۱۳۸۱، صفحه ۲۶ و ۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۳).

در ادامه در خصوص مطالب ذکر شده، به تفسیر و نقد یک رأی پرداخته شده است. در پرونده شماره ..... شعبه ۸ دادگاه حقوقی اصفهان، خواهان دادخواستی به طرفیت خوانده به خواسته مطالبه مبلغ ۴۴۸۳۸۰۰۰۰ ریال بابت مابه تفاوت کسر متر از ملک مورد معامله در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۷ به میزان ۳۷۳۶۵۱ متر به استناد قرارداد عادی مورخ ۱۳۸۷/۲/۷ و نظر کارشناس تامین دلیل در تاریخ ۱۰/۱۰/۹۱ تقدیم و مدعی گردیده که یک درب باغ به مساحت سه هزار متر مربع حسب قرارداد یاد شده از خوانده خریداری که پس از مدتی متوجه شد مساحت باغ کمتر از میزان واقعی است. با انجام کارشناسی مساحت ملک ۳۵/۲۶۶ متر اعلام که مطالبه مبلغ اضافی دریافتی خوانده به میزان ۴۴۸۳۸۰۰۰۰ ریال دارد. وکلای خوانده در دفاع بیان کرده‌اند که باغ به صورت کلیدی فروخته شده است و مساحت

ملاک نبوده است. فروش کل مبیع در مقابل ثمن بوده است و ملک به صورت متری فروخته نشده است و طرفین به گواهی گواهان متوسل شده اند.

رای دادگاه:

نظر به اینکه حسب قرارداد استنادی ثمن معامله سه میلیارد و شصت میلیون ریال قید شده است که با مساحت سه هزار متر عنوان شده در قرارداد متری یک میلیون و دویست هزار ریال تطبیق می‌کند و در قرارداد استنادی خوانده که وی باغ را از آقای عبودیت خریداری کرده است بیان شده است مساحت باغ حدود سه هزار متر مربع است و نظریه اینکه انعقاد قرارداد مورد اقرار طرفین است و ادعای اشتباه در ذکر مساحت در سند عادی نوعی انکار قسمتی از مورد اقرار است و نظریه اینکه حسب مفاد ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی تأیید ارزش و تأیید گواهی با دادگاه است و گواهی با مفاد سند مورد اقرار طرفین منطبق نیست و محتوای اظهارات گواهان کاشف از اراده طرفین به ویژه خواهان نیست و گواهان دیدگاه خود را در مورد معامله بیان کرده اند و گواهان مسموعات و مشهودات خود را بیان نکرده اند و نظریه اینکه حسب نظر کارشناس تأمین دلیل ملک ۳۷۳/۶ متر کسری متر از دار و مفاد ماده ۳۸۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم، کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تادیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع، زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است» و این ماده ناظر بر عموم مصادیق مبیع است هر چند که ماده ۳۸۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه‌ی آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم، کمتر یا بیشتر در آید در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت»

و این به معنای سلب حق خریدار یا فروشنده در دریافت بهای مازاد پرداخت یا دریافت شده نمی‌باشد زیرا که ماده اخیر در بیان نفی تبعض در معاملاتی است که حدوث بدون ضرر و زیان ممکن نگردد و حکم دوماه یاد شده قابلیت جمع دارد و از این رو امکان مطالبه مازاد یا کسری بهای مورد معامله وجود دارد و همچنانکه ماده ۱۴۹ قانون ثبت اصلاحی



۱۳۵۱/۱۰/۱۸ نیز بر این اساس تشریح گردیده است که مقرمی دارد « نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد ذینفع میتواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید...»

واخیراً قانون گذار در ماده ۷ قانون پیش فروش آپارتمانی در تاریخ ۱۳۸۹/۱۱/۹ تصویب کرده که: «در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت مجلس تفکیکی، کمتری یا بیشتر از میزان مشخص شده در قرارداد باشد مابه التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت...» و همچنین حکم شماره ۴۶۷-۳/۲/۱۳۲۶ صادره از شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور چنین استنباطی را مدنظر نداشته است و مقرر نموده که «اگر مسلم شود که خریدار اشتباه در مقدار مبیع نموده به موجب مستفاد از مواد ۳۸۴ و ۴۲۲ قانون مدنی استحقاق مطالبه مقداری از ثمن را به نسبتی که از مبیع کسر آمده خواهد داشت و خریدار در موردی حقی به فروشنده ندارد که نقص یا تلف شدن مبیع ناشی از شخص خریدار باشد نه در این مورد که کسری زمین منسوب به خریدار است همچنین به موجب قاعده منع داراشدن غیر عادلانه، دریافت مازاد ثمن بر مقدار مبیع توسط فروشنده نسبت به مازاد دریافتی نوعی داراشدن من غیر حق و غیر عادلانه است و به موجب عرف معاملات امروزی خریداران و فروشندگان املاک، ملک را بر اساس متر از معامله می‌کنند و مساحت ملک واحد تعیین قیمت آن است و همچنین برخی از علمای حقوق چنین برداشتی را توجیه می‌نمایند و حق خریدار بر دریافت اضافه پرداختی را تأیید کرده اند (قواعد عمومی قراردادها - مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان - ص ۲۱۳) و قواعد عدل و انصاف نیز موید همین معناست زیرا اگر مساحت شرط نبود و هر متر از ملک در مقابل مبلغ مشخص قرار نمی‌گرفت خریدار می‌توانست بهای کمتری ملکی یا مساحت کمتر خریداری کند و میزان ثمن و متر از قید شده در قرارداد نیز مبین این است که هر متر از مورد معامله در مقابل مبلغ یک میلیون و دویست هزار ریال معامله شده است و کسری مساحت منتسب به فروشنده می‌باشد و فروش برفرض ..... در حریم توسط ایشان صورت پذیرفته است بنابه مراتب یاد شده دعوی خواهان و اشتغال ذمه خوانده نسبت به ایشان را به نظر ثابت دانسته و مستند به مواد ۳۸۴ و ۴۲۲ قانون مدنی



و مواد ۵۲۲، ۵۱۹، ۵۱۵، ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت خواننده به پرداخت مبلغ چهارصد و چهل و هشت میلیون و سیصد و هشتاد ریال بابت اصل خواسته و مبلغ نه میلیون و هزار ریال بابت هزینه دادرسی و تصدیق ضمائیم و مبلغ یازده میلیون و نهصد و شصت و یک هزار و صد و بیست ریال بابت حق الوکاله و کیل در مرحله بدوی و خسارت دیرکرد وفق شاخص اعلامی بانک مرکزی از تاریخ تقدیم دادخواست (۱۳۹۲/۴/۱۲) تا زمان پرداخت وجه در حق خواهان صادر می گردد. رای صادره ظرف ۲۰ روز قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان می باشد.

با توجه به رأی صادر شده، نکاتی حائز اهمیت است و جای تفسیر دارد که در ادامه به شرح آن ها پرداخته شده است.

- آیا حکم دو ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ قابلیت جمع دارد؟
- آیا ماده ۳۸۵ سلب حق مطالبه کسری یا زیاده را نموده است؟
- رابطه ماده ۱۴۹ قانون ثبت با مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی چیست؟
- آیا عرف بر قرارداد فی مابین طرفین حکومت می کند؟

آیا حکم دو ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ قابلیت جمع دارد؟

برخی معتقدند ماده ۳۸۵ در ادامه ی ماده ۳۸۴ وضع شده و فی الواقع ماده ۳۸۵ تکمیل کننده ی ماده ۳۸۴ می باشد. اگرچه ماده ۳۸۵ از نظر عینی غیر قابل تجزیه است اما مانند ماده ۳۸۴ در ارتباط با ثمن تجزیه پذیر است و اجزای مبیع در برابر هر جزئی از ثمن قرارداد. ظاهر ادلیل ذکر ماده ۳۸۵ در ادامه ماده ۳۸۴ این بوده است که مبیع از نظر عینی غیر قابل تجزیه است ولیکن در تقابل با ثمن قابل تجزیه باشد. برای مثال فرشی بر اساس مساحت ۱۰ متر از قرار هر متری ۱ میلیون ریال به فروش برسد بدین نحو که هر جزء از مبیع در برابر هر جزئی از ثمن قرارداد. ولیکن مشخص شد ۱۲ متر یا ۸ متر بوده است. که در صورت زیادی مبیع نمی توان خریدار را به پرداخت مبلغ اضافی ملزم کرد پس فقط می تواند بیع رافسخ کند. در صورت دوم که مقدار کسری داشته باشد می توان بیع رافسخ کرد و یا اینکه میزان کسری را مطالبه نمود.



بیان کلمه مقدار معین دلیل بر تجزیه ناپذیر بودن مبیع در مقابل ثمن نمی‌باشد. منظور از شرط تعیین مقدار است و صرفاً شرط در معنای اخص حقوقی مدنظر نیست. باینکه ماده ۳۸۵ حق فسخ رابه رسمیت شناخته ولیکن قانون گذار در مقام بیان موارد حق فسخ بوده است پس می‌توان مقدار اضافی را، در برخی موارد حتی در فرض ماده ۳۸۵ هم مطالبه کرد (شهیدی، ۱۳۸۶، صفحه ۲۹).

برخی دیگر معتقدند که اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شد اگرچه مقدار بیانگر میزان تعهد و موضوع معامله است، از این شرط تخلف شد برای طرف مقابل حق فسخ معامله را به وجود می‌آورد پس اگر مبیع زیاده بود با بیع می‌تواند معامله را فسخ کند و اگر کمتر بود مشتری می‌تواند فسخ کند و یا اینکه از ثمن کم کند.

ولیکن گاه مبیع تجزیه ناپذیر است و تجزیه آن موجب ضرر و زیان مالک است در این صورت چون نمی‌توان موضوع معامله رابه نحوی کم یا زیاد کرد نمود که به سود و طرف باشد ظاهر بر این است که مقدار به عنوان وصفی از مبیع و کل تجزیه ناپذیر تلقی شده است پس برای جلوگیری از ضرر با بیع نتیجه تخلف از شرط فقط حق فسخ رابه همراه دارد. برای مثال فرضی با مساحت ۱۰ متر مورد معامله قرار گیرد ولیکن در واقع ۱۲ متر باشد با بیع نمی‌تواند روی ۲ متر زیاده ادعایی داشته باشد زیرا فروش مورد معامله قرار گرفته است و ۱۰ متر مدنظر نبوده است. همچنین اگر ۶ متری باشد خریدار نمی‌تواند از ثمن کم کند زیرا خریدار فرضی خریده که یکی از اوصاف آن ۱۰ متری بودن است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۵).

به نظر ما، می‌توان اینگونه بیان نمود که ماده ۳۸۵ فی الواقع در جهت تکمیل ماده ۳۵۵ بوده است. ماده ۳۵۵ قانون مدنی در رابطه با اموال غیر منقول صحبت کرده است. غیر قابل تجزیه است و مقدار در آن جنبه‌ی وصفی دارد لذا در مواردی غیر از اموال غیر منقول هم می‌توان جاری کرد. اموال غیر قابل تجزیه است و مقدار شرط صفت باشد و نه شرط اصلی. ماده ۳۸۵ برای چنین مواردی وضع شده است. بنابراین در این گونه موارد طرفین مقدار رابه منزله وصفی از مبیع تلقی کرده و آن را همانطور که هست مورد معامله قرار داده است. وقتی مبیع به شرط مقدار فروخته می‌شود بدین معناست که طرفین وصف برایشان قابل اهمیت بوده است. فروش ۱۲ متری خریده می‌شود ولیکن مشخص





می شود کمتر است.

اگر هر یک از طرفین این کسری یا زیاده را نپذیرفت فقط حق فسخ به استناد اختیار تخلف از وصف را دارد ولیکن طرفین حق مطالبه کسری یا زیادی را ندارند. زیرا وصف کلی برای شخص مهم بوده است و اینکه هر متری در مقابل ثمن معامله شود مدنظر نبوده است. بر همین اساس در رأی ذکر شده، برای خریدار وصف کلی مبیع مهم بوده است. زیرا اگر اراده طرفین بر این بود که هر جزئی از مبیع در برابر هر جزئی از ثمن قرار گیرد به نحو دقیقی در قرارداد ذکر می شد. بدین صورت که هر متر فلان قیمت معامله می شود. در اینجا هدف از ذکر متر از کلی هم صرفاً جهت بیان وصف مبیع بوده است پس اگر زیاده یا نقیصه ای هم بود طرفین به استناد ماده ۳۸۵ فقط حق فسخ دارد و امکان مطالبه زیاده یا نقیصه را ندارد.

آیا ماده ۳۸۵ سلب حق مطالبه کسری یا زیاده را نموده است ؟

به نظر ما، با توجه به صراحت قانون گذار طرفین حسب مورد فقط اختیار فسخ معامله را دارند و همانطور که بیان شد در این موارد هر جزئی از مبیع در مقابل هر جزئی از ثمن قرار نگرفته است تا بر این اساس بتوان کسری یا زیادی آن را مطالبه نمود.

رابطه ماده ۱۴۹ قانون ثبت با مواد ۳۵۵، ۳۸۴ قانون مدنی چیست؟

رابطه ماده ۱۴۹ قانون ثبت با ماده ۳۵۵ قانون مدنی

برخی معتقدند که ماده ۳۵۵ قانون مدنی به وسیله ماده ۱۴۹ قانون ثبت نسخ شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، صفحه ۱۵۶) ولیکن اینگونه نیست چون حکم ماده ۱۴۹ قانون ثبت در مورد خرید و فروش املاک اجرا می شود در حالی که ماده ۳۵۵ در مورد کلیه اموال اجرا می شود. همچنین ماده ۳۵۵ فرضی است که مقدار جنبه ی وصفی دارد و هر جزئی از مبیع در برابر هر جزئی از ثمن قرار نمی گیرد ولیکن ماده ۱۴۹ قانون ثبت به معامله ای که موضوع آن با مساحت معین باشد توجه دارد. ماده ۳۵۵ مقدار زیاده و نقیصه را شامل می شود اما ماده ۱۴۸ قانون ثبت فقط مقدار زیادی را بیان نموده است و نمی توان آن را تفسیر موسع کرد و کسری را هم برای آن بیان نمود. (کاتوزیان، ۱۳۸۱،



، صفحه ۱۳۶ و ۱۳۷؛ سلیمی خورشیدی)

برخی معتقدند ماده ۱۴۹ قانون ثبت تنها ملکی که سند رسمی دار در شامل نمی شود بلکه این قاعده در معاملات مشابه هم اعمال می شود. شامل اسنادی که ثبت نشده است و یا سند مالکیت ندارد هم می شود. حتی این قاعده را در اموال منقول هم جاری میدانند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۲۸) برخی دیگر معتقدند ماده ۱۴۹ قانون ثبت فقط سند رسمی را شامل می شود (سلیمی خورشیدی، ۱۳۸۹)

در ماده ۱۴۹ شرطی در میان نیست ولیکن در ماده ۳۵۵ شرط مورد توجه است. ماده ۳۵۵ قراردادی بین طرفین است ولیکن ماده ۱۴۹ قراردادی میان طرفین در مورد مقدار وجود ندارد. به همین دلیل ماده ۳۵۵ حق فسخ را برای طرفین قرارداده است چراکه قصد طرفین زمینی با مساحت مشخص بوده است. ماده ۱۴۹ قانون ثبت برای موردی است که مساحت ملک به طور ساده در سند بیان شده است و توافق اضافی به صورت شرط در مورد مساحت وجود ندارد. پس این دو ماده با هم تعارضی ندارند.

البته باید توجه نمود که ماده ۱۴۹ ثبت، ماده ۳۵۵ را محدود کرده است و تخصیص زده است. زیرا قبل از تصویب ماده ۱۴۹ ثبت اگر مقدار مبیع وصفی از اوصاف مبیع باشد و مساحت به عنوان واحد اندازه گیری به کار نرفته باشد و اضافه مساحت داشته باشد طبق ماده ۳۵۵ به فروشنده حق فسخ معامله رami داد ولیکن با تصویب ماده ۱۴۹ ثبت اگر مساحت زمین وصفی از اوصاف باشد و فروشنده حق فسخ ندارد و خریدار به استناد ماده ۱۴۹ با پرداخت قیمت اضافی سند خود را اصلاح می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۳۷ و ۱۳۸)

رابطه ماده ۱۴۹ قانون ثبت با ماده ۳۸۴ قانون مدنی

باتوجه به اینکه ماده ۳۸۴ قانون مدنی از ماده ۱۴۹ قانون ثبت کلی تر است ادعای نسخ ضمنی ماده ۳۸۴ توسط ماده ۱۴۹ قانون ثبت بلاوجه است. ماده ۳۸۴ بقیه اعیان را هم می شود. ولیکن در رابطه با تخصیص ماده ۳۸۴ نسبت به فرض اضافه مساحت زمین در ابتدا این نظریه ذهن می آید که زیادی مال بایع است اما بر طبق ماده ۱۴۹ قانون ثبت خریدار بر مبنای قیمت مندرج در سند یا نظر کارشناس سند را به سود خود اصلاح می کند.

باید توجه کرد که اجرای حکم این دو ماده با یکدیگر تعارض ندارد. چون قانون ثبت



این را پذیرفته که اضافه مساحت متعلق به فروشنده است. ماده ۱۴۹ برای جلوگیری از اختلافات بین خریدار و فروشنده به خریدار این حق را می‌دهد که بر مبنای همان توافق قبلی بقیه بیع را تملک کند و این یک حکم اضافی است که با واقع نشدن بیع نسبت به مقدار زیادی منافاتی ندارد.

همچنین زمانی این مقدار زیادی به فروشنده تعلق می‌گیرد که تجزیه پذیر باشد و مقدار جنبه اصلی داشته باشد و هر جزئی از بیع در برابر جزئی از ثمن قرار گرفته باشد. اگر کسی ۲۰ تن برنج که همه آن در یک انبار باشند از دیگری بخرد و به هنگام تسلیم مشخص شود که ۲۲ تن بوده اند، نسبت به این ۲ تن اضافی بیع واقع نشده و برای بایع است ولیکن اگر ملکی را با حدود معین در سند مالکیت بخرد و مشخص شود ۲۰۰ متر زیادی دارد چگونه می‌توان گفت نسبت به این مقدار اضافی واقع نشده است! آیا بهتر آن نیست که بگوییم بیع نسبت به تمام زمین واقع شده است اما چوم ثمن معامله به درستی محاسبه نشده خریدار باید مقدار زیادی را بر مبنای همان بیع پردازد. پس از تصویب ماده ۲۴۹ قانون ثبت ماده ۳۸۴ همین معنار ایجاد کرده است.

پس اگر چه ماده ۱۴۹ ثبت با مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قابل جمع است ولیکن باعث می‌شود از قلمرو اجرای مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ کاسته شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صفحه ۱۳۸ و ۱۳۹).

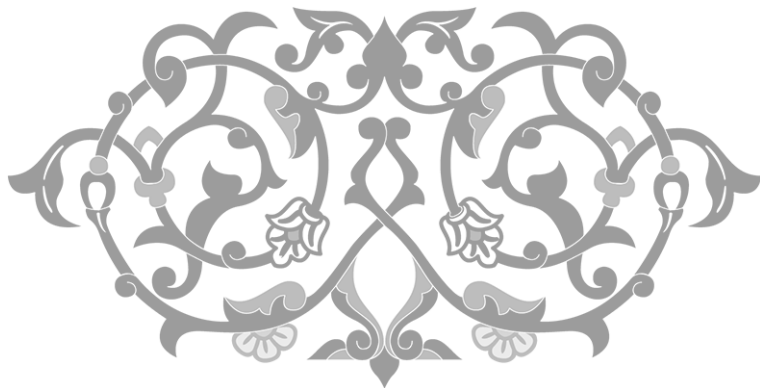
آیا عرف بر قرارداد فی مابین طرفین حکومت می‌کند؟

در حکم دادگاه به نوعی عرف را بر اراده طرفین ارجحیت داده است در حالیکه مطابق قواعد عمومی قراردادها اراده طرفین بر عرف مقدم است. بانگاهی به ماده ۲۸۰، ۲۲۰ و ۳۴۴ قانون مدنی به وضوح این نکته قابل دریافت است. در رای دادگاه به عرف معاملات به صورت مترژی اشاره شده است و به نحوی بیان شده است که گویی معامله از قرار متر مربع واقع شده است در حالیکه اگر چنین چیزی در قولنامه ذکر نشده باشد این تناسب گرفتن در جهت استحکام رای صادره به نظر واجد ایراد اشکال می‌باشد. ولیکن ظاهر این است که قصد طرفین انعقاد معامله به صورت کلیدی است زیرا اگر قصد طرفین انعقاد معامله به صورت مترژی بود به نحو دقیق برای هر متر مربع مبلغی را مشخص می‌نمودند.



## منابع

- امامی، سیدحسن (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، نشر کتابفروشی اسلامیه.
- تفکریان، محمود (۱۳۸۷)، حقوق ثبت املاک، جلد دوم، تهران، نشر نگاه بینه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، حقوق ثبت، جلد اول، تهران، نشر گنج دانش.
- خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی، سال پنجاه و دوم، دوره دوم، شماره ۱۰۳.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶ (عقود معین)، جلد اول، تهران، نشر مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد اول، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۸۲)، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد چهارم، تهران، نشر پایدار.



# بایسته‌های حرفه وکالت





## آراء وحدت رویه

### و نظریه‌های مشورتی قوه قضائیه

مهناز دره شیری<sup>۱</sup>

رای وحدت رویه شماره ۸۵۵ الی ۸۶۸ مورخ ۱۳۹۹-۰۷-۰۸ هیات عمومی

دیوان عدالت اداری

**الف: تعارض در آراء محرز است.**

ب: با توجه به اینکه اولاً؛ ماده ۹ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ پرداخت کمک هزینه عائله مندی و اولاد مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و قانون مذکور در مورد شاغلین و بازنشستگان را به نحو یکسان مقرر داشته است و این امر در بند ۴ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز مورد تأکید قرار گرفته و تبصره ۴ ماده ۱۰۹ قانون فوق‌الذکر نیز در مورد کارمندان دولت که قبل از قانون مدیریت خدمات کشوری بازنشسته شده‌اند مقرر داشته: «کمک هزینه عائله مندی و اولاد بازنشستگان و وظیفه بگیران معادل شاغلین افزایش می‌یابد...»، بنابراین استنتاج می‌شود کارمند بازنشسته مستخدم در دستگاه‌های دولتی چه در زمان حاکمیت قانون نظام هماهنگ دولت و چه در زمان حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری، بعد از بازنشستگی نیز مستحق دریافت کمک هزینه عائله مندی و اولاد مطابق شاغلین می‌باشد. ثانیاً؛ در

---

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



خصوص اینکه چه مرجعی وظیفه پرداخت کمک هزینه عائله مندی و اولاد کارمندان بازنشسته دستگاه‌های دولتی را بر عهده دارد، با توجه به نوع صندوق‌های بازنشستگی حکم متفاوت وجود دارد به نحوی که در مورد مشترکین صندوق بازنشستگی کشوری تا سال ۱۳۹۱ پرداخت کمک هزینه عائله مندی و اولاد به بازنشستگان بر عهده دستگاه‌های اجرایی بوده لیکن به موجب بند ۹۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۱ و همان گونه که در رأی وحدت رویه شماره ۱۷۰-۱۳۹۸/۲/۱۰- هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ذکر شده است از سال ۱۳۹۱ به بعد کمک هزینه عائله مندی و اولاد بازنشستگان دستگاه‌های دولتی مشترک صندوق بازنشستگی کشوری از سرجمع اعتبارات دستگاه‌ها کسر و به اعتبارات هزینه‌ای صندوق بازنشستگی اضافه گردیده است و در حال حاضر صندوق بازنشستگی کشوری متولی پرداخت آن می‌باشد، لیکن در مورد کارمندان بازنشسته دستگاه‌های دولتی مشترک صندوق تأمین اجتماعی، به موجب بند ۲ تصویب نامه شماره ۴۹۵ت-۵۸۰-۱۳۷۰/۱۲/۱۱ هیأت وزیران به استناد ماده ۹۶ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ مقرر داشته: « به منظور جبران قسمتی از افزایش هزینه‌های موضوع ماده فوق الذکر و نیز ایجاد یکسانی و هماهنگی بین مستمری بگیران، پرداخت کمک هزینه عائله مندی و کمک هزینه اولاد به کلیه مستمری بگیران مشمول قانون تأمین اجتماعی ( به استثنای دریافت کنندگان مستمری از کار افتادگی جزیی ) عیناً همانند مشمولان قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ مجلس شورای اسلامی و آیین نامه اجرایی آن خواهد بود.» رویه اداری جاری مؤید آن است که از سال ۱۳۷۱ تاکنون، بنابر تصمیم مشترک دولت و صندوق تأمین اجتماعی، پذیرفته شده متولی و مرجع پرداخت کمک هزینه عائله مندی و اولاد به کارمندان بازنشسته دستگاه‌های دولتی مشترک صندوق تأمین اجتماعی، سازمان تأمین اجتماعی است و دولت مکلف به تأمین بار مالی آن برای سازمان تأمین اجتماعی می‌باشد. با عنایت به مراتب مذکور، کارکنان دولت که مشترک صندوق تأمین اجتماعی هستند مستحق دریافت کمک هزینه عائله مندی و اولاد مطابق و به میزان شاغلین می‌باشند و از آنجا که بازنشستگی شاکیان مربوط به قبل از واگذاری شرکت مخابرات و در زمان دولتی بودن آن می‌باشد، عدم افزایش کمک هزینه



عائله مندی و اولاد آنها طی سال‌های ۱۳۸۹ و ۱۳۹۰ و عدم افزایش آن در سال‌های بعد به میزان شاغلین مغایر با قانون بوده و نتیجتاً آراء صادر شده به وارد دانستن شکایت در حدی که متضمن این استدلال می‌باشد، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

رای شماره ۸۶۹ هیات عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال آن قسمت از ضوابط کلی تفکیک طرح تفصیلی شهر تبریز (که مقرر می‌دارد هیچ قطعه زمینی را نمی‌توان بیش از یک‌بار تفکیک نمود) از تاریخ تصویب

با توجه به اینکه قائم مقام دبیر شورای نگهبان در نامه شماره ۹۷ - ۱۶۴۷ - ۴ مورخ ۱۷/۳/۱۳۹۹ اعلام کرده است «موضوع قسمتی از ضوابط کلی تفکیک از طرح تفصیلی شهر تبریز، در جلسه مورخ ۲۳/۲/۱۳۹۹ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که به شرح ذیل اعلام نظر می‌گردد: اطلاق مصوبه مورد شکایت نسبت به مواردی که ضرورتی نسبت به منع تفکیک مجدد اراضی وجود ندارد، خلاف شرع شناخته شد. مضافاً اینکه مطابق ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری‌ها مصوب سال ۱۳۹۰ تفکیک املاک در مراحل بعدی نیز با رعایت حد نصاب تفکیک بلامانع می‌باشد، بنابراین اطلاق مصوبه مورد شکایت از این لحاظ نیز مغایر قانون بوده و مستنداً به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۸۷ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ از تاریخ تصویب ابطال می‌شود.





## پند استاد

# دکتر محمدعلی اردبیلی

نگار جلیلی<sup>۱</sup>

### زندگی نامه استاد

دکتر محمدعلی اردبیلی در سال ۱۳۲۶ شمسی در تهران پا به عرصه حیات گذاشت. سال ۱۳۴۶ به بروکسل رفت و در دانشکده حقوق پذیرفته شد. ضمن آنکه رشته فلسفه را نیز به موازات آن ادامه می‌داد. «مبانی حق مجازات در حقوق جزا»، عنوان پایان‌نامه دکترای استاد اردبیلی بود. وی در دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، بر رساله «بزهکاری اطفال و حالت خطرناک» در دانشکده لیل فرانسه کار کرد. در سال ۱۹۷۸ از تز خود در دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی با عنوان «بزهکاری اطفال و نوجوانان در ایران» دفاع کرد و با درجه ممتاز فارغ‌التحصیل شد. پس از بازگشت به ایران، در شعبه ۴۸ دادگاه عمومی تهران (اطفال و نوجوانان بزهکار) در سمت مشاور، در کانون اصلاح و تربیت تهران تحت عنوان سرپرست، به عنوان عضو در شورای سرپرستی زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی و ریاست قسمت پژوهشی و مطالعاتی مشغول فعالیت بود. دکتر اردبیلی در سال ۱۳۶۳ عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی شد و تا سال ۱۳۷۰ در مرتبه استادیاری فعال بود و امروز در مرتبه استاد تمامی در درس حقوق جزای عمومی، جرم‌شناسی، بزهکاری اطفال و نوجوانان، جامعه‌شناسی جنایی و

---

۱. دانشجوی دوره کارشناسی حقوق دانشگاه شهید اشرفی اصفهان.



حقوق بین‌الملل کیفری، در امر مقدس معلمی ایفای نقش می‌کند. دانشگاه‌های دیگری نیز همچون مدرسه عالی شهید مطهری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دانشگاه امام صادق (ع)، دانشکده روابط بین‌الملل و مدرسه عالی قضایی قم، میزبان این استاد شهیر حقوق جزا هستند. تسلط به زبان‌های انگلیسی و فرانسه از توانایی‌های استاد محسوب می‌شود، به خصوص که ایشان مترجم رسمی زبان فرانسه نیز می‌باشند. او که همواره در راه پژوهش و تحقیق و علم‌آموزی و تدریس، طی طریق می‌کند، سخنرانی‌های بسیاری نیز در نقاط مختلف کشور ایراد کرده و در همایش‌های علمی بسیاری نیز حضور فعال داشته است. لازم به ذکر است که ایشان از اعضای انجمن بین‌المللی حقوق جزا و انجمن ایرانی جرم‌شناسی است و ریاست انجمن ایرانی حقوق جزا را نیز به عهده دارد. از آثار دکتر اردبیلی می‌توان به کتاب‌های حقوق جزای عمومی، معاضدت قضایی و استرداد مجرمین اشاره کرد. ده‌ها مقاله به فارسی، انگلیسی و فرانسه نیز در فهرست فعالیت‌های پژوهشی وی قرار دارد.

## پند استاد<sup>۲</sup>

- تصور نکنید که با جرم‌انگاری و کیفری کردن قانون، اقتدار قضایی و حاکمیت قانون تقویت می‌شود. وقتی ناکارایی قانون عیان شد، ارزش و اعتبار قانون و نهادهای مجری آن زیر سوال می‌رود. فراموش نکنید که این موضوع تأثیر مخربی در روحیه مجریان قانون می‌گذارد و اطمینان آنان را نسبت به کار خود و بازدهی آن سلب می‌کند.
- مشکلات دستگاه قضا، مشکلاتی است که بخشی از آن به حضور اشخاصی

---

۲. اکثر توصیه‌ها و پند و اندرزهای زیر برگرفته از مصاحبه‌ها و سخنرانی‌های این استاد بزرگوار بوده و به جهت رعایت امانت، به همان زبان محاوره‌ای که بیان فرموده‌اند، نکات مربوطه خارج‌نویسی گردیده است.



برمی‌گردد که مدت‌ها در این دستگاه قضا خدمت کرده‌اند و نتوانستند مشکلات این نهاد را بر طرف کنند، آن‌ها وارث همان سیستمی هستند که خودشان ایجاد کرده‌اند و بنابراین چالش‌ها و کشمکش‌های دستگاه قضا با کانون و کلا و سایر نهادها همچنان وجود دارد و ادامه می‌یابد.

- حقوق یک جنبه کاربردی دارد و در آن تردیدی نیست، دانشجوی حقوق وقتی وارد دانشگاه می‌شود با آرزوها و آرمان‌هایی که در ذهن و فکر دارد که روزی یا قاضی یا وکیل دعاوی می‌شود پا به این محیط می‌گذارد، بنابراین آنچه که در دانشگاه‌ها معمولاً به دانشجو گفته می‌شود، یعنی آن منبع فکری، عموماً مباحث نظری است و دانشجو حقیقتاً اگر علاقمند هست که وارد حرفه‌های قضاوت و وکالت بشود، طبعاً باید با شیوه کار و تجربه‌ای که به خصوص دیگران در این حوزه‌ها دارند، آشنا شود. دانشگاه‌های ما، این سال‌هایی که بنده به کار تدریس مشغول بودم از این جهت ارتباطشان با دستگاه‌هایی که کار حقوقی عملی انجام می‌دهند، چندان قوی نیست و تعامل خیلی کم است، البته دانشجوی فارغ‌التحصیل درست است که بعد از فراغت از تحصیل، اگر خواسته باشد وارد کار قضاوت شود، یک دوره کارآموزی پیش‌بینی شده است که در طول مدت این دوره، تجربه‌ای می‌اندوزد یا اگر بخواهد وکیل شود، مدتی به کارآموزی وکالت مشغول هست و تجربه می‌اندوزد، ولی من تصور می‌کنم که دانشجو این کار را باید ضمن تحصیل انجام دهد. با این روش، ذهن دانشجو را به آنچه که در عمل می‌گذرد نیز مشغول می‌کنیم و مشکلات کار را از همان ابتدای سال‌های تحصیل در می‌یابد و بهتر می‌تواند اظهار نظر کند، به هر حال با این شیوه، از آن عوالم صرف نظری ذهنش خارج می‌شود و هم‌زمان به کار عملی نیز معطوف می‌گردد.

- تردیدی نیست که سال‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی، از لحاظ تعداد، رشته حقوق توسعه پیدا کرده است، استقبال دانشجویان نسبت به این رشته



افزایش داشته، دلیلش چه هست، شاید بازار کار برای حقوقدان‌ها باشد، بنابراین یک مقدار خاطر جمعی وجود دارد. یک دانشجوی وقتی وارد دانشگاه می‌شود، به امید آن است که بعد از فارغ‌التحصیلی بیکار نمی‌ماند، این آینده‌نگری دارای اهمیت است و انگیزه ایجاد می‌کند، حتی موجبات پیشرفت هم می‌شود، اما روی دیگر این سکه، مسئله‌ای است که در حال حاضر و از دهه ۸۰ و ۹۰ با آن مواجه هستیم و آن تعداد زیاد فارغ‌التحصیلان این رشته است که کاری برای شغل آینده خود پیدا نمی‌کنند، بعضی هم ناگزیر از این رشته به رشته‌های دیگر مهاجرت می‌کنند، یعنی کسانی که بعد از فراغت از تحصیل، وارد کار آزاد شدند و به کارهای دیگر مشغول هستند یا رضایت دادند که با همین مدرکی که گرفته‌اند، به عنوان یک کارمند عادی در یک اداره استخدام شوند. بیکاری فارغ‌التحصیلان حقوق و گرفتن بیش از نیاز دانشجوی حقوق در دانشگاه‌های سراسر کشور، بحرانی است که ما با آن مواجه هستیم، باید درباره آن چاره‌جویی کرد.

- تعداد دانشگاه‌ها و دانشکده‌های حقوق به خصوص در مقایسه با سال‌های نخستین انقلاب اسلامی، چندین برابر شده است، چون ما در سال‌های نخستین انقلاب، سه دانشکده حقوق بیشتر نداشتیم. از آن پس به خصوص در دهه هفتاد، دانشگاه‌های دیگر در کنار دانشگاه‌های دولتی توسعه پیدا کردند و به همین نسبت هم دانشجوی حقوق پذیرفته و فارغ‌التحصیل شدند و امروز با این مسائل تأسف‌بار از جمله بیکاری مواجه هستیم. باید همین جا به این نکته نیز اشاره کنم که در کشورهای پیشرفته، معمولاً برای هر رشته‌ای، نیازسنجی در برنامه‌ریزی کلان یک کشور انجام می‌دهند که به نظر می‌رسد بسیار مهم است که تعداد دانشجویانی که وارد رشته خاصی می‌شوند، پاسخگوی نیازهای آینده آن کشور باشند و به این دلیل فارغ‌التحصیل دانشگاهی به ندرت ممکن است که کار بعد از تحصیلات دانشگاهی خویش را در تخصصی دیگر استفاده کند یا اصلاً استفاده نکند.



لحاظ کیفی نیز در این سال‌ها با یک اُفت علمی عظیم مواجه شدیم، توسعه بسیاری از رشته‌ها و به خصوص رشته حقوق و نداشتن معلم کافی به ویژه در سطوح عالی، مشکلات و تبعات منفی زیادی ایجاد نموده است.

- بازتاب داشتن دانشجویان، اساتید و دانشگاه‌های ضعیف را در کار خیلی از کسانی که دست در کار قضا و وکالت دارند، ملاحظه می‌کنیم، یعنی مسئله آموزش‌های ضعیف پیشین و آمادگی بسیار کم برای کارهایی مثل قضاوت و وکالت که کارهای بسیار مهمی هستند، نشان می‌دهد که در طول این سال‌ها کم‌کاری شده است. دوره‌های آموزش قضات در همه کشورها معمول است، معمولاً هم در این دوره‌ها، قضات با آخرین دستاوردهای علم حقوق آشنا می‌شوند، در حالی که ما در آموزش قضات به مسائل پیش پا افتاده روز مشغول هستیم، یعنی مشکلاتی که دستگاه قضائی با آن مواجه است، البته بخشی هم بر می‌گردد به نحوه قانونگذاری در کشور ما، چون قانونگذاری در کشور ما استوار نیست؛ به این معنی که قانونی که ابزار کار یک قاضی و وکیل است، باید کامل، صریح و شفاف تصویب شود، اما در عمل وقتی قانونی از کانال قانونگذاری بیرون می‌آید، می‌بینیم که یک قانون نیم پخته و پر از ابهام است که قاضی و وکیل باید بر اساس آن کارهای پیش رو را انجام دهند، بنابراین این اشکالات به شیوه قانونگذاری کشور نیز بر می‌گردد و باید برای آن چاره‌جویی و آسیب‌شناسی کرد.



# گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی<sup>۱</sup>

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

## ۱- وضعیت حقوقی اجاره مال مشاع

نویسنده مسئول: افتخار جهرمی، گودرز؛ نویسنده: شفیعی، مجتبی؛

مجله: پژوهش حقوق خصوصی زمستان ۱۳۹۹ - شماره ۳۳

**چکیده:** اشاعه، یکی از حالت‌هایی است که در مورد اموال قابل تصور است. در این حالت، به جای آن که مالکیت مال به طور کلی، متعلق به یک نفر باشد، دو یا چند نفر، مالک مال هستند. در حالت اشاعه، مالکیت شرکا در تمام اجزا و ارکان مال است به نحوی که هر جزئی از مال که در نظر گرفته شود کلیه شرکا در آن سهیم هستند و هیچ شریکی

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



نمی‌تواند نسبت به جزئی از مال ادعای انحصاری داشته باشد. سوال این است که آیا یکی از شرکای مال مشاع می‌تواند آن مال را به اجاره دیگری دهد؟ دو نظر کلی در این خصوص وجود دارد و در حقوق ایران با پیروی از نظریه مشهور فقهای امامیه این امر پذیرفته شده است؛ در حقوق مصر نیز اختلاف نظر مشهود است لیکن در نهایت، حقوق این کشور با شرایطی به سمت پذیرش نظریه صحت اجاره مال مشاع رفته است. هرچند هم در دکتین و هم در رویه قضایی این کشور، بعضاً آرای مخالف دال بر عدم صحت اجاره مال مشاع نیز دیده می‌شود. در مقاله حاضر، مفهوم اجاره مال مشاع، وضعیت حقوقی و مبنای پذیرش مورد بررسی واقع شده است.

## ۲- جایگاه توافق در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم در دعاوی

### مالکیت فکری

نویسنده مسئول: حبیبی مجنده، محمد؛ نویسنده: شایسته، شوکت؛

مجله: پژوهش حقوق خصوصی زمستان ۱۳۹۹- شماره ۳۳

**چکیده:** اگر دعاوی پیرامون مالکیت فکری دربردارنده یک عنصر خارجی باشند، موضوع تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح مطرح می‌شود. مهم‌ترین سؤالی که در این شرایط در ذهن طرفین اختلاف ایجاد می‌شود، این است که آیا می‌توانند با توافق یکدیگر دادگاه صالح و قانون حاکم را تعیین و از گرفتار شدن در فرآیند پیچیده و مبهم تعیین این دو توسط دادگاه مقرر جلوگیری نمایند؟ حکومت آزادی اراده به عنوان یک اصل در تعیین دادگاه صالح و قانون حاکم در دعاوی مالکیت فکری پذیرفته شده و استثنائات اندکند. طبق تمام اسناد بین‌المللی مورد بررسی توافقات انتخاب دادگاه صالح در مورد دعاوی موجود و آینده معتبر و جز در صورت تصریح خلاف موجد صلاحیت انحصاری است. توافق بر قواعد صلاحیت موضوعی حاکم نیست اما در سایر موارد بر قواعد تعیین کننده دادگاه صالح تفوق دارد. اعتبار توافق انتخاب قانون حاکم در خصوص قراردادهای انتقال حقوق مالکیت فکری مورد اجماع و در خصوص مالکیت و نقض این حقوق مورد تردید است. نظر غالب توافق پیرامون قانون حاکم بر مالکیت حقوق فکری را به لحاظ آمره بودن قواعد غیرمعتبر



و توافق پیرامون قانون حاکم بر نقض را نیز پس از وقوع نقض صحیح می‌داند.

### ۳- نقش نهاد تعدد جرم در تعیین مجازات جایگزین‌های حبس؛

#### تخفیف یا تشدید؟

نویسنده: زارع، ابراهیم؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ قاسمی، مجتبی؛

مجله: پژوهش حقوق کیفری زمستان ۱۳۹۹ - شماره ۳۳

**چکیده:** مجازات‌های جایگزین حبس تاکنون از جنبه‌های مختلفی ارزیابی شده ولی آنچه به تمامی این‌گونه نوشته‌ها اعتبار می‌دهد ارزیابی حقوقی و فنی آن‌ها است. ثانیاً در تعامل با سایر نهادهای قانون مجازات است که در صورت متروک ماندن این نهاد به دلیل ناکارآمدی، امکان بهره‌برداری از فواید و منافع حاصل از اجرای آن نیز میسر نمی‌شود. موضوع مقاله حاضر بررسی مانع بودن تعدد جرم در مجازات‌های جایگزین حبس (ماده ۷۲ ق.م.ا) به صورت مستقل نیز در تعامل با سایر نهادهای قانون و تاثیر آن بر تعیین مجازات جایگزین‌های حبس است تا میزان کارایی این نهاد ارفاقی و حدود مجازات قابل اعمال روشن گردد. در خصوص تعدد جرم که مانع اعمال مجازات جایگزین حبس است، آنچه در بادی امر به ذهن متبادر می‌شود، تشدید بودن این نهاد جهت محروم ساختن مجرمین خطرناک از نهاد ارفاقی جایگزین حبس است ولی با روشن شدن مفهوم، حدود و ثغور و نیز آثاری که این نهاد ایجاد می‌کند، مشخص می‌شود که وجود آن باعث تشدید نسبت به جرایم خفیف از یک سو و تخفیف نسبت به جرایم سنگین و مجرمین خطرناک از سوی دیگر خواهد شد و در نتیجه وجود چنین موضوعی در مجازات‌های جایگزین حبس، باعث عدم انسجام در این نهاد ارفاقی خواهد بود.

### ۴- تاثیر انتقال تعهد اصلی بر عقود تبعی آن در حقوق ایران و فرانسه

نویسنده مسئول: سکوتی نسیمی، رضا؛ نویسنده: غریبه، علی؛ جاوید، علی؛

مجله: پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب زمستان ۱۳۹۹ - شماره ۲۶

**چکیده:** یکی از تحولاتی که در قانون مدنی کشور فرانسه در نتیجه اصلاح حقوق





تعهدات در سال ۲۰۱۶ میلادی صورت پذیرفته، پیش‌بینی قالب‌های حقوقی مستقل جهت انتقال تعهدات و بیان ضوابط حاکم بر آنها و از جمله تبیین وضعیت حقوقی توابع و تضامین تعهد پایه در صورت انتقال آن به اشخاص ثالث می‌باشد. در حالی که این مبحث در حقوق ایران با ابهامات زیادی مواجه بوده و مواد صریح و مشخصی در رابطه با آن وجود ندارد. قانون مدنی ایران با اقتباس از قانون مدنی سابق فرانسه، طرق انتقال تعهد را نام برده لکن بر خلاف قانون فرانسه آثار و احکام آن‌ها از جمله وضعیت عقود تبعی تعهد موضوع قرارداد را مشخص نکرده است. مطالعه موضوع در دو نظام حقوقی فرانسه و ایران با روش توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد که قانون جدید حقوق تعهدات فرانسه قرابت زیادی با نظام حقوقی ایران در این خصوص دارد به نحوی که در هر دو نظام حقوقی با انتقال جنبه مثبت تعهد (انتقال طلب) عقود تبعی آن تعهد نیز منتقل شده اما انتقال جنبه منفی تعهد (انتقال دین) موجب سقوط توابع آن خواهد گردید.

۵- استقلال دادرسی اداری؛ رسیدگی همزمان در مرجع قضایی و اداری

نویسنده: زراعت، عباس؛ نویسنده مسئول: زراعت، محدثه؛

مجله: پژوهش‌های نوین حقوق اداری بهار ۱۴۰۰ - شماره ۶

**چکیده:** دادرسی اداری یکی از رشته‌های حقوق شکلی است که در کنار سایر دادرسی‌ها عهده دار اجرای مقررات ماهوی مربوط به تخلفات اداری ماموران دولتی و نهادهای عمومی است. رابطه میان دادرسی‌ها همواره میدان بحث اندیشمندان حقوقی بوده و دچار اختلاف شده‌اند. آیا دادرسی اداری نسبت به دادرسی‌های قضایی استقلال دارد یا تابع آن‌ها می‌باشد؟ یکی از آثار مترتب بر این اختلاف آن است که چنانچه موضوع واحدی که دارای ماهیت کیفری و تخلف اداری است، همزمان در مرجع اداری و مرجع قضایی مطرح گردد آیا مرجع اداری باید رسیدگی را متوقف نموده و صبر کند تا نتیجه رسیدگی قضایی معلوم شود یا حق دارد به صورت مستقل رسیدگی کرده و صرف نظر از رای‌ی که در مرجع قضایی صادر می‌شود، اتخاذ تصمیم نماید؟ این مقاله درصدد بررسی جوانب مختلف این موضوع و یافتن پاسخ مناسب برای دوسوال مزبور است که سوال نخست، پرسش اصلی تحقیق و سوال دوم، پرسش فرعی این تحقیق می‌باشد. تفاوت



ماهیت، موضوع و هدف اقسام دادرسی‌ها اقتضا میکند که دادرسی اداری مستقل از دادرسی مدنی و کیفری باشد و در نتیجه چنانچه موضوعی در مرجع قضایی و همزمان در مرجع اداری مطرح شود، هر دو مرجع بتوانند به صورت مستقل رسیدگی کرده و تصمیم بگیرند اما با توجه به ابهاماتی که در این زمینه وجود دارد و رویه و دکتترین حقوقی نیز روشن نیست، ضرورت انجام پژوهشی مستقل و دقیق نمایان میگردد.



# معرفی کتاب

## سید کمال مکاریان چهارسوقی<sup>۱</sup>

امروزه با گسترش فعالیت‌های اقتصادی در بازار بورس و سرمایه، شاهد بروز اختلافات مالی و حقوقی بسیاری در این حوزه هستیم. با توجه به اینکه اطلاعات مردم در خصوص نحوه انجام صحیح فعالیت‌های اقتصادی در این بازارها بسیار محدود بوده و این ناآگاهی‌ها علاوه بر ضررهای اقتصادی، موجبات تضییع حقوق شهروندان را نیز فراهم می‌آورد. جامعه حقوقی کشور به عنوان مسئولین اجرای عدالت موظف به افزایش آگاهی خود در این زمینه هستند تا در صورت مراجعه مردم به آنها بتوانند با ارائه راهکارهای حقوقی صحیح در احقاق حقوق شهروندان حداکثر تلاش خود را نمایند. دادگستری در راستای اجرای این مهم اقدام به تأسیس دادگاه‌های اختصاصی ویژه امور اقتصادی نموده است. لذا قضات و وکلای دادگستری نیز در راستای این اقدام شایسته می‌بایست نسبت به افزایش اطلاعات حقوقی خود اقدام نمایند. کتاب پیش رو منبع مناسبی برای افزایش اطلاعات جامعه حقوقی کشور در این خصوص به محضر عزیزان معرفی می‌گردد.

### اختلافات بورسی در پرتو آرای هیأت داورى

دکتر محمدرضا صابر،  
دکتر غلامعلی میرزایی منفرد

نشر دادگستر  
۱۳۹۹



## معرفی نویسندگان

از آثار دیگر دکتر غلامعلی میرزایی منفرد می‌توان به حقوق بازار اوراق بهادار (بخش اختلافات)، ساز و کارهای حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه ایران با مطالعه تطبیقی و حقوق کیفری بازار اوراق بهادار و از دیگر آثار دکتر محمدرضا صابر می‌توان به بیع متقابل در بخش بالادستی نفت و گاز اشاره نمود.

## معرفی کتاب

کتاب پیش رو در دو بخش اصلی با عناوین: ۱- ساختار و تشریفات رسیدگی و ۲- مباحث ماهوی نگاشته شده که شرح کوتاهی از محتوای این دو بخش را در ذیل به استحضار خوانندگان عزیز می‌رسانم:

بخش اول مشتمل بر سه فصل با عناوین: ۱- کمیته سازش کانون‌ها ۲- دبیرخانه هیأت داور و ۳- هیأت داور می‌باشد.

در بخش دوم نیز مطالب در سه فصل کلی مطرح شده که عناوین و گفتارهای ذیل هر فصل به شرح زیر می‌باشد:

فصل اول: دعاوی اوراق بهادار

گفتار اول: مطالبه سود سهام، گفتار دوم: معامله فضولی، گفتار سوم: معامله اعتباری،

گفتار چهارم: ابطال معامله

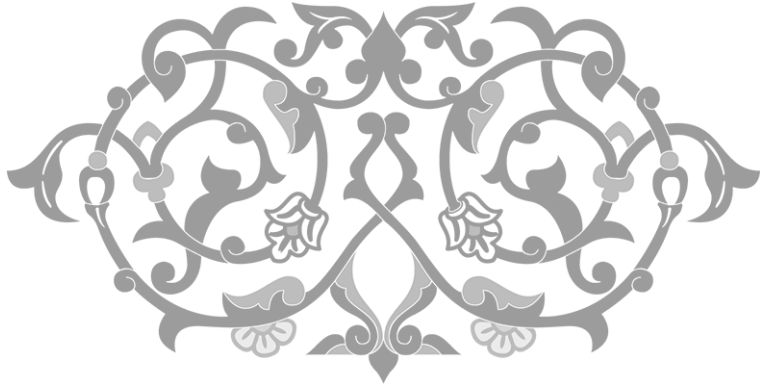
گفتار پنجم: دعاوی مربوط به واگذاری‌های خصوصی سازی.

فصل دوم: دعاوی کالایی

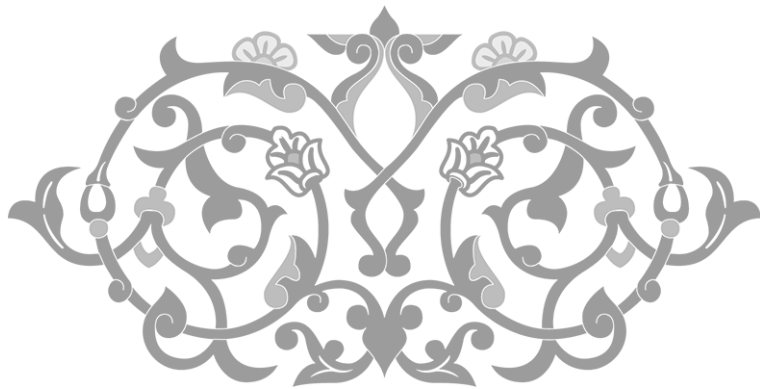
گفتار اول: دعاوی مرتبط با کالا، گفتار دوم: قراردادهای آتی.

فصل سوم: آیین دادرسی

گفتار اول: جلب ثالث، گفتار دوم: دستور موقت، گفتار سوم: اعاده دادرسی.



زنگ تفريح





## کرونا در آستانه دفتر و کلا

### دکتر علی رادان<sup>۱</sup>

کرونا که آمد اول کسی آن را جدی نگرفت؛ گفتند نوعی بیماری ویروسی است که اگر محل به آن گذاشته نشود شرمنده از حضور، دمش را می‌گذارد روی کولش و تشریفش را می‌برد. اما وقتی نفیر کشید و چنگ و دندان نشان داد معلوم شد این طرف تا مرد و زن را از ضیق حیات خلاص و آن اجسام رعنا را راهی گور تنهایی نکنند، دست برنخواهد داشت. کرونا جا خوش کرد و با آن قامت ریزتر از سر سوزن، همه را مرعوب و مسحور خود کرد. او خود را تحمیل کرد و واقعیتی شد انکارناپذیر. کرونا همه جا سرک کشید و جایی را فرو گذار نکرد.

کرونا پایش را به عدلیه هم گذارد و با خود وحشت و هراس آورد. عجیب آنکه بدون تشخیص و به تساوی مهمان‌های خود را انتخاب می‌کرد. ظاهراً آمده بود تا عدالت در مرگ پرانی را به نمایش گذارد؛ شاکی و متهم یا قاضی یا وکیل، بی گناه یا گناه کار برایش فرقی نمی‌کرد. تقریباً هیچکس را بی نصیب نگذارد؛ آن طرف و این طرف می‌ز، رئیس و مرئوس همه در چشم کرونا یکسان بودند. قاضی که همیشه محکوم می‌کرد، این بار حکم بیماری بر او جاری شد و وکیل که مدام حمایت می‌کرد، این بار حامی می‌جست. لشکر جرار کرونا دادگستری را هم به تصرف خود در آورد و بوی تند الکل و چهره‌ی زنان و مردان ماسک زده، بینی‌ها را پر و چشمان را سیر می‌کرد. دادگاه خلوت شد، ارباب قضا این بار تن به قضا داده و راه قدر خود را جستجو می‌کردند. اما و کلا...

۱. وکیل پایه یک دادگستری عضو کانون وکلای اصفهان.



قاضی و عموم کارکنان دولت، اجرت عمل را در پایان هر ماه بی مزد و منت از خزانه بلاغیب دریافت می‌کند، چه کرونا میدان داری کند یا خیر. دادگستری خلوت عرصه را بر وکلا تنگ تر کرد و زنگ‌ها بلندتر از پیش برای آنها به صدا درآمد. وکیل جماعت، نان از قلم و زبان خود می‌خورد؛ حقوق بگیر نیست تا دخل همیشه روان باشد و غم به دل صاحب آن نیاید. خدای رزاق می‌زند بر پشت گردن موکل و او راه دارالوکاله را پیدا می‌کند و عریضه و لایحه وکیل هم مرهم درد موکل می‌شود و هم سفره وکیل. وضع اعاشه وکلا در این دوره‌ی تنگنای اقتصادی و تحریم و کوس گرانی زار بود، با پیدا شدن کرونا زارتر شد. کرونا که به عتبه بوسی دفتر وکیل آمد، موکل از در داخل نشد موکل که نیامد کمیت و لنگر معاش از اعتدال به در شد و عزلت موکل، وکیل را به خانه‌نشینی کشانید و خرابی کار و معاش عیش را بیشتر منغص کرد.

روضه نمی‌نویسم تا دلی به درد آید و وقتی مصیبت عالم البلوی شد شرح درد به تقسیم آن است.

اصلا مگر در این دایره‌ی مینا همه چیز اقتصاد است؟ و فراخی سفره خدا، خانه کارل مارکس با آن ریش دو قبضه اش را تاریک تر کند که علت العلل همه انگیزه‌های جنبش و حیات تاریخی انسان را از دهان باز آدمی با همه اتصالات آن که به معده وصل می‌شد، می‌دید.

به واقع نقصان اسباب معیشت، منقصت جوهره‌ی جان طاهر آدمی نیست. خاصه آن که صاحب آن فاضلی در جست و جوی دادگری باشد. در دل می‌گوییم تا غم‌ها از چهره زدوده شود و چه خوب گفته شده که شرح هجر روح را سبکبار می‌کند.

از تاثیر کرونای مدهش بر نان وکلا گفتیم از نتیجه حضور این میهمان ناخوانده‌ی چینی بر نام وکلا هم بگوییم. این ویروس پلشت بی حیای تنگ چشم، رد پای خود را در دیگر شوون شغلی آن‌ها هم به جا می‌گذارد. ترس از ابتلا لوایح کاغذی را به چالش کشید و پای فن‌آوری‌های نوین ارتباطی به دادگستری، بیش از گذشته باز شد. مهارت کار با رایانه یک ضرورت شد و وکلا مجبور شدند تا رموز ارتباط با این مدخل عالم دنیای مجازی را بیاموزند. از جنبه دیگر تا دیگر کرونا، تعهدات و عقود مستمر مورد مطالعه وکلا



قرار گرفت. مقاله‌ها نوشته شد و بحث‌های علمی شیوع یافت و کار به جایی رسید که تا وکلا آمدند راهی برای متعهد در مانده‌ای که کرونا راه اتمام تعهد را بر او بسته بود بگشایند، در بن بست رابطه موجر و مستاجر گرفتار آمدند. مستاجر وامانده که یک یقه پیراهنش به چنگ کرونا و یکی دیگر در مشت موجر خواستار تخلیه گرفتار آمده بود، از وکیل طرف خلاصی می‌خواست.

کافی است تا این ترهات بیش از این حوصله خوانندگان را سر نبرده، یک حرف به درد بخور بزنیم؛ به تقلید از دکتر مارتین لوتر کینگ (احیاگر حقوق مدنی سیاه پوستان آمریکا) آرزویی را که در دلم دارم بر قلم جاری می‌کنم:

آرزویم آن است که روزی سایه‌ی وحشتناک کرونا از محیط زندگی و کار وکلا بگریزد؛ شهر و دیار ما و بالاتر کشورمان و افزونتر تمام گیتی، از وجود نامبارک این بیماری پاک شود.

آرزوی آن شبی را دارم که در بامدادان آن، تابش اشعه‌ی زرین آفتاب عالمتاب بر کره‌ی خاکی عاری از بیماری و جنگ فقر و جهل بریزد.

مشتاق دیدار آن صبح زیبا هستم.

آیا آن صبح نزدیک نیست؟