

بسم الله الرحمن الرحيم

# ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقوق

سال شانزدهم، شماره ۱۵۲، مهر ۱۴۰۰

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

دبیر تحریریه این شماره: نفیسه مستقل

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، نسیم پرستگاری، فرزاد جوادی نژاد، آرمان زینلی، مینا سالمی،

نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، علی اکبر محمدی، فاطمه محسنی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقوق نیست.

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

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

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالاامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

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



## شيوه‌نامه «مارس، حقوق»

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



## فهرست مطالب

سرمقاله؛ دل سنگ شود آب ... ۴.....

### مقالات

- ضرورت و کالت تخصصی و تأثیر آن بر امنیت قضایی شهروندان ..... ۱۰
- علی زارعان / دکتر سید عباس جزایری  
برداشت آزاد از جمع بندی سه رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوانعالی کشور و مقررات (در مورد صلاحیت محلی مراجع رسیدگی به امور محجور) ..... ۲۹
- حسن وثیق زاده انصاری  
ماهیت و اعتبار رأی تکمیلی در رژیم دادرسی ایران با تکیه بر رویه قضایی ..... ۳۲
- علی نیک پور  
تحلیل حقوقی مسائل شرکت‌های چند ملیتی در حقوق ایران (سرمایه‌گذاری و حل و فصل اختلافات) ..... ۵۰
- احسان جعفری  
بررسی فقهی - حقوقی حق حبس زوجه ..... ۷۶
- مریم السادات موسوی  
بررسی صلاحیت کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی در آیین رویه دیوان عدالت اداری ..... ۱۰۱

# مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
شانزدهم

شماره  
۱۵۲



امید محمدی

مبانی فقهی و حقوقی میزان ضمان دولت

در پرداخت خسارات ناشی از تورم ..... ۱۱۹

دکتر مهدی تقوی راد

### گزیده سخنرانی‌ها

«وبینار بررسی مقررات ناظر بر رمز ارزها و

جرایم مرتبط با آنها» ..... ۱۴۸

شاهپور دولتشاهی

### بایسته‌های حرفه وکالت

پند استاد؛ مرحوم استاد دکتر سید عزت الله

عراقی ..... ۱۵۸

فاطمه محسنی

آرای وحدت رویه ..... ۱۶۱

گزیده مقالات کاربردی ..... ۱۶۵

امیرمقدم

معرفی کتاب ..... ۱۶۹

مینا سالمی

### زنگ تفریح

اسنویسم حقوقی ..... ۱۷۲

دکتر محمدرضا محمدی جرقوبه ای



## سر مقاله

### دل سنگ شود آب...

از لعل و کمر که چه کراننگ شود آب	حیف است که آینه نیرنگ شود آب
در دیده روشن کمران رنگ ندارد	هر چند ز گلزار به صدر رنگ شود آب
تیغ تو شد از کشتن عشاق رگ لعل	در کان بدیشان می گلرنگ شود آب
چون در دل شیرین نکند کار، چه حاصل	کز ناله فرهاد دل سنگ شود آب
شد سلسله جنان جنون سنگ ملامت	در سینه کهسار به آهنک شود آب
از صحبت تن کو هر دل مهره گل شد	با سنگ چو آمیخته شد، سنگ شود آب
زینسان که کند آب، دل را حروان را	در بادیه عشق چرا تنگ شود آب
از جلوه ستاره آن سرو گل اندام	صائب چه عجب گرمی گلرنگ شود آب؟

کبود آب و محدود شدن و به شدت پایین رفتن «منابع آب» زیرزمینی و کاهش جدی نزولات

آسمانی با آثار بسیار مخرب اقتصادی، کشاورزی، روحی، زیباشناختی و غیره، موضوعی است که طی



سال‌های اخیر دامن‌گیر کشور و از جمله منطقه اصفهان شده و زاینده رود را با پل‌های احداثی بر آن در انتظار تجدید خاطرات جریان آب قرار داده است. این موضوع که اکنون موضوعی ملی است، آثاری را بجز آنچه به طور طبیعی در اثر کمبود آب طاهر می‌شود، به همراه داشته است. نگاهی به این آثار هر چند گذرا و ناقص، می‌تواند مسؤولیت نهاد و کالت و وکلای دادگستری را در این خصوص نمایان سازد و آمان را در انجام وظیفه رهنمون شود.

از آنجا که از چندین دهه پیش و توسط متخصصان امر، کم‌آبی در ایران و به ویژه منطقه اصفهان به عنوان امری مسلم و خطری پیش رو مطابق اسناد و بررسی‌های علمی اعلام گردیده است، هرگونه بهره برداری بی‌برنامه و غیردقیق، فروش و اختصاص آب به غیرمالکین، اخذ اشکالات جدید، افزودن مصرف‌کنندگان آب بدون استحصال جدید آب بر اساس موازین علمی و قانونی، اقدامی ناشایست و درخور برخورد قانونی، اداری و قضایی بوده و خواهد بود. تغییر روش مدیریت آب از منطقه‌ای به استانی، اجازه بهره‌برداری از آب توسط کلیه کسانی که امکان دسترسی به آب دارند، مصرف آب در مصارفی که فاقد هرگونه توجیه علمی، کشاورزی و اقتصادی است و عواملی دیگر از این دست، موجب نابسامانی فعلی و بحران جدی آب در کشور گردیده است. بدین ترتیب آیامباشهران، مسبان و مسؤولان این امر



از نظر شرعی و قانونی مسئولیت ندارند؟ علان این اقدامات از هر گروه و کرایش، امروزه با خاطر جمع دانسته یا نادانسته تنها تظاره‌گر آثار شوم بی‌آبی و العطش العطش زمین ما و کشاورزان آیند و شاید حتی خود نمی‌دانند که آنچه امروز بر سر مردم رفته و می‌رود، از سر بی‌تدبیری، غرض‌ورزی، حب و بغض‌های بی‌جا و عوامل دیگری از این دست است. اما انگیزه و یا غرض هر چه باشد، نتیجه‌اش وضعیت نامطلوب امروز است و شناسایی ایشان، تعیین میزان و نوع مسئولیت آنان و وظیفه حقوق دانان و از جمله نهاد وکالت و وکالت است. آیا نهاد وکالت و وکلای دادکتری در این خصوص فاقد توان و یا مسئولیت‌اند؟ و آیا غیر از آنان می‌توان چنین انتظاری داشت؟ قرار نیست به طور مرسوم همواره موکلینی یافت شوند و تطم‌خواهی کنند تا ما به عنوان وکیل، جامه دفاع از حقوق آنان پوشیم. همچنانکه در بسیاری از معضلات و تحولات اجتماعی در کشور و جهان، در زمره‌ی طلایه‌داران تحولات، وکلای دادکتری نیز حضور داشته‌اند، در موضوع یافتن متشاکم‌بود آب، اقدامات مختلف دولتی و ملی و سنتی به وضعیت موجود، این وکلای دادکتری‌اند که توان بررسی و تحلیل حقوقی و یافتن مؤولان این امر و پس اقدام حقوقی لازم در جهت شناسایی و اعلام آنان و مهم‌تر از همه جبران مافات را دارند. این مؤولیتی است که چنانچه انجام نپذیرد مسئولیت شرعی، حقوقی و اخلاقی آن در طول تاریخ به دلمان نهاد وکالت و وکلای دادکتری



خواهد ماند و بیج و وضعیت جدیدی آن را پاک نخواهد کرد.

از جمله وظایف جدی ملی و عمومی و از جمله وظیفه نهاد وکالت و وکلای دادگستری است که در هرگونه اقدام در این خصوص به تبعات و آثار داخلی و خارجی ناشی از اقدامات خود دقت کافی و لازم داشته باشند، تا مبادا چنانکه در گذشته نیز اتفاق افتاد، این حق خواهی به جا و مشروع، موجب سوء استفاده‌ی دشمنان داخلی و خارجی و موج سواری شبکه‌های تحقیقی و مجازی معاند و یا ناآگاه گردد. بلکه باید به موضوع آب با حفظ اصول اساسی نظام و قانون اساسی و صرفاً به عنوان مطالبه‌ای ملی و منطقی‌تر نگریسته شود.

در عین حال چنانچه با رعایت احتیاطات و مصالح، از هرگونه اظهار و مطالبه‌ی حتی در خصوص آب، دشمنان و یا نادانانی سوء استفاده کردند، نباید این سوء برداشت و سوء استفاده به پای اقدام‌کنندگان واقعی و حق‌داران آب و در صورت اقدام نهاد وکالت و وکلای دادگستری در صورت اقدام در این خصوص به پای آنان نوشته شود و دستگاه‌های اطلاعاتی، امنیتی و یا قضایی بهره‌برداری و یا سوء استفاده دیگران را جزء اتهامات و جرایم صاحبان حق، نهاد وکالت و یا وکلای ایشان بدانند. بلکه با تمیز سره از ناسره، ضمن حفظ امنیت داخلی و نظم عمومی، همراه با صاحبان حق در راستای تبلور و ظهور آزادی‌های مطرح در قانون اساسی، راه را بر برآز مطالبات عمومی و اجتماعی، بیش از پیش هموار سازند تا نتیجه آن شناسایی و

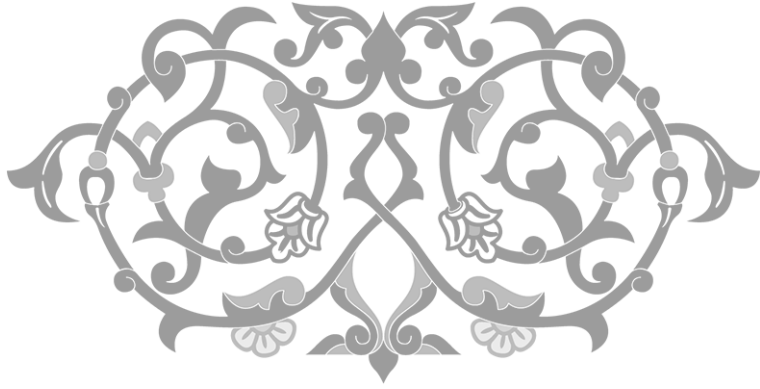


بازخواست حقوقی و اجتماعی از مؤولان وضعیت موجود و بازگشت حد اکثری به شرایط مناسب و

مطلوب از یک سو و نشان دهنده وجود آزادی های فردی و اجتماعی از سوی دیگر باشد.

مدیر مؤول





# مقالات





# ضرورت و کالت تخصصی و تأثیر آن بر امنیت قضایی شهروندان

علی زارعان<sup>۱</sup>

دکتر سید عباس جزایری<sup>۲</sup>

## چکیده

در این مقاله به ضرورت تخصصی شدن و کالت در حوزه‌های مختلف حقوق، خصوصاً امور کیفری پرداخته شده است و دلایل این ضرورت به لحاظ آیات و روایات و ضرورت‌های اجتماعی، مورد بررسی قرار گرفته است و اشاره‌ای به اسناد بین‌المللی نظیر اصول بنیادین نقش و کلا، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و آرای کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر و دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص وکالت وکیل متخصص و ذیصلاح و دفاع موثر آن نموده‌ایم و تأثیر تخصصی شدن و کالت در طول فرآیند رسیدگی اعم از تحقیقات مقدماتی در دادسرا و رسیدگی و صدور حکم در محاکم ایران بر امنیت قضایی شهروندان چه به عنوان متهم و چه به عنوان بزه‌دیده مورد بررسی قرار گرفته است و مشخص شده است که داشتن وکیل متخصص در امور کیفری و با مهارت بالا و دفاع موثر وی چه تأثیر شگفت‌انگیزی در تحقق عدالت و کشف حقیقت دارد و باعث می‌شود که از استرس متهم کاسته و دفاع مطابق قانون از وی به عمل آید خصوصاً اینکه در مرحله تحقیقات مقدماتی که زیربنای پرونده در حال شکل‌گیری است و وجود شاکی و

۱. نویسنده مسؤل، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد، ایران.



دادستان در کنار هم با وجود تحقیقات محرمانه و غیرتدافعی توازن و تعادل رسیدگی عادلانه را برهم زده‌اند که وجود وکیل و دسترسی به آن در این مرحله می‌تواند باعث برقراری تعادل شده تا متهم از مشاوره و اظهار نظر وکیل نزد بازپرس با اعلام تخلف از مقررات و اموری که برای کشف حقیقت لازم است و جلوگیری از طرح سوالات تلقینی بازپرس از متهم باعث به وجود آمدن امنیت قضایی می‌شود و در مرحله رسیدگی در دادگاه با دفاع موثر وکیل از متهم باعث جلوگیری از محکومیت نابجای متهم بی‌گناه می‌گردد.

**کلمات کلیدی:** وکالت، تخصصی، امنیت، قضایی، دفاع، متهم، بزه‌دیده

### مقدمه

با گسترش جوامع و پیشرفت کشورهای در حال توسعه و صنعتی شدن آن خصوصاً ایران، پیشرفت‌های علمی و فنی در زمینه‌های مختلف در حال بروز می‌باشد که باعث می‌شود نیاز ما به تخصص‌های مختلف در زمینه‌های پزشکی، مهندسی، حقوق و غیره هر روز ملموس‌تر و اجتناب‌ناپذیرتر باشد و مسائل و پرونده‌های حقوقی هر روز پیچیده‌تر از قبل می‌باشد. به عنوان مثال سرقت در قدیم‌الایام به صورت ساده رخ می‌داد و لیکن هم اکنون و از طریق فضای مجازی سرقت رایانه‌ای رخ می‌دهد که متناسب با پیشرفت بشر، جرایم نیز پیشرفته می‌شود و شکل پیچیده‌تری را به خود می‌گیرد. پس ضرورت تفکیک تخصص‌های مختلف در امور حقوقی احساس می‌گردد که وکلای دادگستری نیز به عنوان یکی از بال‌های فرشته عدالت باید به این تخصص مجهز شده تا بتوانند در مقام دفاع از موکل و تأمین امنیت قضایی شهروندان گام بردارند و باعث تحقق و اجرای عدالت گردند.

به همین جهت فارغ‌التحصیلان رشته حقوق که با در دست داشتن مدرک کارشناسی و پذیرش در آزمون وکالت، به اخذ پروانه وکالت پایه دو و بعد از گذراندن دوره کارآموزی و اختبار و کسب موفقیت در این دوره به اخذ پروانه وکالت پایه یک نائل می‌شوند وکیل مذکور، مجوز وکالت در تمامی پرونده‌های جنایی، خانوادگی، تجاری، ثبتی، مالیاتی و غیره را در تمامی مراجع قضایی و شبه قضایی خواهد داشت که به جهت نداشتن تخصص لازم در خصوص وکالت در پرونده اخذ شده، ممکن است که امنیت قضایی شهروندان را به



خطر انداخته و باعث ورود خسارات جبران ناپذیری به موکل گردد. لذا در این مقاله سعی بر این شده است که به ضرورت وکالت تخصصی پرداخته شود و اینکه کانون وکلای دادگستری در این راستا چه اقداماتی را انجام داده است و ضرورت اصلاح قوانین و مقررات در این خصوص و نهایتاً تأثیر وکالت تخصصی بر امنیت قضایی شهروندان در امور کیفری که شامل اخذ وکیل متخصص و با تجربه، دفاع موثر و تأثیرگذار در جلسه رسیدگی در دادگاه، دسترسی به وکیل و استفاده از وکیل معاضدتی توسط طرفین دعوا خصوصاً متهم را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## ۱- ضرورت وکالت تخصصی

### ۱-۱- قرآن کریم

با مراجعه به آیات قرآن کریم در خصوص ضرورت مراجعه به افراد آگاه و متخصص آیات متعددی وجود دارد نظیر آیه ۲۴۷ از سوره بقره که خداوند متعال می‌فرماید: «ان الله اصطفاه علیکم و زاده بسطه فی العلم و الجسم»، «خداوند او (طالوت) را بر شما برگزیده و او را در علم و قدرت وسعت بخشیده است.» که در این آیه شریفه ملاک گزینش طالوت از سوی خداوند «علم و توانایی» معرفی شده است که این دو خصوصیت، ملاکی ضروری است برای تناسب هر کاری با افرادی که عهده‌دار آن می‌شوند. همچنین آیه مبارکه ۵۵ از سوره یوسف که می‌فرماید: «قال اجعلنی علی خزائن الارض انی حفیظ علیهم». یوسف گفت: «مرا سرپرست خزائن سرزمین مصر قرار ده که نگهدارنده و آگاهم.» که در این آیه شریفه به «علم و آگاهی» به عنوان یکی از شرایط اساسی پذیرش مسؤولیت و امانتداری نیز به عنوان شرط دیگر صراحتاً اعلام نموده است که با توجه به موقعیت و جایگاهی که وکیل دادگستری دارد باید به تناسب این مسؤولیت، دارای علم و تخصص لازم و تعهد اخلاقی و امانتداری باشد.

### ۱-۲- سیره پیامبر

در سیره پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و ائمه اطهار (سلام الله علیهم) نیز مراجعه به عالم و متخصص به نوعی سفارش شده است آنها که دارای علم الهی بودند و مطابق روایتی از امام باقر (علیه‌السلام) که فرمودند: «نحن خزان علم الله و نحن تراجم وحی



الله» یعنی ما خزانه دار علم خداییم، ما مترجمان وحی الهی هستیم (اصول کافی، جلد ۱، ص ۱۹۲، ج ۳) و مطابق روایتی دیگر از امام صادق (علیه السلام) که فرمودند: «نحن شجره العلم و نحن اهل بیت النبی (صلی الله علیه و آله) و فی دارنا مهبط جبرئیل و نحن خزان علم الله و نحن معادن وحی الله و من تبعنا نجی و من تخلف عنا هلك حقاً علی الله عزوجل» یعنی اینکه ما درخت دانشیم و ما اهل بیت پیامبریم، خانه ما محل فرود جبرئیل بوده است، ما گنجینه داران علوم خداوندیم، هر کس از ما تبعیت کند، نجات می یابد و هر کس از ما تخلف کند، نابود می شود، این سنت خداوندی است». (امالی صدوق، ص ۲۵۲) و ده ها روایت دیگر از اهل بیت (علیهم السلام) با این مضامین وجود دارد که علم در روایات به طور مطلق به کار برده شده است که منظور همان علم خداوندی است که خداوند متعال قسمتی از علم خود را به اهل بیت پیامبر (صلی الله علیه و آله) اعطاء کرده است و لزوم تبعیت از این علوم در روایات متعدد به آن تأکید شده است که بیان کننده ضرورت مراجعه به متخصص و عالم می باشد.

### ۳-۱- سیره عقلا

سیره عقلا نیز در رجوع جاهل به عالم است و چیزی که بر سیره عقلا می توان نسبت داد رجوع غیر تبعیدی مراجعه کننده است که ضرورت مراجعه به متخصص را تأیید می کند.

### ۴-۱- گستردگی و پیچیدگی دانش حقوق

با توجه به گسترده بودن دانش حقوق و پیچیده شدن مسائل و پرونده های حقوقی و کیفری و اینکه در عصر کنونی هیچ کس نمی تواند ادعا کند که در تمام این علوم تبحر دارد و معمولاً هر فردی به یک موضوع خاص علاقه دارد و بیشتر در آن زمینه کار و فعالیت می کند لذا لازم است که وکلای دادگستری نیز مثل پزشکان، مهندسان و کارشناسان رسمی دادگستری در یک زمینه خاص تخصص لازم را اخذ و سپس در حیطه صلاحیت تخصصی، اقدام به اخذ وکالت نمایند.

### ۵-۱- مهارت

وظیفه مهارت، با توجه به نوع حرفه، از حرفه های دیگر متفاوت می باشد برای مثال برای یک وکیل دادگستری مهارت عبارت است از توانایی های علمی و دانش حقوقی ولی



همین وظیفه برای یک مدیر شرکت تجاری عبارت است از مجموعه علم و دانش در حوزه فعالیت شرکت مربوطه مدیریت آن در تعیین معیار استاندارد وظیفه مهارت در هر نوع نمایندگی یا وظیفه امانی شرایط، عرف و مهارت‌های منطقی لازم، دخیل می‌باشند. (چگینی، سعید، ۱۳۹۷)

## ۶-۱- پیچیده شدن روابط اشخاص حقیقی و حقوقی

امروزه با تحول نظام اجتماعی، فزونی شغل‌های شخصی افراد و پیشرفت سریع و روزافزون تحولات اقتصادی و صنعتی جوامع بشری که منجر به پیچیده شدن ضوابط و مقررات حاکم بر روابط اشخاص حقیقی و حقوقی جامعه گردیده است و مشاغل حرفه‌ای و تخصصی روز به روز در حال گسترش هستند لذا در دنیای امروز تبیین وظایف و مسؤولیت برای اینگونه حرفه‌ها امری ضروری و غیرقابل انکار به نظر می‌رسند که متأسفانه در کشور ما آن چنان که باید توجه شود، به آن پرداخته نشده است. به جز مشاغل اندکی مثل پزشکی برای مثال چند ماده از جمله موارد ۴۹۵ الی ۴۹۷ و بند ج ماده ۱۵۸ از قانون مجازات اسلامی در مورد وظیفه مراقبت و مهارت پزشک و ضمانت اجرای نقض آن می‌باشد، اما متأسفانه قانون در مورد مشاغل حرفه‌ای دیگر همانند وکیل دادگستری، مقرراتی وضع ننموده لذا این مباحث را باید ذیل عناوین کلی همانند ید امانی وکیل و نقض آن، تقصیر وکیل و مسؤولیت مدنی مطرح کرد.

## ۲- وکالت تخصصی

منظور از وکالت تخصصی این است که فارغ‌التحصیل از دانشکده حقوق در مقطع کارشناسی، که موفق به اخذ پروانه وکالت گردیده است، در یکی از گرایش‌های رشته حقوقی اعم از گرایش ثبتی، کیفری، حقوق خصوصی، حقوق بین‌الملل، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق خانواده، حقوق مالکیت فکری و حقوق ارتباطات، حقوق بشر و غیره در مقطع کارشناسی ارشد و یا دکتری ادامه تحصیل داده و موفق به اخذ مدرک کارشناسی ارشد و یا دکتری در یکی از این مقاطع تحصیلات تکمیلی گردیده باشد و یا اینکه چنانچه دارنده مدرک کارشناسی ارشد و دکتری در یکی از رشته‌های حقوق بوده با قبولی در آزمون وکالت و گذراندن دوره کارآموزی و کسب مهارت لازم دارای تخصص در رشته



تحصیلی محسوب می‌گردد. متأسفانه در حقوق ایران، نه در متون قانونی و نه در دکترین حقوقی به بحث مهارت وکیل پرداخته نشده است. هر چند در مورد بعضی از مشاغل بالاخص شغل وکالت دادگستری، آزمون و اختبار و کارگاه‌های آموزشی ویژه‌ای برای یادگیری و بالا بودن سطح علمی کارآموزان و وکلا برگزار می‌شود ولی در مورد حدود وظیفه مهارت و مسؤولیت وکلا، در قبال نقض آن، چیز خاصی بیان نگردیده است.

ولیکن وظیفه مهارت در نظام حقوقی کامن‌لو به این معناست که وکیل اعم از وکیل دادگستری و غیره، با توجه به حرفه شغلی خویش باید مهارت‌ها و دانش کافی برای انجام موضوع وکالت را گذرانده باشد و واجد آنها بوده و در عمل نیز آنها را به کار گیرد.

در حقوق ایران نیز از آنجا که وکیل امین موکل است و امین مطابق فقه و قوانین مربوطه خصوصاً ماده ۶۷۷ از قانون مدنی باید در حد عرف و مصلحت موکل عمل نماید بنابراین از لحاظ مصلحت موکل و عرف جامعه، وقتی وکیل موضوع وکالت خاصی را قبول می‌کند باید مهارت و دانش لازم و کافی را داشته باشد و اساساً موکل به این دلیل به وی وکالت می‌دهد که خود فاقد مهارت و دانش کافی در موضوع مورد وکالت است خصوصاً در مورد وکلای دادگستری این امر مصداق پیدا می‌کند زیرا که موکلان معمولاً از افراد عادی جامعه هستند و تحصیلات حقوقی ندارند لذا تسلط و مهارتی در باب مسائل قانونی و حقوقی نداشته و به همین سبب برای انجام مسائل و مشکلات حقوقی به وکیل مراجعه می‌کنند، حال وکیل نیز باید در حدود متعارف از مهارت و دانش حقوقی برخوردار باشد. سوال اساسی که اینجا مطرح می‌گردد این است که وکیلی که مهارت لازم برای انجام موضوع وکالت را ندارد و وکالت در آن خصوص را قبول می‌نماید یا وکیلی که از مهارت لازم برخوردار است ولی در عین انجام وکالت کوتاهی می‌کند و مهارت لازم را به کار نمی‌بندد آیا در قبال موکل مسؤولیتی دارد؟ آیا مسؤول جبران خسارت وارده به موکل است؟ و در وکالت در امور کیفری و جنایی که با جان، حیثیت، مال و ناموس مردم ارتباط دارد مسؤولیت وکیل در قبال موکل چگونه است؟ در جواب این سوال باید گفت که از آنجا که ید وکیل امانی است به صورت یک اصل کلی و عام مسؤول جبران خسارت وارده به موکل نیست مگر اینکه طبق ماده ۶۶۶ از قانون مدنی وکیل مرتکب تقصیر گردد و به تبع آن به موکل خسارتی وارد گردد و وکیل نیز عرفاً مسبب خسارت محسوب گردد.

از طرف دیگر، تبصره ماده ۱۴۵ از قانون مجازات اسلامی اعلام می‌دارد که: «تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است» و قسمت اخیر تبصره، یکی از موارد و مصادیق



بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را عدم مهارت می‌داند لذا به موجب این تبصره عدم مهارت نوعی تقصیر است حال فرقی نمی‌کند که وکیل فاقد مهارت لازم بوده یا اینکه آن مهارت لازم را داشته ولی آن را به کار نبسته است. مفهوم تقصیر بیشتر در مسؤولیت مدنی کاربرد دارد تا امور کیفری و این عبارت بین مسؤولیت مدنی و جزایی به نوعی مشترک است و در جرایم غیر عمدی وجود دارد نه عمدی.

علی‌الاصول از نظر حقوق جزا کسی که مرتکب تقصیر می‌گردد، مجازات کیفری ندارد بلکه ضامن خسارت وارده است و باید آن را جبران کند لذا تقصیر هم در مسؤولیت مدنی و هم در مسؤولیت کیفری، جنبه و مفهوم جبران خسارت دارد تا مجازات.

بنابراین وکیلی که مهارت لازم را ندارد و انجام موضوع وکالت را قبول می‌نماید و یا اینکه مهارت خویش را به کار نمی‌گیرد به نوعی مرتکب تقصیر شده است حال مطابق ماده ۶۶۶ قانون مدنی و همچنین قواعد عام مسؤولیت مدنی، اگر از این تقصیر وکیل به موکل خسارت یا زیانی وارد گردد در صورت وجود رابطه سببیت بین تقصیر وکیل با ورود ضرر و زیان، وکیل مسؤول جبران خسارت وارده است.

و اما در مورد وکالت تخصصی در امور جنایی و کیفری که موضوع از حساسیت بیشتری برخوردار است و جان و مال و حیثیت مردم و آبروی شهروندان در گرو دفاع موثر وکیل در دادگاه است این موضوع را می‌طلبد که وکیل در دفاع از حق و حقیقت بکوشد که امنیت قضایی شهروندان حفظ شود حال سوالی که مطرح می‌شود این است که امنیت قضایی چیست؟

### ۳- امنیت قضایی

مطابق اصل ۲۲ از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.» امنیت قضایی به عنوان یک حق بنیادین انسانی، اساس تنظیم روابط انسان‌ها است و استقرار آن در گرو تنظیم اقتدار هیأت حاکم از طریق وضع قوانینی است که حدود اختیارات آن را به نحو منطقی مشخص می‌کند، تا اینکه اصلاً حاکمیت قانون، یکی از محورهای اساسی و قضایی باشد و پای‌بندی به قانون را تضمین نماید. امنیت قضایی زمانی شکل خواهد گرفت که اصل و رویه‌های دادرسی، به نحو عادلانه، تضمین‌کننده





حقوق مادی و معنوی افراد جامعه باشند. در حقیقت، دادرسی عادلانه خود یکی از حقوق بنیادین بشر است که صحت، کارایی، و سلامت سیستم قضایی یک کشور را تأمین می‌کند. (کلانتری، ۱۳۸۰: ۶)

مقصود از امنیت قضایی به طور خاص، امنیت به خاطر و اطمینانی است که در نظر و عمل، شخص حقیقی و حقوقی را آسوده خاطر می‌سازد که بدون دلیل و خودسرانه تحت تعقیب قضایی و انتظامی قرار نخواهد گرفت و اگر به هر دلیلی در مقام مدعی، شاکی، مدعی علیه، مشتکی عنه، شخص ثالث، شاهد یا ذی‌نفع در روند اقسام دادرسی یا فرآیندهای تصمیم‌گیری تدافعی (طرفینی) وارد شود، ساز و کارهایی وجود دارد که در راستای تضمین بی‌طرفی و عدالت عمل کرده و سرپناه ابعاد مختلف اشخاص مانند جان، حیثیت، آزادی، خلوت، امنیت ذهنی و روانی، مال، شغل و مسکن است تا به ناحق مورد تعرض و تجاوز قرار نگیرد. برابر یکی از کامل‌ترین تعاریف، امنیت قضایی عبارت است از: «عملکرد صحیح، به هنگام و بدون تبعیض سیستم قضایی جهت رسیدن به اهداف تعریف شده و اطمینان عمومی نسبت به این عملکرد» که بخش اول تعریف، ناظر به ابعاد عینی امنیت قضایی است و در مقابل قسمت دوم تعریف متوجه ابعاد ذهنی امنیت قضایی است. در پرتو امنیت قضایی، افراد به فعالیت خود می‌پردازند در حالی که جان، مال، حیثیت و شرافت آنها محفوظ است و کسی نمی‌تواند متعرض آنها گردد. قانون اساسی، قوه قضاییه را مسؤول تحقق بخشیدن به امنیت قضایی و عدالت اجتماعی معرفی نموده است. «تأمین حقوق همه جانبه، افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون.» (بند ۱۴ از اصل ۳ قانون اساسی) و پاسداری از حقوق مردم، از وظایف حکومت اسلامی می‌باشد تا هر کس اجازه یابد که شکایت خویش را در مراجع قضایی مطرح سازد و در پرتو آن احیای حقوق عامه و گسترش عدالت و آزادی مشروع (بند ۲ اصل ۱۵۶) محقق گردد. (علینقی، ۱۳۷۹: ۱۰).

#### ۴- مبنای وکالت و امنیت قضایی

خداوند متعال در قرآن مجید (آیه ۱۱۲ سوره مبارکه النحل) می‌فرماید: «و ضرب الله مثلاً قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ...» یعنی خداوند برای شما شهری را به عنوان الگو معرفی کرده که در آن امنیت بسیار حکم‌فرما بوده است و مردم آن در آسایش و اطمینان زندگی نموده و از هر جانب روزی فراوان به آنان می‌رسید.



حضرت علی (علیه السلام) پیشوای پرهیزکاران، به هنگام توضیح رسالت خود نزد حضرت سبحان می‌فرماید: «پروردگار تو می‌دانی کاری که از دست ما سر زد نه برای اشتیاق در امر سلطنت بود و نه برای خواهش چیزی از زیادتی کار دنیا؛ بلکه برای این بود که معالم دین را بازگردانیم و در شهرهای تو اصلاح را آشکار سازیم تا بندگان ستم‌دیده تو ایمن گردند و آنچه از حدود تو فرو گذاشته شده است به پای داشته شود». (موذن زادگان، ۱۳۷۷: ۹)

همچنین در آیه دیگری خداوند در قرآن کریم (سوره مائده، آیه ۸) می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، برای خدا به داد برخیزید و به عدالت شهادت دهید، البته نباید دشمنی با گروهی، شما را بر آن دارد که عدالت نورزید و به عدالت عمل نکنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است و از خدا پروا دارید». در این آیه نیز خداوند از مومنین می‌خواهد که به خاطر خدا به عدالت شهادت داده و در این راه، دشمنی با دیگران، آنها را از مسیر عدالت ورزی و شهادت عادلانه منحرف نکنید.

همچنین در قرآن مجید کلمه «وکیل» و «توکل» بارها تکرار شده که دارای معانی خاصی است مانند رزاق، حافظ، مدیر و مدبر و غیره. نظیر «هو علی کل شیء وکیل» که مفسران معنا کرده‌اند او حافظ همه چیز است. همچنین در مجمع البحرین آمده است: «الوکیل من اسمائه تعالی» در مرتبه‌ای است که متصف به صفات الهی می‌باشد. به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین آیه‌ای که به بحث ارتباط دارد، آیه‌ای است در سوره نساء که خداوند متعال می‌فرماید: «ولاتکن الخائنین خصیماً یعنی از خیانت پیشگان دفاع مکن». وکیل آنگاه هم‌نام و همراه خدای عادل است که رنگ و بوی عدالت را در خود زنده نگه دارد. (نهاد وکالت، وجدان عمومی و حقوق شهروندی، صور اسرافیل)

البته این مسأله صرفاً محدود به همین آیه نبوده بلکه سیره معصومین نیز به عنوان منبعی معتبر به شناسایی حق وکیل پرداخته است، به طوری که گذشت، در باب حق داشتن وکیل، حدیثی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) توسط ام سلمه نقل شده است که بر حق داشتن وکیل می‌توان به آن استناد جست؛ اما غنی‌ترین منبع در قضاوت اسلامی سیره علوی (علیه السلام) است؛ اصرار و تأکید پیوسته‌ی حضرت امام علی (علیه السلام) در قضاوت‌هایش بر رعایت اصول اساسی دین اسلام زبانزد دوست و دشمن بوده است. از مواردی که در سیره حضرت (علیه السلام) بیانگر پذیرش صریح حق داشتن وکیل در اسلام است حدیثی می‌باشد که مورد قبول اهل سنت و شیعه بوده و آن توکیل عقیل و



عبدالله بن جعفر توسط حضرت علی (علیه‌السلام) است که حسب آن ایشان «عقیل را نزد خلیفه دوم وکیل نمود و به او فرمود آنچه به نفع او حکم کنی به نفع من است و آنچه علیه او حکم کنی علیه من است» و عبدالله بن جعفر را نزد عثمان وکیل ساخت. (ابن قدامه: ۲۰۰۹: ۲۰۵)

عقل نیز به عنوان منبع استنباطی همواره مورد توجه فقهای عظام بوده است آنها این حجت درونی را به عنوان منبع چهارم پذیرفته‌اند در موضوع مورد بحث عقل حکم می‌کند با پیچیده شدن مسائل حقوقی به ویژه در امور کیفری، متهم در دفاع از خود برای رفع اتهام وارده که مستلزم آگاهی از قوانین و مسائل حقوقی است، از وجود وکیل مدافع متخصص بهره‌مند شود، زیرا از آنجا که بنا بر نص صریح آیات و روایات، حفظ آبروی مومن از واجبات مهم شناخته می‌شود، سپس حق دفاع که مقتضای صیانت از حیثیت و آبروی شخص است از حقوق ذاتی و اساسی و غیرقابل سلب تلقی می‌گردد که دارای مبنای ضرورت عقل و شرع است. از طرفی، بنا یا سیره عقلا در اصول فقه از مبانی استنباط و اجتهاد شمرده شده است، اعتماد به بنای عقلا، طریقه خردمندان است. (باقی، ۱۳۹۳: ۴۶-۴۹)

در نظر عقلا، شخصی که در مظان اتهام قرار گرفته به دلیل فشارهای روحی و روانی که بر وی وارد می‌آید و عدم دسترسی وی به محیط بیرون، توانایی دفاع احسن را از دست خواهد داد در نتیجه وجود شخصی خبره و کاردان که به نیابت از وی عمل نماید الزامی است. (مصطفی فضائی و ابراهیم ملاکه، ۱۳۹۴: ۱۵۲)

البته این مسأله صرفاً محدود به همین آیه نبوده بلکه سیره معصومین نیز به غیر از آیات مذکور، آیات و روایات دیگری در این خصوص وجود دارد که برای پرهیز از اطلاع کدام از ذکر آنها خودداری می‌نماییم ولی همانطور که می‌دانیم حق بهره‌مندی از وکیل یکی از مهم‌ترین حقوق دفاعی متهم است زیرا متهم به موجب این حق اطمینان پیدا می‌کند که حقی از او تضییع نمی‌شود و دادرسی عادلانه در مورد او اجرا می‌شود و نسبت به حقوقی که دارد آگاهی می‌یابد این حق در درجه‌ای از اهمیت است که اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها آن را به رسمیت شناخته‌اند. اصل ۳۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز آن را در فصل حقوق ملت، بدین مضمون بیان کرده است. در همه دادگاه‌ها، طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب کنند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد. در این قانون نیز بسان



اکثر قانون‌گذاری‌ها، استفاده از این حقوق را منحصر به دادگاه‌ها نموده و در مورد استفاده از وکیل در مرحله تعقیب و تحقیق سکوت کرده است.

بند «د» ماده ۱۴-۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز اشاره به این حق در دادگاه دارد و متهم حق دارد در محاکم حاضر شود، او شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضا نماید از طرف دادگاه رأساً برای او وکیل تعیین بشود که در صورت ناتوانی از پرداخت حق‌الوکاله هزینه‌ای بر او تحمیل نگردد. اما بند «ب» این ماده به صورت مطلق چنین تضمینی را برقرار کرده است: «وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد.» بر همین اساس مباحث فراوانی در مورد حق بهره‌مندی از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی مطرح شده است.

قوانین عادی هم مقرراتی را برای نحوه استفاده از این حق بیان کرده‌اند. مانند قانون وکالت مصوب ۱۳۵۱، لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳، قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوا مصوب ۱۳۷۰، قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون آیین دادرسی کیفری (زراعت، عباس، ۱۳۹۷: ۳)

حق استفاده از وکیل یک حق طبیعی است زیرا هر کس حق دارد هنگام تعرض به جان، مال و آبروی خود دفاع کند همچنین متهم از زمان شروع تعقیب تا زمان اجرای حکم باید از حق بهره‌مندی از وکیل برخوردار باشد.

## ۵- رفتار حرفه‌ای وکیل در تحقیقات مقدماتی

رفتار حرفه‌ای وکیل بیانگر این مطلب است که وکیل باید با در نظر گرفتن شرایط و ضوابط محاکمه، بهترین و موثرترین دفاع از موکل خود را به عمل آورد و در این زمینه قصور یا تخلفی در باب دفاع از متهم یا قوانین از وی سر نزنده باشد. در حقیقت، حق داشتن وکیل مستلزم آن است که متهم بتواند از وکیل دارای صلاحیت استفاده نماید، و نیز دولت‌ها تضمین کنند که متهم، در صورت ناتوانی از تأمین هزینه‌ی وکیل، بتواند وکیل تسخیری که قادر به دفاع موثر از او باشد، برخوردار شود. این زمانی محقق خواهد شد که



متهمین از کمک‌های وکیلی با تجربه و با صلاحیت متناسب با بزه انتسابی به منظور دریافت مساعدت‌های حقوقی موثر برخوردار باشند. (طه و اشرفی، ۱۳۸۶: ۶۰) همچنین هدف از حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی به صرف حضور وکیل تأمین نمی‌گردد بلکه حضور مفید و کارآمد را ایجاب می‌کند که مستلزم سعه صدر وکیل، اجازه حضور و دسترسی وی به نتایج تحقیقات و از جمله دسترسی به شهود است.

مطابق ماده ۱۹۰ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: «متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد، این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود چنانچه متهم احضار شود این حق در برگه احضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند، اظهارات وکیل در صورت مجلس نوشته می‌شود». هر چند که حق داشتن وکیل توسط متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی توسط قانون‌گذار به رسمیت شناخته شده است. اما دسترسی متهم و وکیل وی به محتویات پرونده به منظور مطالعه پرونده و آگاهی از دلایل با محدودیت‌هایی مواجه شده است که این محدودیت‌ها در ماده ۱۹۱ از قانون آیین دادرسی کیفری ذکر شده است که این ماده مقرر می‌دارد که: «چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند، یا موضوع از جرایم علیه امنیت داخلی و یا خارجی کشور باشد با ذکر دلیل قرار عدم دسترسی به آنها را صادر می‌کند. این قرار حضوری به متهم یا وکیل وی ابلاغ می‌شود و ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است».

طبیعتاً تدارک یک دفاع مناسب و عملی، زمانی ممکن است که اصل برابری سلاح‌ها در تمامی مراحل دادرسی رعایت شود و طرفین نسبت به آگاهی از ادله جرم و اظهارات یکدیگر در موقعیت مساوی قرار داشته باشند. فراتر از مواردی که ذکر شد، مقرره‌ای است که قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری تصویب نموده که به موجب این تبصره «وکیل متهم می‌تواند در صورت طرح سوالات تلقینی یا سایر موارد خلاف قانون به بازپرس تذکر دهد». این اختیار در نظر گرفته شده برای وکیل متهم، نشان از آن دارد که قانون‌گذار حضور فعال وی در طول تحقیقات و دفاع از متهم را در جلسات مدنظر داشته است. (جزایری، سید عباس، ۱۳۹۴: ۲۴۹)



## ۶- به همراه داشتن وکیل متخصص در امور کیفری

همچنین داشتن تخصص وکیل در امور کیفری و مهارت و تجربه کافی وکیل در این زمینه، با توجه به مقررات دقیق راجع به وکالت وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی و اینکه جرایم ارتكابی نیز دارای پیچیدگی خاصی می‌باشند لذا ضرورت وکیل ماهر و متخصص را در امور کیفری می‌طلبد تا وکیل مذکور با حضور به موقع و دفاع موثر خود بتواند مسیر پرونده را در روند دادرسی صحیح و عادلانه به سمت حقیقت هدایت کند به نحوی که حق از موکل وی تضییع نگردد و حقوق دفاعی متهم به صورت کامل تضمین گردد و امنیت قضایی وی تأمین گردد.

همچنین با استنباط از عبارات «وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن مطالبی را که برای اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند» (ماده ۱۹۰ ق.آ.د.ک) و عبارت «وکیل متهم می‌تواند در صورت طرح سوالات تلقینی یا سایر موارد خلاف قانون به بازپرس تذکر دهد» (ماده ۱۹۷ قانون مذکور) اینگونه برداشت می‌شود که وکیل متهم، باید تسلط کامل بر قوانین و مقررات کیفری داشته باشد و این تسلط حاصل نمی‌شود، مگر در سایه داشتن تخصص لازم و تجربه کافی در این زمینه که می‌تواند تضمین‌کننده حقوق دفاعی متهم و به تبع آن امنیت قضایی متهم باشد.

ماده ۶ اصول بنیادین نقش وکلا بیان می‌دارد: «متهم به جرم کیفری باید حق دسترسی به وکیل با تجربه و با صلاحیت، متناسب با ماهیت جرم انتسابی را به منظور دریافت مساعدت حقوقی موثر داشته باشد». اهمیت این اصل در تحقیقات مقدماتی بیشتر از سایر مراحل دادرسی است، چون پیچیدگی‌های تحقیقات و دقت نظر و سعه‌ی صدر لازم، وجود یک وکیل حرفه‌ای را ایجاب می‌کند. (مصطفی فضائیلی و ابراهیم ملاکه، ۱۳۹۴: ۱۵۷)

همچنین در قسمت خصوصیات و آموزش وکیل دادگستری ذیل ماده ۹ اصول آمده است که: «دولت‌ها، انجمن‌های حرفه‌ای و وکلا و موسسات آموزشی، اطمینان حاصل خواهند کرد که وکلا دارای تحصیلات و آموزش مناسب بوده و از آرمان‌ها و اصول اخلاقی حرفه‌ای وکالت و نیز از حقوق بشری و آزادی‌های اساسی که مورد شناسایی حقوق ملی و بین‌المللی است آگاهی داشته باشند» که اصول مذکور همگی تأیید و تاکید بر رفتار حرفه‌ای و تخصصی وکلا دارد. در دادگاه‌های منطقه‌ای حقوق بشری، آرای



متفاوتی جهت تأیید اقدام حرفه‌ای و کلا در مرحله مقدماتی به چشم می‌خورد، در یک مورد موکل اعلام داشته است که وکیل تسخیری به وظیفه دفاع خود به نحو موثر عمل نکرده و دادگاه ملی ترتیب اثری نداده است. بنابراین دادگاه اروپایی حقوق بشر در پرونده مذکور و دادگاه اتریش را غیرقابل قبول دانسته و رد کرد. همچنین کمیسیون بین‌المللی حقوق بشر در یکی از آرای خود اعلام کرده بود چون وکیل به تعهدات خود در دفاع موثر از موکلش عمل نکرده است حق بهره‌مندی از وکیل نقض شده است. در حقیقت مفاد این رأی بیانگر این مطلب است که عدم حضور حرفه‌ای وکیل یا حضور بدون انجام اقدام موثر وی رفتاری به مراتب بدتر از عدم حضور وکیل می‌باشد و اثرات این کاستی در مرحله تحقیقات مقدماتی شدیدتر از سایر مراحل است زیرا گاه رفتار غیر مبتدیانه و غیرحرفه‌ای وکیل پرونده را از مسیر عدالت خارج خواهد نمود و یا اینکه اقدامات او سبب وارد شدن ضرر به متهم می‌شود. همچنین دیوان بین‌المللی کیفری مواردی را به عنوان شرایط صلاحیت حرفه‌ای و کلا برشمرده است از جمله صلاحیت در حقوق کیفری، آیین دادرسی کیفری و تجربه در دادگاه‌های کیفری، همچنین لازم است مسلط به یکی از زبان‌های کاری دیوان باشد. احراز این شرایط به عهده دبیرخانه و مسؤول تهیه فهرست وکلای منصوب به عنوان وکیل مدافع برای اشخاص است (زاپالا، ۱۳۸۷، ۸۰) که مفاد آرای مذکور در عرصه منطقه‌ای و بین‌المللی و مفاد قوانین و اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بر نقش وکلای حرفه‌ای در دفاع موثر از موکل و ضرورت داشتن صلاحیت و تخصص لازم تأکید می‌کند. عدم دسترسی به وکیل متخصص و ذی‌صلاح و عدم ایفای نقش موثر وکیل مبنای احراز تخلف و محکومیت دولت متخلف است که لازم است در حقوق داخلی ایران اعم از قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی و قوانین راجع به وکالت به داشتن تخصص لازم و حرفه‌ای وکیل و دفاع موثر وکیل پرداخته شود و خلاء موجود در قوانین مذکور هم در مرحله تحقیقات مقدماتی و هم در مرحله رسیدگی در دادگاه برطرف گردد.

## ۷- دخالت وکیل متهم در مرحله محاکمه

بهره‌مندی متهم از همراه داشتن وکیل در مرحله محاکمه اهمیت دارد زیرا علاوه بر دلایلی که برای مرحله تحقیقات مقدماتی بیان شد، دادگاه در این مرحله تصمیم نهایی می‌گیرد و اگر دفاع کامل انجام نشود متهم بی‌گناه به مجازات و تنبیه محکوم می‌گردد.



همچنین دخالت وکیل در محاکمه مربوط به جرایم جنایی اهمیت بیشتری دارد زیرا متهم اضطراب بیشتری دارد و به تنهایی نمی‌تواند آنگونه که شایسته است از خودش دفاع کند. (زراعت، عباس ۱۳۹۱: ۱۸)

حق دفاع از جمله حقوقی است که در مبحث مربوط به امنیت قضایی اشخاص مورد بحث قرار می‌گیرد. در واقع حق دفاع یکی از تضمین‌های مربوط به امنیت قضایی شهروندان است که در صورت نقض حقوق آنان می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. اصل ۳۵ قانون اساسی بر حق انتخاب وکیل تأکید نموده است و مواد ۳۴۶ و ۳۴۷ و ۳۴۸ از قانون آیین دادرسی کیفری در مورد حق انتخاب وکیل توسط طرفین دعوا و تعدد وکیل در امور کیفری و انتخاب وکیل معاضدتی برای متهم و حتی برای بزه‌دیده و به تشخیص دادگاه و عدم تشکیل دادگاه در جرایم جنایی موضوع بندهای (الف، ب، پ و ت) از ماده ۳۰۲ این قانون بدون حضور وکیل، به اهمیت و نقش موثر و فعال وکیل در امور کیفری در محاکم می‌پردازد.

مقنن مقررات خاصی را در خصوص نقش وکیل در جرایم غیرجنایی و عدم ضرورت حضور آن در زمان محاکمه وضع نموده است. بدین توضیح که طرفین دعوای کیفری می‌تواند وکیل معرفی کنند اما امکان دادرسی بدون حضور وکیل نیز وجود دارد. همچنین طرفین دعوا می‌توانند حداکثر دو وکیل به دادگاه معرفی کنند اما دادگاه با حضور یک وکیل تشکیل می‌شود و تعیین وکیل معاضدتی برای متهمی که توانایی و تمکن مالی ندارد منوط به درخواست متهم است اما تعیین وکیل برای بزه‌دیده فاقد تمکن مالی به تشخیص دادگاه است (تبصره ماده ۳۴۷) و حضور متهمی که وکیل دارد در جلسه دادگاه لازم نیست مگر اینکه دادگاه حضور متهم را لازم بداند.

از طرفی مقنن مقررات مخصوص را در جرایم جنایی وضع نموده است با این توضیح که دادگاه کیفری یک، بدون حضور وکیل متهم در جرایم موضوع بندهای (الف، ب، پ، ت) ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری تشکیل نمی‌شود و حضور متهم در جلسه رسیدگی به این جرایم الزامی است.

همچنین متهم می‌تواند شخصاً وکیل معرفی کند که در این صورت وکالت تسخیری از بین می‌رود و نیز یک مرتبه می‌تواند درخواست تغییر وکیل تسخیری را بنماید. دخالت وکیل در دادرسی به خاطر آن است که وکالت یک امر تخصصی است و طرفین دعوا، حق و حقوقی دارند که باید توسط یک متخصص درخواست شده و نظارت گردد. همچنین





دخالت و کیل صرفاً به خاطر حق بهره‌مندی از یک متخصص نیست بلکه متهم اگر بازداشت شود یا تحت تعقیب قرار گیرد از نظر جسمی و روحی در شرایطی قرار می‌گیرد که امکان دفاع کامل از خودش را ندارد بلکه نیازمند حمایت شخص دیگری است. در مورد شاکی نیز دلایل متعددی وجود دارد از جمله اینکه حضور وی در دادسرا و دادگاه ممکن است به مصلحت وی نباشد و یا فرصت کافی برای تعقیب دعوا نداشته باشد. (زراعت، عباس، ۱۳۹۷) ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی اعلام می‌دارد که: «هرکس متهم به ارتکاب جرم می‌شود (حق خواهد داشت) وقت و تسهیلات کافی برای تدارک دفاع از خود و ارتباط با وکیل منتخب خود داشته باشد... در محاکمه حاضر شود و شخصاً و یا به وسیله وکیل منتخب، از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح عدالت اقتضا نماید، از طرف دادگاه برای او وکیل تعیین شود که در صورت عجز از پرداخت حق‌الوکاله هزینه‌ای نخواهد داشت».

## ۸- تضمین حمایتی از بزه‌دیده

در قانون آیین دادرسی کیفری، فقط ضابطان دادگستری (نهاد مجری قانون) مکلف به اطلاع‌رسانی به بزه‌دیدگان پیرامون حقوقشان شده‌اند و در مورد اطلاع‌رسانی دیگر نهادهای عدالت جنایی به بزه‌دیده اشاره‌ای نشده است.

و کلاً نیز بایستی جهت تبیین و توضیح حقوق بزه‌دیدگان در دسترس باشند، در اعمال حقوق بزه‌دیدگان به آنان کمک کنند و در صورت ضرورت وکالت آنان را در دادگاه و دیگر مراحل کلیدی فرآیند عدالت کیفری - زمانی که بزه‌دیده صغیر بوده یا فاقد اهلیت قانونی هستند یا در هر زمانی که وکالت مقتضی یا مناسب باشد - برعهده گیرند. در خصوص وکیل نیز در حال حاضر در ایران، حق داشتن وکیل برای بزه‌دیدگان هم در مراحل تحقیقات مقدماتی و هم در مرحله دادرسی به رسمیت شناخته شده است. (جزایری، سید عباس ۱۳۹۸، ۳۹۷)

در مقررات دادرسی کیفری ایران تعیین وکیل از جانب بزه‌دیده جنبه تخییری دارد و بزه‌دیده می‌تواند از آغاز تا پایان فرآیند کیفری وکیل به همراه داشته باشد که به این موضوع در ماده ۶۸ این قانون تصریح شده است که مقرر می‌دارد: «شاکی یا مدعی خصوصی می‌تواند شخصاً یا توسط وکیل شکایت کند» و تعدد وکلای بزه‌دیده در هیچ



یک از مراحل کیفری محدود نشده است و او می‌تواند وکیل یا وکلای خود را در تمامی مراحل به همراه داشته باشد.

ضرورت حضور وکیل از جانب بزه‌دیده در فرآیند کیفری از جمله مواردی است که در حمایت از بزه‌دیده غیرقابل انکار می‌باشد.

## ۹- مصوبه کانون وکلای دادگستری اصفهان در خصوص وکالت تخصصی

مطابق با آیین‌نامه کمیسیون گواهی وکالت تخصصی مصوب ۱۴۰۰/۰۷/۰۴ و در راستای اجرای شیوه‌نامه صدور گواهی وکالت تخصصی، این آیین‌نامه به تصویب هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری اصفهان رسیده و در این مصوبه در خصوص تشکیل کمیسیون صدور گواهی وکالت تخصصی و وظایف و نحوه اداره کمیسیون موادی به تصویب رسیده است که در ماده یک این آیین‌نامه چنین مقرر شده است: «اعضای کمیسیون متشکل از ۹ نفر از وکلای دادگستری می‌باشند که دارای ۱۵ سال سابقه وکالت می‌باشند که توسط هیأت مدیره از بین وکلای دادگستری انتخاب می‌گردد». در ماده ۲ این آیین‌نامه مقرر شده که: «وظایف کمیسیون به شرح زیر می‌باشد: الف: فراخوان وکلای دادگستری، جهت ثبت درخواست گواهی ب: بررسی درخواست وکلا و انطباق سوابق و مدارک آنان با شرایط مقرر در شیوه‌نامه صدور گواهی وکالت د: برنامه ریزی و نظارت بر اجرای دوره‌های آموزشی تخصصی وکالت ه: برگزاری اختبار از وکلای شرکت کننده در دوره‌های آموزشی در پایان دوره و: اعلام گزارش نهایی مبنی بر قبول یا رد درخواست متقاضیان به هیأت مدیره جهت تصویب». در ماده ۳ این آیین‌نامه مقرر شده که: «کمیسیون حداقل سالی دوبار نسبت به فراخوان وکلای متبوع کانون جهت ثبت درخواست در یکی از حوزه‌های تخصصی مصرح در شیوه‌نامه اقدام می‌نماید. تبصره: کمیسیون می‌تواند از بین تخصص‌های مندرج در شیوه‌نامه با لحاظ شرایط و نیاز روز در هر فراخوان نسبت به تعیین تعدادی از صلاحیت‌های مورد نظر جهت ثبت درخواست وکلا اقدام نماید». در ماده ۵ مقرر شده: «پس از ثبت درخواست و تکمیل مدارک متقاضی، پرونده توسط ریاست کانون به کمیسیون ارجاع می‌شود. رییس کمیسیون پرونده را جهت بررسی و احراز و انطباق شرایط مصرح در شیوه‌نامه به یکی از اعضای کمیسیون به عنوان عضو ممیز ارجاع خواهد نمود» و در ماده ۷ ذکر شده: «که ملاک تصمیم‌گیری در کمیسیون نظر اکثریت خواهد بود و نظر کمیسیون نیز مبنی بر رد تقاضا یا عدم تمدید



یا تعلیق و ابطال گواهی تخصصی و کیل ظرف ده روز از تاریخ اعلام، قابل اعتراض می‌باشد که تصمیم هیأت مدیره مبنی بر رد یا قبول اعتراض قطعی می‌باشد». با توجه به آیین نامه مذکور برگزاری دوره‌های آموزشی و اخذ آزمون، احراز شرایط وکالت تخصصی با در نظر گرفتن مدارک تحصیلات تکمیلی امکان‌پذیر می‌باشد که این آیین‌نامه با توجه به تبصره ذیل ماده ۲۲ آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله و کلا مصوب ۱۳۹۹ و بنده ماده ۶ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا و در راستای اجرای شیوه‌نامه صدور گواهی وکالت تخصصی به تصویب رسیده است که گامی مثبت و موثر در تخصصی کردن وکالت محسوب می‌گردد. امید است که در در آینده نه چندان دور، شاهد اجرای آیین‌نامه مذکور و اعطای گواهی وکالت تخصصی به وکلای دادگستری باشیم تا بتوانیم گامی موثر در در تحقق و اجرای عدالت برداریم.

## نتیجه گیری

تخصصی شدن وکالت، یکی از ضرورت‌های امر دفاع در محاکم محسوب می‌شود و وکیلی که مسلح به دانش و مهارت کافی در امر دفاع از متهم یا بزه‌دیده می‌باشد، نه تنها در امر وکالت موفق بوده بلکه باعث ایجاد امنیت قضایی برای موکل خود گردیده است و در تحقق عدالت و اجرای آن گامی موثر برداشته است و با اجرای مصوبه کانون وکلای دادگستری اصفهان و شیوه‌نامه مربوط به آن، برای اولین بار، گامی موثر در تخصصی شدن حرفه وکالت، در طول تاریخ وکالت، برداشته خواهد شد که نه تنها موکلین در انتخاب وکیل از سردرگمی در خواهند آمد بلکه به سمت متخصصین امر وکالت خواهند رفت و وکلای متخصص نیز می‌توانند از تخصص خود استفاده کنند.

## منابع و مأخذ

### منابع فارسی

- قرآن مجید
- ابن قدامه مقدسی، شمس‌الدین عبدالرحمن، ۲۰۰۹ میلادی، مغنی، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی‌جا، جلد ۵
- باقی، عمادالدین، ۱۳۹۳، وکالت نهادی مدنی یا حکومتی، مجله مهرنامه، شماره ۳۶
- عمادالدین طبری، بشاره المصطفی لشبیه المرتضی، جلد ۱، صفحه ۵۴



- جزایری، سید عباس، ۱۳۹۴، امنیت قضایی در حقوق کیفری ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، انتشارات سامان دانش
- چگینی، سعید، ۱۳۹۷، حدود وظیفه مراقبت و مهارت وکیل در حقوق ایران و کامن لو (آمریکا)، فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره ۵
- فضائلی، مصطفی و ملاکه، ابراهیم، ۱۳۹۴، حق داشتن وکیل در اسلام و حقوق بین‌الملل بشر با تاکید بر مرحله تحقیقات مقدماتی، فصلنامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، شماره سوم
- زراعت، عباس، ۱۳۹۸، بنیادهای دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات جاودانه
- علی نقی، امیر حسین، ۱۳۷۹، امنیت قضایی، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال سوم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۰
- طه، فریده و اشراقی، لیلا، ۱۳۸۶، دادرسی عادلانه، تهران، انتشارات میزان
- موذن زادگان، حسنعلی، ۱۳۷۷، حقوق دادخواهی و دفاع در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۹
- زاپالا، سالواتور، ۱۳۸۷، حقوق بشر در محاکمات بین‌المللی، مترجم حسین آقایی جنت مکان، انتشارات دانشگاه شهید چمران اهواز
- هفته‌نامه صور اسرافیل، ۱۳۹۵، حقوق شهروندی، نهاد وکالت، وجدان عمومی و حقوق شهروندی، شماره ۱۰۰
- کلانتریان، سپیده، ۱۳۸۰، حق بر دادرسی عادلانه، وکالت، شماره ۶
- شیخ صدوق، الامالی، ترجمه آیت اله محمد باقر کمره ای، انتشارات کتابچی
- شیخ کلینی، اصول کافی، ترجمه حاج سید جواد مصطفوی، دفتر نشر فرهنگ اهل بیت علیهم السلام، جلد ۱ و ۳

### منابع انگلیسی

- Guy&xv Austria .(No7138/75).(No8403/78) report of 14ec .1981
- oElser7/v/11.62.DOC .Rev.3,1983.



## برداشت آزاد از جمع بندی سه رای وحدت رویه

### هیأت عمومی دیوانعالی کشور و مقررات

(در مورد صلاحیت محلی مراجع رسیدگی به امور محجور)

حسن وثیق زاده انصاری<sup>۱</sup>

۱- مطابق ماده ۴۸ قانون امورحسبی، تعیین (اولین) قیم برای محجور در صلاحیت محلی دادگاه محل اقامت محجور (یا حسب مورد، محل سکونت وی) می‌باشد که برابر مقررات جاری در صلاحیت ذاتی دادگاه خانواده و اداره سرپرستی دادرایی که در معیت آن دادگاه فعالیت می‌کند، قرار دارد.

۲- چون به موجب ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی «اقامتگاه صغیر و محجور همان اقامتگاه ولی یا قیم آنهاست» این تردید در رویه قضائی وجود داشت که اقامتگاه صغیری که ولی او فوت کرده است به منظور تعیین مرجع صالح محلی تعیین قیم کجاست؟ آیا محل اقامت ولی متوفی؟ یا محل سکونت فعلی محجور؟ به همین دلیل رأی وحدت رویه شماره ۲۲۴ مورخ ۲۷/۷/۲۳ هیأت عمومی دیوانعالی کشور به این تردید خاتمه داد و تعیین قیم را در صلاحیت دادگاه محل اقامت خود صغیر دانست اعم از اینکه اقامتگاه پدر (متوفی) همانجا بوده یا خیر؟ البته چون تردید فوق در مورد سایر محجورین (مجانین و سفها) وجود ندارد و اقامتگاه آنها (برای تعیین اولین قیم) برابر ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی مشخص می‌گردد لذا رأی وحدت رویه مذکور فقط ناظر بر وضعیت صغار است.

۳- برابر ماده ۵۴ قانون امور حسبی، پس از تعیین نخستین قیم، عزل و تعیین قیم جدید یا تعیین قیم موقت و سایر امور محجور با همان مرجع اولیه تعیین قیم است. بنابراین اگر مثلاً دادرسی و دادگاه تهران برای محجور تعیین قیم نموده و بعداً محل سکونت محجور تغییر کند مثلاً به قم نقل مکان کند، در ارتباط با امور محجور اعم از ابطال قیم‌نامه و تعیین قیم جدید و سایر امور محجور، همچنان دادرسی و دادگاه تهران

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس دانشگاه.



صلاحیت محلی دارند و نمی‌توانند با استناد و لحاظ ماده ۴۸ حسبی، پرونده سرپرستی را به دادسرای قم ارسال یا احاله کنند. رأی وحدت رویه شماره ۷۵۳ مورخ ۲/۶/۹۵ هیأت عمومی دیوانعالی کشور بر اساس همین وضعیت صادر شده است و مفاد ماده ۴۸ را فقط ناظر بر مواردی که ابتدائاً باید برای محجور تعیین قیم شود دانسته است. و لذا پس از تعیین قیم اولیه، محل سکونت یا اقامت جدید شخصی محجور نمی‌تواند ملاک تعیین مرجع صالح رسیدگی به امور حادث وی باشد. بلکه مفاد ماده ۵۴ حسبی (یعنی رسیدگی در همان مرجع سابق) حاکم خواهد بود. البته در نظریه دادستان کل برخلاف رأی وحدت رویه، بالصراحه اعتقاد به حکومت ماده ۴۸ حسبی (یعنی صلاحیت دادگاه محل اقامت فعلی محجور حتی در صورت تغییر محل اقامت یا سکونت سابق وی) وجود دارد با این استدلال که ماده ۴۸ موخر از ماده ۱۰۰۶ مدنی و وارد بر آن بوده و ماده ۵۴ فرع بر موضوع ماده ۴۸ است!

۴- اخیراً هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۶ مورخ ۶/۹/۱۴۰۰ در عدول و چرخشی کاملاً محسوس نسبت به رأی سابق‌الذکر خود (رأی وحدت رویه شماره ۷۵۳) اعلام داشته: «در مواردی که پس از تعیین قیم، اقامتگاه قانونی محجور تغییر کند حوزه قضایی محل اقامت جدید محجور برای رسیدگی و اقدام به امور مذکور صالح است و مفاد ماده ۵۴ با توجه به فلسفه وضع آن منصرف از این موارد است.» مطابق این رأی در صورت تغییر اقامتگاه قانونی محجور، ماده ۴۸ حاکم بوده و حوزه قضایی اقامتگاه جدید، صالح به رسیدگی به امور محجور بوده و پرونده سرپرستی از محل اقامت سابق محجور به محل جدید وی ارسال می‌گردد. البته با دقت در پیشینه رأی مذکور و اصطلاح «تغییر اقامتگاه قانونی محجور» در آن رأی به نظر می‌رسد مقصود هیأت عمومی منحصراً موردی است که علاوه بر تغییر محل سکونت محجور، اقامتگاه قیم نیز به محل جدید تغییر کرده باشد، در اینصورت می‌توان با استناد به ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی قائل به تغییر اقامتگاه قانونی محجور شد؛ وگرنه تغییر محل سکونت محجور به تنهایی نمی‌تواند تغییر اقامتگاه قانونی وی محسوب گردد.

در مبانی استدلالی رأی اخیر چند نکته قابل توجه است:

الف: قانون‌گذار در ماده ۴۸ با هدف تسریع در رسیدگی به امور قیمومت، دادگاه محل اقامت محجور را برای رسیدگی به امور محجور صالح دانسته است. (بنابراین این هدف قانون‌گذار در تفسیر و ایجاد وحدت رویه مورد لحاظ می‌باشد.)



ب: می‌توان با استدلال فوق، ماده ۵۴ را منصرف از تغییر اقامتگاه قانونی محجور دانست. مثلاً وقتی که محل اقامت شخصی محجور به تنهایی تغییر کند یا محل سکونت قیم موقتاً تغییر کند. در اینگونه موارد همچنان دادگاه اقامتگاه قانونی (که بدو تعیین قیم کرده) به حکم ماده ۵۴ صالح به رسیدگی است.

ج: مواردی را که صدر ماده ۵۴ به آنها تصریح نموده یعنی «عزل و تعیین قیم جدید و تعیین قیم موقت» حتماً در صلاحیت دادگاهی که بدو تعیین قیم کرده است خواهد بود، هرچند که پرونده سرپرستی به دلیل تغییر اقامتگاه قانونی محجور به حوزه قضائی جدید منتقل شده باشد.

### نتیجه‌گیری

پس از آنکه مطابق ماده ۴۸ قانون امور حسبی، اداره سرپرستی (دادسرا) و دادگاه خانواده حوزه قضائی اقامتگاه محجور (بنابر تعریف ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی) برای وی تعیین قیم نمودند تا زمانی که اقامتگاه قانونی وی (حسب تعریف ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی) تغییر نکرده کلیه امور مربوط به وی راجع به همان مراجعی است که بدو تعیین قیم نموده‌اند. ولی پس از تغییر اقامتگاه قانونی محجور، امور وی به استثنای عزل و تعیین قیم جدید و تعیین امین موقت که مطابق ماده ۵۴ قانون امور حسبی همچنان در صلاحیت محلی مراجع سابق می‌باشد، سایر امور وی در صلاحیت حوزه قضائی مربوط به اقامتگاه قانونی جدید او خواهد بود.

در پایان، چند کلام آزاد خطاب به قضات عالیقدر هیأت عمومی دیوانعالی کشور:

جایگاه و شأنی که قانون‌گذار برای آن بزرگواران در رسالت رفع ابهامات ناشی از تعارضات یا خلأهای قانونی و تبیین و تصریح مراد قانون‌گذار قائل شده است، اقتضا دارد انشا و نگارش آرای وحدت رویه شفاف و صریح و موجب فصل‌الخطاب باشد و به گونه‌ای نباشد که خود نیازمند به تفسیر و توضیح مجدد و محل بحث و معرکه دیدگاه‌ها و برداشت‌های حقوقی متفاوت جدید قرار گیرد و نیز چنانچه مقصود از صدور رأی، نسخ رأی سابق‌الصدور است، صراحتاً ذکر شود.



# ماهیت و اعتبار رأی تکمیلی در رژیم دادرسی ایران با تکیه بر رویه قضایی

علی نیک پور<sup>۱</sup>

## چکیده

با مسکوت یا مغفول ماندن بخشی از خواسته در حکم، ایده‌ی صدور رأی تکمیلی در رویه قضایی رخنه کرده است. پیش از این، پژوهش منقحی پیرامون رأی تکمیلی در اندیشه‌های دادرسی‌دانان به چشم نمی‌آید، اما صدور آرای پیاپی از دادگاه‌ها - پس از فراغت از رسیدگی - به عنوان تالی تلو رأی اصلی از یک سو و بروز ابعاد کور آیین صدور اینگونه آرای از طرف دیگر، ضرورت نگاهی ذو ابعاد به قضیه را می‌طلبد. خلاء انشایی در بخشی از خواسته‌های یک دعوی از یک دادنامه - که می‌تواند ناشی از فراموشی دادگاه باشد - سرچشمه‌ی نزاع است. محور اصلی این گفتگو اعتبارسنجی رأی تکمیلی در نظام آیین دادرسی مدنی ایران است. در این نوشتار ضمن اعتبارسنجی فرایند صدور رأی تکمیلی، صدور این دست آراء از سوی محاکم به چالش کشیده شده و مخاطرات عملی برخاسته از این اندیشه از نظر گذر کرده و پس از ارائه‌ی دلایل موافقان و مخالفان، تزلزل جایگاه رأی تکمیلی در نظام آیین دادرسی مدنی ایران به اثبات رسیده است.

**کلمات کلیدی:** رأی تکمیلی، رویه قضایی، فراغ دادرسی، منع تشدید مجازات در مرحله تجدیدنظر.

## درآمد

باید نقضی در کار باشد تا به اقدام تکمیلی حاجت شود. پس تکمیل رأی: "فرآیندی است که به دنبال خلاء انشائی در دادنامه، موجب انشای رأی جدید از همان دادگاه

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، عضو کانون وکلای اصفهان.





می‌شود.<sup>۱</sup> این تعریف واجد عناصری است که باید هنگام مطالعه بدان توجه شود. از جمله عناصر تعریف آن است که اولاً، رأی می‌بایست توسط همان دادگاهی صادر شده باشد که یک بار، پیش‌تر دادنامه‌ای در آن پرونده صادر نموده است. بنابراین چنانچه تکمیل نقایص توسط دادگاه عالی صورت پذیرد مشمول مبحث عنه نیست. ثانیاً، اقدام مجدد دادگاه در انشاء رأی می‌بایست ناشی از سکوت و ترک فعل دادگاه در خصوص اظهار نظر پیرامون یکی از خواسته‌ها یا جرایم باشد. بنابراین چنانچه در جایی رأی دادگاه در بردارنده‌ی تمام جوانب موضوعی قضیه باشد، اما سلیقه و باور دادگاه پس از صدور رأی راجع به تصمیم و ابعاد قضیه تغییر نماید، دیگر امکان ورود و صدور رأی تکمیلی بی‌معنی خواهد بود، چنان که اساساً از گفتار ما نیز خارج است! حال اشتباه در تنظیم رأی (سهو قلم) موضوع ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی اینگونه است، زیرا در این دست موارد، دادگاه تنها اشتباهات محاسباتی یا مواردی که از قلم افتاده و به اساس رأی لطمه وارد نمی‌سازد را جبران می‌کند.<sup>۲</sup> نیز در مواردی که دادگاه در راستای ماده ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی به اختلافات راجع به مفاد حکم، همچنین اختلافات مربوط به اجرای احکام که از اجمال یا ابهام حکم یا محکوم‌به حادث شود، رسیدگی می‌کند، از دایره‌ی شمول رأی تکمیلی خارج است. زیرا در این مورد هم در خصوص تمام زوایای دعوی اظهار نظر شده، قبلاً دادگاه رأی خود را انشاء کرده است، اما حکم یا محکوم‌به می‌تواند مجمل یا مبهم باشد و خود منشاء اختلاف گردد. این رفع اجمال یا ابهام از مصادیق بحث ما نیست.<sup>۳</sup> نیازی به توضیح ندارد که فقراتی که قانون‌گذار اجازه‌ی مداخله‌ی مجدد به دادگاه در حکم خود را داده است نیز از موضوع نوشتار حاضر خارج است. زیرا این موارد از استثنائات قاعده‌ی فراغ دادرسی به شمار می‌روند و نه تنها در حوزه‌ی مدنی بلکه در حوزه‌ی حقوق کیفری هم

---

۲. هرچند در ادامه خواهیم دید برخی دادگاه‌ها در توجیه آرای تکمیلی، به قیاس به رأی تصحیحی روی آورده‌اند.

۳. برای دیدن تفصیل مطلب بنگرید به: شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی، جلد نخست، ص ۴۳۶، ش، ۹۳۵ و مهاجری، علی، شرح قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، ص ۱۱۹ و حیاتی، علی عباس، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۸۰.



نمونه‌هایی دارند.<sup>۴</sup>

شاید در بادی امر، اندیشمندان به جهت روشنی موضوع نیازی به تفصیل اینچنینی نبینند اما رویه‌ی برخی از دادگاه‌ها - که از قضا رو به فزونی هم هست - نگارنده را وادار به تأمل در این زمینه نمود. از طرفی دادگاه‌هایی سوده‌ی در باب صدور رأی تکمیلی دارند، که عموماً در مرجع تجدیدنظر و به مثابه‌ی روش‌ساز و رویه‌ساز عمل می‌کنند. بنابراین موضوع اینجا اهمیت دارد که اساساً آیا صدور رأی تکمیلی به سیاق آنچه پیش‌تر اشارت رفت مطابق مقررات است یا بدعتی است که توسط محاکم ایجاد شده است؟ آیا دلالت محاکم تجدیدنظر به محاکم تالی و بازگرداندن پرونده به مراجع بدایت برای صدور رأی تکمیلی ابتدای قانونی دارد یا ابتکاری است برای جبران کاستی‌های تقنینی؟ پاسخ هرچه باشد، اهمیت دارد. برای یافتن آن نیز جز استقراء در قانون آیین دادرسی مدنی و قوانین مشابه و تحلیل اندیشه‌های حقوقی باید به رویه‌ی قضایی مراجعه نمود. دلایل موافقان و مخالفان را ارائه و بعد از توزین، رأی مختار را ابراز نمود.

---

۴. واخواهی (ماده ۴۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی)، اعتراض شخص ثالث (ماده ۴۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی)، تصحیح حکم (ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی)، رفع اجمال و ابهام از حکم از موارد منصوص است. همچنین در حوزه‌ی حقوق کیفری مواردی همچون ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۱۴ با الحاقات و اصلاحات بعدی مشعر بر: «در تمام محکومیت‌های تعزیری در صورتی که دادستان از حکم صادره درخواست تجدیدنظر نکرده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند پیش از پایان مهلت تجدیدنظرخواهی با رجوع به دادگاه صادرکننده حکم، حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط یا درخواست تجدیدنظر را مسترد نماید و تقاضای تخفیف مجازات کند. در اینصورت، دادگاه در وقت فوق‌العاده با حضور دادستان به موضوع رسیدگی و تا یک چهارم مجازات تعیین شده را کسر می‌کند. این حکم دادگاه قطعی است» می‌توان اشاره نمود. مواد ۵۱۰ و ۵۱۱ همان قانون نیز اجازه‌ی ورود مجدد دادگاه را داده‌اند. یا ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱ به دادگاه اجازه‌ی مداخله‌ی دیگر بار را داده است. آزادی مشروط و تعلیق اجرای حکم را نیز در زمره‌ی این موارد باید دانست.



## موافقان صدور رأی تکمیلی

در شمار ادله‌ی موافقان صدور رأی تکمیلی، نص محکم قانونی یافت نمی‌شود. از میان مواد آیین دادرسی مدنی به ویژه مقررات ناظر بر باب چهارم از فصل یازدهم کتاب اول قانون آیین دادرسی مدنی مقرره‌ای که امکان مداخله‌ی مجدد دادگاه برای به جا آوردن و قضای دوباره‌ی موارد مغفول را بیان کند، وجود ندارد. در حوزه‌ی آیین دادرسی کیفری نیز صدور رأی تکمیلی - به این شمایل - بی‌سابقه است. در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ با الحاقات و اصلاحات بعدی هم از اذن مستقیم قانون‌گذار در این باب نشانی نیست. با وجود این برخی شارحین قانون آیین دادرسی مدنی بر این باورند که: « ماده ۳۴۹<sup>۵</sup> مانع از این نیست که دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی و صدور رأی به دادگاه بدوی تذکر دهد نسبت به امری که سکوت نموده رسیدگی نموده و اظهار نظر قضایی به عمل آورد. استثنای این قاعده مرتبط بودن قسمت مسکوت دعوا با قسمتی است که در آن رأی صادر شده است. در این صورت قبل از رسیدگی به قسمت مورد اعتراض با ارجاع دادگاه تجدیدنظر، دادگاه بدوی باید، در قسمت مسکوت نیز رسیدگی و اظهار نظر نماید<sup>۶</sup>».

این اندیشه را می‌توان مستظهر نمود به احتراز از تکرار دعاوی، ترمیم دادرسی و پیگیری استماع دعوی تا به ثمر نشستن و ختم آن. در واقع خواهان یک بار خواسته را مطرح نموده، هزینه‌ی دادرسی را پرداخت کرده<sup>۷</sup>، به وظایفش حین دادرسی عمل کرده، حالا منطقی نیست، جور نسیان دادرسی بر او تحمیل شود. از سویی زمانی که از طرفین و

---

۵. ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹: «مرجع تجدیدنظر فقط به آنچه که مورد تجدیدنظرخواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می‌نماید.»

۶. مهاجری، علی، دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۳، صص ۲۷۷ و ۲۸۸، ش ۱۶۱۳.

۷. «... به راستی، اگر میان ارزش صادره از یک دادرسی و نتیجه‌ی آن برای اصحاب دعوا تناسبی دیده نشود باید در کارآیی اجرای عدالت تردید نمود...» (محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی، ص ۲۸۳، ش ۹۹).



دولت صرف رسیدگی به دعوی شده، آب رفته‌ای است که دیگر به جوی بر نمی‌گردد. پس صرفه در شکستن حصن تعصبات قانونی و پیدا کردن راه چاره‌ای برای تلافی مغفول‌عنه است. بهترین و نزدیک‌ترین راه برای رسیدن به این هدف صدور رأی تکمیلی است.

واقعیت این است که در فقه طرح چنین موضوعی سابقه ندارد اما لزوم استماع دعوای مدعی از یک سو و امکان نقض و ابطال حکم و صدور حکم جدید در مواردی همچون عروض شک و تردد بر قاضی بدون سپری شدن زمان قابل توجه و قبل از اجرای حکم یا در اثنای اجرا و همچنین در حالت تبیین خطا از سوی دیگر - به طریق اولی - برای رسیدگی مجدد برای حاکم شرع منعی پیش رو نمی‌نهد. زیرا حاکم مختار است دوباره به آنچه مورد حقوق حکم قرار نگرفته رسیدگی کند. نکته آنجاست که در آداب القضاء قاعده‌ای مانند آنچه در ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده، وجود ندارد و حاکم میسوط‌الید آسان‌تر می‌تواند در حکم خود مداخله نماید.<sup>۸</sup>

دانستن این نکته هم خالی از فایده نیست که در فقه نسبت به دخالت مجدد در حکم مقاومت نشان داده شده است یعنی پس از صدور حکم حاکم اول، ترافع به حاکم آخر جایز نیست و حاکم (قاضی) دیگر نمی‌تواند حکم اولی را نقض نماید. زیرا حکم حاکم بر همگان نافذ است چه حاکم دیگری باشد چه غیره. مگر در صورتی که حاکم اول واجد شرایط قضاوت نبوده یا حکمش مخالف قطعی کتاب و سنت باشد. زیرا در این صورت حکم اول در حکم عدم است و نفوذ شرعی ندارد.<sup>۹</sup>

پس آنان که می‌خواهند از فقه برای تئوری صدور رأی تکمیلی بهره‌برند، باید به هوش باشند که فقه چه رویکردی نسبت به دخالت قاضی دیگر در حکم پیشین دارد.

---

۸. و إذا حکم بشيء ثم بان له انه خطأ، أو بان له ان الحاكم قبله حکم بشيء و أخطأ فيه، كان عليه نقض ما أخطأ هو فيه، و كذلك ما أخطأ فيه غيره من الحكام المتقدمين عليه، و حکم بما يعلمه من الحق (المهذب (لابن البراج)؛ ج ۲، ص ۵۹۹). برای دیدن تفصیل مطلب بنگرید به: موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه القضاء، ج ۱، ص ۳۱۵ و همچنین به: گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، کتاب القضاء، ج ۱، ص: ۱۶۵ به بعد.

۹. لا يجوز الترافع إلى حاکم آخر بعد حکم الحاكم الأول (مبانی تکملة المنهاج؛ ج ۱ موسوعه، ص ۲۶).



ناگزیر باید به محضر قانون شرفیاب شوند!

با این اوصاف بی آنکه توجیهی در آرای قضایی مشاهده شود، رویه‌ی قضایی تمایل به صدور رأی تکمیلی دارد و از این تئوری استقبال می‌کند، دادگاه‌های تجدیدنظر در موارد متعددی که رأی در بخشی از خواسته مسکوت مانده، یا حتی در برخی امور کیفری دادگاه‌های بدایت را دلالت یا به عبارت بهتر ملزم به صدور رأی تکمیلی نمودند.

در رأی شماره ۲۲۳۹۳۶۳۰۰۴۲۶۳۹۰۰۰۹۳۹۰۰۰۱۴۰۰/۰۴/۲۳-۱۴۰۰ صادر شده از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان آمده است: «تجدیدنظرخواهی آقای م. ا به نمایندگی از بانک ق به طرفیت آقای ر. ش نسبت به دادنامه شماره ۲۶۱۶۳۸۲-۱۴۰۰/۰۳/۱۷ صادر شده از شعبه اول شهرستان خوانسار، دادگاه نظر به اینکه نسبت به مازاد مبلغ ۹۰۵۰۰۰۲۴۴ ریال نفیاً یا اثباتاً اظهار نظری نشده و نسبت به مبلغ یاد شده تجدیدنظرخواه در این قسمت محکوم‌له واقع نشده است و در مورد مازاد مورد خواسته تجدیدنظرخواه دادگاه بدوی نفیاً یا اثباتاً اظهار نظری نکرده و دادگاه تجدیدنظر، آنچه در دادگاه بدوی مورد رسیدگی و صدور حکم قرار گرفته را رسیدگی می‌نماید بنابراین مستند به مواد ۳۴۹ و ۳۴۱ و ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد تجدیدنظرخواهی نامبرده صادر و اعلام می‌گردد. رای دادگاه قطعی است. در ضمن مراتب اظهار نظر در مورد مازاد مورد حکم در قالب رای تکمیلی به دادگاه بدوی یادآوری می‌گردد.»

همچنین در پرونده‌ی کلاسه ۸۱۲۰۰۸۱۲۰۹۸۳۶۳۷۱۰۰۹۸۰۹۸۳۶۳۷۱۰۰۸۱۲ متعاقب تجدیدنظرخواهی از دادنامه‌ی شماره ۳۹۷۰۰۳۹۷۳۶۳۷۱۰۰۹۹۷۳۶۳۷۱۰۰۹۹۷۳۶۳۷۱۰۰۳۹۷ شعبه نهم محاکم تجدیدنظر استان اصفهان، پرونده را به دادگاه بدوی برای صدور رأی تکمیلی اعاده می‌دهد. نکته‌ی درخور توجه آنکه دادگاه نخستین زیر بار صدور رأی تکمیلی نمی‌رود و آن را به رسمیت نمی‌شناسد اما برای امتثال امر دادگاه فرادست، طی حکمی به شماره ۱۸۹۶۵۳۸۰۰۰۱۸۹۶۵۳۸۰۰۰۹۳۹۰۰۰۱۴۰۰-۲۸/۰۲/۱۴۰۰ اینگونه انشاء رأی می‌کند: «نظر به اینکه در دادنامه شماره ۳۹۷۰۰۰۳۹۷-۹۹۰ این دادگاه در پرونده کلاسه ۹۸۰۸۹۰ از حیث ذکر نام خوانده ردیف دوم سهو قلم صورت گرفته لذا دادگاه بنا به نقص اعلامی مورد نظر شعبه محترم

۱۰. موضوع دعوی مطالبه‌ی وجه یک فقره چک به طرفیت شرکت تعاونی و شخصیت حقیقی بوده که به موجب دادنامه‌ی موصوف حکم به بطلان دعوی خواهان صادر می‌گردد.



نهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان و به استناد ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با این توضیح که خواهان به جهت مطالبه‌ی یک فقره چک که شخصیت حقوقی (مسکن مهر ص.خ) صادر نموده است و به جهت عدم وصول آن خواسته‌ای به طرفیت شخصیت حقوقی و آقای ع.آ که از اعضای هیأت مدیره و مدیر تصفیه بالفعل شخصیت حقوقی مذکور است، طرح نموده است و در خصوص موضوع اظهار نظر و اتخاذ تصمیم ماهوی صورت گرفته است لکن حین تحریر و نگارش نام خوانده «ع.آ فرزند ح با و کالت م.م» ذکر گردیده است و حال آنکه خوانده «ع.آ فرزند ح و مسکن مهر ص.خ با مدیریت تصفیه آقای ع.آ» می‌باشد بنابراین به شرح فوق یعنی با تصحیح نام خوانده دادنامه‌ی مذکور را تصحیح و اصلاح می‌نماید. تسلیم رونوشت رأی اصلی بدون رأی تصحیحی ممنوع است. این رأی از حیث حضوری و غیابی بودن تابع رأی اصلی است.»<sup>۱۱</sup>

۱۱. مجدداً از این حکم توسط زوجه تجدیدنظرخواهی می‌شود و شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر اینگونه انشای رأی می‌نماید: «در خصوص تجدیدنظرخواهی خانم الف ک به طرفیت آقای ن ط نسبت به قسمتی از دادنامه شماره ۰۹۴۵-۹۹۰ و رأی تکمیلی صادره به شماره ۸۲۷۲-۱۴۰۰ که متضمن تعیین حقوق مالی تجدیدنظرخواه است بدین توضیح که تجدیدنظرخواه ..... لذا رأی صادره در خصوص حقوق مالی زوجه مصون از ایراد موجه بوده و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد اعتراض معترض دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد. این رأی ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد. (دادنامه‌ی شماره ۰۶/۲۳۳۶۵۶۲۳۹۰۰۰۴۵۶۳۹۰۰۰-۱۴۰۰/۰۵/۲۴). نگارنده باید همین جا یکی از آثار زیان‌بار صدور اینگونه احکام که عملاً اتفاق می‌افتد را گوشزد نماید. در این پرونده (طلاق) زوج نیز نسبت به رأی اولی (نه رأی تکمیلی) -در بخش اعسار از پرداخت مهریه- تجدیدنظرخواهی می‌کند، زوجه هم نسبت به آن دادنامه تجدیدنظرخواهی می‌کند اما دادگاه تجدیدنظر پرونده را برای موارد مغفول حقوق زوجه - یعنی صدور رأی تکمیلی برای حقوق مالی - مرجوع می‌کند. رأی تکمیلی صادر می‌شود. زوجه دوباره نسبت به رأی تکمیلی تجدیدنظرخواهی می‌نماید، نتیجه رأی اخیر الصدور می‌شود. در این رأی، «پژوهش‌خواهی زوج گم می‌شود» و اینبار دادگاه تجدیدنظر خود دچار این کلاف سردرگم شده و تصمیم‌گیری

همانطور که اشارت رفت در این فقره دادگاه تصمیم خود را در قالب رأی تصحیحی گنجانده است.

دادنامه‌ی شماره ۱۴۰۰/۰۳/۲۷-۱۴۰۰۰۹۳۹۰۰۰۳۱۵۸۲۷۲ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی خوانسار به دلالت شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان اشعار داشته: «نظر به اینکه در دادنامه شماره ۰۰۹۴۵-۰۰۹۹۰ این دادگاه در پرونده کلاسه ۹۸۰۷۹۶ نسبت به شروط ضمن عقد مندرج در سند نکاحیه شماره .... مورخ .... دفتر رسمی ازدواج شماره... خوانسار اتخاذ تصمیم نشده است و همچنین حسب نظر دادگاه محترم تجدیدنظر در خصوص اجرت‌المثل ایام زوجیت نیز می‌بایست تصمیم گرفته شود لذا دادگاه بنا به نقض اعلامی مورد نظر شعبه محترم شش دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان با تنقیح مناط از ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۳۵۱ قانون اخیرالذکر نسبت به تصحیح و تکمیل دادنامه مذکور اقدام می‌گردد بدین صورت که... مع ذلک دادنامه به شرح فوق تصحیح و تکمیل می‌گردد. تسلیم رونوشت رأی اصلی بدون رأی اصلاحی و تکمیلی ممنوع است. این رأی از حیث حضوری و غیابی بودن تابع رأی اصلی است.»

در قلمرو رسیدگی‌های جزایی نیز آناتی از این موضع یافتنی است. برای نمونه در پرونده‌ی شماره ۹۵۰۹۹۸۳۶۳۸۱۰۰۴۱۵ با موضوع مشارکت در سرقت تعزیری - به دلیل عدم رعایت مقررات تعدد یا بهتر است گفته شود، صدور حکم به کمتر از مجازات قانونی و با اینکه متهمین از دادنامه پژوهش‌خواهی می‌کنند- باور شعبه سوم محاکم تجدیدنظر استان اصفهان بر اعاده‌ی پرونده به دادگاه بدوی صدور حکم از نو با رعایت مقررات مورد نظر دادگاه تجدیدنظر است. سپس دادگاه بدایت در دادنامه‌ی شماره ۹۸۰۹۹۷۳۶۳۷۱۰۰۲۶۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۳/۲۱ اینگونه رأی صادر نموده است: «پیرو دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۳۶۳۷۱۰۰۱۰۸۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۵/۲۶ صادره از این شعبه در پرونده کلاسه ۹۶۰۳۹۷ که به موجب آن آقایان ۱- مهدی م فرزند ح و ۲- حسن ن فرزند ذ به اتهام مشارکت در سرقت اموال گلخانه آقایان ح.م، ع.ح و ن.ص به لحاظ اخذ رضایت شکات به

راجع به اعتراض زوج در بخش اقساط اعسار و پیش قسط تعیین شده را فراموش می‌کند. این نمونه‌ی عملی تالی فاسد رأی تکمیلی است. نمونه‌ای که شاید در مقام تئوری متصور نباشد اما در عمل مشکلاتی را موجب می‌شود که بیرون جستن از آن دردسر زاست.



تحمّل نود و یک روز حبس تعزیری و سی ضربه شلاق تعزیری محکوم شده‌اند و سپس هر دو از دادنامه‌ی صادره تجدیدنظرخواهی کرده و دادگاه محترم تجدیدنظر استان اصفهان (شعبه محترم سوم) به لحاظ عدم رعایت مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و عدم تعیین مجازات به تعداد جرایم ارتكابی و اینکه مجازات تعیین شده برای کدام یک از فقرات سرقت می‌باشد پرونده را جهت صدور رأی تکمیلی اعاده فرموده است، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و تعدد جرایم و سرقت حسب شکایت هریک از شکات مستندا به ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۶۵۶ کتاب تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵ و رعایت بند الف ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی با لحاظ تخفیف در مجازات اولی مجازات موضوع دادنامه را با اضافه نمودن دو سال حبس تعزیری و سی ضربه شلاق تعزیری تکمیل (مجموعاً دو سال و نود و یک روز حبس تعزیری و شصت ضربه شلاق تعزیری) محکوم می‌نماید. متذکر می‌شود ایام بازداشت قبلی از مجازات قابل اجرا کسر می‌گردد و وفق ذیل ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی صرفاً یکی از مجازات‌ها در رابطه با محکومین قابل اجراست. این رأی به تبع رأی اصلی حضوری بوده و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان اصفهان می‌باشد.»

باز هم از این رأی تجدیدنظرخواهی می‌شود با وجود این هیأت حاکمه‌ی شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در رأی شماره ۰۸۷۹۰۳۶۸۳۰۰۹۹۷۰۹۸۰۱۹/۰۵/۱۳۹۸ اینگونه رأی خویش را انشاء می‌نمایند: «در خصوص تجدیدنظرخواهی متهمان ۱- م.م فرزند ح با وکالت بعدی ع.ن ۲- ح.ن فرزند ذ نسبت به دادنامه ۱۰۸۷-۹۶ مورخ ۹۶/۵/۲۶ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی خوانسار که منجر به صدور دادنامه‌ی تکمیلی شماره ۹۸-۲۶۷ مورخ ۹۸/۳/۲۱ گردیده و متضمن محکومیت هر یک از تجدیدنظرخواهان به تحمّل سه فقره دو سال و نود و یک روز حبس تعزیری و شصت ضربه شلاق تعزیری بابت اتهام سه فقره سرقت می‌باشد، این دادگاه با بررسی محتویات پرونده و با عنایت به تحقیقات انجام شده نظر به اینکه دادنامه‌های صادره وفق مقررات بوده و از سوی تجدیدنظرخواهان دلیل و مدرکی که موجبات نقض آن را فراهم آورد ارائه نگردیده و از طرفی برخلاف استدلال وکیل محترم تجدیدنظرخواه ردیف اول دادگاه تجدیدنظر به لحاظ عدم رعایت مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ از سوی دادگاه محترم بدوی تذکر قانونی داده است زیرا اساساً در رابطه با قسمتی از موارد اتهامی که





از سوی دادسرا کیفرخواست صادر گردیده دادگاه محترم بدوی اظهار نظر ننموده و این تذکر دادگاه تجدیدنظر تشدید مجازات محسوب نمی‌گردد و دادگاه تجدیدنظر هیچگونه رأیی که میزان مجازات را تشدید نماید صادر نکرده است لذا دادگاه به استناد بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن رد تجدیدنظرخواهی متهمان دادنامه‌های صادره تأیید می‌گردد. این رأی قطعی است.»

نگارنده در این مقال در پی نقد آرای صادر شده نیست و داوری را به مخاطب وقاد می‌سپرد. به هر روی مشاهده می‌شود که صدور رأی تکمیلی در رویه‌ی قضایی طرفدارانی دارد.

اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه‌ی مشورتی خود به شماره ۷/۹۸/۵۱۸ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۸ اشعار داشته:

درفرضی که دادگاه بدوی به درخواست زوج گواهی عدم امکان سازش صادر کرده، اما راجع به بخشی از حقوق مالی زوجه اظهار نظر نکرده است، همانگونه که در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۳۱۷۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۰<sup>۱۲</sup> خطاب به آن مرجع اعلام شده است، پرونده

---

۱۲. در فرضی که محکمه بدوی با صدور حکم به الزام زوج به طلاق، علی‌رغم مفاد ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، در مورد حقوق مالی زوجه تعیین تکلیف ننموده است، در صورت طرح پرونده مزبور در دادگاه تجدیدنظر، به لحاظ عدم تعیین تکلیف دادگاه بدوی نسبت به موارد مذکور، از آنجا که مطابق ماده ۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی، به ماهیت هیچ دعوایی نمی‌توان در دادگاه بالاتر رسیدگی نمود؛ مگر اینکه در مرحله نخستین در آن دعوا حکم صادر شده باشد و با عنایت به ماده ۳۴۹ قانون اخیرالذکر، در فرض مذکور دادگاه تجدیدنظر مواجه با تکلیف به صدور حکم نسبت به موارد مذکور نیست و به دادگاه بدوی جهت اظهار نظر پیرامون موارد معنونه متذکر می‌شود و دادگاه بدوی مکلف به اعمال مفاد ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ می‌باشد. بدیهی است پس از اقدام دادگاه بدوی در اینخصوص چنانچه زوجه درخواست تجدیدنظر نماید، مرجع تجدیدنظر به تکلیف قانونی خود عمل خواهد نمود. ضمناً در صورت عدم تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه با توجه به اینکه در ماده ۲۹ قانون یاد شده تصریح شده است که ثبت طلاق موکول به تأدیبه حقوق مالی زوجه است، مادام که راجع به این حقوق تعیین تکلیف نشده است، دادگاه می‌تواند در اجرای



باید به دادگاه بدوی ارسال شود تا به تکلیف قانونی خود عمل نماید و در این حالت اگر دادگاه قرار کارشناسی صادر کند، پرداخت دستمزد کارشناسی بر عهده زوج است و اگر وی از پرداخت دستمزد کارشناسی خودداری کند، با توجه به این که به تصریح مقنن در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ثبت طلاق موکول به تأدیه حقوق مالی زوجه است، مادام که دستمزد کارشناس پرداخت نشود و در خصوص حقوق مالی زوجه تعیین تکلیف و سپس پرداخت نشود، امکان ثبت طلاق وجود ندارد.

### مخالفان صدور رأی تکمیلی

موافقان رأی تکمیلی با اتکا به پاره‌ای مصالح و به جهت پرهیز از برخی مفاسد، اعتقاد راسخ بر این موضع دارند اما فقراتی قابل اعتنا در جبهه‌ی مخالف وجود دارد که خود از مصالح است.

نخستین و بزرگ‌ترین مانع بر سر راه پذیرش رأی تکمیلی قاعده‌ی «فراغ دادرس» است. این قاعده‌ی پیشرفته که در ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ پیش‌بینی شده بود (قاضی پس از امضای رأی، حق تغییر آن را ندارد) و از روح مواد در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز چنین قاعده‌ای مستنبط است<sup>۱۳</sup>، اجازه‌ی دیگر بار قلم بردن قاضی در محتوای رأی را نمی‌دهد. هرچند این قاعده هم مانند هر قاعده‌ی دیگری از هجوم استثنا در امان نمانده است و از این رو ممکن است گفته شود رأی تکمیلی نیز استثنایی بر قاعده‌ی فراغ دادرس محسوب می‌شود، اما این پاسخ مندرج است به اینکه، استثنائات قاعده‌ی فراغ دادرس را باید در قانون جستجو کنیم. چه ماده ۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ جواز تغییر حکم را محدود و منحصر به موارد منصوص در قانون نموده است. نیازی به تأکید نیست که تعمیم استثنا به سایر موارد جایز نیست و اقتضای به

---

ماده ۳۹ قانون مذکور قابل اجرا بودن گواهی عدم امکان سازش و یا حکم طلاق را گواهی نماید.

۱۳. بنگرید به: نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۳۸۱ و شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۲۳۰، ش ۴۳۵.



موضع نص به سزااست. پس ناگزیر می‌بایست با استقرا در همان قانون به موارد جواز ورود مجدد و تغییر حکم بسنده نماییم. هر آنچه خارج از استقرای تام مورد مطالعه قرار گیرد، باید مشمول قاعده‌ی فراغ دادرسی قلمداد شده و با این منع قانونی مواجه گردد. دادرسی‌دانان ذیل قاعده‌ی مذکور استثنائات آن را نیز برشمرده‌اند.<sup>۱۴</sup> اما هیچ یک از آنان به صدور رأی تکمیلی اشاره‌ای نداشته‌اند. تنها در یک مورد و ذیل مبحث دیگری یکی از آنان موافقت خود را با این اقدام اینگونه ابراز می‌کند<sup>۱۵</sup>: «البته ماده ۳۴۹<sup>۱۶</sup> مانع از آن نیست که دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی تجدیدنظر و صدور رأی به دادگاه بدوی تذکر دهد نسبت به امری که سکوت نموده رسیدگی و اظهار نظر قضایی به عمل آورد. استثنای این قاعده، مرتبط بودن قسمت مسکوت دعوا با قسمتی است که در آن رأی صادر شده است. در این صورت قبل از رسیدگی به قسمت مورد اعتراض، با ارجاع دادگاه تجدیدنظر، دادگاه بدوی باید، در قسمت مسکوت نیز رسیدگی و اظهار نظر کند.»<sup>۱۷</sup> این در حالی است که همین نویسنده ذیل ماده ۸- که مربوط به موارد تغییر حکم توسط دادگاه بود- ضمن تفصیل مطلب هیچ اشاره‌ای به این موضوع نداشته است.<sup>۱۸</sup> علاوه بر این برای تحکیم این نظریه هیچگونه مستند یا استدلال قابل قبولی ارائه نمی‌شود و تنها به ذکر یک تئوری اکتفا می‌گردد و این از نقاط ضعف این تئوری تلقی می‌شود.

از دیگر سو چنانچه صدور رأی تکمیلی بدان سیاق پذیرفته شود، تازه اول سردرگمی خواهد بود. زیرا ساز و کاری برای صدور رأی تکمیلی پیش‌بینی نشده است. پرسش‌های

---

۱۴. نهرینی، فریدون، همان و شمس، عبدالله، همان، ص ۲۳۱، ش ۴۳۸. همچنین مهاجری،

علی، دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۶۱.

۱۵. پیش‌تر هم ذیل مبحث موافقان صدور رأی تکمیلی آوردیم و به دلیل اهمیت مطلب تکرار نمودیم.

۱۶. مقصود ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است مبنی بر: مرجع تجدیدنظر فقط به آنچه که مورد تجدیدنظرخواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می‌نماید.

۱۷. مهاجری، علی، دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۲۷۸.

۱۸. همان ج ۱، ص ۶۱ به بعد.



گوناگونی عملاً در پیش روست که پاسخی قانع کننده برای آنها وجود ندارد. برای نمونه باید پاسخ داد، دایره‌ی وسعت و شمول رأی تکمیلی تا کجاست؟ مرجع تجدیدنظر در چه مواردی مجاز به صدور دستور اعاده‌ی پرونده به دادگاه نخستین برای صدور اینگونه آراست؟ آرای تکمیلی قطعی است یا قابل تجدیدنظر یا فرض غیابی بودن متصور است؟ گرچه ممکن است گفته شود تنقیح مناط با تصحیح رأی می‌تواند گره از این کار فروبسته بگشاید، اما این پندار نادرست است. قیاس صدور رأی تصحیحی با رأی تکمیلی، مع الفارق است و اینجا محل قیاس به الغای فارق نیست. زیرا همانگونه که در آرای قضایی ملاحظه شد، بحر تفکر رأی تکمیلی بسیار ژرف‌تر از اشتباهات سهو قلمی است. وانگهی صدور رأی تصحیحی توسط مرجع بدوی، مادام که از رأی پژوهش‌خواهی نشده صائب است، پس از آن، اصلاح تنها در صلاحیت دادگاه تجدیدنظر است (ماده ۳۰۹ و ۳۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹) با این وصف دیدیم که رویه‌ی قضایی روی دیگری نشان داد. پس باید گفت اقدامات دادگاه می‌بایست برخاسته از نص قانون باشد و نمی‌توان در جایی که قانونی برای حل موضوع وجود ندارد - بل منع در کار است - اصول فرادستی را زیر پانهاد و به اجتهاد دست یازید.

در تأیید مطلب می‌توان به ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مشعر بر: «مرجع تجدیدنظر فقط به آنچه که مورد تجدیدنظرخواهی است و در مرحله نخستین مورد حکم قرار گرفته رسیدگی می‌نماید»، تمسک نمود. اگر بخواهیم اقدامات دادگاه‌ها در آرای ذکر شده را به محک این ماده بسنجیم باید گفت قرین شکست خواهند بود. زیرا یکی از مناسکی که در مرجع تجدیدنظر می‌بایست مراعات شود، «مقید بودن به آنچه در مرحله‌ی نخستین مورد حکم قرار گرفته است. بنابراین حق ندارد نسبت به مواردی که در پرونده مطرح بوده ولی راجع به آنها رأی صادر نشده، اظهار نظر کند. زیرا قاعده بر این است که هیچ موضوعی را بدون مقدمه و مستقیماً نمی‌توان در دادگاه تجدیدنظر مطرح کرد و اگر دادگاه تجدیدنظر نسبت به موضوعی که دادگاه نخستین درباره آن رأی صادر نکرده، اظهار نظر کند در حقیقت این قاعده را نقض کرده است».<sup>۱۹</sup>

۱۹. یوسف زاده، مرتضی، آیین دادرسی مدنی، صص ۶۴۱ و ۶۴۲.



در واقع تکلیف اقدامات دادگاه تجدیدنظر، از بدو ورود پرونده تا گاه خروج پرونده از آن مرجع در قانون پیش‌بینی شده است. واکاوی در نصوص مربوطه حکایت از آن دارد که قانون‌گذار نظری بر آن ندارد که در فرضی که دادگاه بدایت در موردی سکوت اختیار کرده، بتواند پرونده را برای صدور رأی دیگر برگرداند.

استدلال آنان که می‌گویند در این موارد دادگاه تجدیدنظر در محدوده رأی بدوی اتخاذ تصمیم نموده و فراتر از آن نرفته نیز از دو وجه محل اشکال است. نخست، همین که دادگاه تجدیدنظر تصمیمی قضایی راجع به بازگرداندن پرونده برای صدور رأی جدید، اتخاذ می‌کند در تنافی با ماده ۳۴۹ قانون مزبور است. در واقع دادگاه در آنچه نباید ورود می‌کرده ورود کرده است. دوم، دادگاه تجدیدنظر برای آنکه ظاهراً مقررات ماده ۳۴۹ را رعایت کرده باشد و خود رأساً از اتهام نقض آشکار این مقرر محفوظ بماند، بار را بر دوش دادگاه بدوی انداخته تا حکمی نو صادر شود و حالا اگر وارد در این حکم نوظهور شد، حریم ماده‌ی مارالذکر شکسته نشده باشد. اما این اقدام نقض غرض مقنن و در باب حیل قانونی قابل مباحثه است.

جایی که موضوع رنگ کیفی دارد، این اشکال بیشتر خودنمایی می‌کند. زیرا علاوه بر قواعد فوق‌الإیماء حکمرانی قاعده‌ی «منع تشدید مجازات در مرحله‌ی تجدیدنظر» را باید لحاظ نمود. این قاعده‌ی طلایی در ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲<sup>۲۰</sup> تبلور یافته است. حال مگر تحت شرایط مصرح در این ماده امکان تشدید مجازات تعزیری یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در حکم تجدیدنظرخواسته، توسط دادگاه تجدیدنظر وجود ندارد. چه در این ماده تشدید مجازات صرفاً در قالب شرایطی خاص پذیرفته شده است.

---

۲۰. «دادگاه تجدیدنظر استان نمی‌تواند مجازات تعزیری یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر در حکم تجدیدنظرخواسته را تشدید کند، مگر در مواردی که مجازات مقرر در حکم نخستین برخلاف جهات قانونی، کمتر از حداقل میزانی باشد که قانون مقرر داشته و این امر مورد تجدیدنظر خواهی شاکی و یا دادستان قرار گرفته باشد. در این موارد، دادگاه تجدیدنظر استان با تصحیح حکم، نسبت به تعیین حداقل مجازاتی که قانون مقرر داشته است، اقدام می‌کند.» مشابه این مقرر در ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نیز آمده بود.



اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضاییه همداستان با این تعبیر در نظریه‌ی شماره ۷/۹۴/۶۷۶-۱۳۹۴/۰۳/۱۶ اشعار داشته: «مستفاد از مقررات آیین دادرسی کیفری، اصل بر ممنوعیت تشدید مجازات متهم در مرحله‌ی تجدیدنظر است و خلاف آن، یعنی تشدید مجازات در مرحله‌ی تجدیدنظر، امری استثنایی است که مستلزم احراز دو شرط می‌باشد؛ اول آنکه مجازات مقرر در حکم بدوی برخلاف قانون و کمتر از حداقل مقرر قانونی باشد و دوم اینکه حکم مزبور از این حیث مورد اعتراض شاکی یا دادستان قرار گرفته باشد، در غیر اینصورت تشدید مجازات در مرحله‌ی تجدیدنظر امکان‌پذیر نیست».

این در حالی است که پیش‌تر در رأی شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان دیدیم که بی آنکه متهم یا دادستان از حکم تجدیدنظرخواهی کرده باشند، فرجام تجدیدنظرخواهان با صدور رأی تکمیلی تشدید مجازات بود! در این گونه موارد می‌توان گفت دادگاه تجدیدنظر از دادگاه بدایت به مثابه‌ی یک ابزار برای دور زدن قاعده استفاده می‌نماید و در واقع این دست دادگاه تجدیدنظر است که در آستین دادگاه بدوی ظاهر گشته و ابتکار عمل دارد.<sup>۲۱</sup> با این تعبیر ناگزیر باید دادگاه نخستین فاقد آزادی اراده دانسته و به عنوان ماشین تشدید مجازات عمل تلقی نماییم!

البته باید گفت محاکم جزایی در مرحله‌ی تجدیدنظر کمتر به سوی آرای تکمیلی به بهانه‌ی نقایص مزبور روی خوش نشان می‌دهند و بیشتر جانب و حرمت قاعده را نگه می‌دارند. برای نمونه در رأی شماره ۱۴۰۰۹۳۹۰۰۴۶۹۹۰۰۴-۱۴۰۰/۰۵/۰۲-شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان آمده است: «...اگر چه دادگاه بدوی مکلف به اعمال ماده ۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوبه هیأت دولت بوده لکن با توجه به عدم اعتراض دادستان این دادگاه مجاز به تشدید مجازات نیست لذا مراتب به قاضی صادر کننده‌ی رأی تذکر داده می‌شود. ضمناً با توجه به سابقه دار بودن متهم و آثار زیان‌بار بزه ارتكابی حبس مشمول تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی نمی‌گردد. علی‌هذا دادگاه مستنداً به بند الف ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری دادنامه‌ی تجدیدنظرخواسته را با تذکر یاد شده تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است».

۲۱. خدا زان خرقة بیزار است صد بار/ که صد بت باشدش در آستینی

## نظریه مختار

عرضه‌ی دلایل موافق و مخالف، راه مخاطب را در گزینش نظر صائب هموار می‌کند و خواننده‌ی داهی به نیکی دریافت‌نگارنده را از این پژوهش دریافته، اما به رسم رایج باید رویکردی را برگزید. به گمان صاحب این قلم، دلایل موافقان صدور رأی تکمیلی ناتمام است و اوزان ادله‌ی مخالفان اثقل. اساساً می‌توان گفت دلیلی برای صدور رأی تکمیلی وجود ندارد زیرا اقدامات دادگاه - به ویژه در امور شکلی - می‌بایست متکی به نصوص پیش‌بینی شده در قانون باشد (عدم الدلیل دلیل العدم)، مضافاً که اینجا محل سکوت و اجمال قوانین نیز نیست زیرا هر گاه دادگاه بخواهد رأساً به صدور رأی تکمیلی مبادرت ورزد، با مانع قاعده‌ی فراغ دادرس روبروست نیز هر گاه محاکم تجدیدنظر دادگاه‌های نخستین را به صدور رأی تکمیلی دلالت نمایند با موانعی همچون ماده ۳۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و یا ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مواجه می‌شوند. پس در قبال این نصوص اجتهاد روا نیست. کما اینکه احترام قواعد فرادستی نباید به هر بهانه‌ای ملکوک شود. توالی فاسد پذیرش آرای تکمیلی لزوم احتراز از صدور چنین آرای را القاء می‌کند. برای نمونه در رأیی که در بادی کلام از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان اشاره شد، معلوم نیست پرونده چه زمانی مختومه خواهد شد؟ از قضا وقتی نسبت به بخشی از خواسته حکم صادر شده، دادگاه می‌توانست موضع حکم را نسبت به مازاد در تقدیر گرفته و برای همیشه تعیین تکلیف نماید. حال در این فرض چنانچه رأی تکمیلی موخرالصدور، در تعارض با رأی قطعی سابق الصدور بود تکلیف چه می‌شود؟ این فوضی و پرسش‌های بی‌پاسخ را تنها با تکمیل خواسته‌ها معاوضه کردن منطقی است؟ دیدیم که محاکم بدایت در توجیه آرای تکمیلی بعضاً به ماده ۳۰۹ که راجع به رأی تصحیحی است، استناد نموده‌اند. این بدان معناست که نیک می‌دانند مستندی برای این اقدام وجود ندارد و شبیه‌ترین عنوان در فرهنگ آیین دادرسی «تصحیح رأی» است. در عرصه‌ی کیفری هم ملاحظه شد که پذیرش دیدگاه صدور رأی تکمیلی تا چه حد می‌تواند خطرناک باشد. جایی که متهم از رأی تجدیدنظرخواهی می‌کند؛ شاکی اعلام گذشت کرده و خلاصه دادستان هم اعتراضی ندارد - به این دستاویز که مقررات مشدده‌ی تعدد مرعی نشده - پرونده برای صدور رأی به دادگاه نخستین بازمی‌گردد و مجازات چند برابر می‌شود. اعتراض هم ثمری نمی‌بخشد و وقتی به ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری تشبث می‌شود، دادگاه می‌گوید: «و این تذکر دادگاه تجدیدنظر تشدید مجازات محسوب نمی‌گردد و دادگاه تجدیدنظر هیچگونه



رأی که میزان مجازات را تشدید نماید صادر نکرده است».<sup>۲۲</sup> از یک سو ظاهر استدلال درست است اما واقعاً مغالطه‌ای در کار است. مقدمات برهان نادرست است و استنتاج باطل. از بازی با کلمات باید دست شست و به نتیجه اندیشید. هر آینه محکوم علیه، رابطه‌ی خود را با قوه‌ی حاکمه بر اساس قاعده‌ی «منع تشدید مجازات در مرحله‌ی تجدیدنظر»<sup>۲۳</sup> پایه‌ریزی می‌کند، عاقل است و به احتساب هزینه و فایده‌ی پژوهش‌خواهی می‌پردازد، سپس از رأی تجدیدنظرخواهی می‌کند اما با تعبیر جدیدی مواجه می‌شود که او را در وضعیت بدتری قرار می‌دهد. این تفسیر خوشایند هیچ دادرسی‌دان جزایی نخواهد بود. متهم به قانون اعتماد کرده پس نباید از آن نقطه ضربه بخورد و ناگاه خود را در بالان تعریک مشدده گرفتار یابد. به هر روی در چنین مواردی، فاعل معنوی در تشدید مجازات همان دادگاه تجدیدنظر است.

نکته‌ی به غایت مهم فرضی است که از آرای مزبور تجدیدنظرخواهی نشده باشد، طرفین دعوی در دادگاه مدنی یا جزایی، متوجه نقص در رأی صادره نشده باشند، مدتی طولانی از صدور رأی سپری شده یا اصلاً به اجرا درآمده است. دادگاه به طریقی متوجه نقص رأی خود می‌شود. پرسش اساسی آن است که آیا می‌تواند، پرونده را از دل بایگانی بیرون کشیده و موارد مغفول را در قالب رأی تکمیلی، انشا نماید؟ اگر دادگاه تجدیدنظر مجوز اعاده‌ی پرونده را برای صدور رأی به دادگاه داشته باشد، به همین قیاس دادگاه بدایت هم رأساً توانایی صدور رأی تکمیلی را دارد و پاسخ آری خواهد بود. اما باید انصاف داد ذوق حقوقی شوقی به این موضع ندارد. زیرا باید بسیاری از اصول و مبانی را زیر پا نهیم. هر روز به بهانه‌ی صدور آرای تکمیلی، آرای سابق دستخوش تغییر و تبدیل می‌شوند و متداعیین باید همواره دلوایس فردا باشند. با این تفسیر چه‌ها که بر سر اعتبار امر قضاوت شده نخواهد رفت! پس چنانچه نقصانی هم در رأی باشد، نمی‌توان با این بدعت به تکمیلش کوشید.

۲۲. مشروح دادنامه را در بخش موافقان صدور رأی تکمیلی آوردیم.

۲۳. باید دانست قانون‌گذار - که حکیم فرض می‌شود - خود می‌دانسته که ممکن است فرضی باشد، که مجازات کمتر از حداقل قانونی باشد و شاکی و دادستان هم از حکم تجدیدنظرخواهی نکرده باشند. اینجا اگر اراده‌ی قانون‌گذار بر این نحو بود که مجازات بآی نحو کان افزایش یابد، دیگر قیود ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری را پیش‌بینی نمی‌کرد.





## برآمد

حاصل بحث اینکه هرچند برخی باور بر حضور فعال و دوباره‌ی دادگاه در موارد فراموشی نسبت به بخشی از خواسته‌ها داشته و تصمیم‌تتمیمی و تکمیلی را مباح بلکه مغتنم می‌دانند، اما در این پژوهش نتیجه در دو فقره قابل‌ارائه است:

رویه قضایی، بدون اتکا به استدلالی مقبول، صدور رأی تکمیلی را در حوزه‌ی دادرسی‌های کیفری و مدنی پذیرفته است.

صدور رأی تکمیلی پشتوانه‌ی حقوقی لازم را ندارد و بهتر است مادام که قانون‌گذار ساز و کار ویژه‌ای را برای اینگونه آرا در نظر نگرفته، رویه‌ی قضایی عمل‌بدان را فراموش کند. و إليه‌ انیب.

## منابع

فارسی:

- شمس، عبدالله (۱۳۸۴) آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، نشر دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۷) اجرای احکام مدنی، جلد نخست، تهران، نشر دراک.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰)، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
- محسنی، حسن (۱۳۹۷)، اداره جریان دادرسی مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- مهاجری، علی (۱۳۹۷)، دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد ۱ و ۳، تهران، انتشارات فکر سازان.
- مهاجری، علی (۱۳۹۲)، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات فکر سازان.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران، گنج دانش.
- یوسف زاده، مرتضی (۱۳۹۴) آیین دادرسی مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.

عربی:

- اردبیلی، سیدعبدالکریم موسوی، فقه‌القضاء، جلد ۱، موسسه‌النشر لجامعه‌المفید، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ ه.ق.
- خوبی، سیدابوالقاسم موسوی، مبانی تکمله‌المنهاج، جلد ۴۱ موسوعه، مؤسسه‌ احیاء آثار الإمام الخوئیره، قم - ایران، اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
- طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزیز، المهذب (لابنالبراج)، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
- گلیپاگانی، سیدمحمدرضا موسوی، کتاب القضاء جلد ۱، دارالقرآن الکریم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.



# تحلیل حقوقی مسائل شرکتهای چند ملیتی

## در حقوق ایران

### (سرمایه گذاری و حل و فصل اختلافات)

احسان جعفری<sup>۱</sup>

#### چکیده

شرکتهای چند ملیتی با توجه به داشتن شعبه و انجام فعالیت در قلمروهای متعدد، مدیریت یکپارچه، ساختار پیچیده و پاره‌ای ویژگی‌های خاص، در مفهومی موسع، باب موضوعات و مسائلی را گشوده‌اند که کمتر یا گاه حتی به هیچ‌وجه، در خصوص فعالان و شرکتهای داخلی مطرح نمی‌شود. از این میان، حفاظت از محیط‌زیست، حقوق کار، مسائل مربوط به مالیات‌بندی بین‌المللی، حقوق بشر، مسائل سرمایه‌گذاری، حقوق رقابت، حقوق مالکیت فکری، انتقال تکنولوژی و غیره را می‌توان نام برد. با توجه به اهمیت جذب و تشویق سرمایه‌گذاری در کشور، که وجود قانون جذب سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین سازمان تاسیس شده بر اساس این قانون، بی‌شائبه و بی‌شک می‌توان گفت که سرمایه‌گذاری خارجی از مهم‌ترین مسائل اقتصادی و حقوقی کشور است. از سوی دیگر تعهدات متقابل دولت و شرکت خارجی تنها از سوی قوانین داخلی مورد بررسی قرار گرفته شده و نگاه جامعی که بتواند دستورالعمل‌های اصلی موجود در این زمینه را بررسی نماید پیش از این دیده نشده است. به بیان کامل‌تر می‌توان گفت آگاهی ما از این دستورالعمل‌ها ناقص می‌باشد. بنابراین مقوله‌ی شرکتهای خارجی و چالش‌های حضور آنان در ایران

---

۱. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل و دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز.



بررسی و توجه بیشتری را در حقوق ایران می‌طلبد؛ در همین راستا نگارنده در این پژوهش تلاش دارد با شفاف‌سازی قوانین و مقررات موجود و حقوق حاکم بر شرکت‌های خارجی که می‌تواند در راستای رفع چالش‌ها و موانع قانونی کمک‌کننده باشد و بررسی لایحه جدید قانون تجارت، گامی مثبت در جهت حل مسائل و مشکلات موجود در این زمینه بردارد.

## ۱- مبحث اول: سرمایه‌گذاری در ایران

### ۱-۱- گفتار اول: سرمایه‌گذار

به موجب ماده ۱ قانون سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار خارجی چنین تعریف شده است: «اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرایرانی و یا ایرانی با استفاده از سرمایه با منشاء خارجی، که مجوز سرمایه‌گذاری موضوع ماده ۶ را اخذ نموده باشند.» از آنجا که اصولاً غرض از جذب سرمایه‌گذاری خارجی، جذب سرمایه خارجی است، این که سرمایه‌گذار تابعیت کدام کشور را داشته باشد فاقد اهمیت است، اعم از این که شخص حقیقی باشد یا حقوقی، ایرانی باشد یا خارجی.<sup>۲</sup>

در خصوص این که آیا سرمایه‌گذار می‌بایست فرد خصوصی باشد یا خیر، نگاه قانون سال ۱۳۳۴ مبنی بر این بود که فرد خارجی نمی‌تواند سرمایه دولتی را وارد نماید، و در صورتی که فهمیده می‌شد که سرمایه متعلق به دولت یا سازمان دولتی خاصی می‌باشد، سرمایه‌گذار موظف بود تا ظرف مدتی که از سمت هیأت رسیدگی تعیین می‌شود سرمایه خود را از کشور خارج نماید. اما پس از تصویب قانون سال ۱۳۸۰ تلاش طراحان قانون بر این بود که به موجب قانونی جداگانه (ماده ۴)<sup>۳</sup> سرمایه‌گذاری خارجی از سوی دولت یا دولت‌های خارجی پذیرفته شود، البته با این قید که چنین سرمایه‌هایی خصوصی تلقی

---

۲. آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، چاپ اول، بهنامی، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲

۳. ماده ۴ قانون سرمایه‌گذاری: «سرمایه‌گذاری دولت یا دولت‌های خارجی در جمهوری اسلامی ایران حسب مورد منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌باشد. سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی خارجی، خصوصی تلقی می‌گردد.»



گردد تا آن که سرمایه‌های دولتی، به دلیل این که از مصونیت‌های دولتی و دیپلماتیک برخوردار نشوند.<sup>۴</sup>

## ۱-۲- گفتار دوم: سرمایه خارجی

بر اساس ماده ۱ قانون سرمایه‌گذاری، سرمایه خارجی بدین نحو تعریف شده است: «انواع سرمایه اعم از نقدی و یا غیرنقدی که توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود و شامل موارد زیر می‌گردد:

الف- وجوه نقدی که به صورت ارز قابل تبدیل، از طریق نظام بانکی یا دیگر طرق انتقال وجوه که مورد تایید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران باشد، به کشور وارد شود؛  
ب- ماشین‌آلات و تجهیزات؛

ج- ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله و مواد اولیه، افزودنی و کمکی؛

د- حق اختراع، دانش فنی، اسمی و علائم تجاری و خدمات تخصصی؛

ه- سود قابل انتقال سرمایه‌گذار خارجی؛

و- سایر موارد مجاز با تصویب هیأت دولت»

آنچه در صدر این ماده، توجه را به خود جلب می‌کند این است که سرمایه‌ای تحت شمول این قانون قرار می‌گیرد که «توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود»، بنابراین در صورت عدم ورود سرمایه مذکور، امکان حمایت قانونی از آن وجود نخواهد داشت، حتی اگر هیأت سرمایه‌گذاری چنین سرمایه‌گذاری را تصویب و «ورود» سرمایه را مورد پذیرش قرار داده باشد. در ثانی باید دانست که موارد ذکر شده به جهت ورود به ایران، مواردی حصری می‌باشد و امکان ورود چیزهایی غیر از موارد ذکر شده تنها با تصویب هیأت سرمایه‌گذاری امکان‌پذیر است.

وجوه نقدی مذکور در بند «الف» بدین معنی است که باید ارز باشد، یعنی پول کشور خارجی باشد و نمی‌توان تحت عنوان ریال به سرمایه‌گذاری پرداخت. نکته دیگر این که ارز مذکور باید تحت نظام بانکی ایران قابل تبدیل به ریال باشد چرا که اگر قابل تبدیل نباشد، به هنگام خروج سرمایه‌گذار از ایران امکان بازگرداندن سرمایه و سود وی ممکن

۴. آتشی گلستان، مرجان، ص ۲۱.



نیست. حال تاکید و حصری وجود ندارد که این امکان تبدیل فقط باید از مجرای بانک مرکزی صورت گیرد، حتی بانک‌های خصوصی و موسسات مالی نیز جزء عناصر نظام بانکی محسوب می‌شوند. قابلیت تبدیل به این معنی نیست که سرمایه‌گذار مجبور است تا تمامی سرمایه خود را به ریال تبدیل نماید، بلکه وی می‌تواند بخشی از آن را برای انجام خریدهای خارجی و بلا تبدیل قرار دهد.<sup>۵</sup>

از آنجا که وجود ماشین‌آلات و تجهیزات به تولید کالا می‌انجامد و به دلیل این که به خاطر سطح بالای تکنولوژی سرمایه‌گذاران این تکنولوژی و ماشین‌آلات معمولاً در کشور میزبان پیدا نمی‌شود، قانون‌گذار ورود این کالاها را به عنوان سرمایه مورد پذیرش قرار داده است. از آنجا که تفاوت قیمت ماشین‌آلات نو با دسته دوم بسیار چشمگیر است، در هنگام ورود ارزشیابی این موارد تنها با نظر کارشناس گمرک صورت می‌گیرد.

در خصوص «ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله و مواد اولیه، افزودنی و کمکی» نیز موضوع، مثل بند قبلی است و تنها تفاوت این بند با بند قبلی در این است که مواد اولیه و کمکی را می‌توان در صورتی که کشور میزبان پتانسیل آن را داشته باشد از کشور میزبان یافت نمود، اما آوردن آنها در کنار ابزار و قطعات یدکی شاید از این رو بوده است که قانون‌گذار مایل بوده تا سعی را بر این بگذارد که سرمایه‌گذار این متریکال را نیز حتی المقدور از داخل تهیه نماید.<sup>۶</sup>

بند چهارم موضوعی است که در حقوق ما کمتر بدان پرداخته شده است اما از لحاظ جایگاهی، امری است که بسیار مورد توجه سرمایه‌گذاران می‌باشد. از بین این پنج مورد شاید بتوان گفت که مهم‌ترین آن دانش فنی می‌باشد چرا که بسیاری از مشارکت‌های افراد محلی با خارجی به خاطر این امر است.

دانش فنی ترجمه عبارت «ناو هاو»<sup>۷</sup> یک اصطلاح آمریکایی است که طبق تعریفی است که کمیسیون حمایت بین‌المللی مالیکت صنعتی اتاق تجارت بین‌المللی از دانش فنی ارائه داده است: دانش فنی مجموعه‌ای از مفاهیم، اطلاعات، و تجربه‌های حرفه‌ای و یا

۵. همان، ص ۲۷

۶. همان، ص ۲۸



تمهیدهای لازم برای ساخت یک محصول می‌باشد.<sup>۸</sup> به عبارتی می‌توان گفت این مجموعه در انحصار صاحب تکنولوژی می‌باشد و به وسیله وی به کار گرفته می‌شود. این موضوع از سویی به لحاظ فنی بودن شبیه کمک‌های فنی است، ولی از سویی دیگر درست است که همانند حق اختراع برای صاحب آن ایجاد مالکیت می‌نماید، اما برخلاف آن برای جلوگیری از به کار بردن اطلاعات ثبت نشده توسط اشخاص ثالث دارای حق قانونی نمی‌باشد.

خدمات تخصصی نیز به طور عام مربوط به کارهای تکنیکی است و به طور عمده شامل اعزام کارشناسان، دانشمندان، متخصصان، تکنسین‌ها، مشاوران اقتصادی و غیره می‌باشد که حیطة کار این افراد معمولاً از شروع و تاسیس شرکت و به راه انداختن ماشین‌آلات و تهیه نقشه آرایش کارخانه و آموزش افراد بومی و غیره است.

منظور از سود سهام قابل انتقال سرمایه‌گذار خارجی در اصل همان سود سرمایه‌گذاری است اما صورت نگارش آن خواننده را دچار ابهام می‌نماید. مسأله اینجاست که حضور سرمایه‌گذار لزوماً به صورت شرکت در غالب شرکت سهامی عام یا خاص نمی‌باشد، کلمه سرمایه بهتر منظور را می‌رساند<sup>۹</sup>، از این رو آوردن لفظ سهام قابل انتقاد است و از آنجا که سرمایه‌گذار می‌تواند سود سرمایه‌گذاری خود را به عنوان سهام مجدداً ثبت کند، می‌توان گفت که منظور از این بند همان «سود سرمایه‌گذاری است»<sup>۱۰</sup>.

در خصوص بند آخر نیز مسأله اصلی اینجاست که از زمان تصویب این قانون تاکنون، هیچ موردی نبوده است که از مجرای این بند به تصویب برسد و می‌توان گفت که غرض اصلی در این بند، آوردن لفظ «دولت» در کنار هیأت سرمایه‌گذاری است تا دولت در مقابل مجلس بتواند پاسخگو باشد. اما این بند هنگامی کارایی بیشتری خواهد داشت که پس از تصویب شدن موضوعی به عنوان سرمایه خارجی از مجرای هیأت سرمایه‌گذاری، تصویب نهایی آن به هیأت دولت سپرده شود، چرا که اگر بخواهیم از ابتدا هیأت دولت که شامل

---

۸. آیت الهی، بهناز، جنبه‌های حقوقی انتقال تکنولوژی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوص، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴، ص ۹۹

۹. لایحه اصلاح قانون تجارت، ماده ۲۴

۱۰. آتشی گلستان، مرجان، ص ۳۰



وزیران می‌باشد را درگیر نماییم، مدت زمان طولانی‌تری سپری خواهد شد و امر سرمایه‌گذاری با اطاله روبرو خواهد شد.<sup>۱۱</sup>

### ۱-۳- گفتار سوم: مقررات و مراکز داخلی مربوط به سرمایه‌گذاری

اصلی‌ترین قانون، «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی»<sup>۱۲</sup> مصوب ۱۳۸۰ و آیین‌نامه اجرایی آن می‌باشد که مصوب سال ۱۳۹۱ می‌باشد. اولین قانونی هم که مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاری می‌باشد، قانون جلب و حمایت سرمایه‌ای خارجی مصوب آذر ۱۳۳۴ بوده، که آیین‌نامه اجرایی آن مصوب مهرماه ۱۳۳۵ است.

در خصوص مراکزی که مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاری می‌شود، باید گفت که دو مرکز اصلی وجود دارد، یکی «سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های فنی و اقتصادی ایران»<sup>۱۳</sup> که مهم‌ترین و اصلی‌ترین مرکز در این خصوص می‌باشد، و دیگری سازمان توسعه تجارت ایران. سازمان سرمایه‌گذاری از سازمان‌های وابسته به وزارت اقتصاد و امور دارایی است، که کلیه امور مربوط به جلب، حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و تعیین حداکثر مشارکت خارجی را بر عهده دارد.

می‌توان گفت که عمده وظایف مربوط به این سازمان به قرار زیر است:

- بررسی و ارائه پیشنهاد در خصوص مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری در کشور
- انجام مطالعه، تحقیق و دادن آمار از روند سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی، بررسی تطبیقی با دیگر نقاط جهان، و بررسی اثرات حاصل از سرمایه‌گذاری در بخش‌های مختلف اقتصادی
- شرکت در اجلاس‌ها، هیأت‌ها، جلسه‌ها، سمینارهای اقتصادی و سایر امور مربوط به سرمایه‌گذاری
- مذاکره، تهیه و تنظیم موافقت‌نامه‌های مربوط به تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری با سایر کشورها

۱۱. همان، ص ۳۲

12. Foreign Investment promotion and Protection Act (FIPPA)

13. Organization for Investment, Economic and Technical Assistance of Iran (O.I.E.T.A.I)



- نظارت بر حسن اجرای موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه
- فراهم نمودن و تسهیل نمودن امکانات تشویق، برای مثال تهیه بروشور و راهنمایی سرمایه‌گذاران و یا ارائه مشاوره
- بررسی طرح‌ها و پیشنهادهای سرمایه‌گذاری خارجی در داخل کشور، اجرای آن، نظارت و صدور مجوزهای مربوط به کلیه نقل و انتقال‌های سرمایه‌ای در مرحله ورود و خروج
- بررسی و تصویب قراردادهای انتقال تکنولوژی (کمک‌های فنی، مهندسی، علائم تجاری، مشاوره فنی و مدیریت) مربوط به سرمایه‌گذاری، و پذیرش و تایید آنها به عنوان سرمایه.

باید دانست که سازمان تنها برای سرمایه‌گذارانی حائز اهمیت است که از مجرای قانونی به انجام سرمایه‌گذاری پرداخته باشند. مرکز دوم یا سازمان توسعه تجارت ایران، که از سازمان‌های وابسته به وزارت بازرگانی می‌باشد، در راستای توسعه تجارت دارای اهدافی است، که برخی از این اهداف نیز در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. این موارد از عمده وظایف آن سازمان می‌باشد:

- تولید هرگونه نرم‌افزار به زبان خارجی در جهت معرفی سرمایه‌گذاری
- حمایت و هدایت سرمایه‌گذاران خارجی و داخلی به منظور دستیابی به هدف‌های توسعه تجارت
- ارائه راه‌های مناسب به منظور حل اختلافات و داوری
- ارائه اطلاعات در ارتباط با سرمایه‌گذاری در بنگاه‌های اقتصادی ایران به شرکت‌های خارجی و بالعکس<sup>۱۴</sup>

#### ۱-۴- گفتار چهارم: اخذ مجوز و شرایط سرمایه‌گذاری

اخذ مجوز سرمایه‌گذاری تنها راه برخورداری از مزایای قانونی است. درست است که برخی از سرمایه‌گذاران خارجی، خواه در غالب شخصی و خواه در غالب ایجاد شرکت به طور فردی پیش می‌روند، اما باید در نظر داشته باشیم برای کشوری همچون ایران که از

---

۱۴. ماده ۵ اساسنامه سازمان توسعه تجارت ایران.





ریسک تجاری بالایی برخوردار است، برای سرمایه‌گذاران بهتر است که از این مجرا به انجام کار خود بپردازند. هر چند این امر در خصوص موضوعی چون سرمایه‌گذاری در سبد اوراق بهادار اجتناب ناپذیر می‌باشد.<sup>۱۵</sup>

#### ۱-۴-۱- بند اول: شرایط پذیرش

شرایط سرمایه‌گذاری دو دسته است، که باز در سرزمین اصلی و مناطق آزاد تجاری تفاوت پیدا می‌کند. اما از آنجا که پرداختن به مناطق آزاد تجاری خارج از حوصله و اهداف این پژوهش می‌باشد، به کلیات پذیرش می‌پردازیم که به نوعی مرتبط با شرکت‌های چند ملیتی است، و مطالعه آن بخش را به خواننده واگذار می‌نماییم.

سرمایه‌گذاری، فارغ از شکل و نوعش باید دارای چهارچوب و شرایط باشد، که از آن به نام شرایط عام سرمایه‌گذاری یاد می‌شود، که بر اساس ماده ۲ مقرر شده است: «به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و خدمات بر اساس ضوابط زیر صورت پذیرد:

- الف- موجب رشد اقتصادی، ارتقای فناوری، ارتقای کیفیت تولیدات، افزایش فرصت‌های شغلی و افزایش صادرات شود.
- ب- موجب تهدید امنیت ملی و منافع عمومی، تخریب محیط‌زیست، اختلال در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه‌گذاری داخلی نشود.
- ج- متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌گذاران خارجی نباشد. منظور از امتیاز حقوق ویژه‌ای است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد.
- د- سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی ... در هر بخش اقتصادی از ۲۵ درصد و در هر رشته از ۳۵ درصد بیشتر نشود.»

باید دانست که این ضوابط تنها مربوط به «پذیرش» سرمایه‌گذاری است، و هیأت سرمایه‌گذاری موظف است تا قبل از شروع سرمایه‌گذاری این موارد را بررسی نماید، چرا که پس از پذیرش آن و تأیید عدم مغایرت مسائل فوق، ادعای خلاف آن پذیرفته نمی‌شود



و در نتیجه نمی‌توان وی را از حمایت قانونی خارج نمود و در صورتی هم که اقدامات بعدی سرمایه‌گذار موجب خسارت فرضاً محیط‌زیستی شده باشد، قوانین و مقررات دیگر حاکم خواهند بود.

اما در خصوص بند اول، این که فعالیت سرمایه‌گذاری «موجب رشد اقتصادی، ارتقای فناوری، ارتقای کیفیت تولیدات، افزایش فرصت‌های شغلی و افزایش صادرات شود» باید گفت که هدف از وضع این بند هرچه که بوده، جز سختی و دشواری کار برای سرمایه‌گذار خارجی چیزی بیشتر ندارد، به علاوه این که جمع کردن این موارد به صورت توأمان نیز امری بسیار مشکل است. یعنی به ندرت پیش می‌آید که یک سرمایه‌گذاری هم موجب رشد اقتصادی شود، هم ارتقای کیفیت تولیدات را افزایش دهد هم ... به علاوه این که لحاظ کردن این بند در جایی که موضوع سرمایه‌گذاری یک بنگاه موجود می‌باشد قابل توجیه نیست.

در خصوص بند دوم، اینکه «موجب تهدید امنیت ملی و منافع عمومی، تخریب محیط‌زیست، اخلال در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه‌گذاری داخلی نشود» را می‌توان به تفکیک مورد بررسی قرار داد.

در خصوص تهدید امنیت ملی، نه این امکان وجود دارد که هیأت سرمایه‌گذاری این موضوع را شخصاً پیگیری نماید، و نه این امکان وجود دارد که همه موارد سرمایه‌گذاری را جهت بررسی به کارشناسان وزارت کشور ارجاع داد، مگر در موارد بسیار نادر که مورد از سوی کارشناسان سازمان سرمایه‌گذاری به عنوان تهدید دیده شود، که در این موارد موضوع را به وزارت کشور ارجاع خواهند نمود. بنابراین فرض بر این است که هدف از سرمایه‌گذاری کسب سود است، نه تهدید امنیت ملی.<sup>۱۶</sup>

در خصوص دیگر موارد این بند نیز همینطور است، در این موارد نسبت به سرمایه‌گذار یا شرکت خارجی همان بررسی‌هایی اعمال می‌شود که یک شرکت داخلی. برای مثال، در زمانی که کار و موضوع فعالیت شرکت خارجی با محیط‌زیست مرتبط است، این شرکت موظف است تا همانند شرکت داخلی برای شروع فعالیت خود از سازمان محیط‌زیست، مجوزهای لازم را اخذ نماید. این برای مرحله شروع است، بنابراین از این حیث تفاوتی



میان شرکت داخلی و یک شرکت خارجی وجود ندارد. در خصوص ادامه کار هم مسأله بر اساس همان برابری پیش خواهد رفت، یعنی در صورتی که فعالیت پروژه منجر به تخریب محیط‌زیست گردد، از ادامه فعالیت وی جلوگیری خواهد شد.

اینکه در بند «ج» عنوان شده است «متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌گذاران خارجی نباشد» را می‌توان اینگونه بیان کرد که این بند به نحوی ارائه تفسیری از اصل ۸۱ قانون اساسی است.<sup>۱۷</sup>

در بند آخر بیان شده است که «سهام ارزش کالا و خدمات تولیدی نسبت به بازار داخلی، از درصد مشخصی بیشتر نباشد.» این درصد در بخش‌های اقتصادی ۲۵ درصد و در رشته‌های مختلف اقتصادی ۳۵ درصد مشخص شده است. اگر ما بخش‌های مختلف اقتصادی را که تحت عناوینی چون بخش صنعت، بخش خدمات، بخش کشاورزی و غیره است، به طور مجزا در نظر بگیریم، سهمی که سرمایه‌گذار یا شرکت خارجی از آن بخش به خود اختصاص می‌دهد نمی‌تواند بیشتر از ۲۵ درصد باشد. اما در خصوص رشته‌های اقتصادی که ۳۵ درصد ذکر شده است، باید گفت که هر بخش اقتصادی دارای زیر مجموعه‌هایی است، برای مثال بخش خدمات شامل توریسم، خدمات مالی، بیمه و غیره می‌شود. نکته‌ای که وجود دارد این است که سرمایه‌گذار نمی‌تواند بر اساس این ادعا که با در دست گرفتن کل رشته اقتصادی توریسم، سهم بخش خدمات باز هم از ۲۵ درصد افزون نخواهد شد، به در دست گرفتن آن رشته بپردازد. چرا که طبق آنچه این بند بیان داشته است سهم سرمایه‌گذار در هر رشته هم نباید از ۳۵ درصد فزونی یابد. پس هر دو

---

۱۷. چنانچه امروز هم در صورت مشارکت طرف خارجی در یک شرکت نمی‌تواند بیشتر از ۴۹ درصد باشد. اما در خصوص موقعیت انحصاری می‌توان گفت که این ماده تا حدودی به مسأله رقابت و حقوق رقابت مربوط می‌شود و در صورتی که ما این ماده را با مسائل حقوق رقابت بررسی کنیم صحت آن را تایید خواهیم نمود. چنانچه در تفسیری که در روزنامه رسمی شماره ۱۶۳۹۲ صفحات ۱۴ تا ۱۶ آمده است، منظور از حقوق ویژه آن است که سرمایه‌گذار خارجی را نسبت به «سرمایه‌گذار داخلی» در موقعیت انحصاری قرار دهد. اما از آنجا که تاکنون موقعیت و امتیاز ویژه‌ای نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی داده نشده است، موردی هم برای تبعیض وجود نداشته است.



محدودیت به طور همزمان اعمال خواهد شد. با این حال این توضیح، بازار داخل را در برمی گیرد و اگر موضوع فعالیت وی صادرات باشد، محدودیتی وجود نخواهد داشت.

### ۱-۴-۲- بند دوم: شرایط عام پذیرش طبق ماده ۳

نحوه دوم پذیرش سرمایه‌گذاری در ایران مربوط به شکل حقوقی و قالب سرمایه‌گذاری است. بدین معنی که نه تنها باید شامل شرایط سرمایه‌گذاری در ماده ۲ باشد، بلکه برای انجام سرمایه‌گذاری موظف است که سرمایه‌گذاری خود را تحت یکی از قالب‌های بیان شده در ماده ترتیب‌بندی کند. بر اساس ماده ۳: «سرمایه‌گذاری‌های خارجی که براساس مفاد این قانون پذیرفته می‌شوند، از تسهیلات و حمایت‌های این قانون برخوردارند. این سرمایه‌گذاری‌ها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند:

الف- سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز است.

ب- سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخش‌ها در چهارچوب «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و متکی به تضمین دولت یا بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی نباشد ...»

اولین مسأله در این ماده این است که این ماده به نوعی تنظیم شده است که محصور بودن آشکال سرمایه‌گذاری را می‌رساند و گرچه این مسأله ممکن است در حال حاضر مشکل خاصی را ایجاد ننماید اما با گذشت زمان و گسترده‌تر شدن آشکال و صورت‌های سرمایه‌گذاری این ماده موجب سرعت‌گیری خواهد بود.

حال تفاوت روش سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم را می‌توان در این موارد دانست، اولاً، اینگونه سرمایه‌گذاری‌ها برای تامین منابع مالی است، یعنی در جایی که دولت پول لازم برای انجام یک پروژه را ندارد. ثانیاً، این که در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم شرکا برای انجام یک پروژه گرد هم می‌آیند و در نتیجه پس از انجام آن مجدداً از هم جدا می‌گردند، در حالی که در سرمایه‌گذاری مستقیم، امر سرمایه‌گذاری محدود به یک پروژه خاص نمی‌باشد. ثالثاً، سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم بیشتر مربوط به پروژه‌های بزرگ ملی است و طرف شریک داخلی، دولت می‌باشد، بنابراین امکان انجام اینگونه سرمایه‌گذاری به



طور مستقیم و یا با مشارکت شرکت خصوصی وجود ندارد. حیطة سرمایه‌گذاری نیز در بخش خصوصی مستقیم آنجایی است که بخش خصوصی اجازه انجام سرمایه‌گذاری را دارد.<sup>۱۸</sup>

### ۱-۴-۳- بند سوم: شرایط خاص - ایرانی‌ها

حال اگر یک ایرانی بخواهد تحت عنوان سرمایه‌گذاری خارجی در ایران به فعالیت پردازد تکلیف چیست؟ از آنجا که هدف این پژوهش بررسی سرمایه‌گذاری با رویکرد شرکت‌های چند ملیتی است، حالت یک ایرانی تنها در صورتی برای ما متصور خواهد بود که تحت قالب یک شرکت خارجی یا شعبه‌ای از شرکت خارجی چند ملیتی بخواهد در ایران به سرمایه‌گذاری پردازد.

فرض بر این است که یک ایرانی نمی‌تواند به سرمایه‌گذاری خارجی پردازد، مگر این که به موجب ماده ۵ آیین‌نامه ثابت نماید که فعالیت اقتصادی وی خارج از ایران است و ارز وارد شده وی، پول حاصل از صادرات وی نمی‌باشد.

حال وقتی این مرحله سپری شد و سرمایه‌گذاری وی پذیرفته شد، از این مرحله به بعد، هم اصل سرمایه وی تحت پوشش و حمایت قانون ایران خواهد بود و هم سود حاصله از آن.

### ۱-۵- گفتار پنجم: تضمینات ناشی از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری

به موجب ماده ۸ قانون سرمایه‌گذاری: «سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاری داخلی موجود است به طور یکسان برخوردار می‌باشند.» بنابراین همانطور که در این ماده دیده می‌شود اصل از سوی قانون‌گذار برابری با همتای ایرانی است. گفتنی است که در صورت ابتدایی تصویب این ماده، عبارتی تحت عنوان حمایت‌ها وجود نداشت و به جای آن از اصطلاح «معافیت‌ها» استفاده شده بود، اما به دلیل مخالفت برخی نمایندگان مبنی بر این که این مسأله، سرمایه‌گذار خارجی را نسبت به سرمایه‌گذار داخلی در موقعیت قوی‌تری قرار می‌دهد، این اصطلاح با اصطلاح «حمایت‌ها» جایگزین شد.



درست است که در ظاهر برای سرمایه‌گذاران خارجی امتیاز خاص و معافیتی قرار داده نشده است، اما با دقت در برخی قوانین در خواهیم یافت که استثنائاتی نیز به نفع ایشان وجود دارد. از جمله اینکه اگر این سرمایه‌گذاران در مناطق آزادی تجاری باشند، تا ۱۵ سال نسبت به مالیات‌های مستقیم در معافیت قرار دارند. از جمله موارد دیگر این است که در اداره ثبت شرکت‌ها این امکان برای ایشان وجود دارد که در نام شرکت عبارت خارجی استفاده گردد، در حق الاجاره غرفه‌های نمایشگاه‌های بین‌المللی از تخفیف ۵۰ درصدی برخوردار می‌شوند. در خصوص صدور پروانه کار نیز وزارت مربوطه تساهل و همکاری بیشتری به خرج می‌دهد.<sup>۱۹</sup>

از دیگر تضمیناتی که قانون سرمایه‌گذاری برای خارجیان در نظر گرفته است تضمین در قبال ملی شدن و سلب مالکیت قانونی است. بدین معنی که طبق مقررات بین‌المللی، گرفتن اموال خارجیان باید به صورت قانونی صورت گیرد. از این رو برای چنین سلبی دو ضابطه وجود دارد، یکی این که برای منفعت عمومی باشد، دوم اینکه به صورت غیرتبعیض‌آمیز انجام گیرد.<sup>۲۰</sup> این را ماده ۹ قانون سرمایه‌گذاری بیان نموده است، به موجب این ماده: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیرتبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به ماخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت».<sup>۲۱</sup>

از دیگر تضمیناتی که می‌توان برای شرکت‌های چند ملیتی یا سرمایه‌گذار خارجی در نظر گرفت، یکی ماده ۴ آیین‌نامه می‌باشد، که به موجب آن: «سرمایه‌گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه‌گذاران داخلی برخوردارند» که می‌توان گفت منظور از رفتار حقوقی می‌باشد و به موجب این ماده، اعمال حقوقی نیز در خصوص ایشان به همان نسبت سرمایه‌گذار داخلی خواهد بود. دومین مورد که بند دیگری از همین قانون می‌باشد در خصوص مجوز است. به موجب آن: «ورود سرمایه نقدی و غیرنقدی خارجی صرفاً بر

۱۹. همان، ص ۸۴

20 Sornarajah, M, The International Law of Foreign Investment, Cambridge University Press, 2004, p 395

۲۱. آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، ص ۸۵



اساس مجوز سرمایه‌گذاری انجام می‌گیرد و به مجوز دیگری نیاز ندارد». این امر موجب راحتی و سهولت بیشتر سرمایه‌گذار می‌گردد، به علاوه اینکه این مجوز برای حفظ سرمایه وی در مقابل ملی شدن کافی خواهد بود.

مورد دیگری از تضمین که از ابداعات قانون‌گذار در سال ۱۳۸۰ می‌باشد، این است که در ذیل ماده ۲۴ بیان شده است که: «... مفاد این قانون توسط قوانین و مقررات آتی در صورتی لغو یا تغییر می‌یابد که لغو یا تغییر این قانون در قوانین و مقررات مذکور تصریح شده باشد». البته مفاد ابتدایی این ماده قبل از اصلاح این بوده که مفاد این قانون تا ۱۰ سال نسبت به سرمایه‌گذار تغییر نخواهد کرد. این بدین دلیل است که سرمایه‌گذار بتواند نسبت به سرمایه‌گذاری خود برنامه‌ریزی نماید. اما در نهایت علی‌رغم تلاش نمایندگان مجلس، این ماده بدین دلیل که ایجاد تبعیض نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی تلقی می‌گردد، با مخالفت شورای نگهبان مواجه گردید و شکل کنونی آن موجود است.<sup>۲۲</sup>

## ۲- مبحث دوم: حل و فصل اختلافات

در صورت بروز اختلاف میان شرکت خارجی و طرف دیگر که می‌تواند شخص حقیقی، حقوقی و حتی دولت ایران باشد، راه‌های مختلفی برای حل و فصل آن وجود دارد. از جمله مذاکره و مدیریت منازعات. اما متداول‌ترین حالت رفع اختلاف ارجاع مسأله به داوری یا مراجع دادگستری می‌باشد.

حال چه حل شدن موضوع مورد تنازع از طریق دادگاه باشد یا داوری با چند نکته و مسأله روبرو هستیم. یکی صلاحیت دادگاه (و در خصوص داوری امکان ارجاع به داوری)، دوم در صورتی که طرف مقابل قرارداد دولت ایران یا اموال دولتی باشد، سوم مسأله اجرا نمودن حکم خارجی در ایران چه دادگاه صادرکننده حکم خارج از ایران باشد و چه مرجع داوری خارج از ایران باشد. حال هر کدام از سه مورد مذکور را در خصوص دادگاه و داوری بطور جداگانه تشریح می‌نمائیم.

### ۲-۱- گفتار اول: حل و فصل اختلافات از طریق قضایی

در ابتدا باید گفت که به دلیل پرهزینه بودن مخارج دادگاه، طولانی شدن دادرسی و همچنین نگرانی طرف خارجی از رعایت عدالت، گزینه رجوع به دادگاه همواره آخرین



گزینه خواهد بود.

## ۲-۱-۱- بند اول: دادگاه صالح و قانون حاکم

### ۲-۱-۱-۱- دادگاه صالح

در خصوص اینکه آیا شرکت یا اشخاص خارجی می‌توانند در صورت نیاز به دادگاه مراجعه نمایند یا خیر، همانطور که می‌دانیم طبق اصول اولیه، تمامی اشخاص خارجی از حقوق مدنی (به جز مواردی که به موجب قانون منع وجود دارد) بهره‌مند می‌شوند. مضاف بر این که ماده ۵ قانون مدنی کلیه سکنه ایران را اعم از اتباع داخلی و خارجی مطیع قوانین ایران شناخته است.

حال برای اینکه بدانیم آیا رسیدگی به موضوعات دادرسی شرکت مورد نظر، تحت صلاحیت دادگاه ایران قرار می‌گیرد یا خیر کفایت ببینیم که آیا شرکت مزبور بر اساس ماده ۲۰ قانون تجارت ثبت شده است یا خیر. در صورت ثبت شرکت بر اساس قانون تجارت، این شرکت دیگر یک شرکت خارجی محسوب نمی‌شود و تابعیت شرکت به عنوان یک تابعیت ایرانی قلمداد می‌شود. اما این نکته را نباید دور از ذهن بداریم که نمی‌توانیم بدین علت که مرکز تجارت شرکت فرعی در صلاحیت قضایی ایران است، علیه شرکت مادر اقامه دعوا نمود. چرا که شخصیت حقوقی این دو شرکت کاملاً از هم مجزا می‌باشد. اما این مسأله در خصوص نمایندگی‌ها و شعبه‌ها بدین سان نمی‌باشد. یعنی می‌توان با تنقیح از ماده ۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی امکان طرح هرگونه دعوی در ارتباط با موضوع فعالیت علیه شرکت خارجی در حوزه قضایی شعبه یا نمایندگی که در ایران واقع است، وجود خواهد داشت.<sup>۳۳</sup>

### ۲-۱-۱-۲- قانون حاکم

در خصوص قانون حاکم بر دعوا باید گفت که دو نوع قانون وجود دارد. یکی قانون حاکم بر تشریفات دعوا، یا همان قانون آیین دادرسی و دیگری که قانون حاکم بر ماهیت دعوا می‌باشد. گفتنی است دعوا صرف نظر از این که طرفین ایرانی باشند یا خارجی تابع





آیین دادرسی ایران می‌باشد و دادگاه با توجه به قوانین و مقررات ایران قانون حاکم بر ماهیت دعوا را تعیین خواهد کرد.

در تعریف قانون صلاحیت‌دار یا قانون حاکم بر قرارداد گفته شده است که این قانون، قانونی می‌باشد که قرارداد توسط آن منعقد می‌گردد. چراکه امروزه پذیرش آزادی و استقلال اراده طرفین به عنوان اصلی فراگیر پذیرفته شده است، بنابراین طرفین می‌توانند در انتخاب قانون حاکم تا حد زیادی به صورت مستقل و مختار عمل نمایند، که در این صورت این امر می‌تواند در هنگام بروز اختلاف نیز از ایشان استمداد و گره‌گشایی نماید. اما پذیرش قانون مورد توافق طرفین به صورت کاملاً مطلق نیست و در برخی مواضع با محدودیت روبرو است. برای مثال آزادی اراده طرفین در جایی که با قواعد آمره و منافع عمومی هر کشوری مواجه شود با محدودیت و انسداد روبرو می‌گردد. از سوی دیگر متفاوت بودن قواعد حل تعارض هر کشور باعث می‌شود که اجرای این آزادی اراده از کشوری به کشور دیگر با محدودیت یا تفاوت روبرو باشد.<sup>۲۴</sup>

#### ۲-۱-۲- بند دوم: طرف دولتی ایرانی

ماده ۱۹ قانون سرمایه‌گذاری در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی با دولت مقرر می‌دارد: «اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آنکه در قانون موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگر از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.» چنانچه ملاحظه می‌شود، به موجب این ماده بیان شده است که تمامی اختلافات که شامل دعوای سلب مالکیت و ملی شدن نیز می‌گردد، در صورتی که از طریق مذاکره حل و فصل نگردد از طریق محاکم دادگستری ایران مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت. البته باید گفت که این امر در اکثر قوانین سرمایه‌گذاری خارجی سایر کشورها به این منوال نیست و رجوع به محاکم قضایی بین‌المللی و انتخاب قانون کشور ثالث نیز امکان پذیر می‌باشد. استثنایی که این ماده بیان کرده، یعنی «وجود توافق بر



شیوه دیگری از حل اختلاف» را می‌توان همان رجوع به داوری دانست.<sup>۲۵</sup>

### ۲-۱-۳- بند سوم: اجرای احکام دادگاه خارجی در ایران

گاهی برای سرمایه‌گذار یا شرکت خارجی بهتر است که حکم خود را در دادگاه ایران تحصیل نموده و مستقیماً در ایران اجرا نماید، اما گاهی نیز این امکان برای وی وجود دارد که با تحصیل حکم در خارج از ایران، به نحو بهتری حق خود را احقاق نماید. در خصوص اجرای احکام خارجی در ایران باید گفت که به موجب ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، این امکان فراهم آورده شده است تا حکم صادره از دادگاه‌های خارجی در کشور ایران اجرا شود، مگر آن که در موارد خاص، قانون ترتیب دیگری را مقرر نموده باشد.<sup>۲۶</sup> بنابراین بر اساس ماده مزبور اجرای احکام خارجی باید بر اساس شرایط ذیل باشد:

- معامله متقابل: این امر از جمله مصداق‌های نزاکت بین‌المللی می‌باشد، و کشور ایران تنها در صورتی به اجرای حکم کشوری خواهد پرداخت که این امر در آن کشور هم شناسایی و اجرا شود.

- عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران: می‌توان گفت که حتی دستور بر پرداخت خسارتی به دلار و یا پرداخت خسارت تاخیر به دلار نیز خارج از نظم عمومی ایران می‌باشد، چرا که این امر تحت نظارت بانک مرکزی می‌باشد و بدون موافقت این مرکز این حکم قابل اجرا نخواهد بود.<sup>۲۷</sup>

- عدم مخالفت با عهدنامه‌های بین‌المللی یا قوانین مخصوص: حکم صادره نمی‌تواند در خصوص موضوعی باشد که مغایر با مفاد عهدنامه‌های بین‌المللی یا قوانین وضع شده خاص میان کشورها باشد. یعنی در این موارد، بین حقوق دولت و حقوق اشخاص، حق دولت‌ها مقدم است.

- قطعی و معتبر بودن حکم: از دیگر شرایط قابل اجرا بودن حکم، قطعی و لازم‌الاجرا بودن آن است، همچنین آنکه از اعتبار نیفتاده باشد.

۲۵. همان، ص ۳۹۷.

۲۶. همان، ص ۳۹۸.

۲۷. همان، ص ۳۹۹.



- عدم صدور حکم مخالف از محاکم ایران: در صورتی که در خصوص موضوعی هم حکم خارجی وجود داشته باشد و هم حکم داخلی، در صورت تعارض بین این دو حکم، حکم ایرانی مقدم است و نمی‌توان حکم خارجی را اجرا نمود.

- دعوی در صلاحیت اختصاصی محاکم ایران نباشد: از جمله مثال‌های این مورد ورشکستگی آن دسته از شرکت‌های تجاری است که مرکز اصلی آنها در ایران است.

- حکم راجع به اموال غیر منقول در ایران نباشد: این اصل در بیشتر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، و به موجب ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، احکام خارجی راجع به اموال غیر منقول واقع در کشور ایران و حقوق متعلق به آنها در کشور ایران قابل اجرا نخواهد بود.

## ۲-۲- گفتار دوم: حل و فصل اختلافات از طریق داوری

همانطور که بیان شد و اطلاع داریم داوری به عنوان روشی جایگزین در حل اختلافات است که به دلیل غیرقضایی بودن آن، تمرکز و تاکید زیادی روی آن صورت می‌گیرد و جدای از سرعت آن در رسیدگی، کمتر بودن هزینه آن و انتخاب داور از دیگر مزایای آن است. از آنجا که آشنایی با این نهاد حقوقی و توضیح در خصوص آن خارج از حوصله این پژوهش است، آگاهی در خصوص کلیات آن را مفروض دانسته و در اینجا تنها به بیان نکات کلی داوری و نسبت آن با سرمایه‌گذار خارجی و یا به بیان کامل‌تر با شرکت چندملیتی بسنده می‌کنیم.

## ۲-۲-۱- بند اول: ماهیت قوانین داوری

به طور کلی دو دسته قوانین داوری وجود دارد. یکی مجموعه قوانین داوری که تحت شمول باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی است و در جایی موضوعیت دارد که طرفین داوری تماما ایرانی بوده و عنصری بین‌المللی در کار نباشد. و از آنجا که شرکت خارجی جهت فعالیت در ایران تحت قالب یکی از شرکت‌های ماده ۲۰ قانون تجارت درمی‌آید و تابعیت ایرانی پیدا می‌کند، برای یافتن عنصری خارجی در دعوای مطروحه می‌بایست به مورد غیر از تابعیت شرکت مزبور تمسک جست. از جمله عواملی که باعث می‌شود عنصری خارجی یا بین‌المللی در داوری وجود داشته باشد این است که برای مثال مرکز فعالیت طرفین در کشورهای مختلفی باشد، داور منتخب دارای تابعیت خارجی باشد،



داوری خارج از کشورهای طرفین یا خارج از کشور یکی از آنان برگزار گردد و خلاصه به گونه‌ای یک عنصر خارجی در قضیه دخالت نماید.<sup>۲۸</sup>

## ۲-۲-۲- بند دوم: قانون داوری تجاری بین‌المللی

این قانون که مصوب سال ۱۳۷۶ می‌باشد، تا حد قابل ملاحظه‌ای از قانون نمونه کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) اقتباس شده و در پاره‌ای از مقررات با شرایط داخلی ایران مطابقت داده شده است.<sup>۲۹</sup> به موجب ماده ۲ این قانون: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.»

### ۲-۲-۲-۱- طرف دولتی ایرانی

هنگامی که موضوع سرمایه‌گذاری شرکت یا شخص خارجی، طرح‌های بزرگ ملی می‌باشد که عمدتاً از طریق بیع متقابل یا بی‌اوتی صورت می‌گیرد، معمولاً طرف دیگر سرمایه‌گذاری دولت است. در این خصوص باید گفت در این دعاوی یا اختلافات، صورت گرفتن داوری با نکات و مسائل دیگری مواجه است که به ذکر آنها خواهیم پرداخت. به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در صورتی که موضوع اختلاف اموال عمومی و دولتی باشد، صلح یا ارجاع آن به داوری نیازمند تصویب هیأت وزیران است. به موجب این اصل: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داور در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی، باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

۲۸. صفایی، دکتر سید حسین، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، تهران، نشر میزان،

۱۳۷۵، صص ۱۱۵-۱۱۷.

۲۹. آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، ص ۴۰۶.



گرچه شرکت‌های فرعی که خود را در قالب شرکت‌های ماده ۲۰ درآورده‌اند یک شرکت ایرانی محسوب می‌شوند، اما با این حال نیز صلح و ارجاع به داوری در موضوعات مربوط به ایشان باید به تصویب هیأت وزیران و مجلس نیز برسد.

### ۲-۲-۳- بند سوم: موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری در

#### خصوص داوری

چنانکه پیش‌تر اشاره گردید، اختلافات میان سرمایه‌گذار خارجی و دولت، چنانچه از طریق مذاکره حل نشود، در دادگاه‌های خارجی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. همانطور که بیان شد این مسأله متن صریح ماده ۱۹ قانون سرمایه‌گذاری می‌باشد. اما در ادامه در همان ماده بیان شده است که در خصوص حل و فصل اختلافات موجود میان سرمایه‌گذار و دولت امکان ارجاع به داوری نیز وجود دارد و آن در زمانی است که به موجب موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی، در خصوص شیوه دیگری از حل اختلاف توافق شده باشد. این شیوه از حل و فصل همانا شیوه داوری می‌باشد.<sup>۳۰</sup>

### ۲-۳- گفتار سوم: اجرای احکام داوری خارجی در ایران

اکثر احکام داوری خود به خود شناسایی و اجرا می‌گردند، که به ویژه این مطلب در مورد داوری‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی صادق می‌باشد.<sup>۳۱</sup> اما در صورتی که حکم داوری جنبه داخلی نداشته باشد و محکوم‌علیه در ایران از اجرای حکم سر باز زند، وضعیت چگونه خواهد بود؟ جواب این است که ایران در سال ۱۳۸۰ به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی معروف به کنوانسیون نیویورک ملحق شده است که به موجب آن اجرای احکام داوری خارجی در ایران لازم‌الرعايه خواهند بود. حال با توجه به این که مفاد کنوانسیون فوق در حکم قانون می‌باشد باید گفت که نسبت به اجرای احکام داوری

۳۰. همان، ص ۴۱۳.

۳۱. پی‌یر لالیو، مجله حقوقی، اجرای احکام داوری بین‌المللی، ترجمه سوسن خطاطان، شماره

۱۶-۱۷، ص ۳۰۶.



خارجی باید مفاد این کنوانسیون را ملاک عمل قرار دهیم نه قانون اجرای احکام مدنی.<sup>۳۲</sup> ماده واحده که مجلس برای الحاق به کنوانسیون فوق مقرر نموده، دارای چند شرط است. اول این که: «جمهوری اسلامی ایران کنوانسیون را منحصرًا در مورد اختلافات ناشی از روابط حقوقی قراردادی یا غیرقراردادی که حسب قوانین جمهوری اسلامی ایران تجاری محسوب می‌شوند، اعمال خواهد کرد.» آنچه مدلول این شرط است این است که تجاری بودن اختلافات ملاک اصلی برای لحاظ نمودن این قانون و الحاق است، که برای تجاری بودن یا نبودن اختلاف نیز باید فعالیت شرکت را بر اساس ماده ۲ و ۳ قانون تجارت مورد بررسی قرار دهیم. از آنجا که عملیات تجاری تبعی نیز به موجب ماده ۳ قانون تجارت از جمله معاملات «تجاری» محسوب می‌گردد، بنابراین قریب به اتفاق احکام صادره داوری خارجی در خصوص اختلافات ناشی از عملیات شرکت خارجی می‌تواند تحت شمول کنوانسیون نیویورک شناسایی و اجرا گردد.<sup>۳۳</sup> بر اساس شرط دوم: «جمهوری اسلامی ایران فقط کنوانسیون را بر اساس رابطه متقابل، اعمال و احکامی را شناسایی و اجرا خواهد کرد که در قلمرو یکی از دولت‌های عضو کنوانسیون صادر شده باشد.» چنانچه مشاهده گردید در اینجا نیز همانند اجرای احکام دادگاه‌های خارجی در ایران توجه به نزاکت بین‌المللی در معامله متقابل از شرط‌های اجرای حکم در ایران می‌باشد. در حال حاضر ۱۳۵ کشور به این کنوانسیون ملحق شده‌اند و بر این اساس اشخاص خارجی (اعم از حقیقی و حقوقی) که رای داور را به نفع خود اخذ می‌نمایند، می‌توانند تنها با ارائه رای و قرارداد داوری به دادگاه ایرانی، شناسایی و اجرای رای داوری خارجی را از دادگاه ایران خواستار شوند.<sup>۳۴</sup>

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

نقش بی‌شائبه و پراهمیت «سرمایه» و منابع مالی در پیشبرد هرگونه طرح توسعه‌ای

۳۲. آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، ص ۴۱۸

۳۳. همان، ص ۴۱۹.

۳۴. شیروی، دکتر عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (بی.اوتی)، قم،

دانشگاه تهران پردیس قم، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱.



در کشورهای در حال توسعه، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» را به یکی از مهم‌ترین منابع تامین مالی در این کشورها تبدیل کرده است. در این میان، شرکت‌های چند ملیتی، با برتری بی‌بدیل اقتصادی خود، برخورداری از شبکه‌های پیچیده درون سازمانی، گستره فعالیت جهانی، مجهز بودن به فناوری روز، با اهداف سودآوری حداکثری، به اصلی‌ترین مهره‌های این عرصه بدل گردیده‌اند. لیکن علی‌رغم وجود چنین واقعیاتی در عرصه عمل، ادبیات حقوقی ملهم از تفکرات اندیشمندان و حقوق‌دانان کشورهای کمتر توسعه یافته، نشان از نوعی تردید در این جوامع نسبت به نقش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و شرکت‌های چند ملیتی، در توسعه پایدار این کشورها دارد. چنین بی‌اعتمادی عمدتاً ناشی از تاریخ استعماری این کشورها و به دنبال آن ترویج تفکرات نولیبرالی و افراط‌گرایانه آزادی بازار، در دهه‌های اخیر، بوده است. در نوشتار حاضر، با اشاراتی مختصر به اختلاف نظرات و زمینه‌های آنها در این باب، سعی بر ارائه چهارچوبی توصیفی از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، شرکت‌های چند ملیتی و تعامل حقوقی این دو مبحث جهت زمینه‌سازی ارائه بحث‌های ارشادی است. به منظور نیل به چنین مقصودی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و شرکت‌های چند ملیتی، به عنوان مفاهیمی مرتبط و هم‌بستر نگریسته شده‌اند. لذا سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به عنوان نهاد و چهارچوبه‌ای حقوقی و اقتصادی که بسترساز فعالیت شرکت‌های چند ملیتی (به عنوان اصلی‌ترین بازیگر این میدان) می‌باشد، شناخته شده است. با چنین رویکرد جامعی، این تحقیق، سعی در پوشش شایع‌ترین تاسیسات حقوقی مورد استفاده در ورود و استقرار سرمایه‌گذار مستقیم خارجی در حوزه‌های صلاحیتی حقوقی مختلف دارد. در این راستا، نگاهی تفصیلی به نظام حقوقی ایران که از بسیاری جهات شباهت‌هایی با گروه بزرگی از کشورهای در حال توسعه دارد، صورت گرفته است؛ کشورهایی که در عمل شاهد اثرات مثبت و منفی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و حضور شرکت‌های چندملیتی و حل و فصل اختلافات آنها در کشورشان بوده‌اند. در عرصه انتزاعی بحث‌های ارشادی، مطالعه وسیع سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و شرکت‌های چند ملیتی، در سطوح نظری و عملی پیشنهاد شده است. پس از آن اعمال استانداردهای مشخص به منظور ایجاد تعادلی منطقی میان بایسته‌های توسعه پایدار از یک سو و گسترش فضایی مناسب جهت جلب نظر سرمایه‌گذاران مستقیم خارجی از سوی دیگر ارائه گردیده است.

به عنوان پیشنهاد می‌توان گفت که چه خوب است اگر بتوان قوانین داخلی خود را



به نحوی تنظیم نماییم، که عضویت و پیروی از یکی از این دستورالعمل‌ها، یا به طور خاص دستورالعمل او.ای.سی.دی ۲۰۱۱<sup>۳۵</sup> به عنوان پیش شرط ورود شرکت چندملیتی به کشور ایران در نظر گرفته شود. می‌توان این مهم را با تصویب یا اصلاح آیین‌نامه‌های سازمان تشویق و سرمایه‌گذاری خارجی ایران به نتیجه رسانید. اگر دولت‌مردان ما به این مقوله و اهمیت جایگاه این دستورالعمل‌ها آگاهی یابند، بی شک آن را سر لوحه امور خود قرار می‌دهند، چرا که عدم آگاهی ما از ساختار و تاثیرات این شرکت‌ها و همچنین عدم تجربه تاریخی کافی از حضور و فعالیت این شرکت‌ها در ایران، می‌تواند برای آینده کشور ما خطر آفرین باشد. این در حالی است که حدود ۵۰ سال از تدوین اولین دستورالعملی که ناظر بر شرکت‌های چندملیتی می‌باشد می‌گذرد و ما می‌توانیم حاصل رنج این تجربه را که تدوین آخرین نسخه از آن دستورالعمل یعنی او.ای.سی.دی ۲۰۱۱ می‌باشد را مورد بهره برداری قرار دهیم. از سوی دیگر می‌توان با دقت و پژوهش بیشتر در مباحث این دستورالعمل‌ها گزیده‌ای از میان این دستورالعمل‌ها برگزید و با تلفیق نمودن پاره‌ای از مسائل حقوق داخلی با آن، به عنوان لایحه‌ای از سمت کشور خود به سازمان ملل ارائه داد؛ تا بتوان در مرحله بعد از جنبه پیشنهادی بودن این دستورالعمل‌ها عبور کرد و آن را به عنوان کنوانسیون بین‌المللی تصویب نمود. با تحقق یافتن این مسأله می‌توانیم گامی موثرتر در کنترل و مدیریت بهتر این شرکت‌ها برداریم.

لازم به ذکر است که این تحقیق به خاطر پیشرو بودن آن در حیطه مسأله قیاس میان دستورالعمل‌ها، کاری نو و بدیع می‌باشد، از این رو به مانند سایر موارد که برای اولین بار موضوعی مورد بحث قرار می‌گیرد، به ناچار اکثر مسائل آن کلی و جامع می‌باشند. بنابراین جای دارد تا دانشجویان و دانش پژوهان این حوزه از حقوق با مطالعه و پژوهشی عمیق‌تر رو به زمین‌های بکر و گسترده آن آورده و در حاصل خیزی بیش از پیش آن اهتمام ورزند. چرا که با تمام شدن دیر یا زود دوران تحریم در ایران، راه برای حضور انواع این شرکت‌ها در کشور باز خواهد شد و طبیعی است عدم آگاهی و آمادگی ما می‌تواند منجر به نتایجی زیان‌بار و غیرقابل بازگشت شود، در حالی که از سوی دیگر می‌توانیم با آمادگی و تسلط خود بر این موضوعات، کشور را برای نیل به اقتصادی پویاتر و فعال‌تر سوق دهیم.





## منابع

### ۱. کتاب‌های فارسی

- آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، چاپ اول، بهنامی، تهران، ۱۳۸۸
- صفایی، سید حسین، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵
- شیروی، عبدالحسین، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (بی.اوتی)، قم، دانشگاه تهران پردیس قم، شرکت مهندسی و توسعه نفت ۱۳۸۴
- شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱
- شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری؛ چاپ دوازدهم، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۸

### ۲. کتاب‌های لاتین

- Anastassopoulos , J. P., G. Blanc and P. Dussauge, State-Owned Multinationals, Wiley/IRM, 1987
- Dunning, J.H., Multinational Enterprises and the Global Economy, Addison Wesley, 1992
- Neil Hood and Stephen Young, The Economics of the Multinational Enterprise, Longman 1979.
- OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2008
- OECD (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing
- OECD (2011), Commentaries on OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing
- Rodger, Barry J. and Angus MacCulloch, Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Routledge-Cavendish, 2009
- Somarajah, M, The International Law of Foreign Investment, Cambridge University Press, 2004
- THE OECD DECLARATION AND DECISIONS ON INTERNATIONAL INVESTMENT AND MULTINATIONAL ENTERPRISES: BASIC TEXTS, OECD Publishing, 2000
- United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Current Studies, Series A (New York: United Nations) United Nations publication sales No. E.86.II.A.15, (ST/CTC/SER.A/4)
- TRIPARTITE DECLARATION OF PRINCIPLES CONCERNING MULTINATIONAL ENTERPRISES AND SOCIAL POLICY, Fourth Edition, Printed by the International Labour Office, Geneva, Switzerland, 2006
- Bidgoli, Hossein, Electronic Commerce: Principles and Practice, Academic Press, California, USA 2002.

### ۳. مقالات فارسی

- م. کاظمی، «مشوق‌های مالیاتی برای جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، نشریه سرمایه‌گذاری خارجی ایران، پیش ش ۱
- پی.یر لالیو، مجله حقوقی، اجرای احکام داوری بین‌المللی، ترجمه سوسن خطاطان، شماره ۱۶-۱۷



#### ۴. مقالات لاتین

- Fatouros A., Professor Arghyrios, THE OECD GUIDELINES IN A GLOBALISING WORLD, Conference on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises organized by the OECD in Budapest on November 16-18, 1998, University of Athens, 1999
- Brooks, Douglas H. Emma Xiaoqin Fan and Lea R. Sumulong, Foreign Direct Investment in Developing Asia: Trends, Effects, an Likely Issues for the Forthcoming WTO Negotiations, Asian Development Bank, 2003.

#### ۵. پایان نامه ها و جزوات درسی

- آیت‌اللهی، بهناز، جنبه‌های حقوقی انتقال تکنولوژی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوص، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴
- خاوری، شهرام، بررسی و تحقیق به منظور اصلاح روش‌های عملیاتی فرآیندشناسی تا وصول مالیات اشخاص حقوقی در سازمان امور مالیاتی کشور، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده اقتصاد و حسابداری دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکزی، نیمسال اول ۸۴-۱۳۸۳
- شفیق زاده، محمدرضا، قیمت‌گذاری انتقالی در فعالیت شرکت‌های چند ملیتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
- خادمان، دکتر محمود، جزوه درس حقوق سرمایه‌گذاری‌های خارجی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ۱۳۹۰
- خادمان، دکتر محمود، جزوه درس شرکت‌های چند ملیتی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ۱۳۹۰

#### ۶. فرهنگ‌ها

- فرهنگ، منوچهر، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی (انگلیسی به فارسی)، نشر البرز، ۱۳۷۱، ج ۲
- Garner, Bryan A. (editor in chief), Blacks Law Dictionary, 8th Edition, West Publishing Limited, 2004.

#### ۷. منابع الکترونیکی و اینترنتی

- <http://www.oecd.org/corporate/mne/2011update.htm>
- <http://oecdwatch.org/oecd-guidelines>
- [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises\\_9789264115415-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises_9789264115415-en)
- <http://www.publications.pwc.com/DisplayFile.aspx?Attachmentid=6114&Mailinstanceid=25812>
- <http://www.corporatecomplianceinsights.com/category/compliance/greg-husisian-series-on-compliance-strategies-for-multinational-corporations/>



- [http://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/committees\\_commissions/commission\\_on\\_multijurisdictional\\_practice/mjp\\_comm\\_sal.html](http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/committees_commissions/commission_on_multijurisdictional_practice/mjp_comm_sal.html)
- <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/204136.htm>
- <http://hasanilaw.blogfa.com/post/383>
- [http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_094386/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm)
- [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1459548](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1459548)
- <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r186.htm>
- <http://www1.umn.edu/humanrts/ataglace/compdfun.html>
- <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj18&div=22&id=&page=>

## ۸. قوانین

- روزنامه رسمی، ش ۱۶۳۹۲، ۲۵ اردیبهشت ۱۳۸۰
- آیین نامه جلب و حمایت سرمایه خارجی
- آیین نامه معاملات متقابل
- قانون تجارت
- قانون اجرای احکام مدنی
- قانون اساسی
- قانون آیین دادرسی مدنی
- قانون پولی و بانکی کشور
- قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی
- قانون جلب و حمایت سرمایه خارجی
- قانون داوری تجاری بین المللی
- قانون راجع به ثبت شرکتها
- قانون مالیاتهای مستقیم
- قانون مدنی
- کنوانسیون راجع به حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع سایر کشورها
- کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای احکام داوری خارج
- موافقتنامه تشویق و حمایت از داوری خارجی



# بررسی فقهی - حقوقی

## حق حبس زوجه<sup>۳</sup>

مریم السادات موسوی<sup>۱</sup>

### چکیده

از موضوعات مهم و کاربردی حقوق خانواده، مسأله «حق حبس» زوجه برای استیفای مهر است که به موجب آن، زوجه حق دارد از عمل به وظایف زناشویی خودداری نماید و از این طریق زوج را در مورد پرداخت مهر تحت فشار بگذارد. این موضوع ابعاد قابل بررسی بسیاری دارد؛ با وجود این، قانون مدنی به این موضوع مهم آنطور که باید توجه ننموده و تنها در ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ متعرض آن شده است. در این مقاله به بیان مختصری از نظرات متفاوت فقها و حقوق دانان در زمینه‌های حجیت حق حبس زوجه و ارائه‌ی کتاهمی از ادله حجیت حق حبس زوجه پرداخته شده است. همچنین به بررسی قلمرو حق حبس زوجه و بیان نظریات متفاوت در این خصوص پرداخته شده و پاسخ مختصری به برخی سؤالات راجع به موضوعات متفاوت حق حبس داده شده است.

**کلمات کلیدی:** حق، حبس، تمکین عام، تمکین خاص، ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی

### مقدمه

مهر یکی از آثار مالی عقد نکاح است. در حقوق مدنی ایران تعیین مقدار مهر تابع تراضی زوجین است و با الهام از قواعد عقود معوض در فقه اسلامی و مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، حق حبس راهکاری برای استیفای مهر زن مقرر شده است. براین اساس

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



زوجه حق دارد در صورت حال بودن مهر، از انجام وظایف زناشویی امتناع و زوج را به پرداخت مهر ملزم کند. حق حبس زوجه، بنا به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸-۱۳/۰۲/۱۳۹۰ هیأت عمومی، مستفاد از این ماده مذکور است که زن در صورت حال بودن مهریه می‌تواند تا مهریه به او تسلیم نشده باشد از ایفای مطلق وظایفی که در شرعا و قانونا در برابر شوهر دارد، امتناع نماید. این رأی موافق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه است. در مورد حق حبس مباحث گوناگونی قابل طرح است که در این مقاله تنها به بیان مختصری از دیدگاه فقها در مورد ثبوت و عدم ثبوت حق حبس زوجه و محدوده این حق و بیان چند نمونه از رویه قضایی حق حبس زوجه پرداخته شده است.

### تعریف مفاهیم

پیش از تبیین مفهوم «حق حبس» بیان مختصری درباره‌ی مفهوم دو واژه‌ی «حق» و «حس» که اصطلاح مذکور از ترکیب آنها تشکیل شده است، ضروری می‌نماید که در ادامه بررسی خواهد شد و سپس تعریفی از مفهوم تمکین ارائه خواهد شد.

### مفهوم حق

حق که جمع آن حقوق و حقا است، در لغت به معنای ثبوت و ثابت آمده است،<sup>۲</sup> لغت شناسان آن را ضد باطل معنا کرده‌اند.<sup>۳</sup> برخی اصل حق را به معنای مطابقت و موافقت دانسته‌اند.<sup>۴</sup> معانی دیگری هم نظیر عدل، مال، ملک و غیره برای آن ذکر شده است.<sup>۵</sup> برخی از اندیشمندان حقوق اسلامی در تعریف اصطلاحی حق بیان کرده‌اند: «حق

---

۲. ابوالفضل جمال‌الدین محمدابن مکرم، ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۰، لسان‌العرب، بیروت، دارالفکر، ص ۵۰.

۳. سید محمد مرتضی، حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، تاج‌العروس من جواهرالقاموس، ج ۱۳، بیروت، دارالفکر، ص ۸۰.

۴. حسین بن محمد راغب، اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ۱۴۱۲، لبنان، سوریه، دارالعلم، ص ۲۴۶.

۵. حسینی زبیدی، همان.



عبارت است از نوعی سلطه و قدرت، یا نوع و مرتبه‌ی ضعیفی از ملکیت که قانون آن را به فرد یا افرادی می‌دهد تا در پرتو آن در موارد خاصی به کار گیرند و از مزایای آن بهره‌مند شوند.<sup>۶</sup> فقهای امامیه درباره‌ی معنای اصطلاحی حق، دیدگاه‌های مختلفی را مطرح کرده‌اند که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: تفسیر حق به سلطنت، تفسیر حق به ملک، تفسیر حق به مرتبه‌ی ضعیف ملکیت، تعدد تفسیر حق که در موارد متعدد معنای متفاوت خواهد داشت و حسب مورد به معنای ولایت، اولویت، اختصاص و سلطنت است. در اصطلاح حقوقی، قدرتی که از طرف قانون به شخصی داده شده، حق نامیده می‌شود. حق به این معنا ضمانت اجرا دارد و آن را «حق تحقیقی» و «حقوق موضوعه» و «حقوق مثبت» نیز گفته‌اند. همچنین در بیان دیگر حق عبارت است از: «توانایی‌ای که شخص بر چیزی یا بر کسی داشته باشد. اصل این است که هر حق قابل انتقال به غیر و نیز قابل اسقاط است». شایان ذکر است، مفاد قوانین الزامی را حکم گویند که در برابر حق به کار می‌رود.<sup>۷</sup>

### مفهوم حبس

واژه‌ی حبس در دیدگاه لغت شناسان به منع کردن و بازداشتن و ضد رهاکردن معنا شده است.<sup>۸</sup>

حبس در اصطلاح فقهی به دو معنا به کار رفته است: اول، به معنای اباحه‌ی مجانی منافع برای جهتی یا شخصی معین و یا عنوانی از عناوین. دوم، زندانی کردن. حبس به معنای نخست عبارت است از اینکه فردی، عینی معین از ملک خود را برای جهتی معین از جهات خیر، مانند حبس مرکب برای انتقال حاجیان به مکه، با عنوانی از عناوین مانند حبس ملکی برای فقرا یا علما و یا برای شخصی معین حبس کند؛ بدین گونه که منافع

---

۶. سید جلال موسوی نسب و همکاران، تأملی نوین پیرامون حق حبس زوجه در فقه امامیه و نظام حقوقی-قضایی ایران، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، دوره ۲۰، شماره ۸۰، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۱۹.

۷. همان.

۸. حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، همان، ج ۸، ص ۲۳۴.



آن (برای همیشه یا مدتی معین) در آن جهت یا برای آن عنوان یا شخص صرف شود.<sup>۹</sup>

### مفهوم حق حبس

در تعریف اصطلاحی حق حبس، بعضی استادان چنین تقریر کرده‌اند: «در صورتی که یکی از طرفین معامله تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر می‌تواند از انجام دادن تعهد خود امتناع کند، حق مزبور را حق حبس نامند».<sup>۱۰</sup>

چنانکه ماده‌ی ۳۷۷ ق.م. در مورد حق خودداری از تسلیم مبیع یا ثمن و همچنین ماده ۱۰۸۵ ق.م. درباره‌ی حق امتناع زوجه از تمکین تا هنگام تسلیم مهر به آن اشاره کرده است.<sup>۱۱</sup> برخی صاحب نظران نیز در این باره بیان کرده‌اند: «حقی است برای عاقدِ عقدِ معوض، در برابر طرف خود که تعلق و مسامحه در اقباض معقودعلیه (یا شرط ضمن‌العقد) کلاً یا بعضاً کند. این حق از شئون و عوارض یکی از اصول سه‌گانه‌ی معاوضات است؛ یعنی اصل تسلیم در برابر تسلیم که همزمان است و از حقوق فطری است؛ لذا پس از اقاله‌ی بیع (مثلاً) یا فسخ به دستاویز حق خیار نیز حق حبس پدید می‌آید. پس تسلیم مورد عقد از سوی یک طرف قرارداد، در برابر تسلیم طرف دیگر مورد توجه است و هرگاه هر دو طرف از تسلیم امتناع ورزند، تمنع نامیده می‌شود و قانون به تبع حقوق فطری، آنها را ذی‌حق در امتناع می‌شناسد و این حق را حق حبس خوانده‌اند».<sup>۱۲</sup>

از «حق حبس» به «حق امتناع» نیز تعبیر شده است<sup>۱۳</sup> و در عبارات پاره‌ای از محققان فقه اهل بیت علیه‌السلام اصطلاح «حق امتناع» را به کار برده‌اند. برخی مصنفان فقه مذاهب اهل سنت هم از حق حبس، به احتباس تعبیر کرده‌اند.<sup>۱۴</sup>

۹. سید جلال موسوی نسب و همکاران، ص ۱۲۰.

۱۰. همان.

۱۱. همان به نقل از: امامی، میرسیدحسین، ۱۳۸۲، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، اسلامیه، ص ۲۳۰.

۱۲. سید جلال موسوی نسب و همکاران، همان.

۱۳. امامی، همان، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۴۴۶.

۱۴. سید جلال موسوی نسب و همکاران، همان.



به عبارتی حق حبس را می‌توان این گونه تعریف کرد: حق امتناعی است که طرفین، در صورت عدم تسلیم مورد تعهد از طرف دیگر دارد که در اصطلاح حقوقی به حق حبس معروف شده است. با توجه به تقسیم‌بندی‌هایی که از حق می‌شود، حق حبس را باید از دسته حقوق الناس دانست؛ ولی در هر حال، در مورد ماهیت حق حبس بین حقوق دانان اختلاف نظر است؛ بعضی آن را حق عینی می‌دانند و بعضی آن را حق دینی می‌دانند؛ اما در فقه اسلامی از حق حبس به عنوان حق عینی یاد کرده‌اند؛ به همین جهت، در کتب فقهی از حق حبس با عنوان حق حبس العین نام برده شده است. به نظر اکثر حقوق دانان و فقها این حق یک موضوع استثنایی و خلاف اصل است و در عقود معوض و بالخاص در عقد بیع وجود دارد. استفاده از این حق معمولاً در جایی رخ می‌دهد که طرفی که به این حق استناد می‌کند اطمینان کافی به طرف دیگر را ندارد و بیم تضییع حق خود را بعد از تحویل مال منتقل‌الیه به وی دارد. قانون‌گذار ما بدون توجه به اهداف و ماهیت نکاح، با معوض دانستن عقد نکاح در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و با پیروی از نظریات مشهور فقها این حق را برای زوجه قائل شده و اذعان داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».<sup>۱۵</sup>

### مفهوم تمکین

تمکین مصدر باب تفعیل به معنای به کسی توانایی دادن که به امر یا چیزی دست یابد، قبول کردن و پذیرفتن است. تمکین در اصطلاح حقوق بر دو قسم است: تمکین خاص و تمکین عام.

تمکین خاص عبارت است از نزدیکی جنسی زن با شوهر که زن باید همیشه آماده برای آن باشد مگر اینکه بیمار باشد که نزدیکی موجب زیان او شود و موانع شرعی داشته باشد مثل قاعدگی. تمکین خاص ایجاد شرایطی برای رفع نیازهای جنسی در هر موقعیت ممکن و متعارف است، بنابراین لزوم تمکین، امر مطلق نیست و بر اساس زمان، مکان و

---

۱۵. شایان، رضائی، جایگاه حق حبس زوجه در نظام حقوقی ایران، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره هفتم، پاییز ۱۳۹۷، ص ۴۰۰.





عرف تعیین می‌شود و اما منظور از تمکین عام آن است که زن وظایفی را که شرعا و قانونا در برابر زوج دارد، انجام دهد. بنابراین تمکین در مفهوم عام خود گستره وسیعی از اعمال را شامل می‌شود که به عنوان مثال می‌توان از حسن معاشرت زن با همسر خود،<sup>۱۶</sup> معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند،<sup>۱۷</sup> وفاداری، اطاعت از او در امور زناشویی و پذیرش ریاست شوهر بر خانواده<sup>۱۸</sup> نام برد؛ که همگی از موارد تمکین عام هستند. بنابراین به نظر می‌رسد چنانچه زوجین برای مدت کوتاهی با هم زندگی کنند یا زن ریاست مرد بر خانواده را بپذیرد با تحقق ملاک مواد قانون مدنی راجع به حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر، تمکین به معنای عام خود رخ داده است و می‌تواند دارای آثاری باشد که در گفتارهای بعدی بررسی خواهد شد.<sup>۱۹</sup>

### ادله‌ی حجیت حق حبس زوجه

مشهور فقهای امامیه و چه بسا اجماع ایشان بر وجود حق حبس در نکاح چنین حکایت می‌کند: «زن می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهریه‌اش را دریافت کند».<sup>۲۰</sup> و حتی فقهای اهل تسنن پذیرفته‌اند؛ فقط در بعضی از احکام آن با هم اختلاف نظر دارند که در مباحث آینده بدان اشاره خواهد شد. ولی در کتاب جواهر، به نقل از حدائق و نهاییه‌المرام آمده است که این حق، نه برای زن است و نه برای مرد.<sup>۲۱</sup> مرحوم نجفی (صاحب کتاب جواهرالکلام) در شرح عبارت شرایع‌الاسلام، ضمن اشاره به یکی از شرایط اعمال حق حبس (عدم دخول)، بر آن ادعای اتفاق کرده‌اند: «زن

۱۶. ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی.

۱۷. ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی.

۱۸. ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی.

۱۹. شایان، رضائی، همان، ص ۴۰۱.

۲۰. جعفر بن محمد، محقق حلی، شرائع‌الاسلام، ۱۴۰۹، ج ۲، قم، اسماعیلیان، ص ۲۶۹.

۲۱. ن.ک محمود، قیوم‌زاده، بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن، مجله

فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۴۰.



می‌تواند از تمکین خودداری کند تا مهریه‌اش را دریافت کند».<sup>۲۲</sup>

همچنین در کتاب تحریرالوسیله و وسیله‌النجاه چنین آمده است: بل لها أن تمتع من التمکین و تسلیم نفسها حتی تقبض مهرها الحال...<sup>۲۳</sup> «بلکه زن می‌تواند از تمکین و تسلیم خودش نسبت به مرد، سر باز زند تا تمام مهر خود را دریافت دارد».

از جمله دیگر فقهای موافق حق حبس، صاحب کتاب جامع‌الشتات است که عدم تمکین زن را به جهت گرفتن مهر، جایز دانسته است. برخی اتفاق در مسأله را بیان داشته و مقتضای معاوضی بودن عقد نکاح را حق حبس می‌دانند. شیخ بهائی نیز از موافقین این نظریه است؛ چنانکه می‌گوید: «امتناع نمودن زن از دخول کردن شوهر جهت گرفتن مهر یا غیر آن بعد از دخول، حرام است».

از عبارت فوق و قید عبارت «بعد از دخول» مشخص می‌شود که او قبل از دخول، این حق را برای زن شناخته است. صاحب کتاب منتخب‌الرسائل نیز می‌گوید: «جایز است از برای زن قبل از نزدیکی امتناع کند از تمکین تا تمام مهر را بگیرد؛ مگر در عقد، شرط شده باشد که تمام یا بعضی از مهر را به مدت بگیرد که در آن صورت وفای به شرط لازم است». شیخ مفید و ابن براج نیز امتناع زن را به جهت گرفتن مهر جایز دانسته‌اند و نیز نویسنده کتاب جامع‌الشتات، همانطور که پیش‌تر آمد، امتناع زن را از انجام وظایف زوجیت، به علت گرفتن مهر جایز می‌داند.<sup>۲۴</sup>

دلایلی که برای وجود حق حبس در نکاح اقامه شده از قرار ذیل است:

۱. نکاح با مهر شبیه عقود معاوضی است، پس حق حبس عقود معاوضی در نکاح نیز می‌آید.<sup>۲۵</sup>

۲. خیر زرعه از سماعه: سماعه می‌گوید: «از امام درباره‌ی مردی که همسرش پس از

۲۲. ن.ک سید مهدی، میرداداشی، حق حبس زوجه با تکیه بر فقه امامیه، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱، تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۰.

۲۳. ن.ک محمود، قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۰ به نقل از روح‌الله، موسوی خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، لبنان، الطبع الثالث، ۱۴۰۱.

۲۴. محمود، قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۰-۱۴۱.

۲۵. سید مهدی، میرداداشی، همان، ص ۱۰.



عقد، مهرش را بر او حلال کرده است، پرسیدم آیا رواست پیش از اعطای چیزی به او با وی آمیزش نماید؟ امام در پاسخ فرمودند: نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه؛ آری! وقتی زن مهرش را بر مرد حلال کرده است، مانند آن است که زن مهرش را قبض کرده است».<sup>۲۶</sup>

تقریب استدلال آن است که امام فرمود: «اگر زن مهرش را بر مرد حلال کرد، به منزله‌ی آن است که آن را قبض کرده است؛ بنابر این مرد می‌تواند با وی آمیزش نماید». پس مفهوم بیان امام این خواهد بود که اگر زن مهرش را قبض نکرده باشد، بر مرد روا نیست با وی آمیزش نماید.<sup>۲۷</sup>

۳. در صورتی که برای زن حق حبس قائل نشویم، بر وی عسر و حرج و ضرر و ظلم لازم می‌آید. مرحوم خوانساری ضمن بیان دو استدلال می‌فرماید: «ازدواج دائم به نحو عقد معاوضی نمی‌باشد؛ چرا که نکاح دائم بدون ذکر مهر صحیح است. همچنین در صورت ذکر مهر در آن، مهر عوض آن محسوب نمی‌شود. علاوه بر آن لازمه تقریب مذکور آن است که زن حتی بعد از دخول نیز حق امتناع خواهد داشت، اما کسی ملتزم به این سخن نشده است».<sup>۲۸</sup>

آیت‌الله مکارم شیرازی در درس خارج در رد این استدلال (معاوضی بودن نکاح) اظهار داشته‌اند: این استدلال قابل مناقشه است؛ چون درست است که نکاح شبیه معاوضه و مهر شبیه اجور است، ولی واقعا به شواهد زیر معاوضه نیست:

۱. ذکر مهر در عقد واجب نیست (البته در عقد دائم) و اگر معاوضه حقیقیه باشد حتما باید حد و حدود عوض تعیین شود.

۲. اگر عوض و مهر فاسد باشد؛ مثل اینکه شراب و خوک را مهر قرار داده‌اند و یا خانه را که ملک او نبوده، مهر قرار دهد، مهر باطل است، ولی مبطل عقد نیست، در حالی که

۲۶. سیدمهدی، میرداداشی، همان. به نقل از: محمدبن حسن، حرّعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۵۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۲۳ق.

۲۷. همان، ص ۱۱.

۲۸. همان، به نقل از: احمد، خوانساری، جامع المدراک، ج ۴، ص ۴۲۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه

اسماعیلیان، ۱۳۶۴.



در معاوضه اگر یکی از عوضین فاسد باشد، معامله باطل است.

۳. در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» و یا الفاظ معاوضه انشای نکاح نمود، در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود، انشای نکاح باید با الفاظ معاوضه هم صحیح می‌بود.

۴. در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد، ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد؛ مثلاً باید صد سکه مهر قرار می‌داد، ولی دویست سکه قرار داده است و یا اینکه در معاوضه هر عیبی خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح، بعضی از عیوب خاص و منصوص، خیار عیب می‌آورد. این‌ها شواهدی است که نشان می‌دهد نکاح، معاوضه حقیقیه نیست؛ بنابراین کلام صاحب مدارک روشن می‌شود که مهر و تمکین دو وظیفه مستقل است و ربطی به هم ندارند. از سوی دیگر، این قول لوازمی دارد که پذیرش آن لوازم از مذاق شرع بعید است؛ یعنی اگر مهر سنگین باشد و زوج هم توانایی پرداخت آن را نداشته باشد، شاید حدود چهل سال طول بکشد که تمام مهر را به زوجه بپردازد و این با روح ازدواج نمی‌سازد».<sup>۲۹</sup>

صاحب جامع‌المدرک درباره روایت زرعه نیز می‌گوید: «منظور از حق حبس، امتناع زوجه برای استمتاع زوج است، حال آنکه آنچه از روایت استفاده می‌شود عدم جواز مقاربت است، نه سایر استمتاعات. علاوه بر آن ممکن است روایت از جهت سند نیز اشکال داشته باشد. همچنین ممکن است به سیاق اخبار دیگر، این روایت نیز حمل بر کراهت شود؛ یعنی قبل از پرداخت مهر، مکروه است زوج از زوجه استمتاع نماید.»<sup>۳۰</sup>

آیت‌الله مکارم شیرازی، روایت زرعه از سماعه را از حیث سند و دلالت بی‌اشکال دانسته است و می‌گوید: «این روایت ظاهراً دلیل خوبی برای مشهور است، اما با دو اشکال مواجه است: اولاً، صحبت در تمکین و عدم تمکین زوجه نیست؛ بلکه در این است که قبل از عروسی باید مهر را نقد بدهد که وظیفه‌ای از وظایف زوج است و یک حکم استحبابی است؛ یعنی مستحب است زوج قبل از عروسی مهر را بدهد. روایات باب هفتم از أبواب مهرها بر این معنا دلالت دارد. ثانیاً، در ذیل این حدیث حکمی است که نمی‌توان به

۲۹. ناصر، مکارم شیرازی، رساله عملیه، ج ۶: ۵۳، قم: آدینه سبز، ۱۳۸۸.

۳۰. همان، به نقل از: احمد، خوانساری، جامع‌المدرک، ج ۴، ص ۴۲۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه



آن ملتزم شد: «... و ان خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأة على الزوج نصف الصداق» یعنی اگر زوج قبل از آمیزش اقدام به طلاق زن کند، زوجه باید نصف مهر را به زوج رد کند.<sup>۳۱</sup>

دلیل دیگری که در کلام صاحب جواهر برای اثبات حق حبس زوجه آمده است، توسل به قواعد «لاضرر» و «نفی عسر و حرج» است که می‌توان گفت اساساً ضرری وجود ندارد؛ چون ضرر از راه اجبار حاکم قابل دفع است.<sup>۳۲</sup>

همچنین برخی از فقها علاوه بر دلایل مذکور، به اجماع نیز استناد کرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد این اجماع مستند به دلایل دیگری است که در مسأله وارد شده است و بر این اساس ارزشی نخواهد داشت. به عبارت دیگر، این اجماع مدرکی است.<sup>۳۳</sup>

به هر حال با وجود شهرت نظریه حق حبس زوجه در نکاح میان فقهای امامیه، می‌توان گفت دلایل ارائه شده برای اثبات آن، چندان از قوت و اعتبار برخوردار نیستند؛ بنابراین در مقابل دیدگاه مشهور، تعدادی از فقها منکر اصل حق حبس در نکاح شده‌اند.<sup>۳۴</sup>

صاحب کتاب بدیع الاحکام فی فقه الاسلام، می‌نویسد: «و لا يجوز للمرأة أن تمنع زوجها حتى تقبض منه المهر الامع الشرط»؛ «جایز نیست که زن، بعد از عقد ازدواج، از نزدیکی شوهر خود به جهت گرفتن مهر منع شود؛ مگر اینکه در عقد ازدواج شرط شده باشد.»<sup>۳۵</sup> علم‌الهدی، ابی‌صلاح و ابن‌حمزه نیز با عقیده مؤلف نامبرده موافق بوده و قائلند که اگر در عقد، گرفتن مهر قبل از تمکین، شرط شده باشد، امتناع مانعی ندارد، ولی اگر گرفتن مهر شرط نشده باشد، اشکال دارد که زن امتناع کند؛ ولی عده‌ای از فقها معتقدند چنین شرایطی، خلاف مقتضی عقد است و وفای به آن لازم نیست.<sup>۳۶</sup>

۳۱ سید مهدی، میرداداشی، همان، ص ۱۲.

۳۲. همان، ص ۱۳، به نقل از: محمدصادق، روحانی، فقه الصادق (ع)، ج ۲۲: ۱۵۱، قم: دارالکتاب، ۱۳۷۱.

۳۳. مکارم شیرازی، ۱۳۸۱، ج ۶: ۵۲.

۳۴. سیدمهدی، میرداداشی، همان، ص ۱۳.

۳۵. همان

۳۶. محمود، قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۱.



مرحوم سید محمد عاملی در کتاب نه‌ایه‌المرام می‌نویسند: «و به عنوان دلیل در این مسأله به نصی دسترسی پیدا نکردم، اما آنچه در آن می‌توان اظهار نظر نمود این است که تسلیم نمودن زن خودش را برای شوهرش حق است علیه او و تسلیم نمودن مهریه به زن حقی است علیه شوهر. پس بر هر کدام از آنها واجب است که حق دیگری را ادا نمایند و اگر یکی از آنها در این امر اخلال کند، مرتکب معصیت شده است و با این کار (معصیت انجام گرفته) حق دیگری ساقط نمی‌شود؛ بنابراین اگر فرض نماییم که اجماع بر این مطلب که زن می‌تواند خودش را تسلیم شوهر نکند تا او مهریه را پرداخت کند کامل و تمام باشد، همان طور که اکثر فقها بدان قائل‌اند، باید بگوییم تا زمانی که هر دو طرف حقوق دیگری را ایفا نمایند، زوجه می‌تواند خودش را تسلیم او نکند، و گرنه مقصد به همان راهی ختم می‌شود که ما توضیح دادیم».<sup>۳۷</sup>

مرحوم صاحب حدائق پس از ذکر عبارت پیش گفته می‌نویسد: «همان طور که بر شخص آگاه و زیرک پوشیده نیست، این نظر عالی و پسندیده است». آنگاه به اعتراض شیخ عبدالله بن صالح بحرانی نسبت به مرحوم عاملی پاسخ می‌گوید. اعتراض ایشان بدین شرح است که علت مخالفت صاحب مدارک (سید محمد عاملی) با نظر مشهور، عدم وقوف صاحب مدارک بر نص است؛ پس وجهی برای ترجیح دیدگاه صاحب مدارک بر دیدگاه مشهور وجود ندارد. صاحب حدائق در پاسخ به این اعتراض می‌نویسد: «این اعتراض وارد نیست؛ زیرا آنچه را که سید محمد عاملی گفته است، هر چند بدون پشتوانه یک دلیل نصی است، اما موافق قواعد شرعی و ضوابط مورد رعایت توسط فقهاست. بر خواننده این مطلب مخفی نیست که به واسطه عقد نکاح، شوهر مستحق بهره جنسی از زنش می‌شود و زن مستحق بهره‌مندی از مهریه. پس هیچ کدام حق ندارند در آنچه که بر عهده‌شان واجب شده است، در مقابل امتناع دیگری اخلاقی وارد کنند».<sup>۳۸</sup>

صاحب جواهر بعد از ذکر قول مشهور، به مخالفت این دو بزرگوار چنین اشاره می‌کند: «هذا ولكن في محكي الحدائق تبعا لنهاية المرام أنه ليس لها ذلك ولا له، بل كل منهما مخاطب بآداء ما عليه عصى الآخر أو اطاع؛ این مطلب درست است، ولی در مورد آنچه از

۳۷. ن.ک سیدمهدی، میرداداشی، همان، ص ۱۳.

۳۸. ن.ک سیدمهدی، میرداداشی، همان، ص ۱۴.



کتاب حدائق به تبع کتاب نهایی المرام حکایت شده است، می‌توان گفت که زن حق این کار را ندارد و شوهر نیز نمی‌تواند عصیان کند، بلکه برعکس، هریک از ایشان موظف به ادای آن چیزی هستند که دیگری علیه او عصیان نموده یا اطاعت کرده است». مرحوم خوانساری نیز ضمن اشکال در ادله مشهور، تلویحاً تمایل خود را به دیدگاه خلاف مشهور نشان می‌دهد. بنابراین برخلاف آنچه در نگاه نخست به ذهن می‌آید، آیت‌الله مکارم شیرازی در تشکیک نسبت به اصل حق حبس در نکاح، متفرد نیستند؛ بلکه پیش از ایشان، بزرگانی نیز نسبت به اصل حق حبس در نکاح ابراز تردید کرده‌اند.<sup>۳۹</sup>

به بیان دیگر در این رابطه، بعضی از حقوق‌دانان و فقهاء دادن مهر از جانب مرد و تسلیم بضع زن را به مرد، امری لازم می‌دانند؛ یعنی بر هر یک لازم است که حق را بر مستحق آن تسلیم کند و اگر هر یک اخلال کنند، مرتکب معصیت شده‌اند و بعضی هم حق حبس را ضمانت اجرای دریافت مهر می‌دانند.<sup>۴۰</sup>

### بررسی ماده ۱۰۸۵

همانطور که گفته شد حق حبس در عقد بیع، به تصریح ماده ۳۷۷ ق.م. به بایع و مشتری هر دو داده شده است؛ ولی حق حبس در عقد نکاح، در ماده ۱۰۸۵ ق.م، فقط به زن اعطا شده است. لیکن، هر دو ماده، شرط اعمال این حق را حال بودن (غیر مؤجل بودن) دانسته‌اند. در هر حال، علی‌رغم صراحت این امر در ماده ۱۰۸۵ ق.م اغلب حقوق‌دانان و همچنین فقهاء، با توجه به معاوضی بودن عقد نکاح، این حق را برای مرد نیز شناخته‌اند یعنی مرد هم می‌تواند تا زن تمکین نکرده، از تسلیم مهر خودداری نماید.<sup>۴۱</sup>

در رابطه با مسأله فوق نیز بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد؛ از جمله، صاحب جواهر این حق را برای مرد هم شناخته است و بیان داشته: «همانا برای هر یک از دو طرف، حق امتناع هست تا اینکه عوض را اخذ کنند».<sup>۴۲</sup> و نیز تصریح کرده: این مسأله، از مفهوم

۳۹. همان، ص ۱۴.

۴۰. محمود، قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۱.

۴۱. همان، ص ۱۴۲.

۴۲. نک: قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۲.



کلمه (متعاضین) آشکار است.

برخی گفته‌اند که مطابق قاعده معوضه، مرد هم مانند زن حق حبس دارد. همچنین، در تبیین حق حبس برای زوج که مقتضای معوض بودن عقد نکاح است، مرقوم داشته‌اند: «و من احکامها ان لكل من المتعاضین الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض». «بر اساس قاعده معوضه هر کدام از زوجین می‌تواند از تسلیم خودداری کند تا عوض را دریافت کند (زوجه از تسلیم بضعش و زوج از تسلیم مهر خودداری کند)». حال اگر حق حبس را برای زن و شوهر بپذیریم، در مقام جمع بین حق شوهر و زن، این اشکال به وجود می‌آید که کدام یک مقدم هستند؟ چرا که اگر زن، پیش از گرفتن مهر، اجبار به تمکین شود و به دلیلی نتواند آن را از مرد بگیرد، حقی را از دست می‌دهد که جبران‌پذیر نیست؛ در حالی که از بین رفتن مهر را با پول می‌توان جبران کرد. لذا به نظر می‌رسد که برای رفع این اشکال، ابتدا مرد باید اقدام به تأدیه مهر نزد فرد ثالثی (حاکم) کند که بعد از تمکین زن، حاکم مهر را به او بپردازد.<sup>۴۳</sup>

در صورت اعمال حق حبس از جانب زن و مرد، حل مسأله چگونه است؟ مسأله این است که اگر مرد و زن، هر دو، اعمال حق حبس کنند، تکلیف چیست و قضیه را چگونه باید حل کرد؟ در کتاب شرایع به نقل از مسالک چنین آمده است: «مراد آن نیست که باید حتماً زوج مهر را بدهد و بعد زن خود را تسلیم کند؛ بلکه یا باید چنین نکنند یا آنکه با هم (منظور زن و مرد) تقابض به عمل آورند؛ مانند سایر معاوضات، با این قسم که: امر شود به زوج که مهر را به دست کسی که هر دو به آن راضی باشند، بگذارد، یا در دست عدلی، و بعد از آن امر کنند که زن خود را تسلیم کند و بعد از آن که زن تمکین شوهر کرد، آن شخص مهر را به زن تسلیم نماید.<sup>۴۴</sup> چنانچه مرد، مهر را نزد حاکم بگذارد ولی زن باز هم از تمکین خودداری کند به حکم حاکم مجبور به تمکین می‌شود. نتیجه اینکه، قابل جبران بودن مهر و غیر قابل جبران بودن بضع را که در شرایع دلیل تقدم تأدیه مهر از جانب مرد دانسته، صاحب جواهر رد کرده و این تقدم را تحمیلی بر مرد می‌دانند. اما راه حل دیگری که برای این مسأله بیان شده، این است که هیچ یک از زن و شوهر، اجبار به عمل یا تأدیه ثمن نمی‌شوند؛ ولی هرگاه یکی از آنها به تسلیم اقدام کرد، آن دیگری نیز به عمل و

۴۳. همان.

۴۴. همان، ص ۱۴۲.





یا تأدیه مهر اجبار می‌شود. البته بعضی از حقوق‌دانان این شیوه را موجب تزلزل بنیان خانواده دانسته و آن را یک نوع گروکشی می‌دانند.<sup>۴۵</sup> اما در این مورد که چرا نویسندگان قانون مدنی، فقط از حق حبس زن در ماده ۱۰۸۵ ق.م.یاد کرده‌اند، بعضی از حقوق‌دانان این احتمال را می‌دهند که نویسندگان قانون مدنی، نخواستند پیمان زناشویی را در بند گروکشی‌های ناگوار قرار دهند و چهره معنوی آن را از بین ببرند. زیرا عقد نکاح با دیگر عقود تفاوت دارد؛ چرا که انسان قابل مبادله با پول نیست و تصور اینکه زناشویی به معنی معاوضه همخوابگی با مهر است، مشکل به نظر می‌رسد. از آن رو که جنبه روحانی نکاح تحت الشعاع قرار می‌گیرد.<sup>۴۶</sup>

### شرایط ایجاد حق حبس

مستفاد از ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی، شرایط ذیل برای ایجاد حق حبس لازم است:

۱. مهر در عقد نکاح تعیین شده باشد. بنابراین اگر مهریه‌ای در عقد تعیین نشده باشد، حق حبس وجود نخواهد داشت (در صورت عدم تعیین مهریه زن مستحق مهرالمثل است).<sup>۴۷</sup>

۲. مهریه باید حال (عندالمطالبه) باشد.<sup>۴۸</sup> یعنی مهلتی برای پرداخت آن مقرر نشده باشد.<sup>۴۹</sup> قانون‌گذار در ماده ۱۰۸۵ به شرط حال بودن مهر اشاره کرده است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».<sup>۵۰</sup> این قید، بدین لحاظ است که به موجب ماده ۱۰۸۳ ق.م.ی مهر می‌تواند تمام یا قسمتی از آن مدت‌دار باشد. لذا

---

۴۵. قیوم‌زاده، همان ص ۱۴۳، به نقل از: ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۷، ص ۱۳۳.

۴۶. همان، ۱۴۳.

۴۷. زهرا، فتاح‌زاده، عسر و حرج ناشی از اعمال حق حبس، ص ۵.

۴۸. همان.

۴۹. قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۳.

۵۰. میرداداشی، همان، ص ۱۰.



قانون گذار، برای رفع ابهام در ماده ۱۰۸۵ ق.م.تصریح کرده که شرط اعمال حق حبس، حال بودن آن است. آقای دکتر امامی می گوید: «هرگاه مهر مؤجل باشد، زن حق ندارد به استناد حق حبس، امتناع نماید».<sup>۵۱</sup> از مفهوم مخالف ماده ۱۰۸۵ ق.م.تصمیم می شود که اگر مهر زن مؤجل باشد، زن مکلف است که به شوهر تمکین کند و نمی تواند به استناد ماده فوق، اعمال حق حبس کند. زیرا قید (حال بودن مهر) در ماده مذکور این امکان را از زن نمی گیرد؛ از آن رو که زن، خود با قبول مؤجل بودن مهر، استفاده از این حق را از خود سلب کرده است.<sup>۵۲</sup>

بنابراین اگر مهر تماماً مؤجل باشد، حق حبس برای زوجه وجود نخواهد داشت: «... لو كان المهر كله مؤجلاً فانه ليس لها الامتناع قطعهً ..». بر این اساس، اگر همه مهریه باید به صورت مدت دار پرداخت شود، در این حال زن اصلاً نمی تواند از وظایفش امتناع کند.<sup>۵۳</sup> اما در فرضی که زوج از زوجه طلب ایفای وظایف زناشویی را ننماید و زمان پرداخت مهریه فرا رسد، در این صورت هم رسیدن موعد پرداخت مهریه بنابر نظر مشهور حق حبس ایجاد نخواهد کرد.<sup>۵۴</sup>

در ماده ۱۰۸۶ نیز به شرط عدم دخول اشاره کرده است: «اگر زن قبل از گرفتن مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی تواند از حکم ماده قبل استفاده کند؛ در عین حال حقی که برای مطالبه مهر دارد، ساقط نخواهد شد». به طور کلی آنچه از کلام فقها فهمیده می شود اینکه برای ایجاد حق حبس زوجه، دو شرط نیاز است: ۱. حال بودن مهر؛ ۲. عدم دخول.<sup>۵۵</sup>

در اینجا به رأی شماره ۱۳۶۰/۲۲۲۴۰/۹۹۷۰/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۹ در خصوص شرط حال بودن مهریه اشاره می کنیم:

---

۵۱. قیوم زاده همان به نقل از: سیدحسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ ششم، انتشارات اسلامی، ۱۳۵۷، ص ۳۹۸.

۵۲. قیوم زاده، همان، ص ۱۴۳-۱۴۴.

۵۳. میرداداشی، همان.

۵۴. محمدحسن، النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۴۳.

۵۵. میرداداشی، همان.



عنوان : شرایط استناد به حق حبس در نکاح

پیام: هرگاه در عقد نکاح، مهریه عندالاستطاعه قید شود، مهریه حال و منجز نیست و بنابراین زوجه حق حبس ندارد.

مستندات: ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی.

رأی دادگاه بدوی

در خصوص دعوی ف.ن. به طرفیت س.د. با وکالت الف.ک. مبنی بر تمکین دادگاه با عنایت به مستندات ابرازی نظر به اینکه وفق مقررات شرعی و قانونی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع نماید، لذا با توجه به اینکه وکیل خوانده دفاع نموده موکل از حق حبس خود استفاده می‌کند و قبل از دریافت مهریه حاضر به تمکین نمی‌باشد، دعوی خواهان را غیروارد تشخیص مستنداً به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حکم بر رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد. رئیس شعبه ۳ دادگستری شهرستان بهارستان - عباسی.

رأی دادگاه تجدیدنظر استان

در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای ف.ن. به طرفیت س.د. نسبت به دادنامه شماره ۰۱۷۸۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۵ شعبه محترم سوم دادگاه عمومی بهارستان در پرونده کلاسه ۰۱۱۸ مبنی بر صدور حکم رد دعوی الزام زوجه به تمکین وارد است زیرا با توجه به محتویات پرونده و ملاحظه لوایح طرفین رأی صادره دادگاه بدوی مطابق مستندات و مقررات مربوطه صادر نگردیده است زیرا اولاً، مهریه زوجه در عقدنامه استنادی عندالاستطاعه شرط گردیده است و لذا با دین زوج به مهریه با توجه به شرط مذکور منجز و حال نمی‌باشد، ثانیاً، زوجه هنگامی می‌تواند از حق حبس مندرج از ماده قانونی مذکور استفاده کند که مهریه او در عقدنامه حال باشد، این دادگاه با عنایت به مراتب مذکور به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی رأی صادره دادگاه بدوی را نقض کرده و به استناد ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی حکم به محکومیت زوجه به زندگی مشترک و تمکین در حق زوج صادر می‌نماید، لازم به توضیح است اجرای رأی صادره منوط است به تهیه منزل مناسب و امکانات زندگی توسط زوج و سپس زوجه در معییت دو نفر از مأمورین واحد مددکار اجتماعی در منزل تهیه شده اسکان داده شود. این رأی قطعی است. رئیس شعبه ۲۴ تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه مرادی هرندی - روحانی.



## قلمرو حق حبس

مقصود ما از قلمرو حق حبس این است که حق امتناع زوجه شامل چه اموری می‌شود. آیا منظور از آن تنها امتناع از مواقعه است یا مطلق استمتاع را شامل می‌شود؟ برخی از فقهای امامیه حق حبس زوجه را منحصر در حق زوجه در امتناع از آمیزش دانسته‌اند؛ این عقیده‌ای است که از سوی بسیاری از نویسندگان حقوق نیز پذیرفته شده است؛ ایشان بر این عقیده‌اند که مستنبط از نظریه‌ی فقها و ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی، حق حبس تنها منصرف به حق امتناع از آمیزش است؛ ایشان معتقدند زوجه در مقام اجرای حق حبس می‌تواند از آمیزش استنکاف نماید. ظاهراً همین وضع درباره‌ی عبارات برخی دیگر از فقها نیز صادق است. اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه نیز بر انحصار این حق در تمکین خاص به معنای مطلق معتقد بوده و اذن زوجه به برخورداری از سایر استمتاع‌ها بدون آمیزش را مسقط حق حبس وی نمی‌داند.<sup>۵۶</sup>

به دیگر بیان بیشتر حقوق دانان حق حبس زن را تنها ناظر به نزدیکی با شوهر دانسته‌اند. بعضی از آنان، این نظر را دیدگاه فقهای امامیه نامیده و به همین دلیل از ظاهر قانون مدنی انتقاد کرده و آن را مغایر با عقیده فقهای امامیه دانسته‌اند. اینان اظهار داشته‌اند: بنا به عقیده فقهای امامیه زن فقط می‌تواند از نزدیکی با شوهر تا گرفتن مهر خود امتناع کند. بنابراین، می‌توان گفت مقصود قانون‌گذار از ایفای وظایف زناشویی نزدیکی با شوهر و به تعبیر دیگر تمکین خاص است، نه وظایف دیگر.<sup>۵۷</sup>

گروه دوم از فقها، حق حبس را به حق امتناع از دخول و سایر استمتاع‌ها منصرف دانسته و معتقدند این حق به سایر وظایف زوجیت ناظر نمی‌باشد.

گروه سوم، حق حبس را به حق استنکاف از تمکین عام ناظر می‌دانند؛ بدین توضیح که ایشان چنین حقی را به حق امتناع از آمیزش، حق امتناع از سایر استمتاع‌ها جنسی و نیز حق استنکاف از سایر وظایف زناشویی منصرف می‌دانند.<sup>۵۸</sup> بیان قانون مدنی در این

---

۵۶. بهرام درویشی، دامنه‌ی حق حبس زوجه در رویه‌ی دیوان عالی کشور، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۲۱.

۵۷. فرج‌الله، هدایت‌نیا، مقاله حق حبس زوجه برای اسیفای مهر، فقه و حقوق، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۶، ص ۴۷.

۵۸. بهرام، درویشی، همان، ص ۱۲۲.



مورد عام است. در ماده ۱۰۸۵ این قانون آمده است: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند...» تعبیر «وظایف» در این قانون عام است و از این رو، زوجه حق دارد تا پیش از استیفای مهر، به هیچ یک از خواسته‌های زوج پاسخ ندهد.<sup>۵۹</sup> بر این اساس، حق اخیر به معنای جواز زوجه در استتکاف از حسن معاشرت، سکونت در منزل مشترک، سکونت در محلی که شوهر معین می‌کند، خروج از منزل یا اتیان روزه‌ی مستحبی به رغم نهی شوهر، اشتغال به شغل منافی حیثیت شوهر و نیز حق زوجه در انجام اموری است که موجب نفرت جنسی زوج به وی می‌گردد.<sup>۶۰</sup>

### تفسیر رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۱۳ بدین شرح است:

«مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای مطلق وظایفی که شرعا و قانونا در برابر شوهر دارد امتناع نماید. بنابراین رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تایید می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.» یکی از نتایجی که از این رأی وحدت رویه به دست می‌آید این است که در صورت تمکین عام زوجه حق حبس او ساقط می‌شود. چرا که وقتی عبارت «وظایفی که در مقابل شوهر دارد» در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی بر مطلق وظایف زناشویی حمل می‌شود، تفسیر صحیح و منطقی از قانون بدین صورت می‌شود که عبارت مذکور در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی نیز بر همین معنا حمل شود. بنابراین به صرف انجام یکی از وظایفی که شرعا و قانونا بر عهده زوجه است یا همان تمکین عام، حق حبس او ساقط می‌شود. باتوجه به مصادیق بسیاری که برای تمکین عام قائل هستیم نتیجه‌ای که می‌توان به دست آورد این است که پس از صدور رأی وحدت رویه، فرض وجود حق حبس برای زوجه بسیار سخت و محال است؛ به عنوان

۵۹. هدایت‌نیا، همان، ص ۴۷.

۶۰. بهرام درویشی، همان.



مثال در صورتی که زوجه پس از عقد نکاح هرگونه معاشرتی با زوج داشته باشد یا به صرف قبول ریاست زوج بر خانواده، حق حبس او ساقط می‌شود؛ چرا که در این موارد زوجه یکی از وظایفی که شرعا یا قانونا بر عهده داشته را انجام داده است که انجام هر یکی از این وظایف می‌تواند مسقط حق حبس در نکاح باشد. چه بسا با احتیاط بتوان قائل به این شد که حق حبس در نکاح فی‌الواقع از صفحه ادبیات حقوقی پس از انتشار رأی وحدت رویه ۷۱۸ پاک شده است. چرا که به عنوان مثال فرض این که پس از عقد نکاح هیچ‌گونه معاشرتی بین زوجین صورت نگیرد، بسیار محال است. به نظر می‌رسد این نظر با نظام حقوقی خانواده بسیار سازگارتر است چرا که اساسا وجود حق حبس در نکاح که یک عقد معاوضی نیست محل بحث و ایراد است و همچنین ادله‌ای که حقوق‌دانان و فقها برای حجیت حق حبس در نکاح می‌آورند همگی قابل انتقاد هستند و از همه مهم‌تر این که چرا قانون باید حق و موقعیتی را به افراد بدهد که موجب سوءاستفاده بسیار آنها از آن موقعیت بشود. چه بسا اگر امروزه افراد به وجود حق حبس در نکاح آگاهی بیشتری داشتند جایگاه خانواده بسیار متزلزل‌تر از آن چیزی که امروزه وجود دارد می‌شد. بنابراین به طور کلی نتیجه‌ای که می‌توان از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی گرفت این است که به صرف تمکین عام و انجام یکی از وظایفی که برعهده زن است، حق حبس زوجه ساقط می‌شود که در واقع فرض نکاح بدون تمکین عام بسیار محال است.<sup>۶۱</sup>

## برخورد رویه قضایی نسبت به نحوه سقوط حق حبس در نکاح (ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی)

قبل از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور، اکثر محاکم به پیروی از نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان تمکین خاص را مسقط حق حبس در نکاح می‌دانستند و مقصود قانون‌گذار از واژه وظایف در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی را تمکین خاص می‌دانستند و سقوط حق حبس در نکاح را منوط به دخول می‌کردند. اما پس از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور و تفسیر منطقی و برداشت صحیح از آن باید قائل به این شویم که تمکین عام، مسقط حق حبس زوجه است. همان طور که می‌دانیم آرای وحدت رویه در موارد مشابه برای کلیه شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر

۶۱. شایان، رضایی، همان، ص ۴۰۵-۴۰۶.



آن لازم‌الاتباع است؛ اما نسبت به رأی قطعی شده بی‌اثر است. بنابراین محاکم ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور هستند و اگر اصول حقوقی و منطقی در تفسیر این رأی را رعایت کنند باید پس از تصویب رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ سقوط حق حبس را منوط به تمکین عام کنند و مقصود از واژه وظایف در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی را کلیه وظایف شرعی و قانونی بدانند. البته همان گونه که در گفتارهای قبلی ذکر شد با توجه به مصادیق تمکین عام، فرض نکاح بدون تمکین عام بسیار محال است. اما با وجود این، بازهم اکثر محاکم نسبت به سقوط حق حبس در نکاح همان موضع قبلی را اعمال می‌کنند و سقوط حق حبس در نکاح را منوط به تمکین خاص و دخول می‌کنند که برای مستند کردن آنچه ذکر شد نمونه‌ای از آرای محاکم که پس از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور در مورد نحوه سقوط حق حبس در نکاح صادر شده است را در ذیل می‌آوریم. به عنوان مثال می‌توانیم به رأیی که در شعبه ۶ دادگاه تجدید نظر استان تهران مورخه ۹۱/۱۰/۲۷ مورد نقض قرار گرفته است اشاره کنیم (شماره رأی: ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۶۵۵): بخشی از رأی دادگاه تجدید نظر بدین شکل است:

«با توجه به محتویات پرونده و لایحه اعتراضیه تجدیدنظرخواه و نیز گواهی پزشکی قانونی به شماره ۲۴۳۱۲/۳۱/۱ مورخه ۹۱/۱۰/۹ مبنی بر باکره بودن زوجه و اعمال حق حبس از سوی زوجه تا پرداخت مهریه از سوی زوج لذا...» همان گونه که می‌بینیم در این رأی هم دادگاه تجدیدنظر برای اعمال حق حبس به بکارت زوجه و تمکین خاص توجه کرده است و باکره بودن زوجه را برای اعمال حق حبس او کافی دانسته است. همان گونه که در گفتارهای قبلی ذکر شد مبانی و اهداف حق حبس با عقد نکاح همخوانی بسیاری ندارد اما به دلیل اینکه چنین حقی در قانون مدنی برای زوجه شناخته شده است محاکم ناگزیر باید از آن تبعیت کنند. در رابطه با نحوه سقوط این حق قبل از رأی وحدت رویه ۷۱۸، اکثر محاکم بنابر نظر مشهور که تمکین خاص را مسقط حق حبس می‌دانستند رأی صادر می‌کردند؛ اما پس از رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور و لازم‌الاتباع بودن آن، محاکم ملزم به این هستند که نحوه سقوط حق حبس را منوط به تمکین عام و انجام یکی از مصادیق آن کنند؛ اما همان گونه که در نمونه آرا هم ذکر شد بازهم اکثر محاکم سقوط حق حبس را منوط به تمکین خاص می‌کنند و موجبات تقویت چنین حقی که با



ذات و هدف نکاح مخالف است، را فراهم می‌کنند.<sup>۶۲</sup>

اگر شرط شود که مهر، دین مرد باشد، آیا زن حق حبس دارد؟

این مسأله کمتر مورد توجه حقوق دانان و فقها قرار گرفته است؛ اما آقای دکتر لنگرودی به نقل از کتاب جامع‌الشتات آورده است که «هر گاه در عقد نکاح، شرط شود که صداق، دین بر زوج است که عندالاستطاعه بدهد، به نظر بعضی (منظور نویسنده جامع‌الشتات) زن در این صورت حق ندارد که از اختیار ماده ۱۰۸۵ ق.م. استفاده کند». به نظر می‌رسد که تحلیل حقوقی این امر، بر این اساس باشد که اگر شرط شود مهر، دین مرد باشد که عندالاستطاعه بپردازد، یعنی اینکه مهر مؤجل است و اجل آن هم نامعلوم (تا زمان استطاعت مرد) و لذا باید گفت که به تصریح ماده ۱۰۸۵ ق.م. که شرط اعمال حق حبس را حال بودن مهر می‌داند، حق حبس زن ساقط گردیده است و دیگر حق استفاده از چنین حقی را ندارد.<sup>۶۳</sup>

آیا تأدیه ناقص مهر، موجب سقوط حق حبس است؟

برای اسقاط حق حبس مذکور در ماده ۱۰۸۵ تأدیه تمام مهر لازم است. لذا چنانچه مقداری از عوض (مهر) به زن تسلیم شود، حق حبس ساقط نمی‌گردد و همچنان زن حق اعمال آن را دارد. این امر، در مورد حق حبس در عقد بیع هم لازم‌الرعايه است. مثلاً برای اینکه مشتری بتواند بائع را مجبور به تسلیم مبیع کند، خود او باید برای تأدیه تمام ثمن حاضر باشد؛ اگر چه در ماده ۳۷۷ ق.م. این نکته تصریح نشده است، ولی بدیهی است که وقتی می‌توان گفت مشتری حاضر به تأدیه ثمن شده که نسبت به تأدیه ثمن به طور کامل، اقدام کند؛ زیرا که تأدیه مقداری از ثمن مقرر بین متعاملین را نمی‌توان تأدیه حقیقی دانست. پس زن هم تا زمانی که تمام مهر مقرر را دریافت نکرده، حق دارد و می‌تواند از تمکین خودداری کند و مرد نمی‌تواند او را با پرداخت مقداری از مهر به تمکین اجبار کند.<sup>۶۴</sup>

۶۲. شایان رضایی، همان، ص ۴۰۷-۴۰۸.

۶۳. قیوم‌زاده، همان، ص ۱۴۴.

۶۴. قیوم‌زاده، همان.





## آثار اعمال حق حبس

در صورتی که زوجه از حق حبس خود استفاده کند، امتیازهای ذیل را داراست:  
 ۱. با توجه به مفاد رأی شماره ۸-۷۲/۷/۲۴-۷۲ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور در صورت تقسیط پرداخت مهریه، حق حبس زوجه تا پایان دریافت تمامی اقساط به قوت خود باقی می‌ماند.<sup>۶۵</sup> همچنین می‌توان به رأی شماره‌ی ۱۳۹۳/۰۸/۲۷ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۴۷۹ اشاره کرد:

عنوان: وضعیت حق حبس زوجه با وجود تقسیط مهریه  
 پیام: تقسیط مهریه، حق حبس زوجه را ساقط نمی‌کند.  
 رأی دادگاه بدوی

در خصوص دعوی ح.ت. به طرفیت الف.ل. به خواسته تقاضای صدور حکم به الزام خوانده با تمکین و اطاعت زوجیت به شرح متن دادخواست با عنایت به جمیع محتویات پرونده و مفاد و اسناد و مدارک ابرازی و اظهارات طرفین، علقه زوجیت فیما بین طرفین برای دادگاه محرز و مسلم است. نظر به اینکه پس از برقراری رابطه زوجیت حقوق و تکالیف متقابل زوجین در قبال یکدیگر برقرار می‌گردد که یکی از آن وظایف تمکین زوجه از زوج است مگر در صورت وجود مانع مشروع که در مانحن‌فیه از سوی زوجه دلیل موجه و مستدلی که شرعاً و قانوناً عدم تمکین وی را توجه نماید ابراز نگردیده، لهذا دادگاه دعوی مطروحه خواهان را ثابت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۱۴ از قانون مدنی زوجه را به حضور در منزل مسکونی زوج با تهیه منزل مستقل در شأن زوجه با تهیه اثاث‌البیت و گرفتن مراسم عروسی از سوی زوج جهت تمکین و انجام وظایف زناشویی لازم محکوم می‌نماید که در غیر این صورت ناشزه تلقی و مستنداً به ماده ۱۱۰۸ از قانون مدنی مستحق نفقه نخواهد بود. رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد. رئیس شعبه ۲۵۹ دادگاه عمومی خانواده تهران - حسینی سعیداوی.

رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران

تجدیدنظرخواهی خانم الف.ل. از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۲۰۸۰۰۰۷۳۵ مورخ ۹۳/۶/۵ شعبه محترم ۲۵۹ دادگاه خانواده تهران که به موجب آن دعوی مطروحه از ناحیه



تجدیدنظرخوانده آقای ح.ت. به طرفیت تجدیدنظرخواه به خواسته الزام به تمکین در پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۸۲۲۰۸۰۰۰۵۷۵ حکم به الزام به تمکین از زوجیت تصدیر گردیده است، وارد است چراکه هم در مراحل رسیدگی و هم در لایحه تجدیدنظرخواهی زوج به حق حبس مقرر در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که مقرر داشته زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، استناد نموده که مورد دقت و توجه دادگاه قرار نگرفته است. لذا از جمله موانع مشروعی که در موضوع خواسته مانع از تمکین است حق حبس مقرر در ماده مرقوم بوده که ادعای زوج که مهریه او تقسیط شده نمی‌تواند حق حبس زوج را زایل نماید لذا با وارد دانستن اعتراض معترض به استناد صدر ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۷۹/۱/۲۱ ضمن نقض دادنامه معترض عنه با توجه به این مانع تمکین مورد ادعای زوج از جمله موانع مشروع بوده به استناد ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ از همان قانون حکم به رد دعوی تجدیدنظرخوانده صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره مطابق ماده ۳۶۵ از همان قانون قطعی است. رییس شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران - مستشار دادگاه سیفی - ارژنگی - موسوی

۲. زوج مستحق نفقه خواهد بود. قسمت اخیر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی به صراحت زن را زمانی که اعمال حق حبس می‌نماید، مستحق نفقه می‌داند. بنابراین اگر زوج حاضر به تمکین باشد ولی آن را موکول به دریافت مهریه - که حق وی است - بنماید، عنوان ناشزه ندارد و از این رو زوج مکلف است که نفقه همسرش را پرداخت کند (مستفاد از رأی شماره ۲۶۵-۲۳/۰۲/۷۰ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور).
۳. زوج را نمی‌توان ملزم به تمکین خاص و ایفای سایر وظایف زناشویی کرد (رأی شماره ۵۲۶-۱۱/۰۹/۱۳۶۹ شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور).<sup>۶۶</sup>

### مستقات حق حبس

- در مواردی زن حق حبس ندارد و در برخی موارد بعد از به وجود آمدن حق حبس، این حق از بین می‌رود؛ مانند موارد زیر:
۱. اگر زوج مهر خود را به طور کامل دریافت کند، مانع امتناع از تمکین از بین می‌رود



و حق حبس ساقط می‌شود. بنابراین، امتناع زوجه از تمکین پس از قبض کامل مهر، نشوز محسوب می‌شود (مستنبط از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی).

۲. مشهور فقها معتقدند که حاضر شدن زن به تمکین، در واقع اسقاط حق حبس است و ادله سقوط این حق معلق به تمکین خاص نمی‌شود. قانون مدنی نیز از این رأی تبعیت کرده است (ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی).

۳. زوجین می‌توانند در حین عقد ازدواج یا پس از آن، بر سقوط حق حبس توافق نمایند.

۴. سقوط حق حبس به صورت شرط ضمن عقد ازدواج درآید. شروط ضمن عقد به هر شرطی گفته می‌شود که طرفین ضمن قرارداد اصلی آن را شرط کنند. این شروط در هر قراردادی می‌تواند وجود داشته باشد، حتی در قرارداد ازدواج. در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیان شده است: «طرفین عقد می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر نمایند».<sup>۶۷</sup>

## نتیجه‌گیری

با وجود نظرات متفاوت فقها و حقوق‌دانان در مورد ثبوت و عدم ثبوت حق حبس زوجه و بیان راهکارهایی از جمله این که مرد هم مانند زن دارای حق حبس باشد و یا این که کلاً این قانون حذف شود؛ اما آنچه امروزه در روند قضایی و عرف کشور مرسوم است آن است که قائل به ثبوت حق حبس برای زوجه هستند و آن را ضمانت اجرایی برای وصول مهریه زوجه قرار داده‌اند.

همچنین نظریات متفاوتی در زمینه قلمرو حق حبس وجود دارد که آیا سقوط حق حبس صرفاً با تمکین خاص محقق می‌شود و یا با تمکین عام که مصادیق آن بیان شد نیز ساقط می‌شود. گرچه طرفداران هر کدام از نظریات گفته شده دلایل و استدلالات مورد قبولی ارائه می‌دهند و لیکن به نظر می‌رسد آنچه که در رویه قضایی مرسوم و مورد تایید مشهور فقها است (سقوط حق حبس تنها به تمکین خاص) مورد قبول و صحیح باشد.



## فهرست منابع

### کتب:

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، ۱۴۱۴، ج ۱۰، لسان العرب، بیروت، دارالفکر، حرّعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۲۳ق.
- حسینی زبیدی، سید محمد مرتضی، ۱۴۱۴، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، بیروت، دارالفکر، ص ۸۰
- خوانساری، احمد، جامع المدراک، ج ۴، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، ۱۴۱۲، لبنان، سوریه، دارالعلم.
- روحانی، محمدصادق، فقه الصادق (ع)، ج ۲۲: ۱۵۱، قم: دارالکتاب، ۱۳۷۱
- محقق حلی، جعفر بن محمد، شرائع الاسلام، ۱۴۰۹، ج ۲، قم، اسماعیلیان، ص ۲۶۹.
- مکارم شیرازی، ناصر، رساله عملیه، ج ۶: ۵۳، قم: آدینه سبز، ۱۳۸۸.
- النجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۴۳.

### مقالات:

- درویشی، بهرام، دامنه‌ی حق حبس زوجه در رویه‌ی دیوان عالی کشور، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۸۹.
- رضائی، شایان، جایگاه حق حبس زوجه در نظام حقوقی ایران، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار، دوره دوم، شماره هفتم، پاییز ۱۳۹۷.
- فتاح‌زاده، زهرا، عسر و حرج ناشی از اعمال حق حبس.
- قیوم‌زاده، محمود، بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- موسوی نسب و همکاران، سید جلال، تأملی نوین پیرامون حق حبس زوجه در فقه امامیه و نظام حقوقی-قضایی ایران، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، دوره ۲۰، شماره ۸۰، تابستان ۱۳۹۷.
- میرداداشی، سید مهدی، حق حبس زوجه با تکیه بر فقه امامیه، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱، تابستان ۱۳۸۸.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله، مقاله حق حبس زوجه برای اسیفای مهر، فقه و حقوق، شماره ۱۴، پاییز ۱۳۸۶.



# بررسی صلاحیت کمیسیون رسیدگی به

## امور آب‌های زیرزمینی

### در آینه رویه دیوان عدالت اداری

امید محمدی<sup>۱</sup>

قانون‌گذار در سال ۱۳۸۹ با تصویب قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری دامنه قانون توزیع عادلانه آب را محدود کرده و رویکرد استفاده مجاز از آب‌های زیرزمینی را حداقل در مورد چاه‌های کشاورزی وارد فضای جدید قانونی جدیدی نموده است. به عبارت دیگر قانون توزیع عادلانه آب در برخی موارد به موجب قانون تعیین تکلیف نسخ شده و به این جهت اعمال ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب در مواردی نیز محدود و متوقف گردیده است. با توجه به اینکه استفاده از آب‌های زیرزمینی از مشترکات عمومی می‌باشد حقوق مردمی که در این موضوع ذی نفع می‌باشند تحت تأثیر جدی قرار داده است. وجود چاه‌های غیرمجاز فراوان در کشور موجب تصویب قانون تعیین تکلیف چاه‌های فاقد پروانه بهره‌برداری گردید که به نظر عملاً موفق نبوده است چرا مشمول اساسی در اجرای صحیح قانون است و کمتر این مشکلات در حوزه‌ی قانون‌گذاری وجود دارد.

#### ۱- تشکیلات و رسیدگی کمیسیون آب‌های زیرزمینی

الف) مستند کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی:

قسمت اخیر تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌-

---

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



برداری سال ۱۳۸۹ بیان می‌دارد از تاریخ تصویب این قانون کلیه دعاوی اشخاص علیه دولت مطروحه در محاکم عمومی برای اتخاذ تصمیم به این کمیسیون‌ها احاله خواهد شد.

ب) تشکیلات کمیسیون:

یک نفر قاضی

نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان (متخصص فنی آب و خاک)

نماینده شرکت آب منطقه‌ای استان (متخصص فنی آب و خاک)

رأی توسط قاضی صادر می‌گردد (ماده ۱۸ آیین نامه قانون تعیین تکلیف). دو عضو دیگر نظر کارشناسی خود را ظرف ۲۰ روز باید به دبیرخانه کمیسیون ارائه نمایند.

دبیرخانه کمیسیون در شرکت آب منطقه‌ای مستقر است. وظیفه دبیرخانه عبات است از: دریافت و ثبت شکایت - ارجاع شکایت - کنترل اسناد و مدارک و تهیه گزارش برای کمیسیون - اعلام و ابلاغ رأی کمیسیون به شاکی - تهیه لایحه دفاعی از رأی کمیسیون برای دیوان عدالت اداری (تبصره ۱ و ۲ ماده ۱۵ آیین نامه قانون تعیین تکلیف). کمیسیون با حضور هر سه عضو تشکیل می‌گردد (لزوم حضور همه اعضا مصرح در ماده ۱۸ آیین نامه قانون تعیین تکلیف است).

ج) صلاحیت کمیسیون:

رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرای قوانین ذیل، در شکایات اشخاص علیه دولت:

قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱

ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب

۱۳۸۹/۴/۱۳

بایستی به این نکته توجه شود که شرکت‌های آب منطقه‌ای حق شکایت در کمیسیون آب‌های زیرزمینی را ندارند.

در بخش بعد به نحو مستقل مباحث صلاحیت تبیین می‌گردد.

د) تجدیدنظر نسبت به آرای کمیسیون:

۱) مرجع رسیدگی به اعتراض آرای کمیسیون آب‌های زیرزمینی:

رأی صادره از کمیسیون آب‌های زیرزمینی قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری است. حال سوال این است که اشخاص فقط می‌توانند نسبت به آرای مراجع شبه قضایی در دیوان عدالت اداری اعتراض و تجدیدنظرخواهی نمایند اما اگر شرکت آب منطقه‌ای نسبت به رأی صادره از کمیسیون اعتراض داشته باشد، اعتراض خود را در کدام مرجع



می‌تواند مطرح نماید (دادگاه‌های عمومی یا دیوان عدالت اداری؟ به نظر می‌رسد که طبق قواعد کلی این آرا قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های عمومی از سوی شرکت آب منطقه‌ای باشد. اما آرایمانند رأی وحدت رویه ۸۰۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۹۹ در خصوص مرجع صالح رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای مرجع شبه قضایی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری که دیوان عدالت اداری تعیین گردید تردید جدی‌ای در این رابطه ایجاد کرد. همچنین عموم و اطلاق تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف در خصوص تعیین دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع تجدیدنظرخواهی آرای کمیسیون آب‌های زیرزمینی نیز تردیدها را در این رابطه بیشتر می‌نماید.

اینکه آیا رأی صادره قطعی و لازم الاجرا است یا خیر در تبصره ۵ بیان نداشته بلکه بیان شده که این آرا قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عدالت اداری است.

نکته قابل توجه اینکه بدون رسیدگی موضوع در کمیسیون آب‌های زیرزمینی و ارائه دادخواست الزام شرکت آب منطقه‌ای به صدور پروانه بهره‌برداری بدون ارسال و رسیدگی موضوع در کمیسیون آب‌های زیرزمینی از موجبات صدور قرار رد شکایت در دیوان عدالت اداری است. (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۳۶۵ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۵ شعبه ۷ سابق دیوان عدالت اداری) البته برخی از شعب دیوان عدالت اداری در این خصوص مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت و ارجاع موضوع به کمیسیون ذی صلاح می‌نمایند (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۴۱۱ مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۵ شعبه ۷ دیوان عدالت اداری).

### ۲) ذی نفع اعتراض

ذی نفع اعتراض به آرای کمیسیون آب‌های زیرزمینی لزوماً مالک رسمی آن نیست بلکه بهره‌برداران از آب نیز می‌توانند نسبت به رأی اعتراض نمایند (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۰۸۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۱).

### ۳) مهلت اعتراض و تجدیدنظر

مهلت اعتراض به این آراء وفق قسمت اخیر تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف، ۲۰ روز پس از ابلاغ می‌باشد. اما بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون دیوان عدالت اداری ۳ ماه پس از ابلاغ است.

توضیح اینکه در مرجع بدوی شعب دیوان عدالت اداری، مهلت تقدیم دادخواست، راجع به موارد موضوع کمیسیون، برای اشخاص داخل کشور سه ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور، شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوط مطابق قانون



آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) است. مراجع مربوط مکلفند در رأی یا تصمیم خود تصریح نمایند که رأی یا تصمیم آن‌ها ظرف مدت مزبور در دیوان قابل اعتراض است. در مواردی که ابلاغ، واقعی نبوده و ذی‌نفع ادعای عدم اطلاع از آن را بنماید شعبه دیوان در ابتداء به موضوع ابلاغ رسیدگی می‌نماید. شعب دیوان به شکایتی رسیدگی می‌کنند که شخص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی، رسیدگی به شکایت را برابر قانون، درخواست کرده باشند.<sup>۲</sup> این مهلت مطلق است هم برای مراجع شبه قضایی است که وفق قانون مربوطه دارای مهلت معینی برای اعتراض بوده و هم موارد فاقد مهلت را در بر می‌گیرد رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در قالب وحدت رویه صادره شده به شماره ۲۶۶۴ به تاریخ ۲۷ آذر ۱۳۹۸ دلالت بر این موضوع دارد:

بر اساس بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری، صرفاً رسیدگی به آراء قطعی صادره از هیأت‌ها و کمیسیون‌های شبه قضایی است و قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تصریح کرده است: «از زمان تصویب این قانون، مهلت تقدیم دادخواست راجع به موارد موضوع بند (۲) ماده (۱۰) این قانون، برای اشخاص داخل کشور سه ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور، شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوط...» است. با توجه به این که حکم تبصره مذکور اطلاق دارد و همه آراء قطعی صادره از هیأت‌ها و کمیسیون‌های شبه قضایی اعم از آرائی که دارای مهلت اعتراض در دیوان عدالت اداری است (مانند ماده ۱۴۱ قانون استخدام نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران) و یا آرائی که فاقد مهلت اعتراض است (مانند رأی کمیسیون ماده ۱۲۱ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران و یا رأی کمیسیون ماده ۱۳۵ قانون مقررات استخدامی سپاه) را در برمی‌گیرد و قرینه برای انصراف حکم قانون‌گذار به آراء گروه اول (آراء مهلت دار) وجود ندارد، مضافاً قواعد آیین دادرسی و قوانین شکلی از جمله مهلت اعتراض اثر فوری دارد و در رسیدگی به پرونده‌هایی که از قبل مطرح شده باشد نیز قابلیت اعمال دارد مگر آن که قانون‌گذار برخلاف آن حکمی مقرر کند، بنابراین

۲. مواد ۱۶ و ۱۷ قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۲.





در صورت وصول اعتراض از سوی شخص معترض خارج از مهلت‌های مقرر در تبصره ۲ ماه ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان می‌بایست به استناد تبصره مذکور و بند «ت» ماده ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری «قرار رد شکایت» صادر کنند، مگر آن که در قوانین سابق مهلت مقید بیشتری پیش بینی شده باشد که مطابق ذیل تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون مذکور، مهلت بیشتر ملاک عمل خواهد بود ولی از آنجا که در پرونده‌های موضوع تعارض مقنن برای تصمیمات مورد اعتراض زمان معینی پیش بینی نکرده است، تابع حکم تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌باشد و آراء صادر شده به رد شکایت که اعتراض خارج از مهلت مقرر را قابل استماع ندانسته صحیح و موافق مقررات 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 لازم الاتباع است.

آنچه قابل ذکر است این که در حال حاضر، مرور زمان سه ماهه برای شکایت از آراء قطعی کمیسیون پیش بینی شده که این موضوع منطبق با «اصل امنیت قضایی» است. اما باید توجه داشت که تعیین مهلت برای اعتراض راجع به موارد موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و یا تقدیم دادخواست، مانع اجرای آرای قطعی نمی‌گردد مگر اینکه دیوان عدالت اداری دستور موقت توقیف عملیات اجرایی آرای مذکور را در اجرای ماده ۳۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ صادر نماید. (نظریه مشورتی شماره ۶۰۵ - ۱۳۹۶/۳/۱۳)

شاکی می‌تواند دادخواست خود را قبل از وصول پاسخ طرف شکایت، مسترد کند و در این صورت، شعبه قرار ابطال دادخواست صادر می‌کند. شاکی می‌تواند دادخواست خود را تجدید نماید. پس از وصول پاسخ، به درخواست استرداد دادخواست ترتیب اثر داده نمی‌شود.<sup>۳</sup> شاکی می‌تواند قبل از صدور رأی، از شکایت خود به کلی صرف نظر نماید. در این صورت، قرار سقوط شکایت صادر می‌شود و همان شکایت مجدداً قابل طرح نیست.<sup>۴</sup>

۳. ماده ۴۵ قانون دیوان عدالت اداری.

۴. ماده ۴۶ قانون دیوان عدالت اداری.



در صورتی که احراز گردد شاکی در شکایت مطروحه ذی نفع نباشد، یا شکایت خارج از موعد قانونی مطرح شده باشد، یا شکایت طرح شده از حیث موضوع قبلاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوی، قائم مقام آنان هستند، رسیدگی و حکم قطعی نسبت به آن صادر شده باشد، شعبه دیوان حتی قبل از ارسال دادخواست و ضمائم به طرف شکایت، قرار رد شکایت صادر می‌کند.<sup>۵</sup>

نکته اینکه اعتراض و شکایت نسبت به آراء قطعی کمیسیون‌های بدوی و تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری مانع اجرای احکام لازم الاجرای قطعی شده‌ی آنها نیست مگر با صدور دستور موقت.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۶/۶۰۵ - ۱۳/۳/۱۳۹۶:

تعیین مهلت برای اعتراض راجع به موارد موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و یا تقدیم دادخواست، مانع اجرای آرای قطعی نمی‌گردد مگر اینکه دیوان عدالت اداری دستور موقت توقیف عملیات اجرایی آراء مذکور را در اجرای ماده ۳۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ صادر نماید.

در برخی موارد برخی دستگاه‌های اجرایی بعد از صدور دستور موقت آن را اجرا نمی‌نمایند در این خصوص ماده ۳۹ قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۲ راهگشاست: «سازمان‌ها، ادارات، هیأت‌ها و مأموران طرف شکایت پس از صدور و ابلاغ دستور موقت، مکلفند طبق آن اقدام نمایند و در صورت استتکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، متخلف را به انفصال از خدمت به مدت شش ماه تا یک سال و جبران خسارت وارده محکوم می‌نماید.»

استطفاً نکته‌ای در این مبحث در خصوص دستور موقت نسبت به عدم اجرای آرای کمیسیون و ضمانت اجرای عدم رعایت آن قابل ذکر است. در صورتی که شاکی ضمن طرح شکایت خود یا پس از آن مدعی شود که اجرای اقدامات یا تصمیمات یا آراء قطعی توسط دستگاه اجرایی طرف شکایت، سبب ورود خسارتی می‌گردد که جبران آن غیرممکن یا متعسر است، می‌تواند تقاضای صدور دستور موقت نماید. پس از طرح شکایت اصلی،

۵. ماده ۵۳ قانون دیوان عدالت اداری.



درخواست صدور دستور موقت باید تا قبل از ختم رسیدگی، به دیوان ارائه شود. این درخواست مستلزم پرداخت هزینه دادرسی نیست.<sup>۶</sup> شعبه رسیدگی کننده در صورت احراز ضرورت و فوریت موضوع، برحسب مورد، دستور موقت مبنی بر توقف اجرای اقدامات، تصمیمات و آراء مزبور یا انجام وظیفه، صادر می‌نماید. دستور موقت تأثیری در اصل شکایت ندارد و در صورت رد شکایت یا صدور قرار اسقاط یا ابطال یا رد دادخواست اصلی دستور موقت نیز لغو می‌گردد.

مرجع رسیدگی به تقاضای صدور دستور موقت دیوان عدالت اداری، شعبه‌ای است که به اصل دعوی رسیدگی می‌کند. شعبه دیوان موظف است در صورت صدور دستور موقت، نسبت به اصل دعوی خارج از نوبت رسیدگی و رأی مقتضی صادر نماید. مدیر دفتر شعبه مکلف است پرونده را به فوریت به نظر شعبه برساند و شعبه موظف به اتخاذ تصمیم فوری است. در صورت صدور دستور موقت یا لغو آن، مفاد آن به طرفین و در صورت رد تقاضای صدور دستور موقت، مفاد آن به شاکی ابلاغ می‌شود. تقاضای صدور دستور موقت قبل از اتخاذ تصمیم شعبه، مانع اجرای تصمیمات قانونی کمیسیون نیست. سازمان‌ها، ادارات، هیأت‌ها و مأموران طرف شکایت پس از صدور و ابلاغ دستور موقت، مکلفند طبق آن اقدام نمایند و در صورت استنکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، متخلف را به انفصال از خدمت به مدت شش ماه تا یک سال و جبران خسارت وارده محکوم می‌نماید.<sup>۷</sup> هرگاه در مرحله تجدیدنظر تقاضای صدور دستور موقت شود، اتخاذ تصمیم با شعبه تجدیدنظر است. اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس دیوان است. دستور موقت صادر شده از شعبه بدوی مادام که توسط مرجع تجدیدنظر لغو نگردد، به قوت خود باقی است.<sup>۸</sup>

نکته دیگر اینکه دستور موقت صادره از شعبه بدوی تا قطعیت رأی به قوت خود باقی است و به لحاظ احتمال بروز خسارت و ضرر جبران ناپذیر در فاصله زمانی صدور رأی غیرقطعی شعبه دیوان بر رد شکایت تا صدور رأی قطعی در شعبه تجدیدنظر کماکان معتبر است لذا دیدگاه دیگر مبنی بر اعلام عدم اعتبار دستور موقت در مواردی که اصل

۶. ماده ۳۴ قانون دیوان عدالت اداری.

۷. ماده ۳۹ قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۹۲.

۸. ماده ۷۳ قانون دیوان عدالت اداری.



شکایت در شعبه بدوی دیوان عدالت اداری صحیح نیست در این خصوص دادنامه ذیل از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قابل توجه است:

دادنامه شماره ۱۲۰۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: به موجب تبصره ماده ۳۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ دستور موقت تأثیری در اصل شکایت ندارد و در صورت رد شکایت یا صدور قرار اسقاط یا ابطال یا رد دادخواست اصلی، دستور موقت نیز لغو می‌شود و مطابق قسمت اخیر ماده ۷۳ قانون فوق الذکر دستور موقت صادر شده از شعبه بدوی مادام که توسط مرجع تجدیدنظر لغو نگردد، به قوت خود باقی است. نظر به اینکه بر اساس ماده ۶۵ قانون یاد شده کلیه آراء شعب بدوی دیوان قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر است، بنابراین دستور موقت صادره از شعبه بدوی تا قطعیت رأی به قوت خود باقی است و به لحاظ احتمال بروز خسارت و ضرر جبران ناپذیر در فاصله زمانی صدور رأی غیرقطعی شعبه دیوان بر رد شکایت تا صدور رأی قطعی در شعبه تجدیدنظر کماکان معتبر است. بنا به جهات یاد شده رأی هیأت تخصصی اداری و استخدای به شماره دادنامه ۱۲۴ - ۱۳۹۶/۶/۲۹ نقض و نامه‌های شماره ۲۰۰۰۳۵۶ - ۱۳۹۵/۱۰/۴ و ۲۰۷۲۱ - ۱۳۹۵/۱۰/۱۲ مدیرکل دفتر حقوقی و امور مجلس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مبنی بر اعلام عدم اعتبار دستور موقت در مواردی که اصل شکایت در شعبه بدوی دیوان عدالت اداری غیروارد تشخیص شده است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص و به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

۳) خواسته اعتراضی:

نقض رأی صادره از کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی استان ... به شماره

... مورخ ...

۴) طرف شکایت:

کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی

شرکت آب منطقه‌ای استان



## ۲- صلاحیت ذاتی کمیسیون آب‌های زیرزمینی:

### ۲-۱- چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری

#### ۲-۱-۱- انسداد چاه‌های غیرمجاز

جرم بودن حفر چاه غیرمجاز (بند ه ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب) استثناء: برای آب شرب و مصرف خانگی و باغچه تا ظرفیت آبدهی ۲۵ متر مکعب در شبانه روز که احتیاج به پروانه حفر و بهره‌برداری ندارد (ماده ۵ قانون توزیع عادلانه آب) کمیسیون آب‌های زیرزمینی صلاحیت ذاتی برای حکم به «انسداد چاه‌های غیرمجاز» یا حکم به «پروانه» و «مسلوب المنفعه کردن چاه آب» را ندارد (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۹۴۹ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۵ شعبه ۷ دیوان عدالت اداری) و فقط می‌تواند به موضوعات «ابطال پروانه چاه آب» یا «عدم صدور پروانه بهره‌برداری» یا «عدم تمدید پروانه» بپردازد. لذا بعد از اینکه کمیسیون آب‌های زیرزمینی نسبت به موضوعی رسیدگی و مبادرت به صدور حکم «عدم صدور پروانه بهره‌برداری برای چاه غیرمجاز» را صادر نمود دادگاه مرجع صالح برای رسیدگی به جرم موضوع ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب و صدور حکم «انسداد چاه» است. لذا وقتی شخصی از چاه محفوره‌ی همسایه خود متضرر می‌گردد باید شکایت خود را وفق ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب در دادگاه مطرح نماید و دیوان عدالت اداری دادخواست الزام شرکت آب منطقه‌ای به مسدود کردن چاه غیرمجاز را نمی‌پذیرد. (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۱۳۴ مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۹ شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری)

#### ۲-۱-۲- صدور پروانه برای چاه‌های آب فاقد پروانه:

برای کلیه چاه‌های آب فعال فاقد پروانه واقع در کلیه دشتهای کشور که قبل از سال ۱۳۸۵ حفر شده باشند باید تا ۱۳۹۱/۴/۲۷ از سوی وزارت نیرو پروانه بهره‌برداری صادر می‌گردید. (ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری) - دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۲۳۸۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۵ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری -

#### ۲-۱-۲-۱- شرایط صدور پروانه برای چاه‌های آب فاقد پروانه:

(قدمت) حفر چاه قبل از سال ۱۳۸۵ که توسط وزارت نیرو یا دستگاه‌های تابعه



شناسایی شده باشد. (جدیدالاحداث بودن چاه مانع صدور پروانه است).<sup>۹</sup>

- چاه کشاورزی باشد
- چاه باید فعال باشد نه متروک
- رعایت حریم چاه‌های مجاز و عدم اضرار به دیگران و عموم
- اجرای آبیاری تحت فشار
- رعایت ظرفیت آبی دشت (حداکثر حجم آب زیرزمینی قابل بهره‌برداری)
- رعایت میزان آبدهی چاه

نکته: چاه‌های مشمول قانون باید کشاورزی باشد و در رویه آرای دیوان عدالت اداری فرقی ندارد که در زمین محصور باشد یا غیر محصور لذا قید چاه واقع در دشت‌های کشور باعث خروج چاه‌های کشاورزی در اراضی کشاورزی محصور نیست.

نکته: یکی از دفاعیات شرکت آب منطقه‌ای از آرای کمیسیون آب‌های زیرزمینی در دیوان عدالت اداری، این است که چاه جدیدالاحداث است و مورد شناسایی قرار نگرفته است.

در مقابل این استدلال مورد پذیرش برخی شعب دیوان قرار نگرفته و چنین مبادرت به استدلال گردیده: «پر واضح است عدم شناسایی چاه در زمره چاه‌های آب شناسایی شده، دلالت بر عدم وجود آن نبوده و قرائن و امارات ارائه شده توسط شاکی نیز دال بر وجود چاه می‌باشد که مقتضی بوده اداره مزبور نسبت به تعیین تاریخ حفر آن از طریق اخذ نظریه کارشناس اقدام و سپس گزارش لازم را تهیه کند.» البته برخی از شعب دیوان عدالت اداری نیز چنین مبادرت به صدور رأی نموده‌اند که «نظر به اینکه از جمله شروط مقرر در قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه شناسایی آن توسط وزارت نیرو بوده که حسب الاقرار شاکی و گزارشات اداره طرف شکایت دلیل بر این مطلب در پرونده ارائه نشده است لذا با وصف فوق چاه‌های موضوع شکایت خارج از مصادیق قانون ذکر شده تلقی می‌گردد.»

۹. حکومت قانون تعیین تکلیف چاه‌های بدون پروانه مصوب تیر ۱۳۸۹ بر ماده ۳ قانون توزیع

عدالانه آب و تضییق دایره آن نسبت به چاه‌هایی که قبل از سال ۱۳۸۵ وجود داشته‌اند.



در هر حال باید بیان داشت که چاهی که توسط وزارت نیرو و دستگاه‌های تابعه استانی شناسایی نشده باشد دلیل بر عدم حفر آن در سال‌های قبل از سال مقرر می‌باشد ولی با توجه به این طرق اثباتی حفر چاه قبل از سال ۱۳۸۵ تنها شناسایی وزارت نیرو نمی‌باشد و اگر چاهی دارای اسناد قابل قبول باشد از قبیل اظهار نظر کارشناسی متخصص و یا احکام دادگاه‌ها یا هر چیزی دیگر می‌توان این شرط را در مورد آن محقق دانست به عبارت دیگر عدم شناسایی وزارت نیرو نمی‌تواند دلیل عدم حفر آن باشد. در هر حال یکی دیگر از دفاعیات شرکت این است که چاه متنازع فیه، قبل از سال ۱۳۸۵ متروکه بوده و اساساً مشمول مقررات قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره برداری مصوب تیر ماه ۱۳۸۹ مجلس شورای اسلامی نمی‌گردد.

نکته: مصادیق اضرار به دیگران و عموم به شرح زیر بوده و احراز آنها به عهده کمیسیون صدور پروانه می‌باشد. (ماده ۷ آیین نامه تعیین تکلیف چاه‌های بدون پروانه)

الف - عدم رعایت حریم کمی و کیفی منابع آب مجاور مانند چاه، چشمه، قنات و رودخانه.

ب - تداوم بهره برداری از چاه برای تأمین نیازهای آب شرب فعلی و آتی و صنعتی فعلی و مصوب آتی اضرار داشته باشد.

پ - تداوم بهره برداری از چاه در دشت‌های فاقد ظرفیت آبی موجب استمرار افت کمی و کیفی و تشدید بحران شود.

ت - تداوم بهره برداری از چاه موجب ایجاد پدیده‌های نشست زمین و فروچاله شود.

ث - تداوم بهره برداری از چاه موجب افت کیفی آب (بیولوژیکی، فیزیکی و شیمیایی) و پیش روی آب شور به سمت آب شیرین شود.

احراز شرط عدم اضرار به مصالح عمومی با وزارت نیرو است (دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۲۳۸۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۵ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری)

سوال: اگر از مجاورین اخذ رضایت شده باشد آیا باز هم مانع برای صدور پروانه خواهد بود؟

برخی از آرای دیوان عدالت اداری احراز لطمه به حقوق مجاورین، را مستلزم رجوع به اهل خبره می‌دانند و از آنجا که رأی کمیسیون با اتکاء به نظر کارشناس رسمی دادگستری در امور آب اصدار نیافته موضوع از علل نقض رأی دانسته شده است.



تعیین حریم رودخانه بر اساس آیین نامه مربوط به تعیین بستر و حریم رودخانه مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۶ با وزارت نیرو است و احداث چاه بدون رعایت این حریم مانع صدور پروانه چاه است همچنین حفر چاه در بستر رودخانه مغایر اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده یک قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ و تبصره‌های ۳ و ۴ ذیل ماده ۲ قانون مذکور است.

نکته: چاه‌های آب کشاورزی فاقد پروانه که بر اساس دستور قضایی و قوانین و مقررات مربوط از جمله ماده (۲۴) آیین نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب - مصوب ۱۳۶۳-<sup>۱۰</sup> تا زمان لازم الاجرا شدن قانون پر و مسلوب‌المنفعه شده‌اند، مشمول

---

۱۰. ماده ۲۴ - مأمورین شرکت‌ها و سازمانهای آب منطقه‌ای که به موجب ابلاغ مخصوص وزارت نیرو مسئول حفاظت از آبهای حوزه عمل شرکت‌های ذیربط می‌باشند در مورد جلوگیری از تخلفات اشخاص به شرح زیر اقدام می‌نمایند:

(۱) در مورد چاه‌هایی که بدون مجوز قانونی حفر و یا در حال حفاری می‌باشند نسبت به پر و مسلوب‌المنفعه نمودن چاه اقدام خواهند نمود.

(۲) در مورد چاه‌هایی که بدون مجوز قانونی حفر و دارای منصوبات بهره‌برداری می‌باشند ابتداء منصوبات را پلمپ و سپس به صاحب چاه کتباً اخطار خواهند کرد که ظرف حداکثر ۲۰ روز نسبت به برداشتن منصوبات، پرو مسلوب‌المنفعه نمودن چاه در حضور نماینده شرکت یا سازمان آب منطقه‌ای اقدام و الا پس از انقضاء مهلت مذکور رأساً اقدامات فوق را معمول خواهند داشت.

(۳) در مورد چاه‌های دارای مجوز قانونی که بیش از حد مجاز بهره‌برداری می‌نمایند شرکت یا سازمان آب منطقه‌ای ذیربط به صاحب چاه اخطار می‌نماید تا ظرف مدت ۲۰ روز نسبت به نصب منصوبات مجاز اقدام و پس از انقضاء مدت چنانچه صاحب چاه اقدامی ننموده باشد رأساً شرکت یا سازمان ذیربط منصوبات چاه را برداشته و تا نصب منصوبات مجاز در حضور نماینده شرکت یا سازمان آب منطقه‌ای چاه را به وسیله مقتضی مسدود می‌نماید، در مواردی که تهیه و نصب کنتور حجمی میسر باشد به جای تغییر منصوبات از کنتور حجمی استفاده خواهد شد.





این آیین نامه نمی‌شوند. (ماده ۱۰ آیین‌نامه قانون تعیین تکلیف) لذا یکی از دفاعیات شرکت آب منطقه‌ای در دیوان عدالت اداری این است که طبق رأی و دستور قضایی حکم به اعاده وضع به سابق چاه متنازع فیه صادر و چاه پر و مسلوب المنفعه شده است. به عبارتی دیگر پر و مسلوب المنفعه شدن چاه خروج موضوعی از قانون تعیین تکلیف دارد. باید توجه داشت که اگر رأی قضایی بعد از تیر ۱۳۸۵ یعنی لازم الاجرا شدن قانون تعیین تکلیف صادر شده باشد و کمیسیون به این امر توجه نکرده یکی از علل نقض آرای کمیسیون در دیوان عدالت اداری قرار گرفته و موضوع باز هم مشمول قانون تعیین تکلیف اراضی فاقد پروانه بهره‌برداری می‌باشد. همچنین اگر چاه تا زمان لازم الاجرا شدن قانون

تبصره ۱ - در کلیه موارد بالا صورتجلسه تخلف اشخاص از مقررات قانون توزیع عادلانه آب همراه با گزارش کارکنان شرکت یا سازمان آب ذیربط که دارای ابلاغ مخصوص موضوع ماده ۳۰ قانون مزبور می‌باشند برای تعقیب متخلفین به دادسرای مربوطه ارسال و تا مراحل نهائی توسط کارشناسان حقوقی شرکت یا سازمان ذیربط پیگیری لازم انجام خواهد گرفت.

تبصره ۲ - برای توقیف دستگاه حفاری در مواردی که در حال حفاری می‌باشند قبلاً از دادستان محل اجازه لازم کسب خواهد شد.

تبصره ۳ - در مورد تخلف حفاران نیز ضمن انعکاس به وزارت نیرو به شرح مذکور در تبصره ۱ اقدام خواهد گردید.

رأی وحدت رویه ۱۳۸۶/۴/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: با عنایت به مقررات قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ از جمله تبصره ماده ۳ قانون مزبور که تا پایان سال ۱۳۸۴ به قوت و اعتبار خود باقی بوده حفر چاه آب و همچنین بهره‌برداری از چاههای آب که بدون اخذ پروانه در گذشته حفر شده منوط به اخذ پروانه بهره‌برداری از وزارت نیرو است و چنانچه طبق نظر دو کارشناس چاه مضر به مصالح عمومی شناخته شود، بهره‌برداری از آن ممنوع بوده و چاه بدون پرداخت هیچگونه خسارتی مسدود می‌شود. بنابراین ماده ۲۴ آیین‌نامه مورد اعتراض که به تجویز ماده ۵۱ قانون به تصویب رسیده و با اتمام دوره اعتبار آن تبصره متفی و کان لم یکن گردیده است، در مهلت اعتبار تبصره فوق‌الذکر مغایرتی با قانون نداشته و خارج از حدود صلاحیت قوه مجریه در تصویب آن نبوده است.



فعال باشد ولی بعد از آن توسط مأمورین شرکت آب منطقه‌ای مسدود گردد این امر مانع از جریان قانون تعیین تکلیف نمی‌باشد.

به عبارتی دیگر یکی از شرایط لازم برای صدور پروانه نسبت به چاه‌هایی است که قبل از سال ۱۳۸۵ فعال باشد و مسلوب‌المنفعه شدن آن مانع تحقق شرط مذکور است. چاه متنازع فیه باید دارای وصف فعال بودن مندرج در ماده واحده مصوب ۱۳۸۹/۴/۱۳ باشد.

البته در برخی از آرای شعب دیوان عدالت اداری مشاهده گردیده که حتی پر و مسلوب‌المنفعه نمودن چاه را مانعی برای احقاق حق شهروندان نمی‌دانند و بیان می‌شود که پر و مسلوب‌المنفعه شدن چاه باید قانونی باشد تا مانع شمولیت قانون تعیین تکلیف باشد. در اثبات مسلوب‌المنفعه بودن و غیرفعال بودن قبل از سال ۱۳۸۵، نظر ۲ کارشناس فنی کمیسیون برای صدور رأی توسط قاضی کمیسیون، کفایت می‌کند. نکته: اگر مجدداً چاه بعد از مسلوب‌المنفعه شدن، حفر و احیا شده باشد تأثیری در شمولیت قانون تعیین تکلیف ندارد.

البته اگر مسدودی و مسلوب‌المنفعه نمودن چاه متنازع فیه برابر مفاد رأی صادره از سوی قاضی کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی بر اساس حکم قضایی انجام پذیرفته باشد اظهار نظر دیوان عدالت اداری پیرامون حکم قضایی صادره فاقد وجاهت قانونی است.

سوال این است که اگر چاهی در زمان حاکمیت قانون توزیع عادلانه آب و قبل از تصویب قانون تعیین تکلیف بر اساس ماده ۴۵ قانون توزیع عادلانه آب رسیدگی و حکم به پر و مسلوب‌المنفعه شده باشد ولی این حکم اجرا نشده و چاه هنوز فعال باشد آیا این چاه‌های فاقد پروانه مشمول قید فعال بودن قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره برداری می‌باشد؟ چون در آیین نامه قانون تعیین تکلیف بیان شده که چاه باید پر و مسلوب‌المنفعه شده باشد دلالت بر اجرای رأی دادگاه دارد لذا این چاه‌ها نیز مشمول قانون تعیین تکلیف هستند. از طرف دیگر تصویب این قانون خود می‌تواند دلیل بر اعاده دادرسی از حکم دادگاه مبنی بر مسلوب‌المنفعه شدن باشد.

پس از بیان شرایط شمولیت قانون تعیین تکلیف، باید بیان داشته که چاه‌های آب فعال فاقد پروانه که در اجرای قانون و این آیین نامه واجد شرایط پروانه بهره برداری تشخیص داده نمی‌شوند مشمول سایر قوانین و مقررات از جمله قانون توزیع عادلانه آب و آیین



نامه اجرایی آن می‌باشد. (ماده ۲۰ آیین نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف)

## ۲-۱-۲-۲- مرجع صالح برای صدور پروانه چاه آب فاقد پروانه:

مالک یا مالکان چاه‌های موضوع ماده ۴ آیین نامه قانون تعیین تکلیف چاه‌های فاقد پروانه که به تشخیص کمیسیون رسیدگی به صدور پروانه‌ها، واجد شرایط اخذ پروانه بهره برداری تشخیص داده نمی‌شوند، می‌توانند حداکثر ظرف (۲۰) روز از ابلاغ رأی از کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی موضوع ماده (۱۴) اعتراض نمایند. (تبصره ماده ۴ آیین نامه قانون تعیین تکلیف)

نکته قابل تأمل این است که صلاحیت به موجب قانون ایجاد می‌شود نه آیین نامه اما آیین نامه در هر حال مرجع ابتدایی رسیدگی به موضوعات قانون تعیین تکلیف را در کمیسیون رسیدگی به صدور پروانه دانسته و مرجع تجدیدنظر را کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی. در هر حال در رویه اصرار بر رعایت این دو مرحله وجود دارد.

- سوال: در صورت عدم صدور مجوز و پروانه بهره‌برداری چاه، موجب خشک شدن درختان می‌گردد که در محدوده شهر و یا خارج از آن دارای آثار و تبعاتی است. به عنوان مثال وضعیت قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها اصلاحی ۱۳۸۵ در این وضعیت چگونه می‌گردد؟

کاربرگ مشاوره‌های مربوط به چاه‌های آب:  
 آیا چاه به موجب دستور قضایی پر یا مسلوب المنفعه شده؟  
 آیا چاه فعال است یا متروک؟  
 قدمت چاه (قبل تیر ۸۵ یا بعد آن) و دلایل مربوط به قدمت (استشهادیه - قدمت درختان - فاکتور خرید ادوات برای چاه و ... آیا چاه توسط دستگاه‌های مربوطه در قبل از ۸۵ شناسایی شده است؟)  
 رأی کمیسیون آب‌های زیر زمین را دارد؟ اگر دارد تاریخ ابلاغ؟

## ۲-۲- چاه‌های آب دارای پروانه و مشمول تغییر کاربری

تمدید پروانه: لزوم تمدید پروانه چاه آب هر سه سال یکبار توسط شرکت‌های آب



منطقه‌ای مشروط به نبود تخلف از مفاد پروانه چاه توسط مالک (تبصره ۳ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری و ماده ۶ آیین نامه اجرایی) جای بسی تعجب است که برخی از شعب دیوان عدالت اداری تمدید پروانه را در صلاحیت کمیسیون آب‌های زیرزمینی ندانسته‌اند (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۰۳۰۵ – ۱۳۹۷/۲/۹ شعبه ۷ سابق دیوان عدالت اداری)

نکته قابل استنباط این که صدور پروانه برای مدت سال حق مکتسبی برای مالک چاه ایجاد نمی‌کند بلکه فقط بار اثبات دعوی را در مورد تخلفات و تغییر شرایط تغییر می‌دهد.

### • کف شکنی چاه آب:

- چاه باید مجاز باشد.
- خشک شدن چاه آب یا کاهش فاحش آبدهی حداقل به میزان شصت درصد آبدهی مجاز مندرج در پروانه
- مراجعه مالک به شرکت آب منطقه‌ای به مدت ۵ سال پس از خشک شدن چاه یا کاهش آبدهی مجاز مندرج در پروانه
- کف شکنی صرفاً در آبرفت.
- در کف شکنی باید توجه به روش‌های نوین آبیاری داشت.

### • جابجایی چاه آب:

شرایط جابجایی چاه‌های آب عبارتند از:

- کاهش آبدهی چاه آب یا خشک شدن آن
- جابجایی صرفاً در اراضی آبخور چاه
- حداکثر در محدوده اراضی مالک

به استناد ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون توزیع عادلانه آب در مناطق ممنوعه حفر چاه و قنات به جای چاه یا قناتی که خشک شده یا آب دهی آن نقصان یافته در صورت اظهار نظر کارشناسی مبنی بر عدم احیای لایروبی قنات از لحاظ فنی و اقتصادی با رعایت شرایط قانونی و اخذ پروانه مجاز است.

مرجع صالح تشخیص جابجایی چاه آب «کمیسیون رسیدگی به صدور پروانه‌ها» می‌باشد. (ماده ۱۳ آیین نامه قانون تعیین تکلیف)



## • ابطال پروانه چاه آب

شرکت آب منطقه‌ای در صورت وجود تخلف چاههای آب کشاورزی فعال، مراتب را به مالک یا مالکان اعلام می‌نماید تا حداکثر ظرف (۴۵) روز نسبت به رفع آن اقدام نمایند. در صورت عدم رفع تخلف توسط مالک یا مالکان در زمان مقرر یا تکرار تخلف، شرکت نسبت به ابطال پروانه بهره برداری چاه با رعایت قوانین و مقررات مربوط اقدام می‌نماید. در صورت وجود تخلف در زمان تمدید پروانه و عدم رفع آن در ظرف (۴۵) روز پس از اعلام شرکت ضمن عدم تمدید پروانه بهره برداری، شرکت بر اساس قوانین و مقررات مربوط به چاه فاقد پروانه اقدام لازم را به عمل می‌آورد.

در صورت اعتراض مالک یا مالکان موضوع به کمیسیون رسیدگی به امور آبهای زیرزمینی موضوع ماده (۱۴) برای رسیدگی و اقدام قانونی ارجاع می‌شود. (تبصره ۱ ماده ۶ آیین نامه قانون تعیین تکلیف)

الف) تصمیم شرکت آب منطقه‌ای مبنی بر احراز وقوع تخلف در بهره‌برداری و سپس ابطال پروانه

ب) قابلیت اعتراض تصمیم به کمیسیون آبهای زیرزمینی

ج) تجدیدنظر از رأی کمیسیون در دیوان عدالت اداری

مصادیق تخلف که در پروانه بهره برداری درج می‌شود عبارتند از: (تبصره ۲ ماده ۶ آیین نامه قانون تعیین تکلیف)

۱ - نصب منصوبات غیر مجاز

۲ - اضافه برداشت از مفاد پروانه

۳ - عدم نصب و یا حذف و دستکاری کنتور هوشمند حجمی

۴ - کف شکنی، جابجایی و لایروبی بدون مجوز شرکت

۵ - انتقال آب به اراضی غیر آبخور اولیه چاه

۶ - تغییر نوع کاربری مصرف (تغییر نوع مصرف)

۷ - فعال نبودن آبیاری تحت فشار

ماده ۲۸ قانون توزیع عادلانه آب مقرر داشته: هیچ کس حق ندارد آبی را که اجازه

مصرف آن را دارد به مصرفی به جز آنچه که در پروانه قید شده برساند.



## نتیجه گیری

«کمیسیون آب‌های زیرزمینی» در کنار «کمیسیون صدور پروانه چاه آب» به عنوان یکی از مراجع شبه قضایی در امور آب است و آرای آن قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری می‌باشد. این کمیسیون در دو حوزه دارای صلاحیت ذاتی می‌باشد: الف) در چاه‌های آب فاقد پروانه و ب) در مورد چاه‌های آب دارای پروانه. این کمیسیون می‌تواند مبادرت به صدور آرای در این حوزه‌ها نماید مانند: صدور پروانه بهره‌برداری برای چاه‌های غیرمجاز - تمدید پروانه - ابطال یا لغو پروانه - جابجایی یا کف شکنی چاه و اختلافات و موضوعات مطروحه در قانون توزیع عادلانه آب مانند صدور مجوز برای حفر چاه را نیز رسیدگی نماید ولی صلاحیت صدور حکم به «انسداد چاه» را ندارد.

## منابع قانونی

- قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱
- آیین نامه اجرایی فصل دوم قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۳
- ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب ۱۳۸۹/۴/۱۳
- آیین نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف مصوب ۱۳۹۰/۱/۲۸ هیأت وزیران
- قانون الحاق یک ماده به قانون وصول برخی از درآمدهای قانونی دولت در سال ۱۳۸۴
- آراء متعدد دیوان عدالت اداری



# مبانی فقهی و حقوقی میزان ضمان دولت

## در پرداخت خسارات ناشی از تورم

دکتر مهدی تقوی راد<sup>۱</sup>

### چکیده

گاهی دولت با اتخاذ بعضی از رویه‌های اقتصادی یا سیاسی موجب تورم شده و به دلیل کاهش ارزش دارایی‌ها، به گروه‌های مختلف جامعه خساراتی وارد می‌آورد. ضمان مسببین و مباشرین تورم، جزء موضوعاتی است که مورد اختلاف فقیهان و حقوق‌دانان قرار گرفته است.

در این جستار اثبات شده که دولت در صورت تحقق شرایط ضمان، مسؤول پرداخت خسارت ناشی از تصمیم‌های زیان‌آور خویش است و از آنجا که اشخاص حقوقی جز در مواردی که اختصاص به طبیعت انسانی او دارد، مانند اشخاص حقیقی موضوع هر تکلیفی قرار می‌گیرند، ادله‌ی ناظر به ضمان اشخاص، به ضمان دولت نیز تعمیم داده شده است.

در این مقاله با روش تحلیلی و نگاه به قاعده عدالت، قاعده حرمت مال مسلمان، حفظ امنیت اقتصادی و نظم عمومی به عنوان مبانی عام، و قاعده‌هایی چون ائتلاف، لاضرر و تسبیب در شمار مبانی خاص اثبات این نوع از جبران خسارت مورد استناد قرار گرفته است.

بر پایه یافته‌های این مقاله، چنانچه دولت با اقدام‌هایی از قبیل چاپ اسکناس

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای کرمان، مدرس دانشگاه.



بدون پشتوانه یا با ایجاد مناقشات سیاسی و دامن زدن به اختلافات داخلی موجب بروز مشکلات اقتصادی و تورم گردد ضامن است و باید خسارات وارد شده را جبران کند.

**کلمات کلیدی:** ضمان، مسؤولیت مدنی، دولت، تورم، جبران خسارت، کاهش ارزش پول

## مقدمه

عدالت اقتصادی، یکی از اصول مهم اقتصاد هر دولت و حکومتی به شمار می رود؛ تورم شدید، امری ناپسند است و نظام‌های مختلف باید زمینه‌های ایجاد و عوامل آن را از بین ببرند. بر اساس آموزه‌های اسلام، افزایش قیمت‌ها، اخلاق و رفتار مردم را فاسد می‌کند؛ امانت‌داری را از بین می‌برد و انسان را در سختی قرار می‌دهد (ابوجعفر ۱۴۰۷ق/ج/۵/ص ۱۶۴). همچنانکه بخش‌های گوناگون اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و به ویژه ارزش‌های اخلاقی جامعه را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد.

توسعه فعالیت‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دولت؛ موجب دخالت بیش از پیش دولت‌ها و تأثیر آن در زندگی مردم شده است؛ به طوری که فعالیت‌های گسترده دولت و پیچیدگی نظام‌های سیاسی و تصمیمات حکومتی و ارتباطات روزافزون مردم با دستگاه‌های اداری و کارکنان دولتی، در زمینه‌های مختلف تولیدی و اقتصادی و تجاری، محیطی را فراهم ساخته که احتمال ورود خسارت به آنان بیشتر شده است. در این میان با توجه به اصل ضرورت جبران خسارت، «میزان مسؤولیت دولت در جبران خسارت ناشی از تورم» از موضوعاتی است که امروزه می‌تواند قابلیت طرح به صورت مشروح و کاربردی را داشته باشد.

بی‌تردید اسلام نیز برای این مسأله پاسخی مناسب دارد که دستیابی به آن از طریق تتبع در آرای فقیهان با ملاحظه‌ی قواعد فقهی، مهم‌ترین هدف این تحقیق است. ارتباط ناگسستگی این مسأله با موضوع عدالت اقتصادی و تأثیرات شگرف آن بر امور اخلاقی جامعه، ضرورت و اهمیت بحث را موجه می‌سازد. به ویژه آن که اثبات مشروعیت ضمان دولت بر پایه‌ی مبانی فقهی و حقوقی مورد قبول نظام حقوقی کنونی ما، می‌تواند خलाهای قانونی موجود را برطرف سازد.

در این پژوهش باید پاسخ داد از نظر فقهی و حقوقی مسؤولیت خسارات وارد شده از ناحیه دولت ناشی از تورم، با توجه به ماهیت دولت‌ها، به چه میزان و با چه کسی





است؟ مطالبه خسارت از دولت مستند به چه ادله‌ای است؟ دولت در قبال چه تصمیم‌هایی مسؤولیت دارد؟ پرداخت خسارت از طرف دولت در جایی که دولت مسؤول پرداخت خسارت شناخته شده باشد از چه محلی است؟

بنابر فریضه مقاله، دولت نیز مانند هر شخص حقیقی نسبت به میزان خساراتی که وارد می‌کند ضامن است و می‌توان ضررهای ناشی از تورم را مطالبه نمود و با چند مورد از مبانی فقهی براساس قواعد محکم فقهی خسارت‌های ناشی از تورم باید جبران شود. ادله ضمان اشخاص حقیقی، با تبیینی خاص قابل تعمیم به اشخاص حقوقی، از جمله دولت نیز هست و ضمان دولت در فرضی متصور است که خطای در تصمیم‌ها، ناشی از تقصیر و مبتنی بر اهمال و اعمال خارج از حوزه تصدی باشد. خسارات مشخصا باید توسط کسانی پرداخته شود که به مباشرت یا تسبیب عامل ایراد آن بوده و مسؤولیت خزانه عمومی دولت صرفا در جایی است که ایراد ضرر به مقتضای سیاست‌های حکومتی و ناشی از خطا و عدم آگاهی کارگزاران باشد.

در باب مسؤولیت مدنی و کاهش ارزش پول کتاب‌ها و مقالاتی نوشته شده که به ذکر بعضی از آنها پرداخته‌ایم. البته نویسندگان محترم کمترین توجه خود را نسبت به تورم و ضمان دولت در این خصوص معطوف داشته‌اند که صرف نظر از نقد و به چالش کشیدن زحمات ایشان در این مقاله سعی گردیده با استفاده از این منابع و قواعد فقهی به نقدی جامع و کامل از منظر فقه و حقوق دست یابیم. هرچند حقوق دانان و محققان با نگاه‌های گوناگونی به ضمان و مسؤولیت دولت در جبران خسارت پرداخته‌اند و هریک از جوانب آن را با دیدگاه‌های تخصصی خود مورد تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند، فقها و عالمان دینی نیز از این منظر که متولی استنباط و تبیین احکام شرعی هستند؛ مبحث ضمان را با عناوین قواعد فقهی لاضرر، اتلاف، تسبیب، ید و مسائل مرتبط با آن، در موارد گوناگون مورد بحث و بررسی قرار داده و به صدور فتوا و نظر پرداخته‌اند. لکن جمع‌آوری تطبیقی و نقد و بررسی آن مبانی در موضوع خاص میزان ضمان دولت در بحث تورم، در یک مقاله، از جمله دلایلی است که علی‌رغم سوابق اندکی که برای ضمان دولت در تورم در آثار فقها و حقوق دانان وجود دارد کار پژوهشی پیش رو را توجیه خواهد کرد.

**کتاب‌ها:** (بهشتی ۱۳۷۸). (تقوی راداد ۱۳۹۴). (شمس ۱۳۷۶). (صافی گلپایگانی ۱۳۷۲). (صالحی مازندرانی ۱۳۷۶). (عابدینی ۱۳۸۸). (کریمی ۱۳۸۵). (نظری ۱۳۷۴). (یوسفی ۱۳۷۶).



**مقاله‌ها:** (یوسفی ۱۳۷۷). (هاشمی شاهرودی ۱۳۷۴). (امینی سماواتی ۱۳۸۶). (موسوی بجنوردی ۱۳۷۲). (تقوراداد ۱۳۸۸). (مکارم شیرازی ۱۳۸۲). (موسوی ۱۳۷۷). (سبحانی ۱۳۷۲). (عابدینی ۱۳۸۸). (بهجت ۱۳۸۲)

## مسئولیت مدنی دولت

در هر موردی که شخص ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد می‌گویند در برابر او مسئولیت مدنی دارد (امامی ۱۳۷۵/ج ۱/ص ۳۹۲). مسئولیت مدنی یکی از مباحث مهم حقوق مدنی است و امروزه از موضوعات کاربردی است که دادگاه‌ها نیز روزانه با پرونده‌هایی از این قبیل روبرو بوده که ناچار از استفاده از مسائل مسئولیت مدنی هستند. به همین دلیل در این زمینه، پژوهش‌های زیادی صورت می‌گیرد. در اصطلاح، مسئولیت مدنی عبارت است از «تعهد و الزامی که شخص به جبران زیان وارد شده به دیگری دارد اعم از این که زیان مذکور در اثر عمل شخص مسؤل و یا عمل اشخاص وابسته به او و یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت و تصرف او باشد» (حسینی نژاد ۱۳۷۰/ص ۱۳).

واژه دولت یکی از پیچیده‌ترین مفاهیم مطرح شده در علم سیاست است به طوری که دیدگاه‌های بسیار متنوعی پیرامون آن وجود دارد. برخی آن را مقدس می‌شمارند و گروهی نیز فایده وجودی آن را نفی می‌نمایند. با وجود این، باید گفت امروزه دولت پدیده‌ای است که وجودش را در همه جا می‌توان احساس کرد. به عبارت دیگر، امروزه همه ابعاد زندگی تحت تأثیر پدیده‌ای به نام دولت قرار دارد. در گفت‌وگوهای عمومی، مفهوم دولت را در معناهای گوناگونی به کار می‌برند. بسیاری از نویسندگان، مفاهیم «دولت» و «حکومت» را به یک معنا استعمال می‌کنند (وینسنت، اندرو ۱۳۷۶، ص ۵۷).

به عبارت دیگر، در پاره‌ای از تعاریف، دولت مترادف با حکومت و در برخی تعاریف، صفت مشخص‌کننده و یکی از عناصر آن بیان شده است (عالم ۱۳۸۴، ص ۱۳۶).

از آنجا که دولت و نهادهای مربوط به آن یکی از مسائل نوپدید بوده و قدمت و سابقه آن از نظر تاریخی همزمان با بروز و ظهور دین اسلام نمی‌باشد، دستیابی به احکام ناظر به مسئولیت دولت با ماهیت جدید آن در فقه اسلامی، امری مشکل به نظر می‌رسد. تنها موردی که براساس آن می‌توان ردپای مسئولیت دولت را پیدا نمود، مربوط به خطا و اشتباه قضا و لزوم جبران آن از بیت‌المال طبق احکام و موازین اسلام



می‌باشد. هر چند قاعده «خطاء الحاکم فی بیت المال» می‌تواند به نوعی مبین مسؤولیت دولت در قبال خسارات وارده باشد، اما موضوع مسؤولیت مدنی دولت، به علت عدم حضور فقها در دستگاه‌های حکومتی، به صورت جامع و مستقل در کتب فقهی بررسی نشده است.

مواردی چون جبران خسارت ناشی از خطای قاضی (اصل ۱۷۱ ق.ا، ماده ۵۸ ق.م سابق و ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی جدید) و همچنین موارد پرداخت دیه از بیت‌المال (ماده های ۲۴۴ و ۳۱۳ ق.م سابق و ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی) مورد بحث فقیهان قرار گرفته‌اند که به نوعی مرتبط با موضوع یاد شده است. فقه‌های امامیه بر این نظرند که هرگاه ضرری از حکم قاضی متوجه جان یا مال کسی گردد، در صورتی که قاضی، در استنباط یا اجتهاد دچار خطا و اشتباهی شده باشد، جبران خسارت بر عهده بیت‌المال خواهد بود؛ ولی اگر ضرر به دلیل تقصیر قاضی باشد، ضمان یا پرداخت دیه بر عهده خود قاضی است (صاحب جواهر ۱۴۱۲ ق/ج/۴۰ ص/۷۸-۷۹؛ شیخ الطائفه ۱۳۷۸ ق/ج/۲ ص/۳۵۸). به عبارتی اگر قاضی در حکمی که راجع به اموال یا قصاص اشخاص می‌دهد، با وجود تلاش زیاد خطا کند، جبران خسارت بر عهده بیت‌المال است نه دارایی شخصی او. همچنین مسؤولیت قاضی در صورتی که خطا کرده و از اصول و قواعد قضاوت تخطی نماید و قضاوت در حال عصبانیت یا پرخاشگری از موجبات مسؤولیت قاضی بر مبنای تقصیر او دانسته شده است (شهیدثانی ۱۴۱۰ ق/ج/۲ ص/۳۴۶). به علاوه، دیه مقتولی که در شارع عام به قتل رسیده و قاتل وی یافت نشده و نیز دیه شخصی که به عمد یا شبه عمد کشته شده و قاتل متواری گشته و امکان پرداخت دیه از اموال جانی و یا بستگانش ممکن نباشد، باید از بیت‌المال پرداخت شود (شهیدثانی ۷۲ ص/۳). چرا که از وظایف اصلی دولت، ایجاد امنیت در همه ابعاد (اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و ...) است. بدین ترتیب دولت در ابتدا وظیفه دارد تا بستری فراهم نماید که امکان ظهور و بروز کسانی که به نحوی امنیت مردم را به مخاطره می‌اندازند، سلب شود و سپس در صورت شکل‌گیری این قبیل حرکت‌ها، با کشف آنها، حق خسارت‌دیده را به وی اعاده نماید و در صورت عدم توانایی در شناخت مسببین می‌بایست خود به جبران خسارت اقدام نماید. از آثار حکومت قانون بر اعمال قدرت، مسؤولیت مدنی دولت در برابر زیان‌هایی است که از این رهگذر به دیگران می‌رسد. امروزه در اندیشه‌های تعصب و دلسوزی،



قدرت و مسؤولیت دو مفهوم همزاد است. هر که پرچم قدرت را به دست دارد مسؤولیت را نیز به دوش می‌کشد و این همزادی ثمره تمدن غرب نیست، در فرهنگ مذهبی و فلسفی ما نیز ریشه‌ای کهن دارد: در حدیث نبوی «کلکم راع و کلکم مسؤول عن رعیت» تلازم مفهوم فرماندهی و مسؤولیت‌پذیری نمایان است (تقوی راد ۱۳۸۸/ص ۶).

### حدود مسؤولیت مدنی دولت در حقوق ایران

از نظر حقوقی تنها اشخاص حقیقی دارای مسؤولیت نیستند، بلکه اشخاص حقوقی (اعم از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و حقوق عمومی) نیز در مقابل اعمال خود مسؤول‌اند. در بین اشخاص حقوقی حقوق عمومی، دولت مهم‌ترین و بزرگ‌ترین شخص حقوقی محسوب می‌شود (تقوی راد ۱۳۸۴، ص ۴). علمای حقوق، وظایف دولت را به دو دسته (حاکمیتی) و (تصدی‌گری) تقسیم نموده‌اند. در اعمال حاکمیتی دولت در مقام استفاده از حق حاکمیت و اقتدار ملی است، تنها نفع عموم را در نظر دارد و برای اجرای وظایف خود در نقش آمر و فرمانده ظاهر می‌شود. ولی در اعمال تصدی‌گری، دولت به کارهایی می‌پردازد که مردم نیز در روابط خصوصی انجام می‌دهند. در اینگونه اعمال، دولت در نقش تاجر و صنعت‌گر ظاهر می‌شود و به داد و ستد می‌پردازد، که شامل امور خدماتی و فرهنگی می‌باشد، اموری که می‌تواند از طریق اشخاص حقیقی یا حقوقی نیز اعمال شود (کاتوزیان ۱۳۸۹/ص ۱۲۷).

در حقوق ایران مسؤولیت مدنی دولت به طور مطلق نمی‌باشد، بلکه این مسؤولیت در مورد خساراتی است که ناشی از اعمال تصدی‌گری دولت است که در آن نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود؛ مثل خرید و فروش و مواردی از این قبیل که دولت آنها را به عنوان اینکه دارای شخصیت حقوقی و مسؤول حفظ دارایی و منافع و اموال عمومی است، انجام می‌دهد. در مورد اعمال تصدی‌گری، دولت مسؤول خساراتی است که به افراد وارد می‌کند و در این قبیل اعمال، دلیلی بر سلب مسؤولیت دولت وجود ندارد. ولی در مورد اعمال حاکمیتی، دولت مسؤول خسارات وارده نمی‌باشد. همانطور که در ماده ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی آمده: «هرگاه اقداماتی بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود».

قانون‌گذار، نظریه عدم مسؤولیت دولت در اقدامات حاکمیتی را پذیرفته است؛ در



واقع در این مرحله بحث تعارض منافع عمومی با منافع خصوصی افراد است که در بیشتر موارد، منافع خصوصی، به علت اهمیت منافع عمومی نادیده گرفته می‌شود، طبق ماده ۸ لایحه مدیریت خدمات کشوری، امور کشوری منحصر در اعمال حاکمیتی و خدماتی و فرهنگی و زیربنایی می‌باشد. در حقوق کشور ما اصولاً مسؤولیت مدنی، مبتنی بر تقصیر است و تقصیر دولت نیز در مورد اعمال تصدی‌گری که موجب خسارات شده باید اثبات شود. در اصل ۱۷۱ قانون اساسی آمده است: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوعی در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد».

اما مسأله این است که این حقیقت چرا در موارد خاص مثل ضمان دولت در تورم و ضمان بازداشت‌شدگان بی‌گناه و غیر آن مورد توجه قرار نگرفته است. این وظیفه‌ی مهم دولت شاید به دلیل شفاف نبودن و اجمال یا سکوت قانون، مورد تردید واقع شده است. گاهی دولت در مسیر توسعه و ایجاد تحولات اقتصادی و سیاسی به صورتی عمل نموده که امور اقتصادی و سیاسی بر مسؤولیت مدنی دولت، اولویت یافته و در عمل از ظهور و اجرای قوانین مسؤولیت مدنی شانه خالی نموده است. در این بین موضوع ضمان دولت ناشی از تورم، افزون بر آن که پیامدهای اقتصادی آن مورد توجه است، از نظر ارزشی و فقهی نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و از جهت آثار مثبت و منفی اقتصادی، بر زندگی اکثر افراد جامعه، قابل اغماض نمی‌باشد. این نوع مسؤولیت در حالی مطرح می‌گردد که ادله فقهی و روایات (حرعاملی ۱۴۱۴ق، باب ۱۰، آداب القاضی؛ محقق حلی ۱۴۰۸ق/ج ۴/ص ۲۹۰) وارد شده در باب خطای قاضی، مطلق بوده و منحصر در موارد خاصی نیست، هرچند به عنوان نمونه و تمثیل در نصوص نقل شده مواردی بیان شده است.

## ضمان دولت در تورم

با توجه به اثبات اعتباری بودن پول از نظر مشهور فقها (خویی ۱۳۷۱/ص ۴۹۷، موسوی بجنوردی ۱۳۷۷/ص ۷، مکارم شیرازی ۱۳۸۲/ص ۲۷، فاضل لنکرانی/ص ۲۶۶) این بحث مطرح می‌شود که سیاست‌های پولی و مالی دولت که گاه موجب کاهش قدرت خرید



مردم می‌شود مطلقاً جایز است؟ و یا در صورت وجود مصلحت اجتماعی و ضرورت، مجاز خواهد بود؟ اگر دولت با عملکرد خود موجب پایین آمدن ارزش پول شود، آیا نسبت به دارایی‌های پولی و مالی افراد به تناسب کاهش قدرت خرید، مدیون نیست و یا ضامن است و باید آن را جبران کند؟ مبنای این جبران خسارت چیست؟

آن دسته از سیاست‌های پولی و مالی که سبب تورم شدید و منشأ آثار منفی شوند، جز در اوضاع اضطراری هرگز پذیرفته نیست و هیچ فقیهی با توجه به اهداف اقتصادی نظام اسلامی، در وضع غیراضطرار چنین سیاست‌هایی را مجاز نمی‌داند (عابدینی/۱۳۸۸/ص ۶۸) و اینکه تورم پولی ارتباط نزدیک‌تری با کاهش ارزش پول دارد، چنانکه برخی از اقتصاددانان تورم پولی را علت بلند مدت تورم می‌دانند (امینی، سماواتی/۱۳۸۶/ص ۱۳۰) به همین سبب بر مسؤولان لازم است از اتخاذ سیاست‌هایی که سبب تورم می‌شود بپرهیزند. قبل از بررسی فقهی این موضوع لازم است به دیدگاه محققان در مورد اصل جبران کاهش پول پرداخت:

### دیدگاه‌های مختلف در ضمان آور بودن کاهش ارزش پول

ضمان کاهش در پول، گاهی ضمان معاملی است و گاه غیرمعاملی. ضمان معاملی مانند این که هزار تومان به هزار و ده تومان بنابر این که غرض عقلایی در بین باشد، فروخته شود. در این جا خریدار و فروشنده در نقل و انتقال ثمن و مثن ضامن هستند. اگر داد و ستد به صورت نقد باشد طبعاً غیر از ضمان معاملی، ضمان دیگری نیست، چرا که افزایش و کاهش ارزش مطرح نیست (صالحی مازندرانی/۱۳۷۶/ص ۴۵). اما موضوع بحث ما شامل بخش دوم ضمان، یعنی ضمان غیرمعاملی است که آیا این نوع جبران خسارت در کاهش ارزش پول مشروعیت دارد یا خیر؟

در این باره چهار دیدگاه از سوی صاحب‌نظران مطرح شده است: بر اساس دیدگاه اول که جبران کاهش ارزش پول را مطلقاً جایز نمی‌داند، اگر شخصی مبلغی بدهکار است و هنگام ادای دین ارزش پولی که دریافت کرده بود به شدت کاهش پیدا کرده و حتی به مقدار یک درصد ارزش زمان دریافت آن، تنزل نموده باشد، حق طلبکار همان ارزش اسمی هنگام پرداخت به بدهکار است و بیش از آن، حق مطالبه از مدیون را ندارد. طرفداران این نظریه علاوه بر اینکه جبران کاهش ارزش



پول را مصداق ربا دانسته‌اند (فاضل لنکرانی/ص ۲۶۶، حایری/ج ۲/ص ۲۷-۲۸، سبحانی/۱۳۷۲/ص ۹۲) به دلایلی چون مثلی بودن پول (تبریزی/۱۳۷۶ ش ۹/ص ۱۶۰) و غیرقابل تغییر بودن ارزش اعتباری پول استناد کرده‌اند و بر این نظرند که پول امروزی ارزش ذاتی و واقعی ندارد تا قابل کاهش یا افزایش باشد، بلکه اعتباری محض است و زیادی و کمی آن مانند اصل وجودش بسته به اعتبار اعتبارکننده است نه میل و رغبت مردم (شمس/۱۳۷۶/ش ۹/ص ۱۸۷).

بر مبنای دیدگاه دوم که به نظریه‌ی تفصیل موسوم است، باید میان مواردی که کاهش ارزش پول چشمگیر است با فرضی که کاهش چشمگیر نباشد، تفاوت گذاشت (یوسفی/۱۳۷۶/ص ۹۵). برخی دیگر را نظر بر این است که در غصب و امثال آن که بدون رضایت طرف مقابل تأخیر در پرداخت صورت می‌پذیرد، ضمان وجود دارد؛ ولی در غیر این موارد که طرفین با رضایت اقدام به چنین امری می‌کنند، کاهش ارزش پول ضمان آور نیست (صالحی مازندرانی/۱۳۷۶/ص ۴۶، صافی گلپایگانی پاسخ به نامه مورخ ۲۴/۷/۱۳۷۵ کمیسیون حقوقی مجلس شورای اسلامی). در تفصیل دیگری آمده است که عرف در جبران کاهش ارزش پول، بین مهریه و قرض تفاوت می‌بیند به گونه‌ای که در مهریه کاهش ارزش آن را لازم می‌داند، ولی در قرض چنین نیست. بدیهی است که نظر عرف هم در این گونه موارد متبّع است (یوسفی/۱۳۷۷/ص ۵۰). اما دیدگاه سوم راه احتیاط را در پیش گرفته و مصالحه را لازم می‌داند. در این میان برخی (گرامی/۱۳۷۴/ص ۵۱۴) با عدم جواز جبران کاهش ارزش پول و برخی (محمدتقی بهجت/۱۳۸۲/ص ۱۰۳) با وجود پذیرفتن لزوم جبران کاهش ارزش پول، طریق احتیاط را برگزیده‌اند.

دیدگاه چهارم جبران کاهش ارزش پول را لازم دانسته و اساساً فلسفه‌ی وجودی پول را بیان ارزش و حفظ مقدار ذخیره ارزش می‌داند و از این رو ضرورت دارد که در دیون، مهریه و غیره قدرت خرید حقیقی پول مورد ملاحظه قرار گیرد (یوسفی/۱۳۷۷/ص ۶۰). طرفداران این نظریه ذخیره ارزش را وظیفه‌ی پول دانسته‌اند و برای پول‌های کاغذی خاصیتی جز حفظ ارزش و مالیت قایل نیستند (همان/ص ۶۲). علاوه بر این پول‌های کاغذی کالا و متاع نیستند و به لحاظ قدرت خرید ارزش گذاری می‌شوند (منتظری، پاسخ به نامه شماره ۹/۹۶۱/۵۶ کمیسیون قضایی مجلس مورخ ۱۸/۷/۱۳۷۵). جلوگیری از ضرر و زیان داین (هاشمی شاهرودی/۱۳۷۷/ص ۸۰-۸۱) و



همچنین اقتضای عدالت (یوسفی ۱۳۷۷/ص ۶۸) از دیگر دلایلی است که قائلین به این نظریه بدان استناد جسته‌اند.

## دیدگاه برگزیده

نظریه لزوم جبران کاهش ارزش مستدل‌تر و منطقی‌تر به نظر می‌رسد، چه آن که در نقد دیدگاه اول باید گفت که گرفتن زیادتی، یکی از ملاک‌های تحریم رباست و جبران معادل کاهش ارزش پول، زیادتی به حساب نمی‌آید (یوسفی ۱۳۷۷/ص ۱۶۹) زیرا در چنین مبادله‌ای منفعتی حاصل نشده تا مصداق ربا باشد، هرچند تعداد اسکناس بیشتر شده است.

شواهد فراوانی وجود دارد که رفتار عقلا در برابر تغییر ارزش مبادله‌ای پول تغییر می‌کند و این حاکی از آن است که میزان مطلوبیت پول‌های اعتباری فقط از تغییر مبادله‌ای آنها سرچشمه می‌گیرد.

بر همین اساس برخی در باب وفا به دین، قیمت یوم‌الاقراض را ملاک قرار داده‌اند نه مثل آن دین را و در قرض اوراق نقدی (پول‌های کاغذی) که قیمت آن در معرض تنزل باشد، چون مثلثیت تحقق پیدا نمی‌کند، معیار پرداخت را یوم‌الاقراض دانسته‌اند نه قیمت مثل آن را (نظری ۱۳۷۴/ص ۲۱۰).

در باب فتاوی مبنی بر مصالحه و قائلین به تفصیل نیز به طور کلی باید گفت علاوه بر اینکه حکم به مصالحه نوعی تسامح قلمداد می‌شود، همه افرادی که مصالحه را مطرح کردند در صورت تنزل فاحش و کاهش شدید ارزش پول، جبران آن را تجویز نموده‌اند. در نظریه تفصیل نیز در یک طرف قضیه جبران کاهش پول پذیرفته شده است.

قانون‌گذار نیز نظریه جبران کاهش ارزش پول را پذیرفته و روش شاخصه‌بندی بدهی‌هایی مثل قرض، سپرده‌های بانکی، مهریه و دستمزدها را پیشنهاد نموده است؛ بر این اساس در صورت وجود تورم ناشی از انتشار بی‌رویه پول یا هر عامل دیگری، باید کاهش ارزش پول بر اساس نرخ تورم رسمی از سوی بانک مرکزی جبران شود و در نتیجه قانون‌گذار با الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ ق.م.د (در مهریه‌ای که وجه رایج باشد) و نیز در ماده ۵۲۲ ق.ا.د.م در خصوص جبران خسارت در دین، با اعطای





سود بانکی با احتساب نرخ تورم کالاها به عنوان جبران کاهش ارزش پول این اصل را تأیید و تصویب نمود تا بخشی از ضرر افراد جامعه به این طریق جبران گردد.

## مبانی مطالبه خسارت از دولت ناشی از تورم

در مفهوم خسارت تعاریف زیاد است که بعضی عمیق ولی در عین حال کلی به نظر می‌رسد. در فرهنگ لغت فارسی «گمراهی، ضرر زدن، زیان‌مندی و غیره» عنوان شده است (معین/واژه خسارت) برخی خسارت را زیانی می‌دانند که کسی به دیگری وارد آورد (فرهنگ آکسفورد/واژه خسارت). خسارت در اصطلاح فقه با معنای اصطلاحی خسارت تفاوتی ندارد و با همان بیان در کتب فقهی ذکر شده است: «زیان خسارت زدن به اموال محترم و جبران آن بر عهده خسارت‌زننده است» (شاهروردی ۱۴۱۹/ج ۳/ص ۴۵۶). خسارت، مالی است که باید از طرف کسی که باعث ضرر مالی شده، به متضرر داده شود. نیز خسارت وارد شده را هم خسارت می‌گویند (امامی ۱۳۷۵/ج ۱/ص ۲۴۰).

حال پس از تبیین واژه خسارت با ملاحظه نظریه برگزیده و پذیرش آن توسط قانون‌گذار به بررسی مبانی مشروعیت مطالبه خسارت از دولت ناشی از تورم می‌پردازیم. مبانی این موضوع در دو گروه مبانی عام و مبانی خاص بررسی می‌گردد. قاعده عدالت، حرمت مال مسلمان، حفظ امنیت اقتصادی و نظم عمومی به عنوان مبانی عام، و قواعدی چون تسلیط، اتلاف، لاضرر و تسبیب در شمار مبانی خاص این نوع از جبران خسارت قلمداد می‌شوند.

### الف - مبانی عام

ادله ضمان و قاعده عدالت، ایجاد نظم عمومی و امنیت و نیز دلایلی که بر احترام مال و جسم مسلمان دلالت می‌کند، اقتضای ضمان خسارت را دارد که به صورت عدوانی و یا خطایی واقع می‌گردد.

#### ۱ - قاعده عدالت

حیات اجتماعی و معنوی هر جامعه در گروهی اجرای قوانین و احکام ناظر به آن است. سهم مؤثر عدالت در ایفای چنین نقشی آنگاه خواهد بود که بدون اغماض در مورد همه به طور یکسان و بدون در نظر گرفتن موقعیت‌های آنها ظهور یابد و این از شاخص‌های حکومت و جامعه‌ای است که عدالت اجتماعی بر آن حاکم باشد. اهمیت



عدالت در مکتب توحید تا جایی است که خداوند آن را یکی از اهداف بعثت انبیا قرارداده است: «ما رسولان خود را با دلایل روشن فرستادیم و با آنها کتاب و میزان نازل کردیم، تا مردم قیام به عدالت کنند...» (حدید/آیه ۲۵) به همین مفهوم اشاره دارد. بنابر قاعده عدالت در صورت ارتکاز عام عقلایی به شرطی که این ارتکاز در زمان صدور خطابات شرعیه موجود باشد می‌توان حکمی را ظالمانه دانست و خطابات مطلق و عام را تقیید زد. در مواردی که خطاب وجود ندارد مثل حق تألیف، همچنان قاعده عدالت می‌تواند کارگشا باشد؛ یعنی اگر عقلا از نبودن حکمی احساس کنند که به کسی ظلم می‌شود، با توجه به آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ» حکم را می‌فهمند؛ زیرا ظهور عرفی این آیه بیش از یک شعار است؛ بلکه ظاهر آیه می‌خواهد به مردم الگو بدهد تا دنبال عدل بروند. حال اگر کاری در ارتکاز عقلا ظلم باشد و نص خاصی هم نداشتیم که این ارتکاز عقلایی را بفهماند، به عبارت دیگر شارع احکام شریعت را بر اساس عدالت جعل کرده است و در مواردی شناخت بشر از عدالت را معیاری اثباتی برای شناخت احکام خود قرار داده است، این موارد در جایی است که عرف، حکمی را عدل یا ظلم بداند و شارع با نص صریح (نه ظاهر) آن را رد نکرده باشد. پس اگر نصی نبود و ظواهر متعددی در مورد ظلم عرفی وجود داشت، آن ظواهر کنار می‌روند. این دیدگاه میان عدل و ظلم شارع و عدل و ظلم عرف مستحدث فرقی نمی‌گذارد (اکبریان ۱۳۸۷/ص ۱۹۶) بلکه بعضی از فقها عرف مستحدث را هم مرجع تشخیص مصداق ظلم و عدل می‌دانند (امام خمینی ۱۴۱۸ق/ص ۶۳-۸۲).

در آثار فقهی بجا مانده موارد متعددی وجود دارد که لزوم پرداخت دین و جبران خسارت را به قاعده عدالت مستند کرده و سر باز زدن از آن را ظلم دانسته‌اند بدون آنکه میان سبب دین یا شخص زیان دیده و فرد ملزم به پرداخت، تفاوتی وجود داشته باشد، زیرا آن چه موضوعیت دارد پرداخت خسارت است و سایر مؤلفه‌های یاد شده خصوصیتی ندارد که در حکم مؤثر باشد.

صاحب جواهر در مسأله ارش (نجفی ۱۴۱۲ق/ج ۲۳/ص ۲۹۴) و علامه حلی در مسأله ضمان مثلی (محقق حلی ۱۴۰۸/ص ۳۲۴) اقتضای عدالت و منع از ظلم را مورد استناد قرار داده‌اند.

بنابراین قاعده عدالت از جمله اصول کلی خدشه‌ناپذیر است که اغلب در فقه به آن استناد می‌شود و همه اشخاص حقیقی و حقوقی صرف نظر از تعداد زیان‌دیده‌ها



در برابر این قاعده برابرند. دیدگاه شرع آن است که آنچه نزد شما ظلم محسوب می‌شود حرام است. آیاتی که می‌گوید ظلم نکنید و بین خودتان به عدل رفتار کنید بدون هیچ شکی حکم ضمان را اثبات می‌کند. پس اگر ترک کاری ظلم باشد طبعاً فعل آن واجب است (اکبریان ۱۳۸۷/ص ۱۹۶)، با وجود این اصول نیازی به بیان شارع در حکم هر چیزی و به صورت خاص نیست و ذکر مواردی در کتاب و سنت به عنوان مصداق بوده و در مقام حصر حکم به موارد بیان شده نیست، فقها نیز اغلب حکم را دائر مدار موارد مذکور ندانسته‌اند، بلکه از موارد ذکر شده می‌توان الغای خصوصیت نمود. بنابراین آنچه مهم است اثبات صغرای قضیه است نه کبرای آن، و مهم این است که آیا عرف در مسأله ما چنین قضاوتی دارد؟ قرائن اثبات می‌کند که عرف، عدم ضمان دولت را در شرایطی که تورم منسوب به اعمال دولت باشد ظلم تلقی می‌کند. پس اگر اثبات شود دولت در کاهش ارزش پول مقصر است و از این طریق افرادی متضرر گردند، طبق قاعده عدالت ملزم به پرداخت خسارت است. زیرا در دیون و روابط مالی جهت رعایت قاعده عدالت، باید ادای دین از طرف مدیون به نحو کامل انجام پذیرد. به این ترتیب دارندگان پول‌های نقد و صاحبان حساب‌های پس‌انداز و کارمندان دولت و افراد بازنشسته که درآمد پولی ثابتی دارند، به میزان کاهش ارزش پول، زیان می‌بینند. در نتیجه حکم به عدم ضمان دولت در مواردی که دولت عامل ایجاد ضرر از طریق کاهش ارزش پول است با اصل قسط و عدل سازگاری ندارد و به میزان ضرر وارد شده ضامن جبران خسارت است.

## ۲- قاعده حرمت مال مسلمان

اصل دیگری وجود دارد که می‌گوید: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (طوسی ۱۳۷۸ق / ج ۳ / ص ۵۹). این روایت مورد تأیید فقها بوده و حفظ جان و مال مسلمانان را جزء اصول مسلمّه می‌دانند. برحاکم واجب است که خون و مال مسلمانان را حفظ کند و لازم است از فراهم شدن زمینه اینگونه اعمال جلوگیری نماید تا اینکه مردم از جهت جانی و مالی امنیت کامل داشته باشند. در مورد کبرای قضیه شبهه‌ای وجود ندارد اما در بحث صغروی باید متذکر شد که مقتضای حرمت مال مسلم (بلکه مال غیرمسلم که در پناه اسلام زندگی می‌کند) تنها حکم تکلیفی نیست، بلکه حکم وضعی ضمان را نیز اثبات می‌کند. حکم وضعی ضمان از قاعده اتلاف و لاضرر و یا روایات



خاصه مثل «من أضرَّ بطريق المسلمين فهو له ضامن» استفاده می‌شود و هر جا که اضرار صدق کند ضمان هم هست. پس جایی که مالی محترم است در صورت اتلاف و تعدی به آن، جبران آن لازم است، جبران خسارت وارده بر مال محترم از جمله احترام به آن مال محسوب می‌شود. حال تفاوتی نمی‌کند این مال توسط چه کسی مورد تعدی و یا نقصان واقع شود، به یقین حکم وضعی را اثبات می‌کند حتی اگر ضایع کننده مال دولت باشد. به فرض اگر افرادی سرمایه پولی خود را برای مدتی بر اساس معمول در بانک سپرده‌گذاری کنند و دولت با سیاست‌های پولی یا تورم، قدرت خرید پول را به طور غیرمتعارف پایین آورد، به نوعی مال آنها را مورد نقصان قرار داده این مصداق از بین بردن احترام مال مسلم است. این نقصان مال در کلام محمد باقر صدر به خوبی تبیین شده است: «هر مالی دارای دو ارزش است؛ یکی ارزش استعمالی (ارزشی که از منافع این مال - با صرف نظر از قیمت بازاری آن - برای رفع حوایج استفاده می‌کنیم) و دیگری ارزش تبادلی آن (قیمت بازاری یک شی)». ضمان منفعت استعمالی یک شی در نقص عینی آن منحصر نیست، بلکه اگر عرفاً منفعت استعمالی یک شی از بین برود گرچه نقص عینی هم پیدا نشود، ضمان وجود دارد. مثل آب چاهی که مزه و خصوصیات فیزیکی آن تغییر نکرده، ولی این چاه در کنار چاه فاضلاب قرار گرفته که تنفر باعث نقص استعمالی آن می‌شود (صدر ۱۳۵۷/ص ۳۹۵-۳۹۷). همین خصوصیت مثال فوق در ارزش پول هم جاری است؛ با توجه به اینکه اسکناس منفعت استعمالی قابل ذکری جز قدرت خرید ندارد باید آن را در بازپرداخت اسکناس لحاظ کرد؛ زیرا به منفعت استعمالی آن نقص وارد شده است. پس اگر دولت در این سیاست‌گذاری مقصر باشد و یا قبل از هر اقدامی، هشدارهای لازم به سپرده‌گذاران نداده باشد، نسبت به پول‌های سپرده به تناسب کاهش قدرت خرید، ضامن می‌باشد.

### ۳- حفظ امنیت اقتصادی

واژه امنیت اصطلاح شرعی نیست تا در ادله شرعی به دنبال معنای خاصی برای آن باشیم، بلکه این واژه در گفتار معصومان به لحاظ همین ویژگی، اشاره به معنای مرتکز در اذهان عرف و عقلای آن عصر دارد و چه بسا در اعصار دیگر دست خوش تغییر شود (موسی زاده ۱۳۸۴/ص ۷۵).

امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید: «همه مردم به سه چیز نیازمندند؛ امنیت،



عدالت و آبادانی» (محمدی ری شهری/ج ۴/ص ۱۴۱۶). در این روایت نیاز مردم از نگاه امام معصوم علیه السلام معرفی شده است. امنیت در کلام ایشان اطلاق دارد و به قطع و یقین امنیت اقتصادی را نیز شامل می‌گردد.

دوام هر نظام مشروط به ایجاد شرایط اقتصادی و آبادانی او بوده است. رشد اقتصادی از مصادیق آبادانی و هدف اولیه برای رفاه عمومی است. اساساً لازمه پذیرش رفاه عمومی، پذیرش رشد اقتصادی، به مثابه هدف ابتدایی برای آن است. بدون رشد اقتصادی مطلوب، رسیدن به رفاه عمومی غیرممکن است. بر این اساس ایجاد امنیت اقتصادی باید یکی از اهداف اقتصادی دولت باشد. زیرا هم با مبانی اقتصاد اسلامی تطابق کامل دارد و هم با توجه با راهکارهای ارائه شده در اقتصاد اسلامی قابل حصول می‌باشد. رسیدن به این هدف مقدس که تنها عامل ثبات و پایداری حاکمیت اسلام است، با رشد و توسعه اقتصادی امکان‌پذیر است.

بدیهی است هر اقدامی در این زمینه نیاز به برنامه‌ریزی و هدایت صحیح و کنترل دقیق آن از سوی دولت و نظام حاکم دارد. از این رو دولت بنا به اختیارات نظارتی که دارد موظف است اولاً از امکانات و منابع بالفعل و بالقوه اقتصادی کشور آگاهی داشته باشد، ثانیاً با هدایت و کنترل جریان اقتصادی جامعه، زمینه را برای ایجاد توازن بین منابع و مصارف فراهم آورد تا رشد و توسعه پایدار تحقق یابد (کرمی ۱۳۸۵/ص ۱۶۷)؛ برای اثبات این وظیفه‌ی خطیر حکومت اسلامی، ادله نقلی معتبری در کتب حدیثی به چشم می‌خورد که بیان می‌کند یکی از اهداف مهم ایجاد حکومت اسلامی تأمین رفاه اقتصادی و در نهایت رفاه عمومی مردم جامعه است؛ حضرت علی علیه السلام می‌فرماید: «نشانه برتری و امتیاز حاکم، آبادانی شهرها است» (آمدی ۱۳۶۰/ج ۳/ص ۱۶۲).

هنگامی که تورم، شدید باشد و معیار در محاسبه سپرده‌های بانکی ارزش حقیقی آن نباشد، حجم سپرده‌ها کاهش می‌یابد؛ در نتیجه، سرمایه‌گذاری تنزل می‌یابد و در پی آن تولیدات ملی سیر نزولی در پیش خواهد گرفت که در چنین وضعی سرمایه‌گذاری و تولید، کاهش خواهد یافت. پس‌انداز، عامل اصلی سرمایه‌گذاری و تولید است. هنگامی که پس‌انداز افزایش یابد، اگر موانع جدی دیگری وجود نداشته باشد، سرمایه‌گذاری و تولید افزایش می‌یابد.

حال اگر کاهش ارزش پول سپرده‌گذاران جبران شود و معیار در بازپرداخت



سپرده‌های نقدی مردم، ارزش حقیقی سپرده‌گذارها باشد می‌توان پیامدهایی از این قبیل را انتظار داشت: افزایش پس‌انداز و سپرده‌ها، مثبت شدن سود واقعی سپرده‌های نقدی سرمایه‌گذاری، استفاده بهینه از سپرده‌های نقدی به وسیله بخش خصوصی جهت سرمایه‌گذاری، افزایش تولید، کنترل بخش دلّالی کاذب، کنترل روزافزون نرخ تورّم، یافتن مسیر منطقی توسعه، افزایش رفاه عمومی و در نهایت نزدیک شدن به اجرای اصل آرمانی عدالت اجتماعی و اقتصادی (یوسفی ۱۳۷۶/ص ۱۲۱)، هرچند عوامل مؤثر بر کاهش ارزش پول و تورّم متعدّدند ولی گاهی دولت خود به شکلی غیرمعارف با کاهش ارزش پول موجبات بحران‌های اقتصادی را ایجاد می‌کند. به یقین یکی از راه‌های ایجاد امنیت اقتصادی، جواز «جبران کاهش ارزش پول» برای عاملان ایجاد این نوع ضرر است که حکومت اسلامی باید در دستور کار خود قرار دهد.

#### ۴- نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی در فقه و حقوق، اصطلاح شناخته شده‌ای است و متون فقهی (آشتیانی ۱۳۶۳/ص ۵۵) و حقوقی بسیاری در بردارنده این واژه است و تعریف‌های متعددی از آن به عمل آمده است، لیکن برای تشخیص مصادیق نظم عمومی ضابطه دقیقی ارائه نشده است و نمی‌توان از تمام آن تعاریف چنین ضابطه‌ای را به دست آورد. نقطه مشترک این تعاریف، ارتباط مفهوم نظم عمومی با منافع و مصالح عمومی جامعه است. از این رو، برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان ۱۳۸۹/ص ۱۵۹)، منافع عمومی را ضابطه تعیین قواعد امری می‌دانند و قوانینی را که به منظور حفظ منافع جمعی افراد یک جامعه وضع می‌شوند، قوانین دارای جنبه نظم عمومی و امری می‌نامند. بدیهی است که غالب قوانین، جنبه اجتماعی دارد و مصلحتی عام در وضع آن مد نظر قانون‌گذار بوده است (الفت ۱۳۸۴/ص ۷۹).

وجود نظم و انضباط در جوامع مدنی امری حیاتی است و قانون وسیله ضروری این مهم است. حکومت‌ها برای حفظ نظم عمومی و آرامش اجتماعی ناچار به وضع قواعدی هستند تا روابط شهروندان به گونه‌ای تنظیم شود که هر شخص بدون ایجاد تهدید برای منافع دیگران، از امتیازهای خویش بهره‌گیرد. قانون در ایفای چنین نقشی آنگاه کارایی دارد که همگان به ویژه افراد حکومتی در هر رده‌ای خود را ملزم



به رعایت آن کرده و کارها را بر آن منطبق سازند.

و جوب رعایت مقررات عبور و مرور در سطح خیابان‌ها و جاده‌ها که مقدمه برقراری نظم در جامعه و حفظ جان شهروندان است و نیز امر به گشودن در انبار محتکران و فروختن کالاهای موجود در آن به هنگام ضرورت و نیز نرخ‌گذاری کالاهای مورد نیاز مردم برای پیشگیری از گرانی اجناس و اجحاف بر مردم از تمهیدات دولت برای ایجاد نظم در جامعه است.

فلسفه بسیاری از قواعد از جمله قاعده فراش، قاعده سوق، قاعده احسان، قاعده ید، قاعده اتلاف، همان فلسفه کلی تشریح احکام و نظام قانون‌گذاری عام یعنی نظم عمومی و ممانعت از اختلال و هرج و مرج در امور اجتماعی است. اهتمام شارع به نظم عمومی به عنوان فلسفه احکام به قدری مشهود است که اگر اجرای خود احکام نیز در بعضی شرایط مستلزم ایجاد هرج و مرج و بی‌نظمی باشد، شارع با ایجاد قاعده فقهی مانع از اجرای آن حکم می‌شود. مفاد و مضمون قاعده نفی عسر و حرج، رفع حکم اولیه حرجی در شرایط ویژه است و لاضرر از این نوع است (شاکری گلپایگانی ۱۳۷۸/ص ۱۳۰). همانطور که متذکر شدیم بی‌نظمی در مسائل اقتصادی یکی از عوامل مخل بر نظم عمومی است، بر همین اساس، دولت‌ها برای تأمین عدالت اجتماعی و اقتصادی، نظام تثبیت قیمت‌ها را دنبال می‌کنند و بر قیمت کالاها و خدمات و کیفیت آنها نظارت و مراقبت دارند. لذا مانع عرضه داروها و مواد غذایی ناسالم و غیربهداشتی به مردم می‌شوند، محتکر را سخت کیفر می‌دهند و بر مسؤولیت تولیدکنندگان کالاهای خطرناک می‌افزایند و مسؤولیت محض تولیدکنندگان را طرح می‌نمایند. تقریباً تمام این امور، جای خود را در مجموعه قوانین به دست آورده‌اند و دولت‌ها بر اساس تقنین این وظایف را انجام می‌دهند. بنابراین اجرای این قوانین از آزادی قرارداد و تجارت می‌کاهد و به معاملات چهره اجتماعی می‌دهد (الفت ۱۳۸۴/ص ۷۰). در اثر پیدایش ضرر وضعیت اقتصادی متضرر تغییر می‌یابد و دارایی او نقصان می‌پذیرد و چون این امر بدون مجوز قانونی به وسیله غیر به عمل می‌آید، نظم اجتماعی متزلزل می‌گردد. قانون برای برقراری نظم اجتماعی به حمایت متضرر آمده و جبران خسارت را از ناحیه فاعل آن لازم می‌داند و در این امر سعی و کوشش می‌کند تا آنقدر که ممکن باشد وضعیت اولیه متضرر به صورت قبل از پیدایش ضرر عودت یابد (امامی ۱۳۷۵/ج ۱/ص ۴۰۹).



در نتیجه با توجه به تساوی افراد حقیقی و حقوقی در این اصل، دولت در صورتی که در حوزه تصدی‌گری خود موجب بروز تورم و در نتیجه بحران‌های اقتصادی باشد، ضامن ضرری که به واسطه عملکرد او بر افراد جامعه وارد شده، می‌باشد.

## مبانی خاص

ادله ضمان در کتب فقهی در چند قاعده معتبر از جمله قاعده اتلاف و تسبیب، قاعده لاضرر و قاعده ید محدود می‌شود. در پژوهش حاضر با توجه به موضوع، استناد به سه قاعده اول مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۱- قاعده اتلاف

از جمله قواعدی که فقیهان در بحث از ضمان قهری به بررسی آن پرداخته‌اند، قاعده اتلاف است. هرچند مفاد این قاعده (من أتلف □ مالَ الغَیْرِ فَهَو □ له □ ضامن) در کتب حدیثی نیامده ولی از چندان شهرتی برخوردار است که به عنوان حدیث معصوم تلقی و مورد استناد فقها قرار گرفته است.

در دامنه شمول قاعده از حیث نوع اتلاف میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، برخی اتلاف حقیقی و حکمی را بی‌هیچ تفاوتی موجب ضمان و مشمول قاعده اتلاف دانسته‌اند (شهیدثانی ۱۴۱۰ق/ج ۳/ص ۵۳۶-۵۳۷، نجفی/ج ۲۲/ص ۲۳۰) و برخی دیگر اتلاف حکمی را از شمول قاعده خارج می‌دانند (موسوی بجنوردی ۱۳۷۷/ج ۲/ص ۲۰).

همچنین به موجب اطلاق ادله در قاعده اتلاف، در پدید آمدن ضمان، عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. با این توضیح که در ایجاد ضمان اتلاف، تقصیر شرط نیست ولی انتساب شرط است و باید انتساب فعل زیان‌بار به فاعل (متلف) احراز شود. به عبارت دیگر در تحقق اتلاف، کافی است که رابطه علیت بین فعل شخص و تلف مال موجود باشد، هرچند که قصد ایجاد نتیجه در آن نباشد.

حال باید پرسید که آیا ایجاد عوامل تورم باعث از بین بردن حقیقی مال است یا از بین بردن حکمی؟ باتوجه به این که بعضی از فقها از جمله امام خمینی قاعده اتلاف را یک قاعده عقلایی می‌دانند، از نظر ایشان ملاک قلمرو قاعده، نگرش عقلاست و عقلا افساد بر صاحب مال را موجب ضمان می‌دانند نه افساد بر نفس مال را. پس هرکسی به هر نحوی موجب افساد مال بر صاحب آن شود به نحوی که مالک به مال





خود دسترسی نداشته باشد، ضامن است. یعنی در قاعده اتلاف آن چه موضوعیت دارد افساد بر صاحب مال است نه افساد خود مال؛ و افساد بر صاحب مال آن است که مالک عقلاً یا شرعاً نتواند در مال خود تصرف کند که تشخیص این امر با عرف است (شیخ انصاری ۱۴۱۵ق/ج ۲/ص ۱۰، امام خمینی ۱۳۹۶ق/ج ۲/ص ۲۱۷). به نظر می‌رسد بر اساس دیدگاه این دو فقیه، قاعده اتلاف هم شامل اتلاف حکمی و حقیقی و هم شامل اتلاف اعیان و منافع می‌شود؛ چون طبق مبنای ایشان پایه و اساس قاعده اتلاف، سیره عقلا و عرف می‌باشد و عقلا و عرف، اتلاف حکمی و حقیقی و همچنین اتلاف عین و منفعت را موجب ضمان می‌دانند و نیز هر کسی به مقدار نقش و دخالتی که در از بین بردن مال داشته است، ضامن است. به ویژه آنکه در متون روایی هیچ‌یک از عناوین سه‌گانه مباشرت، تسبیب و ایجاد شرایط وارد نشده و مدار، صدق عرفی عنوان اتلاف - چه عمدی چه سهوی - است و ظاهراً نصوص خاص هم فراتر از صدق عرفی آن دلالت ندارند (مکارم شیرازی ۱۳۸۲/ص ۲۰۵).

### ۱-۱- قاعده اتلاف و ضمان دولت

از آنچه در خصوص مستندات و قلمرو قاعده اتلاف بیان شد، چنین استفاده می‌شود که با توجه به مفهوم «من أتلف مال الغير» به این صورت می‌توان تبیین نمود که هر فرد حقیقی یا حقوقی و هر مؤسسه دولتی یا غیردولتی، مال دیگری را از بین ببرد، حال چه خود مال از بین برود یا مالیت آن، یا کارایی آن به طور کامل از بین برود یا بخشی از آن نابود شود، از روی ناآگاهی انجام شود یا به صورت عمد، در تمامی این صور ضمان وجود دارد، با این تفاوت که در جایی که عمد باشد افزون بر ضمانت، کیفر هم دارد.

بنابراین متصدیان امور دولتی، چنانچه به سبب مسؤولیتی که دارند موجب اتلاف مال اشخاص شوند باعث ایجاد مسؤولیت مدنی برای دولت می‌شوند و دولت پس از پرداخت خسارت وارده، طبق روابط و ضوابط درون سازمانی به کارمند رجوع می‌کند. پس طرف □ دعوی شخص زیان دیده دولت می‌باشد. لذا باتوجه به مطالب فوق و اینکه شارع و سیره عقلا تأکید بر جبران خسارت می‌نماید؛ مسؤولیت دولت اثبات گردیده و دولت مسؤول جبران خسارت می‌شود.



خلافکاری خالدبن ولید که جمعی را به شبهه ارتداد به قتل رسانده و عده‌ای از اسرای جنگی را کشته و اموال جمعی را گرفته بود، می‌توان دید. پیامبراسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله ضمن ابراز برائت از عملکرد خالدبن ولید، علی‌علیه‌السلام را با مقداری طلا و کالا برای پرداخت به گروه ستمدیده فرستاد و فرمودند: «به سوی این مردم ستمدیده بشتاب و رسوم جاهلیت را زیر پا بگذار و دیه کسانی که به ناحق به دست خالدبن ولید کشته شده‌اند و خسارت اموال به غارت رفته آنان را بپرداز» (مجلسی ۱۴۱۰/ق/ج/۲۱/ص ۱۴۲).

باید دانست که عوامل تورم، گاه مانند جنگ، زلزله، سیل، ارزان شدن قیمت نفت و غیره قهری و گاه اختیاری است. قاعده اتلاف همه این موارد را شامل می‌شود و بر اساس آن عامل کاهش قدرت خرید مردم ضامن است (موسوی بجنوردی ۱۳۷۷/ص ۳۹). در نتیجه وزیران، نمایندگان مجلس، رؤسای ادارات خاص اگر خارج از حوزه مسؤولیت خود و در صورت نداشتن صلاحیت و توانایی لازم برای داشتن آن مقام و از روی کوتاهی و سهل‌انگاری به صورتی عمل کنند یا سخن گویند و سبب پایین آمدن ارزش پول یا ایجاد تورم شوند، ضامن هستند و فرقی بین مباشر و سبب نیست. بلکه اگر به عمد و برای رسیدن به خواسته‌های شخصی باشد گناهکار نیز به حساب می‌آید. بنابراین اقدام‌هایی که دولت انجام می‌دهد چه به صورت از بین بردن پشتوانه مادی پول باشد مثل چاپ اسکناس بدون کارشناسی دقیق و بدون پشتوانه و مصرف نمودن پشتوانه این اسکناس‌ها باشد و یا با سست کردن پشتوانه معنوی پول ملی یعنی با روش‌های نامعقول در حوزه سیاست داخلی و خارجی موجب مناقشات سیاسی و اختلافات داخلی و جناحی، بروز مشکلات اقتصادی و در نتیجه اضرار به مردم شود، ضامن است. نکته قابل توجه این است که در این صورت نیاز به کارشناسی دقیق در تشخیص تقصیر دولت و وزیران ایشان و دیگر مسؤولین و میزان تقصیر آنان است و نیز نیاز به دقت کارشناسی در تعیین میزان خسارت وارده، نباید نادیده گرفته شود که تحقیق بیشتر متخصصان اقتصادی را می‌طلبد.

## ۲-۱ - قاعده تسبیب و مسؤولیت مدنی دولت

قاعده تسبیب در واقع گسترش دادن موضوع قاعده «من أئلف» و معین کردن آن در سبب است و نه قاعده‌های جدا و در برابر آن. موضوع در ضمان، به موجب



قاعده تسبیب، اتلاف مال، اعضا یا جان می‌باشد. در روایات، در موارد بسیاری قانون‌گذار اسلام، سبب را ضامن شمرده که از مجموع آنها با الغای خصوصیت هر مورد در نگاه عرف، می‌توان این قاعده را دریافت؛ چرا که این موارد، بسیار گوناگون بوده و به باب خاصی مربوط نمی‌شوند (هاشمی شاهرودی ۱۴۱۹ق/ص ۱۳۱). چنانچه شخصی سبب ورود ضرر و زیان به دیگری باشد، طوری که بتوان از نظر عرف ورود ضرر را به مسبب اسناد داد، واردکننده ضرر، ملزم به جبران آن می‌باشد. اما نکته قابل توجه در مسؤولیت مدنی دولت به موجب سببیت این است که هم مفهوم ایجابی و هم مفهوم سلبی آن باید در نظر گرفته شود، چرا که مسؤولیت مدنی دولت در مفهوم سلبی آن از چنان گستردگی برخوردار است که تمام ضرر و زیان‌های ناشی از عدم انجام وظایف و تعهدات قانونی و شرعی را در برمی‌گیرد. در حقوق ایران در خصوص اینکه مسبب ورود خسارت دولت باشد، در صورتی متصدی امور دولتی به تنهایی سبب ورود ضرر به اشخاص گردد، در مرحله اول، دولت مسؤول جبران خسارت وارده است و این دولت است که در روابط خود با کارمند، طبق ضوابط اداری و سازمانی برای جبران خسارت وارده به خود، به کارمند رجوع می‌کند.

اما اگر دولت به تنهایی سبب ایجاد خسارت بر اشخاص گردد؛ در چنین حالتی دولت چه سلباً و چه ایجاباً موجب ورود ضرر گردد، به هر میزان که زیان رساننده ملزم به جبران آن می‌باشد. مثلاً اگر تدوین و تصویب آیین‌نامه‌ها و مقررات دولتی غیر کارشناسی و در حوزه وظایف تصدی‌گری خود منجر به ورود ضرر به افراد جامعه گردد (ایجابی) یا اینکه دولت در تأمین رفاه و آسایش و امنیت، اعم از اقتصادی، اجتماعی و غیره قصور کرده (سلبی) و سبب ورود خسارت به افراد جامعه شود ضامن است و باید این خسارت را جبران نماید.

متون دینی مملو از آموزه‌هایی است که انسان‌ها را مسؤول افعال خود دانسته است. به ویژه حاکمان که با کسب عناوین حکومتی و با دست گرفتن قدرت مسؤولیت آنها از دیگر افراد جامعه سخت و شدیدتر خواهد بود. بر اساس آیات قرآن (حجر/۹۲ و ۹۳، نمل/۹۳، صافات/۲۴) این مفاهیم کاملاً آشکار است. پیامبر عظیم‌الشأن نیز در فرمایشات خویش به جنبه‌های مختلف این مسؤولیت به خصوص مسؤولیت زمامداران در مقابل مردم اشاره فرمودند: «هرکدام از شما راعی و مسؤول رعیت خود است؛ امام، راعی و مسؤول رعیت خود است، مرد در میان اهل خود، راعی و مسؤول



رعیت خود است، زن در خانه شوهرش، راعی و مسؤول رعیت خود است، و خادم در مال سیدش، راعی و مسؤول رعیت خود است» (احمد بن حنبل/ج ۲/ص ۱۲۱).

بر این اساس در موضوع پرداخت خسارات ناشی از تورم، چنانچه سببیت دولت در ایجاد ضرر اثبات شود، یعنی دولت بدون در نظر گرفتن مصلحت عمومی و در راستای اهداف غیرحاکمیتی و برنامه‌های خاص و غیرکارشناسی داشته باشد، یا با تغییرات آنی مصوبه‌های قانونی در زمینه‌های اقتصادی یا سیاسی و یا غیر آن موجبات سقوط پول را فراهم نماید و به این ترتیب، مردم و سرمایه‌گذاران را دچار ضرر و زیان یا ورشگستگی کند، با استناد به قاعده تسبیب، دولت ملزم به جبران میزان این خسارات می‌باشد. لازم به ذکر است که یکی از مشکلاتی که در این مسأله وجود دارد این است که علاوه بر اثبات وجود ضرر، باید رابطه سببیت بین تقصیر دولت و ضرر ثابت شود؛ در فرض مسأله باید ضمن بررسی عوامل مختلف تورم، احراز شود که تقصیر دولت باعث تورم شده است و به عبارتی دولت سبب ایجاد این عامل یا عوامل بوده و تشخیص این موضوع نیاز به کارشناسی دقیق دارد که راهکارهای علمی مناسبی می‌طلبد.

## ۲- قاعده لا ضرر

یکی از ارکان ایجاد ضمان قهری و مسؤولیت مدنی، وجود ضرر است؛ اگر کسی کاری کرده و یا سخنی گفته و یا به هر طریق دیگر، باعث ضرر دیگری شده باشد، ضرر مادی و یا معنوی زیان وارده را باید جبران نماید؛ و قاعده «لا ضرر» نیز پشتوانه این سخن و دیدگاه است. ماده ۱۳۲ ق.م و ماده اول قانون مسؤولیت مدنی نیز ناظر به این موضوع هستند.

قاعده فقهی «لا ضرر» از جمله قواعدی است که بر اعتبار و مبانی تشریحی مستحکمی مبتنی بوده و بر تأمین ضرر و زیان دلالت دارد. از نظر شرعی و عقلی و عرفی اگر جامعه و مرجعی که افراد زیان‌دیده به آن پناه آورده‌اند، نتواند موقعیت زیان‌دیده را درک نماید و تحمل این بارگران را به خود آنان واگذار نماید، گذشته از تضییع حق حمایت اجتماعی از آنان، بستر مناسبی را برای رشد روحیه‌های معارض با جامعه فراهم می‌آورد.

در مورد استناد به قاعده فوق در اثبات ضمان بعضی معتقدند اثبات ضمان تورم با ملاک «ضرر» و اینکه اگر بازپرداخت مبلغی افزون بر معادل اسمی آنچه از طرف



دیگر دریافت گردیده است بر ضامن لازم نباشد، ضرر درپی خواهد داشت و با قاعده «لاضرر» نفی می‌گردد (یوسفی/ص ۱۱۰). به عبارت دیگر، اگر شخصی، سبب تورم شود و یا با عرضه حجم بسیار آن، بهایش را بکاهد، ضامن خواهد بود چنانکه باید دولت‌های صادرکننده پول را در صورتی که سبب کم‌اعتباری پول در دست مردم شوند، ضامن این کاهش دانست، در حالی که بعضی از فقها این دیدگاه را نپذیرفته (هاشمی شاهرودی ۱۳۷۷/ص ۷۲) و بیان داشته‌اند: میان این مسأله و موارد مطرح شده تفاوت وجود دارد؛ زیرا می‌توان عنوان زیان رساندن (اضرار) را در این موارد نادرست شمرد، چه آن شخص جز در حق خود و آنچه به خودش باز می‌گردد، تصرفی نکرده است از آنجا که آزادی رقابت را داشته است زیان رساندن صادق نیست. ولی در جایی که غصب یا تباه کرده یا در بازپرداخت تأخیر روا داشته باشد، کاری به ناحق کرده و نزد عرف زیان رساندن است (همان/ص ۷۳).

به طور کلی درباره استناد به این قاعده اشکال شده که قاعده لاضرر تنها حکم ضرری را از میان برمی‌دارد و هرگز حکمی را که از نبودن زیانی پدید می‌آید، اثبات نمی‌کند. همچنین ضامن، جبران کردن زیانی است که در خارج پدیدار گشته است و این قاعده، جبران زیان را اثبات نمی‌کند، بلکه تنها خود زیان را با برداشتن سبب و سرچشمه قانونی آن در شرع، از میان برمی‌دارد (نأیینی ۱۳۷۳/ج ۲/ص ۲۲۱، بجنوردی/ج ۱/ص ۲۰۰).

طبق نظر اصفهانی که «لا» را ناهیه دانسته و مقصود از قاعده را نهی از اضرار به غیر دانسته و بر اساس نظر نراقی که مقصود از ضرر را ضرر غیر متدارک دانسته‌اند، این قاعده می‌تواند مستندی برای جبران ضرر، از طرف عامل ورود ضرر باشد. اما بر مبنای نظر شیخ انصاری و خراسانی که «لا» را نافی دانسته‌اند و تنها از این قاعده، حکم یا موضوع ضرری را منفی دانسته‌اند، نمی‌توان از این قاعده حکم اثباتی فهمید؛ اکثر فقها معتقدند که نقش این قاعده، نفی حکم ضرری است نه اثبات حکم. به تعبیر دیگر، قاعده «لا ضرر» نقش بازدارنده دارد، نه نقش سازنده؛ چون اگر «لا ضرر» نقش اثباتی داشته باشد، لازم می‌آید که فقه جدیدی تأسیس شود (بجنوردی/ج ۱/ص ۲۰۰).



ولی از آنجا که لا ضرر، امضای قاعده عقلایی در جلوگیری از ضرر زدن به دیگران است و با دقت در فروعات و مسائل ارائه شده در باب قاعده لا ضرر و این که هرگونه ضرر در دایره تشریح نفی گردیده می‌توان گفت تدارک ضرری که وارد شده از فروع و لوازم نفی حکم ضرری است و هدف اصلی از این قاعده جبران زیان است، چنانکه در قضیه سمه بن جندب، پیامبر اکرم حدیث «لا ضرر» را به عنوان دلیل صدور حکم بر قلع درخت خرما اعلام فرمودند و زیان وارده بر مرد انصاری را جبران نمود، پس به نظر می‌رسد قاعده «لا ضرر» علاوه بر رفع احکام ضرری وجودی، اثبات حکم عدمی نیز می‌کند. زیرا اثبات ضمان یکی از فروعات نفی حکم ضرری است و اگر ضرر به وسیله عامل ضرر جبران نشود و زیان دیده متحمل ضرر گردد این با مفهوم لاضرر در تعارض است. چنانکه برخی از فقها (طباطبایی ۱۴۱۸ق/ج ۲/ص ۳۰۱) برای اثبات ضمان در مواردی به قاعده لا ضرر استناد جسته‌اند. شیخ انصاری نیز این مطلب را پذیرفته و می‌گویند: «برائت ذمه □ ضار (ضرر زننده) از تدارک (ضمان)، ضرری است که با روایت برداشته می‌شود» (شیخ انصاری ۱۳۸۴ / ج ۲/ص ۵۳۴). بنابراین با پذیرفتن مبنای فقهایی که برای اثبات ضمان به قاعده لا ضرر استناد می‌کنند در صورت اثبات تقصیر دولت و عوامل دولت در کاهش چشمگیر ارزش پول، دولت مسؤول جبران تمامی خساراتی است که از این طریق به وسیله کارکنان، کارگزاران و یا به سبب اعمال و تصمیمات حکومتی بر افراد جامعه وارد می‌شود. تنها چیزی که گستره این مسؤولیت را محدود می‌کند قید «مصلحت عامه» می‌باشد که اعمال آن نیز به دست حاکم اسلامی می‌باشد.

همچنین اصول حقوقی اقتضا دارد همانگونه که اشخاص حقیقی اگر خسارت و زیانی وارد آوردند، متحمل پرداخت خسارت می‌شوند، در مورد اشخاص حقوقی خواه دولت باشد یا غیر آن نیز همین گونه عمل شود و اصل وحدت احکام شخص حقیقی و شخص حقوقی که در ماده ۵۸۸ قانون تجارت انعکاس یافته، مؤید آن است.

به این ترتیب حکم به جبران خسارت بهترین راه برای جلوگیری از ضرر است و ضامن نبودن دولت نسبت به خسارتهایی که به مردم در اثر عملکرد ایشان وارد می‌گردد، حکمی است ضرری، و موجب فشار و زیان بر افراد جامعه است. بنابراین قاعده لاضرر آن خسارت را از میان برده و ضامن بودن دولت از این راه اثبات می‌گردد.



## نتیجه‌گیری

تبع در آرای فقیهان و نقد ادله‌ی ارائه شده در عدم جواز جبران کاهش ارزش پول و توجه به قواعد فقهی و ادله نقلی نشان می‌دهد که مسؤولیت دولت و اصل لزوم جبران خسارات توسط دولت نه تنها با مبانی فقهی منافاتی نداشته، بلکه در مواردی خاص ضروری هم دانسته شده است.

براساس قواعد فقهی تسبیب و اتلاف، کسانی که به گونه‌ای سبب از بین رفتن مالیت و یا ایجاد تورم و در نتیجه اضرار به غیر شوند، ضامن هستند و فرقی بین مباشر و سبب نیست. لذا اقدام‌هایی که دولت انجام می‌دهد چه به صورت چاپ اسکناس بدون کارشناسی دقیق و بدون پشتوانه باشد و چه به صورت از بین رفتن پشتوانه این اسکناس‌ها باشد، یا با ایجاد مناقشات سیاسی و اختلافات داخلی و جناحی و یا بی‌انضباطی‌های اقتصادی و اهمال در اجرای قوانین و برنامه‌های اقتصادی و یا سیاست‌های ناصحیح ارزی و مواردی از این قبیل، موجب بروز مشکلات اقتصادی و در نتیجه تورم و کم شدن قدرت خرید مردم گردد، از مصادیق خسارت بوده و ضامن است. از طرفی در حقوق کشور ما اصولاً مسؤولیت مدنی، مبتنی بر تقصیر است و تقصیر دولت نیز در مورد اعمال تصدی‌گری که موجب خسارات شده باید اثبات شود. لذا در مواردی که ثابت شود عواملی خارج از کنترل دولت از قبیل شرایط اقتصاد جهانی، حالت اضطرار و یا اعمال حاکمیت موجب بروز خسارت از سوی دولت شده است، دولت از این نوع مسؤولیت مدنی معاف می‌گردد.

## منابع

- قرآن کریم
- آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۳۶۳)، کتاب القضاء، چ ۲، قم، دارالهجره
- ابو جعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چ ۳، تهران، دار الکتب الاسلامیه
- آمدی، محمد تمیمی (۱۳۷۳)، شرح غرر الحکم و درر الکلم، چ ۵، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- احمد بن حنبل، مسند احمد، دار احیاء التراث العربی، بیروت
- اکبریان، حسنعلی (۱۳۸۷)، مقایسه عدالت با قاعده لاضرر، کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۵۶
- الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴) نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد، مجله فقه و حقوق، شماره ۷



- امینی و سماواتی (۱۳۸۶)، موضوع‌شناسی پول و جایگاه آن در احکام فقهی کاهش ارزش پول، مجله جستارهای اقتصادی، شماره هشتم، ص ۱۲۱ تا ۱۵۲
- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، جلد ۶، تهران، انتشارات اسلامی
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، المکاسب، جلد ۶، چ ۱، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴)، فرائد الاصول، قیام، انتشارات قم
- بهجت، محمد تقی (۱۳۸۲) مروری بر ماهیت شناسی پول و دیدگاه فقیهان، مجله نور علم، ش ۲۱
- بهشتی، سید محمدحسین (۱۳۷۸)، اقتصاد اسلامی، چ ۷، دفتر نشر فرهنگ اسلامی
- تبریزی، سید جواد (۱۳۷۶)، بررسی فقهی نظریه جبران کاهش ارزش پول، ش ۹، مجله فقه اهل بیت
- تقوی راد، مهدی (۱۳۹۴)، بررسی تشکیل یک دادگاه اداری نظامند و علمی، چاپ دوم، تهران، یاسین نور
- تقوی راد، مهدی (۱۳۸۸)، مسؤولیت مدنی دولت و نظارت بر پابندی ادارات به آن، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۸، ص ۶۹ تا ۹۸
- حایری، سید کاظم، الأوراق المالیه الاعتباریه، مجمع اقتصاد اسلامی، دفتر همکاری حوزه و دانشگاه
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل البیت (ع)
- حسینی نژاد، حیسنتقی (۱۳۷۰)، مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، جلد ۱، چ ۱، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه
- حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، چ ۱، جلد ۱۰
- خمینی، سید روح الله (۱۳۹۶ق)، کتاب البیع، جلد ۵، چ ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ق)، الاجتهاد و التقليد، چ ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱)، رساله عملیه، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع)
- سبحانی، جعفر (۱۳۷۲) مقاله فقهی کاهش ارزش پول، مجله رهنمون، شماره ۶
- شاکری گلپایگانی، طوبی (۱۳۷۸)، بحث تطبیقی پیرامون شرط علم در ثبوت حد زنا، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، شماره ۱۴

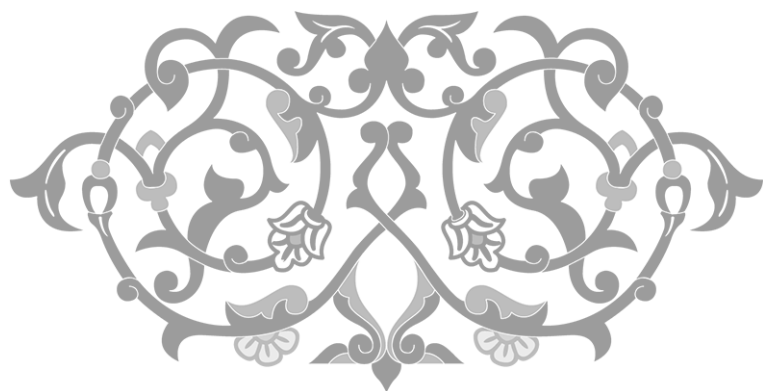




- شمس، سید حسین (۱۳۷۶)، احکام فقهی پول، مجله فقه اهل بیت (ع)، سال سوم، شماره ۹
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۳۷۲)، نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل حقوقی و فقهی ناشی از کاهش ارزش پول، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری، مجله رهنمون، ش ۶
- صالحی مازندرانی (۱۳۷۶)، احکام فقهی پول (۲)، مجله فقه اهل بیت (ع)، سال سوم، شماره ۹
- صدر، سید محمد باقر (۱۳۵۷)، اقتصادنا، مشهد، مکتب الاعلام الاسلامی، فرع خراسان
- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، چ ۱، قم، مؤسسه آل البيت
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۷۸ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، چ ۲، تهران، المکتبه المرتضویه
- عابدینی، احمد (۱۳۸۸)، ربا در حالت تورم و ضمانت سقوط پول، اصفهان، انتشارات اقیانوس معرفت
- عالم، عبدالرحمان (۱۳۸۴)، بنیادهای علم سیاست، چاپ اول، تهران، نشر نی
- فاضل لنگرانی، محمد، جامع المسائل، کتابخانه دیجیتال مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت
- فرهنگ حقوقی آکسفورد، انتشارات طرح نوین اندیشه
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، وقایع حقوقی مسؤلیت مدنی، چ ۳، شرکت سهامی ناشر
- کرمی، محمد مهدی و پورمند، محمد (۱۳۸۵)، مبانی فقهی اقتصاد اسلامی، چ ۷، تهران، انتشارات سمت
- گرامی، محمد علی (۱۳۷۴)، توضیح المسائل، چ ۱، چاپ اعتماد
- محمدی ری شهری، میزان الحکمه، چ ۱، قم، دار الحدیث
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۱۰ق)، بحار الأنوار، جلد ۲۶، چ ۱، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر
- مشکینی، علی، پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی ۱۳۷۵/۷/۲۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲)، القواعد الفقهیه، قم، منشورات دار العلم
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲)، مروری بر ماهیت شناسی پول و دیدگاه فقیهان، مجله نور علم، ش ۲۱
- منتظری نجف آبادی، حسین علی (۱۴۰۹ق)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابوالقاسم، جلد ۸، چ ۱، قم، مؤسسه کیهان
- معین، محمد (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر
- موسایی، میثم (۱۳۷۷)، تبیین مفهوم و موضوع ربا از دیدگاه فقهی، چ ۲، مؤسسه تحقیقاتی پولی
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۲)، نقش اوراق مالی در فقه اسلامی، مجله رهنمون،



- شماره ۷، انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۴)، حاکمیت و عدالت در قرآن و اندیشه سیاسی امام علی (ع)، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۵
  - نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۲، چ ۱، تهران، المکتبه المحمدیه
  - نجفی، محمد حسن (۱۴۱۲ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، موسسه المرتضی العالمیه
  - نظری، حسن و میرجلیلی اسلامی، سید محسن (۱۳۷۴)، پول در اقتصاد اسلامی، چ ۱، تهران، انتشارات سمت
  - هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۷)، ضمان کاهش ارزش پول، مجله فقه اهل بیت (ع) ش ۲، قم
  - \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق)، بایسته‌های فقه جزا، چ ۱، تهران، نشر میزان، نشر دادگستر
  - یوسفی، احمد علی (۱۳۷۷)، بررسی فقهی نظریه های جبران کاهش ارزش پول، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۳۰، چاپ ۱، قم
  - یوسفی، احمد علی (۱۳۷۶)، ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصاد آن، چ ۱، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
  - وینسنت، اندرو (۱۳۷۶)، نظریه‌های دولت، ترجمه‌ی حسین بشریه، تهران، نشر نی



گزیده سخنرانی‌ها





# «وینار بررسی مقررات ناظر بر رمز ارزها

## و جرایم مرتبط با آنها»<sup>۱</sup>

سخنران: شاهپور دولتشاهی<sup>۲</sup>

بحث را تحت عنوان مروری بر قوانین و مقررات ناظر بر رمز ارزها و کمی هم در مورد رویه قضایی رسیدگی به این پرونده‌ها در چند محور ارائه می‌دهم؛

- محور اولی اینکه شبکه بلاکچین (Blockchain) و رمز ارزها را به صورت غیرتخصصی و از دیدگاه حقوقی بررسی می‌کنم. در سال ۱۳۸۲ به دستور مرحوم آیت الله شاهرودی کارگروهی تشکیل دادیم تحت عنوان بررسی پیش نویس قانون جرایم رایانه‌ای که متقابلاً آن متنی که ما تهیه کردیم تقریباً با ۲۰ درصد ویرایش در مرکز پژوهش‌های مجلس تبدیل به قانون مصوب ۱۳۸۸ شد که الان مورد استفاده است. از همان زمان ما وارد حقوق فناوری اطلاعات شدیم. الان هم بلاکچین یک شبکه نرم افزاری داخل اینترنت الگوریتمیک است و دسترسی پذیری از تمام نقاط جهان دارد و هرگونه تراکنش که در این شبکه واقع می‌شود در تمام نقاط جهان قابل دیدن و قابل راستی آزمایی می‌شود. همانطور که شرکت‌ها یک دفتر کل حساب دارند، شبکه بلاکچین همین دفتر کل است؛ اما به صورت توزیع شده و منظور این است که در سطح جهان گسترده شده است. یعنی اگر من به حساب شما بیت کوین منتقل می‌کنم، همه می‌توانند در سراسر جهان ببینند چه میزان بیت کوین از چه حسابی به حساب دیگر منتقل شده و قابل راستی آزمایی است. به همین دلیل امنیت این شبکه تقریباً تأمین شده است. گزارش موثق مبنی بر اینکه شبکه بلاکچین مورد حمله یا هک قرار گرفته باشد، تقریباً من ندیدم. به همین خاطر شبکه بلاکچین قابل دستکاری یا جعل رایانه‌ای نیست.

---

۱. وینار ایراد شده در تاریخ ۲ خرداد ۱۴۰۰، پیاده سازی توسط سرکار خانم سارا سادات شجاعی وکیل پایه یک دادگستری.

۲. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای مرکز و استاد دانشگاه.



- شبکه بلاکچین یعنی زنجیره بلوک‌ها. بلوک‌ها مانند آجر در کنار یکدیگر قرار گرفته و یک گستره ای مثل پازل را به وجود آورده‌اند که اگر شما یک یا تعدادی از این بلوک‌ها را بردارید یا جا به جا کنید که به معنای جعل رایانه ای است، نمای کلی این پازل به هم می‌ریزد و پیوستگی (Integration) خودش را از دست می‌دهد که این مسأله کاملاً قابل شناسایی است و مشخص می‌شود این شبکه مورد دستکاری و جعل قرار گرفته است. مفهوم مخالف آن، این است که امنیت شبکه قابل مشاهده و راستی آزمایی است. متخصصان بلاکچین معتقدند در هر شبکه بلاکچین، 1+50 Node لازم است تا شما بتوانید تغییری در این شبکه حاصل کنید. زیرا من و شما به عنوان کاربر تنها یکی از این بلوک‌ها را در اختیار داریم. وابستگی این بلوک‌ها به یکدیگر نشاندهنده این است که این بلوک‌ها دست نخورده است. اگر شما بخواهید در این شبکه دستکاری کنید، باید 50+1 Node را دستکاری کنید. یعنی کل دارندگان بیت کوین در جهان اگر فرضاً یک میلیون نفر باشند، بایستی 500 هزار و یک نفر از آنها با هم متحد شده تا بتوانند تغییری در شبکه بیت کوین در بستر بلاکچین ایجاد کنند که طبیعتاً این مسأله عملاً امکانپذیر نیست. این مسأله باعث شده شبکه بلاکچین مورد اعتماد مردم جهان باشد و تراکنش‌های آن مورد تضمین قرار گرفته است.

- بحث دیگر که باعث اشتیاق به مبحث رمزارزها شده است، دلایل اقتصادی است؛ منجمله کارمزد انتقال خیلی پایین به نسبت شبکه بانکی کشورها. در شبکه بانکی برای انتقال وجه خصوصاً اگر مبلغ آن بالا باشد، باید مبدأ و منشأ آن وجه را برای سیستم بانکی مشخص نمایید و دلیل برای انتقال بیاورید؛ همچنین کارمزدهای بانکی در ارقام بالا، بسیار بالا می‌رود و البته تراکنش‌ها زمانبر خواهد بود. ضمناً بحث مالیات هم مطرح است؛ زیرا فعلاً نظام‌های مالیاتی جهان نتوانستند به نظام رمز ارزها وارد شده و بر آن نظارت داشته باشند. زیرا اگرچه مبدأ و مقصد رمز ارزها قابل شناسایی است، اما هویت صاحبان حساب معلوم نیست. یعنی در شبکه بیت کوین بدون نظارت، بدون مالیات و بدون محدودیت می‌توانید به انتقال وجه پردازید. بنابراین این شبکه در جهان در برابر شبکه بانکی قرار گرفته است.

- از سوی دیگر، برای مجرمینی که قصد دارند پولشویی کرده و منشأ پول را تبدیل یا عوض کنند و نیز در مورد مجرمین مرتبط با مواد مخدر، اسلحه و... شبکه بلاکچین به آنها این اجازه را می‌دهد به دور از چشم نهادهای ناظر منجمله نهادهای مالیاتی و پلیس و FATF و... این وجوه را جا به جا کنند. یعنی به خاطر نوع اختراع این شبکه، هویت واقعی



کاربران رمز ارز، مکتوم است و این امکان و دلبستگی را به قاچاقچیان، مجرمین و... می‌دهد که با خیال راحت از این شبکه استفاده کنند. این امر، مزایای این شبکه هست، چه برای کاربران با حسن نیت و چه برای مجرمین و اشخاص با سوءنیت.

- گستردگی این شبکه به حدی شده است که ۵ روز پیش که من بررسی میکردم ۱۲.۷۶۵ رمز ارز در بازار معرفی شده بود و البته در این ۵ روز، ۱۵۰ رمز ارز جدید اضافه شده است. این مطالب، استقبال مردم جهان از رمز ارزها را نشان می‌دهد.

- به طور کلی ۳ فعالیت عمده در حوزه رمز ارزها صورت گرفته است؛

۱- بحث استخراج یا ماینینگ رمز ارزها است. البته واژه بامسمایی نیست. همان تولید بیت کوین است به صورت نرم افزاری. ماینینگ یعنی تولید که به نوعی یک مسابقه نرم افزاری است برای حل معادلات و مسائل ریاضی، و زمانی که مسأله حل می‌شود پاداش آن یک کد خواهد بود که یک بیت کوین نام دارد. یک بیت کوین از نظر ریاضی قابل تقسیم به ۱۰۰ میلیون واحد است. در دنیا مخترع بیتکوین یعنی «ساتوشی ناکاماتو» (که هویتش برای ما مشخص نیست و نمی‌دانیم شخص حقیقی، حقوقی، سازمان جاسوسی یا ... است) این شبکه را طوری طراحی کرده که هر بیت کوین به ۱۰۰ میلیون واحد تقسیم شده است و اسم هر قسمت را یک "ساتوشی" گذاشته است. یعنی یک بیت کوین قابل تقسیم به ۱۰۰ میلیون ساتوشی است. بنابراین اگر شما یک بیت کوین که در حال حاضر چند هزار دلار ارزش دارد، داشته باشید، مثلاً می‌توانید در کشور هلند با آن یک پیتزا به قیمت ۱۰ دلار بخرید. واحد پولی که تا این حد قابلیت خرد شدن دارد، طبیعتاً در تمامی جهان مورد استقبال قرار می‌گیرد. شایان ذکر است وقتی می‌گوییم بیت کوین، چون رایج ترین رمز ارز می‌باشد، شما می‌توانید آن را به تمامی رمز ارزها در پلتفورم بلاکچین تعمیم دهید.

۲- مورد دوم، Trade است؛ یعنی خرید و فروش بیت کوین که در عالم حقوق بحث مبيع و ثمن می‌شود. دو حالت می‌توان بیت کوین را خرید و فروش کرد: یکی با پول‌های رایج کشورها، ارزهای تأیید شده نظام پولی و بانکی کشورها مثل دلار، ریال و... گاهی خرید و فروش با ارزهای رایج جهانی انجام می‌دهید. افت و خیز بازار، اجازه Trade به شما میدهد. خیلی از جرائم به این حوزه Trade مربوط می‌شود؛ زیرا در این وضعیت یعنی افت و خیز و نوسان بازار، سود ایجاد می‌شود و مجرمان جایی ظاهر می‌شوند که سود وجود داشته باشد. بدیهی است اگر بازار افت و خیز نداشته باشد و Trade در کار نباشد، بیش از ۹۰ درصد جرائم حوزه بیت کوین منتفی می‌شود. حالت دوم



Trade، خرید و فروش رمز ارزها در برابر یکدیگر است که تبدیل به "بازار فارکس" می‌شود. در اینجا مثلاً از اختلاف بین ارزش بیت کوین با ارز کاردانو استفاده می‌کنند و فی الواقع رمز ارزها در برابر یکدیگر خرید و فروش می‌شوند. مثل استفاده از تفاوت قیمت دلار و ریال در خصوص ارز رایج کشورها.

۳- فعالیت سوم در این حوزه سرمایه گذاری است. نه تولید است، نه استخراج، بلکه فرد قصد دارد ارز رایج یک کشور را تبدیل به رمز ارز نماید با این استدلال که روند جهانی، احتمالاً افزایش ارزش رمز ارزها را نشان می‌دهد و بنابراین شخص سرمایه گذاری می‌کند. بدون اینکه به تجارت بپردازد. هر میزان هم که ارزش رمز ارزها بالا و پایین برود، باز هم سرمایه گذار Trade نکرده و به دارایی کیف پول اینترنتی خود کاری ندارد. این رویه دید بلند مدت در بیت کوین محسوب می‌شود.

- کلاهبرداران به اسم این بازار و با پوشش‌های مختلف، اما به نیت بردن سرمایه شما وارد می‌شوند. افرادی که در بازار رمز ارز سرمایه دارند، وقتی بازار دچار نوسان می‌شود، نگران شده و مترصد می‌شوند که دارایی خود را بفروشند تا بیشتر متضرر نشوند. در همین وضعیت، کلاهبرداران وارد می‌شوند. آنها در این وضعیت نوسانات، انواع و اقسام روش‌ها و مانورهای متقلبانه را به کار می‌گیرند تا دارایی اشخاص را به قیمت غیر واقعی خریداری کنند و شروع به کار کردن بر مغز و ذهنیت صاحب حساب نموده و با اعتمادسازی، وقتی صاحب حساب پول را به کیف پول دیجیتال آنها واریز کرد، غیب می‌شوند. مثال‌های دیگری هم وجود دارد. زمانی که بازار خصوصاً در حالت ریزش است، کلاهبرداران از ترس حاکم بر بازار و هیجان منفی آن استفاده می‌کنند و با توسل به شیوه‌های مختلف پول کاربران نگران را به اصطلاح می‌برند. نوع دیگر شیادی در بازار رمز ارز، پامپ و دامپ (Pump and Dump) کردن است، به نظر من آقای ایلان ماسک، ضمن آنکه شخصی مشهور و موفق در عرصه جهانی محسوب می‌شوند، اما رفتار ایشان در حوزه بازار رمز ارز، یک مدل شیادی است.

اولاً مد نظر داشته باشید پلتفورم اخبار رمز ارزها در جهان، توئیتر است، نه اینستاگرام و نه سایر فضاها؛ در واقع توئیتر افراد تأثیرگذار بازار رمز ارز، بازار را دچار تغییرات کرده و متلاطم می‌کند. مثلاً ایلان ماسک، چندی پیش توئیتر کرد شرکت تسلا، با بیتکوین تولیدات خود را به فروش می‌رساند. وقتی یک نهاد اقتصادی خیلی قدرتمند مثل تسلا چنین ارزشی به بیت کوین می‌دهد، مردم تحت تأثیر قرار می‌گیرند و به خرید رمز ارز روی می‌آورند. وقتی تقاضا بالا برود، قیمت هم بالا می‌رود. این عمل، پامپ کردن است.



وقتی ایلان ماسک به بیت کوین روی می آورد، افراد دیگر هم ترغیب می شوند. اما هفته بعد ایشان عنوان کرد که محصولاتش را با بیت کوین نمی فروشد و بازار دچار ریزش شد و ایشان مجدداً توئیت کرد که در این چند روز که قیمت بیت کوین افزایش یافته است، هیچ بیت کوینی به فروش نرسانده است. لیکن این ادعا هرگز قابل راستی آزمایی نیست. ملاحظه می فرمایید وقتی یک شخصیت جهانی چنین کاری می کند که نامش شیادی است، در حوزه خرد در مملکت خود ما چه اتفاقاتی ممکن است بیفتد. پس باید مراقب این تلاطمها در بازار ارز باشیم. زمانی که بازار در ثبات است، معمولاً نمی توان کلاهبرداری کرد و بازار شفاف و ثابت است و فریب کاری خیلی مصداقی ندارد.

- حال باید دانست مسؤولیت نهادهای قانون گذاری جهان با این پدیده نوین چیست؟ هم اقتصاد جهان را متلاطم کرده، هم مجرمین را متجری نموده و انتقال پول مجرمانه را ساده کرده و مخفی کردن عواید ناشی از جرم را تسهیل نموده است و به راحتی میتوان پولشویی کرد و... کشورها چه عکس العمل قانونی نشان داده اند؟ به دو حوزه میپردازیم: قانون گذاری که در تمام کشورها معمولاً فقط در انحصار پارلمان است. مورد دیگر یک پله پایین تر است و مقررات گذاری یا تنظیم گری است.

کشورها در این حوزهها چه کردند؟ به غیر از یک کشور سنگاپور، بقیه کشورها در زمینه قانون گذاری اقدامی صورت نداده اند. بلکه یک پله پایی نتر یعنی به تنظیم گری روی آوردند. زیرا تغییر قانون تشریفات خاصی دارد و سخت تر از تغییر مقررات است. مثلاً در آمریکا، وزارت بازرگانی آمریکا اعلام داشته است که رمزارزها، Currency نیستند و یک ارز پذیرفته شده در سیستم بانکی کشورها محسوب نمی شوند. کسی نمی تواند با یک اختراع ریاضی ادعا کند یک ارز (Currency) ایجاد کرده است. ارزهای رایج از پشتوانه بانک مرکزی و ضرابخانه کشورها برخوردار هستند. وزارت بازرگانی آمریکا بیان داشته که رمز ارز با احتیاط یک «دارایی» است که ریسک آن را صاحب حساب قبول می کند و تحت حمایت بانک مرکزی نخواهد بود. مثل سایر داراییها اعم از ملک و... که تابع مؤلفههای بازار آن دارایی در منطقه است و اعتمادی ولو نسبی به آن دارایی وجود دارد. اتفاقات خاصی باید بیفتد تا آن دارایی دچار نوسانات غیرقابل پیشبینی شود. اما وزارت بازرگانی آمریکا می گوید رمز ارز دارایی نیست، بلکه با احتیاط یک دارایی محسوب می شود. زیرا مؤلفههای دارایی را هم ندارند؛ وقتی با یک توئیت اشخاص تأثیرگذار تا این حد نوسان پیدا می کند، بنابراین ثباتی ندارند و ریسک آن با صاحب حساب است. به همین دلیل وزارت بازرگانی آمریکا عنوان داشته است که با احتیاط یک دارایی است و به خاطر





حاکم نبودن مؤلفه‌های بازار، کلاهبرداری در آن شایع است.

کشورها به دلیل همین بی ثباتی در این حوزه قانون گذاری نمی کنند. اما همین بازار آشفته را اگر نظام مند کنیم، فعالان اصلی آن شناسایی شوند و... حداقل امنیت آن تا حدی برقرار می شود.

- بحثی که الان هست اینکه با مقررات گذاری دولت، با اخذ تضامین کافی و... به صرافی‌ها مجوز لازم داده شود تا مردم با خیال راحت به این حوزه وارد شوند و در زیرزمین‌های پنهانی به مبادله بیت کوین نپردازند. در حال حاضر به مردم گفتند بیت کوین خودتان را بیورید تا در صرافی‌هایی که البته اصطلاحاً به آنها صرافی گفته می شود و با تسامح به آنها صرافی رمز ارز می گوئیم و مؤلفه‌های یک صرافی را ندارند معامله کنید. وقتی شما دروازه ای را می گشایید که هر کسی می تواند اعلام وجود کند، همان افراد می توانند به راحتی سرمایه مردم را ببرند؛ زیرا این صرافی‌ها نه شناسایی شده اند، نه تضمین لازم را به نهادهای بالادستی داده و نه مشکلی در انتقال رمز ارزها دارند. مثلاً یکی از مشخص ترین مؤلفه‌های کلاهبرداری رمز ارزها این است که به شخص می گویند سود ثابت به شما می دهیم. کدام بیزنس در جهان سود ثابت به شما می دهد؟! مثلاً ۳۰ درصد سود به فرد می دهند و طمع او و سایر صاحبان سرمایه را بر می انگیزند. در کدام بازار جهانی و آن هم بازار آشفته ما، چنین سود ثابتی به شما می دهند؟!

اینها جرمی است که در حوزه رمز ارزها صورت می گیرد. اما قضیه تنها این نیست. این حوزه رمز ارزها الان بهشت کلاهبرداران است. مردم زمانی که با وکیل قرارداد منعقد می کنند ایرادات زیاد می گیرند، اما همین اشخاص در صرافی‌ها اصلاً ایرادی به قراردادهای مشکل دار صرافی‌ها نمی گیرند. حقیقت این است که سفره دل مردم نزد کلاهبرداران باز است؛ زیرا این بازار این امکان را به کلاهبرداران می دهد که وعده توخالی به افراد بدهند.

- ما به عنوان وکیل باید رکن اولیه کلاهبرداری یعنی مانور متقابلانه را در حوزه رمز ارزها بشناسیم و بدانیم الفبای کلاهبرداری در این حوزه چیست تا وقتی شخصی آمد و گفت بیت کوین من را بردند متوجه بشویم منظورش چیست و چه اتفاقی افتاده است. متأسفانه در پلیس فتا نه تنها در حوزه رمز ارزها، بلکه در زمینه سایر جرائم سایبری، همکاران به عنوان وکیل شاکی نمی توانند توضیح بدهند. چون فرآیند را بلد نیستند. وکیلی که پرونده در حوزه رمز ارز می گیرد باید بداند از نظر فنی چه اتفاقی افتاده است تا بتواند منطبق با مواد قانونی کرده و به بازپرس توضیح دهد و از موکل دفاع کند. باید شگرد



کلاهبرداران را بشناسیم تا بتوانیم اوراق شکواییه را تکمیل کنیم و شرح ماوقع را بدانیم و اگر ضابط قضایی در پلیس فتا سؤالات فنی پرسید، پاسخ او را بلد باشیم. پیشنهاد این است که پیش از ارجاع پرونده‌ها به شما، اطلاعات خود را به لحاظ فنی و حقوقی به دست آورید تا به خوبی از شکایت موکل دفاع کنید و به طور کامل دلایل اثبات جرم را بیابید و جمع آوری کنید. موکل خیلی اوقات نمی‌داند چه اطلاعات ارزشمندی در اختیار دارد؛ یعنی ادله اثبات جرم در اختیارش هست، اما خودش نمی‌داند. پس ما به عنوان وکیل باید به مسائل تکنیکال این حوزه مشرف باشیم.

- بازگردیم به بحث قانون‌گذاری؛ مطرح شد که حوزه مقررات‌گذاری هم مثل قانون‌گذاری خیلی کند عمل می‌کند. به علت تلاطم این بازار و غیرقابل اعتماد بودن آن. قوانین و مقررات کشورها تکلیف معاملات بیت کوین را مشخص نمی‌کنند. مثل هیات دولت و بانک مرکزی ما که تأکید می‌کنند این معاملات غیرمجاز است و... اما مجازات آن را تعیین نمی‌کنند. زیرا هیات دولت نمی‌تواند مبانی حقوقی را جا به جا کند. می‌تواند از باب مصلحت‌اندازی کشور اعلام کند این معاملات در حوزه بانک مرکزی ما ممنوع است. لیکن به حوزه ارتباط حقوقی اشخاص که نمی‌تواند ورود کند. افراد خرید و فروش بیت کوین می‌کنند. برای خرید طلا، گوشی تلفن و... با بیت کوین با یکدیگر معامله می‌نمایند.

- معاملات رمز ارز از نظر حقوقی و شرعی و به لحاظ شرایط اساسی معاملات و شرایط مبیع و ثمن صحیح است. اظهار نظر دولت و بانک مرکزی فقط هرج و مرج و گمراهی و دعوا ایجاد می‌کند. باید حقوقدانان را مأمور حل این مسأله کنند. وقتی دولت می‌گوید این معاملات غیرمجاز است و تکلیف دعوی را مشخص نمی‌کند، در این حالت مردم وقتی به مشکل برخورد می‌کنند و فرضاً دعوی تسلیم مبیع مطرح می‌کنند، قاضی اینطور استدلال می‌کند: «...درخصوص دعوی... به خواسته تسلیم مبیع منقول شامل یک واحد بیت کوین ..... دادگاه صرفنظر از دفاعیات خوانده نظر به اینکه از جمله شرایط اساسی صحت و اصالت عقد بیع ممنوع معامله نبودن و مشروع بودن مورد معامله است... این در حالی است که در خصوص بیت کوین تا زمان نگارش این دادنامه (سال ۱۳۹۸)، اختلاف نظرهایی وجود دارد و در آخرین استعلام انجام شده از بانک مرکزی ضمن اعلام کلی غیرمجاز بودن این معاملات، موضوع استخراج رمازرها را در حال بررسی در کمیسیون اقتصادی مجلس دانسته است، لذا ..... تأیید مجاز بودن معاملات بیت کوین از سوی مقامات صلاحیت‌دار بوده است که تاکنون چنین مجوزی کشف و ارائه نگردیده است و طبق استعلام صورت گرفته موضوع فعلاً در حال بررسی است، فلذا به استناد ماده ۱۹

قانون آیین دادرسی مدنی تا تعیین تکلیف مجاز و قانونی بودن معاملات بیت کوین قرار توقیف دادرسی صادر می‌گردد...»

وقتی بانک مرکزی و هیات دولت بیش از اختیار خود اظهار نظر می‌کنند و مصوبه تصویب می‌نمایند، قاضی از بانک مرکزی استعلام می‌کند که آیا بیت کوین مجاز است؟ بانک مرکزی چه صلاحیتی دارد که بر معاملات مردم نظر بدهد؟ پس قاضی چکاره است؟ در کدام معامله از بانک مرکزی استعلام میشود که معامله صحیح است یا نه؟ بحث، انتقال دارایی و عوضین یعنی مبیع و ثمن است. قاضی باید از اداره حقوقی قوه قضاییه استعلام نظر مشورتی نماید. قاضی مرجع حقوقی است. معاملات نامشروع در قانون آمده و معاملات ممنوع مثل معامله مواد مخدر و اسلحه و... نیز جرم انگاری شده است. بانک مرکزی کیست که قاضی از آن استعلام می‌گیرد؟ اصلاً نباید وارد مجوزات بانک مرکزی شود. کما اینکه اگر مصوبه شورای عالی مبارزه با پولشویی را بررسی کنیم عنوان داشته استفاده از بیت کوین در نظام پولی و بانکی ممنوع است؛ اما نکته بین مردم ممنوع است. بانک مرکزی باید به صرافی‌های مناسب مجوز بدهد تا معاملات مردم شفاف باشد و قرارداد دقیق نوشته شود تا متضرر بتواند قرارداد را به مرجع قضایی ببرد و از مرجع قضایی رأی بگیرد. مردم معامله می‌کنند. توجهی به این صحبت‌ها ندارند. پس باید این حوزه را قانونمند کنند و صحبت عاقلانه مطرح نمایند و به ذکر غیرمجاز بودن معاملات بیت کوین بسنده نکنند. پس این مشکلات حقوقی و مقررات گذاری غلط در این حوزه، وجود دارد؛ لیکن معاملات مردم تابع قوانین است.

- خوشبختانه قوه قضاییه تاکنون بسیار با خویشتنداری و خصوصاً در حوزه کیفی براساس اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به این مسأله رسیدگی کرده است. البته قوه قضاییه به جرائمی رسیدگی می‌کند که در این حوزه اتفاق افتاده است. اتفاق خوب دیگری که افتاد این بود که سخنگوی رسمی سازمان جرائم سایبری فتا یک بیانیه صادر کرد و سه موضوع مهم را در آن عنوان نمود. در بند ۵ بیانیه به نکته ای اشاره شده است که بسیار مهم است؛ چون از زبان یک ضابط تخصصی امنیتی در حوزه معاملات رمز ارزها این مطلب بیان شده است که به جرائم کلان در حوزه رمز ارزها و فساد اقتصادی رسیدگی میکند: «... ضرورت تسریع در تعیین تکلیف و تنظیم قوانین و سیاست‌های کلی در حوزه رمز ارز...» بدیهی است وقتی یک ضابط تخصصی چنین مطلبی را عنوان می‌کند یعنی معاملات بیت کوین را به رسمیت شناخته است، ولی می‌گوید در تعیین تکلیف تسریع کنید.



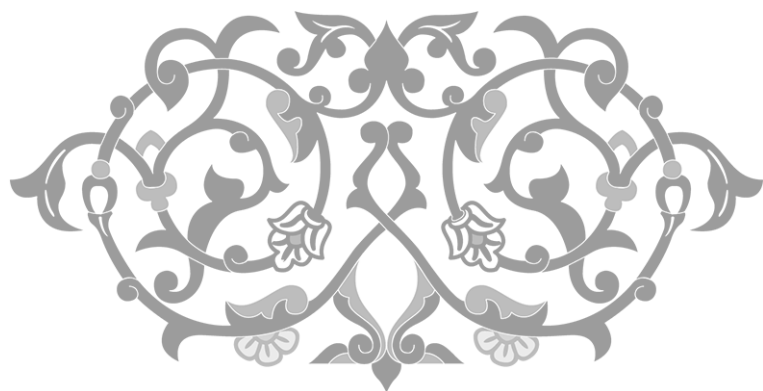
در این بیانیه تأکید شده است که فقدان قانون و نظارت راه را برای شیادان و کلاهبرداران باز کرده است. یعنی ضابط پذیرفته است که شیادان و کلاهبرداران در زمینه رمزارز، از فقدان قانون و نظارت سوءاستفاده می‌کنند.

- نکته دیگر در این بیانیه، لزوم تفکیک کلاهبرداران از بازیگران دلسوز در بازار رمزارز است؛ یعنی خط قرمزی کشیده و گفته می‌دانیم همه بازیگران در این بازار کلاهبردار نیستند و کاربران دلسوز و با حسن نیت نیز داریم. این مطلب برای من به عنوان وکیل بسیار نویدبخش است. حداقل با ضابطی روبه رو هستیم که به این سه آیت رسیدگی است. در خصوص راه‌های مقابله با جرائم، باید اذعان داشت که اغلب جرائم این حوزه ناشی از ناآگاهی مردم است. کاربران، این بازار و شگردهای کلاهبرداران را نمی‌شناسند. حتی با انتقال پول در این حوزه آشنایی نداشته و به اشخاص دیگر می‌سپارند و فرد دیگری برایشان این کار را انجام می‌دهد و پول را به آنها برنمی‌گردانند. افراد آگاهی ندارند خودشان با کیف پول دیجیتال کار کنند و این امر زمینه را برای جرم فراهم می‌کند.

- یکی دیگر از معضلات این حوزه، شبکه‌های هرمی است؛ کلاهبردار به کاربران می‌گوید برای من مشتری بیابید، در سود شریک می‌شوید. به مرور زمان این هرم گسترده تر می‌شود، اما قاعده هرم فربه تر می‌شود و کسی که در رأس هرم بوده است متواری می‌گردد و شخصی که عضوگیری کرده و اطرافیان خود را به شیادان معرفی کرده، ناخواسته مورد اتهام قرار می‌گیرد و اوست که باید پاسخگوی قانون باشد.

- و اما شیوه‌های پیشگیری در این زمینه: قدم اول اطلاع رسانی این خطر به مردم است که وظیفه حاکمیت و حتی وظیفه و کلاست. در مجامع حقوقی این مطالب و پرونده‌های مرتبط را مطرح کنید و خطرات آن را بیان کنید. هرچند مزایا هم دارد، اما خطرات و آسیب‌های آن فراوان است.

آموزش قضات و مقررات گذاری در این حوزه نیز بسیار کمک خواهد کرد. علاوه بر اینها مشکلات اجرائی در آرای مرتبط با این حوزه داریم. مثلاً اگر قاضی رأی بدهد به تحویل مبیع، چطور می‌شود مبیع، یعنی یک بیت کوین که در کیف پول اینترنتی مجرم است، را تحویل مالباخته داد؟ به نوعی بیشتر آرای صادره در این حوزه غیرقابل اجراست. خصوصاً که در امر حقوقی هم اجبار فیزیکی نداریم و باید به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی متوسل شد. باید این موارد و خلأهای قانونی بررسی و حل شود.



# بایسته‌های حرفه وکالت





## پند استاد

فاطمه محسنی<sup>۱</sup>

استاد دکتر عراقی، استاد دانشگاه و پدر حقوق کار ایران در سال ۱۳۱۹ در شهر کرمان به دنیا آمدند و در همین شهر تحصیلات ابتدایی و متوسطه را به پایان رساندند. در سال ۱۳۴۰ وارد دانشکده حقوق دانشگاه تهران شدند و در سال ۱۳۴۴ از دانشکده حقوق دانشگاه تهران، لیسانس حقوق را با احراز رتبه اول دریافت کردند و با استفاده از بورس تحصیلی دولت به فرانسه عزیمت کردند و بعد از پنج سال با ارائه پایان‌نامه «حقوق کار و تأمین اجتماعی» موفق به دریافت دکترای حقوق خصوصی شدند. بعد از بازگشت به ایران در دانشکده حقوق دانشگاه تهران به تدریس پرداختند و در این ایام، معاونت آموزش و پژوهش دانشکده حقوق، ریاست دانشکده حقوق و ریاست مؤسسه حقوق تطبیقی را برعهده داشتند. مشارکت در نوشتن پیش‌نویس قانون کار بعد از انقلاب اسلامی از دیگر خدمات علمی استاد می‌باشد. به لحاظ صاحب‌نظر بودن و فعالیت‌ها و خدمات علمی، از ایشان به عنوان پدر حقوق کار ایران نام برده می‌شود. کتاب «حقوق بین‌الملل کار» تألیف استاد در دوره هفتم کتاب سال جمهوری اسلامی ایران از طرف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به عنوان کتاب سال برگزیده شد. حقوق کار در دو جلد که سال‌هاست به عنوان منبع اصلی تجدید چاپ می‌گردد، ترجمه کتاب نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر با همکاری دکتر سیدحسین صفایی و دکتر محمد آشوری از دیگر آثار استاد می‌باشد. به پاس و قدردانی از پنجاه سال خدمات علمی استاد طی مراسم و نکوداشتی در تاریخ بیست‌ودوم آذر ۱۳۹۵ در دانشکده حقوق دانشگاه تهران با همکاری خانه اندیشمندان علوم اسلامی از ایشان تجلیل شد. استاد در ۲۰ آبان ۱۳۹۶ به رحمت ایزدی پیوستند.

در کتاب نکوداشت استاد دکتر سید عزت‌الله عراقی، با نام «حقوق؛ جانمایه بقای

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه اصفهان.



اجتماع» به کوشش دکتر امیرحسین رنجبریان، انتشارات سمت، چاپ سال ۱۳۹۵، آقای دکتر هادی وحید و آقای دکتر رنجبریان ضمن پرداختن به روش، منش، عشق به معلمی، «صبوری» و «ساده زیستی و بی‌آلایشی» استاد را نشانه کمال و نماد نیک محضری و خوش‌خویی دانسته‌اند و دانش استاد را همچون گنجینه‌ای پایان‌ناپذیر و تدریس ایشان را در راستای بینش درست حقوقی و اندیشه انسانی و اجتماعی و تفکر انتقادی تحسین نموده‌اند. مطالعه‌ی این کتاب که شامل مقالات علمی ارزشمندی است توصیه می‌شود. سروده‌ی زیر در ستایش استاد از آقای دکتر محمد عابدی است:

مقام عراقی

می‌شناسمت

واژه‌های سبز عشق را

خوانده‌ای به گوش جان

با صدای گرم خویش، گفته‌ای بسی

سرگذشت تلخ، قصه‌های شاد

می‌ستایمت

خاطرات درس‌های تو

منتظر برای دیدنت، شنیدنت

تشنگی برای حرف‌های تو

مشق عشق، مشق حق و داد یاد باد یاد

می‌شناسمت

چشم‌های مهربان تو

چشمه‌ی زلال نور، مشق سرور لایزال باد

می‌ستایمت

در فراق مرد عشق

آن امیر بی‌بدیل داد

دل گرفته و فسرده‌ای

ای مراد مهربان ما، برای ما بمان

چشم بد به دور، دور خانه‌ات نوشته‌ام: و آن یکاد

می‌شناسمت...



## بند مرحوم استاد دکتر سید عزت‌الله عراقی

آرزویم آن است در مرحله دادرسی، قضات ما در معنای دقیق کلمه دادرس باشند و در چهارچوب تفسیر لفظی قانون محدود نمانند و به فلسفه وضع قانون هم توجه کافی مبذول دارند و در دادرسی‌ها محرومان را هم در نظر گیرند و عنایت داشته باشند که اسلام در وهله اول دینی است رحمانی. دیگر حقوق‌دانان ما از وکلا و مشاوران حقوقی و سردفتران هم دانش خویش را خالصانه در خدمت مردم قرار دهند و واقعا امین مردم باشند و سرانجام آنکه آن دسته از حقوق‌دانان که همانند این کمترین، وارد عرصه اجرا و کاربرد عملی حقوق نشده‌اند و با محدودیت‌های زندگی معلمی کنار آمده‌اند، در راهی که انتخاب کرده‌اند استوار بمانند. ان‌شاءالله توفیق ما در پرورش حقوق‌دانان دانش‌پژوه و فرهیخته و خدمت‌گزار مردم افزون باد.

حقوق‌دانان باید توجه داشته باشند که حقوق‌دانشی است زمینی و این جهانی و برای تنظیم زندگی اجتماعی و روابط معین افراد پدید آمده است. پس در حد ضرورت باید با نیازهای زندگی اجتماعی از اقتصاد، سیاست و دیگر دانش‌های مرتبط با آنها هم آشنا باشند.

آرمان در جستجوی عدالت بودن بسیار جالب و جذاب است و در این راه شاید حقوق‌دانان هم بتوانند با ارائه راه‌حلهایی برای کم کردن فاصله با تحقق این آرمان اثرگذار باشند ولی با توجه به اختلاف نظرهای جدی که درباره معنا و مفهوم عدالت وجود دارد چه بسا که برداشت یک حقوق‌دان از مقرره‌ای - که دقیقا برای پیشگیری از ارتکاب ستمی فاحش که قرن‌ها سابقه دارد مجازاتی وضع شده است - به گونه‌ای باشد که تمام توان علمی خود را به کار برد تا به نام عدالت جلوی اجرای آن مجازات را بگیرد. حقوق برای مردم است، نه مردم برای حقوق.<sup>۲</sup>

---

۲. برگرفته از کتاب «حقوق؛ جانمایه بقای اجتماع»، گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد سید عزت‌الله عراقی به کوشش امیرحسین رنجبریان، انتشارات سمت، ۱۳۹۵.





## آرای وحدت رویه

- رأی وحدت رویه شماره ۸۱۳ - ۱۴۰۰/۵/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی

کشور

با عنایت به مواد ۱۱۵ و ۱۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هرگاه متهم قبل از قطعیت حکم، توبه کند و ندامت و اصلاح وی برای قاضی محرز شود، در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت، مجازات ساقط می شود و در سایر جرایم موجب تعزیر، دادگاه می تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال کند، اما بعد از قطعیت حکم، موضوع از شمول این مقررات خارج است. بدیهی است، بعد از قطعیت حکم، عفو یا تخفیف مجازات محکومان مطابق بند ۱۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مشابه آنچه ذیل ماده ۱۱۴ و تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون یادشده مقرر شده است)، امکان پذیر است. بنا به مراتب، رای شعبه اول دادگاه انقلاب اسلامی گرگان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می شود. این رای طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازمالاتباع است.

هیات عمومی دیوان عالی کشور

- رأی شماره ۱۵۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال

تبصره ۵ از فصل سوم سایر درآمدها از دفترچه تعرفه عوارض و بهای

خدمات سال ۱۴۰۰ شورای اسلامی شهر هچیرود از تاریخ تصویب:

براساس ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال

۱۳۹۲: «چنانچه مصوبه ای در هیأت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیأت عمومی



در مصوبات بعدی، الزامی است. هرگاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیأت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان موضوع را خارج از نوبت بدون رعایت مفاد ماده ۸۳ این قانون و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده، در هیأت عمومی مطرح می‌نماید.» با توجه به اینکه براساس آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله دادنامه های شماره ۴۵۹ - ۲۰/۱۰/۱۳۸۹، ۱۰۱۸ - ۱۷/۶/۱۳۹۳ و ۳۱۵ - ۱۳/۴/۱۳۹۶ این هیأت، وضع عوارض تفکیک عرصه کمتر از ۵۰۰ مترمربع توسط شوراهای اسلامی شهر خلاف قانون تشخیص و ابطال شده است، بنابراین تبصره ۵ فصل سوم سایر درآمدهای تعرفه عوارض و بهای خدمات سال ۱۴۰۰ شهرداری هچیرود که در رابطه با اخذ حق تفکیک در عرصه های کمتر از ۵۰۰ مترمربع به تصویب شورای اسلامی این شهر رسیده، برخلاف مفاد آرای صدرالذکر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بوده و به دلایل مذکور در دادنامه های فوق‌الاشاره خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۱۳، ۸۸ و ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ از تاریخ تصویب ابطال می‌شود.

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری - حکمتعلی مظفری

رأی شماره ۱۲۳۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۲۲ با موضوع اعلام تعارض الزام شهرداری به صدور پروانه برای اراضی زراعی قبل از تفکیک قانونی و صدور سند فرعی شش دانگ قابل استماع ندانسته و قرار رد دعوی صادر شده صحیح و منطبق با موازین قانونی است:

الف - تعارض در آراء محرز است.

ب - با توجه به اینکه مطابق تبصره ۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداریها اصلاحی ۲۸/۱/۱۳۹۰ رعایت حد نصاب های تفکیک و ضوابط و مقررات آخرین طرح جامع و تفصیلی مصوب در محدوده شهرها و همچنین رعایت حد نصابها، ضوابط، آیین نامه ها و دستورالعمل های مرتبط با قوانین از جمله مواد ۱۴ و ۱۵ قانون زمین شهری، قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت های



تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی مصوب سال ۱۳۸۱، قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب سال ۱۳۷۴ و قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی و اقتصادی مصوب سال ۱۳۸۵ و سایر مقررات اشاره شده در تبصره فوق لازم الارعايه است، ولی با توجه به اینکه:

اولاً: واگذاری بخشی از ملک موضوع دادنامه‌های متعارض به شاکیان بر مبنای سند اجاره از ناحیه اداره اوقاف و امور خیریه و بدون تفکیک براساس مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری صورت گرفته و سند فرعی شش دانگ برای آن صادر نشده است و الزام شهرداری به صدور پروانه برای املاک مشاعی مبنای قانونی ندارد.

ثانیاً: براساس ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری مصوب سال ۱۳۹۰ تفکیک تمامی املاک اعم از موقوفه و غیره بر مبنای قانون مذکور انجام می‌شود و هرگونه تخلف از موضوع این قانون در تفکیک یا افزاز اراضی طبق تبصره ۵ آن ماده جرم تلقی شده و متخلفین مطابق قانون مجازات اسلامی و قانون رسیدگی به تخلفات اداری تحت پیگرد قرار خواهند گرفت و نظریه شماره ۴۴۵۹۹/۳۰/۹۰ - ۲/۹/۱۳۹۰ فقهای شورای نگهبان مبنی بر اینکه: «تسری تبصره ۴ ماده واحده اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری مصوب ۲۸/۱/۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی به موقوفات خلاف موازین شرع تشخیص داده شد»، از حیث عدم امکان انتقال و واگذاری املاک وقفی به غیر بوده و به این معنا نیست که تفکیک املاک موقوفی از شمول مقررات ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری خارج است و بر همین اساس، اداره اوقاف و امور خیریه نیز مکلف به تفکیک املاک خود بر مبنای قانون مذکور بوده و صرفاً تکلیفی در واگذاری و انتقال عین از باب سرانه خدمات و معابر و شوارع به شهرداری ندارد.

ثالثاً: دادنامه شماره ۴۸۶ - ۱۰/۱۱/۱۳۹۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام رفع تعارض از آرای صادر شده از شعب دیوان عدالت اداری در زمان حاکمیت ماده ۱۰۱ قانون شهرداری قبل از اصلاح آن در تاریخ ۲۸/۱۰/۱۳۹۰ صادر شده و منصرف از دادنامه‌های متعارض در این پرونده است که در مورد قطعات اراضی در اختیار مستاجرین موقوفه می‌باشد و برای آنها برابر مقررات ماده ۱۰۱ قانون مذکور اسناد تفکیکی شش دانگ صادر نشده است، بنابراین الزام شهرداری به صدور پروانه برای این اراضی فاقد مبنای قانونی است و در نتیجه دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۵۵۷۰۳۳۵۰ - ۹/۱۰/۱۳۹۹ صادر شده از شعبه سوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری صرفاً در این حد که شکایت شاکی را



در خصوص الزام شهرداری به صدور پروانه برای اراضی مذکور قبل از تفکیک قانونی و صدور سند فرعی شش دانگ قابل استماع ندانسته و قرار رد دعوی صادر کرده است، صحیح و منطبق 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.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری



# گزیده مقالات کاربردی

## امیرمقدم<sup>۱</sup>

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

## ۱- بررسی قوانین حاکم بر معاملات دارو و کالاهای پزشکی مبتنی بر حقوق تجارت بین الملل در هنگامه شیوع بیماری مسری فرامرزی

نویسندگان: نصحیان رضا، شهیدی محمود، آقابالی اصغر، عزیزی محمود  
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی پاییز ۱۳۹۹ دوره ۱۴ شماره ۵۴

به طور بنیادین، صنعت داروسازی و فرآیند توزیع آن از جمله موضوعاتی است که برای هر جامعه قابل طرح است، زیرا در صورت فقدان ملزومات تضمین سلامت از حیث دارو و دیگر اقلام کالاهای مرتبط با صنایع پزشکی، تهدیدات متنوعی می‌تواند از انسان سلب حیات نماید، در صورتی که آنچه از عرف، اخلاق، شرع و جامعه‌شناسی برای انسان به ارمغان آمده است، حفظ حیات در زمره با اولویت‌ترین دارایی فردی و اجتماعی وی است. به همین منظور مقوله دارو و تجهیزات پزشکی که ارتباط تنگاتنگی با حق حیات و سلامت بشریت دارد، می‌تواند فاکتور بسیار مهمی در این زمینه باشد، لذا در این پژوهش که به شیوه تحلیلی توصیفی به رشته تحریر درآمده است، هدف بررسی و نگاهی ژرف بر مقوله معاملات و قواعد تجاری و حقوقی موجود در حوزه دارو و دیگر کالاهای پزشکی را



از منظر حقوق بین‌الملل تجارت می‌باشد. یافته‌ها حاکی از آن است که به طور مشخص و مختصر سازوکار حقوق تجارت بین‌الملل در قالب عمده‌ترین اقدامات قابل انجام در این زمینه می‌تواند مسأله مالکیت فکری را بعد از حق سلامت در کالبد حقوق بشری ابقا نموده، همچنین با استفاده از ظرفیت‌های قانونی بتواند تحریم‌های دارویی را کم‌رنگ نماید، عدم تبعیض قایل شدن در زمان عقود و قراردادهای بین کشورهای مختلف از سوی تولیدکنندگان، تعهدات قانونی و تضمینات حقوق دال بر عدم کاسته شدن از کیفیت داروها و اقلام پزشکی در بحبوحه بحران سلامت به منظور ارتقای سود شرکت‌های تولیدکننده دارو، آسان‌سازی رویه معاملات و خرید و فروش دارو و تجهیزات پزشکی و برقراری امکاناتی ویژه جهت دسترسی کشورهای فقیر به دارو و مایحتاج پزشکی و دیگر مسائلی از این قبیل، نقش حقوق تجارت بین‌الملل را از رهگذر نیاز کشورهای به دارو در پی شیوع بیماری‌های مسری فرامرزی همچون کرونا و ویروس، پرنسگ، برجسته و ممتاز متجلی بنماید.

## ۲- سیاست کیفی ایران در قبال تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها

نویسندگان: احمدزاده رسول، رضایی پناه احمد

مجله حقوقی دادگستری بهار ۱۴۰۰ دوره ۸۵ شماره ۱۱۳

تغییر بی‌رویه کاربری اراضی کشاورزی یکی از چالش‌های مهم بخش کشاورزی ایران است. تغییر کاربری اراضی، سالیانه بخش عمده‌ای از اراضی باغی و زراعی را از چرخه تولید خارج می‌کند. قانون‌گذار تاکنون رویه ثابتی را برای مقابله با این بزه به کار نبسته است و مقررات این حوزه دستخوش تغییر و تحول بوده است، به نحوی که می‌توان دهه ۷۰ را دوره تدبیر و ترسیم، دهه ۸۰ را دوره تغییر و تنظیم و دهه ۹۰ را دوره تضعیف و تخریب سیاست کیفی مربوط به حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها دانست. تحلیل بزه تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و بررسی نقاط قوت و ضعف قانون‌گذاری در کنار توجه به رویه قضایی به نوبه خود می‌تواند، چالش‌ها و خلأهای موجود را آشکار سازد. در این مقاله به بررسی ارکان این بزه و تفسیرهای قابل‌ارائه پیرامون استثنائات تغییر کاربری خواهیم پرداخت. پس از آن با توجه به تغییرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در درجه‌بندی جرایم و تعیین مواعد مرور زمان با موشکافی در ماهیت «قلع و قمع» به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت که آیا این اقدام مجازات محسوب می‌شود یا خیر؟ با توجه به مبنا و موضوع انتخابی روش نگارش این پژوهش توصیفی-تحلیلی است و در گردآوری داده‌ها از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

### ۳- آثار ملغی الاثر شدن حکم قطعی تخلیه مستأجر در حقوق دادرسی

#### طرفین و ثالث

نویسنده: محمدی پژمان

فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی بهار ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۱

پس از پیش‌بینی حمایت‌های گوناگون از مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، ماده ۲۸ این قانون چتر حمایتی خود را حتی به پس از قطعی شدن حکم تخلیه مستأجر، گسترش داده است. براساس این حکم، در صورت پرداخت نکردن حق کسب یا پیشه یا تجارت موضوع حکم در مهلت مقرر (قانونی یا قراردادی) یا عدم درخواست اجرای حکم تخلیه توسط موجر در مدت یک سال از ابلاغ حکم مذکور به موجر، حکم قطعی تخلیه، بی‌اثر (ملغی‌الاثر) می‌شود. این بی‌اثر شدن حکم در رابطه قراردادی (عقد اجاره) و حقوق و تکالیف دادرسی موجر و مستأجر در همان دعوا یا دعوی احتمالی تازه‌ای که میان طرفین درمی‌گیرد، چه آثاری بر جای می‌نهد؟ دادگاه رسیدگی کننده چه اختیار و تکالیفی دارد؟ قانون، رویه قضایی و حتی دکترین توجه چندانی به این امر نداشته‌اند، اما می‌توان گفت حکم ملغی‌الاثر، پس از آن (بی‌اثر شدن)، در عالم حقوق وجود ندارد؛ نه قابل اعتراض و اجراست، نه مانع از طرح دعوی دوباره موجر و نه حتی قابل استناد.

### ۴- اصل انصاف؛ ماهیت، انواع و کارکردهای آن

نویسنده: مطیعی انسیه، نویسنده مسؤول: البرزی ورکی مسعود

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی پاییز زمستان ۱۳۹۹ شماره ۳۷

انصاف در قلمرو حقوق، که توسط قاضی یا داور در حل و فصل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، به طور کلی، بر یکی از دو مفهوم «اصل انصاف» یا «اصول عدل و انصاف» اشاره دارد. انصاف در مفهوم نخست، که یکی از اصول کلی حقوقی است، خود شامل سه نوع با کارکردهای متفاوت است که هر سه جزئی از هنجار قانونی است و در مقام تصمیم‌گیری بخشی از حقوق تلقی می‌شود و توسل به آن‌ها نیازمند رضایت طرفین اختلاف نیست. حسب نوع نقص موجود در هنجارها، انصاف در چارچوب حقوق، با ارائه تفسیری مطابق واقعیت‌های موجود، دارای کارکرد تعدیلی است؛ انصاف فراحقوق، با پر کردن خلأهای حقوقی به هنگام مواجهه با سکوت قواعد حقوقی، دارای کارکرد تکمیلی است و انصاف مغایر با حقوق، با کنار گذاشتن قانون حاکم به هنگام تضاد بین قوانین، نقش جایگزینی قواعد حقوقی را ایفا می‌کند. با وجود نقش مهم اصل انصاف در حل و فصل اختلافات و توسل به انواع آن در مراجع بین‌المللی، این اصل در حقوق‌های داخلی مورد



توجه و اهتمام لازم قرار نگرفته است.

## ۵- مقدمه‌ای بر چالش‌های هوش مصنوعی در حوزه مسؤولیت مدنی

نویسنده: تخشید زهرا

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ با گسترش اینترنت نسل پنجم و به کارگیری بیش از پیش یادگیری ماشین، به منزله یکی از زیرشاخه‌های هوش مصنوعی، نظام حقوقی با سؤالات حقوقی گوناگونی مواجه خواهد شد. با توجه به گستردگی حوزه‌های مورد استفاده از هوش مصنوعی و عدم امکان بررسی همه آن‌ها در یک مقاله، در این تحقیق با بررسی چالش‌های پیش رو در رابطه با مسؤولیت مدنی و هوش مصنوعی به برخی از این سؤالات پرداخته شد. در این تحقیق بر خودروهای خودران و استفاده پزشکان از هوش مصنوعی نوین، به منزله دو مثال رایج امروزی، تمرکز شد. هدف اولیه این تحقیق آشنایی مقدماتی حقوقدانان با هوش مصنوعی و یادگیری ماشین و جلب توجه حقوقدانان و قانون‌گذار به چالش‌های پیش رو در حوزه قانون‌گذاری در این زمینه بود. در بخش نهایی، برخی پیشنهادها در مباحث حقوقی موجود - از جمله شخصیت حقوقی هوش مصنوعی، مسؤولیت محض، و بیمه اجباری- می‌آید. در این مرحله لازم است حقوقدانان و سیاست‌گذاران در پی تدوین اصول اخلاقی و حقوقی راهبردی برای استفاده از هوش مصنوعی باشند.

## ۶- عدم موضوعیت حکم مثلی و قیمی در مسأله جبران کاهش ارزش پول

نویسندگان: شیروی عبدالحسین، ابوجعفری دلسم علی

مجله حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۹۹ دوره ۱۷ شماره ۶۵

کاهش ارزش پول در ایران باعث شده است تعیین میزان دقیق مسؤولیت مدیونین در ضمان ناشی از کاهش ارزش پول در التزامات قراردادی و غیر قراردادی دچار اختلال گردد. حقوق‌دانان و فقهای ابعاد جدید تحولات ماهوی پول را کمتر در تحلیل‌های خود مد نظر قرار دهند. فقهای معاصر به سادگی بر اساس قاعده جبران خسارت مثلی به مثل و قیمی به قیمت در مواجهه با مسأله کاهش ارزش پول اظهار نظر می‌کنند. اما عده‌ای دیگر تحلیل را عمیق‌تر نموده و پول را در زمان خاص مثلی و در طول زمان قیمی تحلیل نموده‌اند. در این تحقیق به دنبال این پرسش هستیم که آیا از اساس قاعده جبران خسارت مثلی به مثل در فقه امامیه در جبران کاهش ارزش پول دارای موضوعیت می‌باشد یا خیر؟ در این راستا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی مبنایی که فقها جهت جریان این قاعده بیان نموده‌اند مورد بررسی قرار می‌گیرد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که قاعده مثلی و قیمی در رابطه با پول اعتباری موضوعیت ندارد و حکم کاهش ارزش پول بنابر قاعده علی‌البد، اضرار، اقدام و احسان کارایی بیشتری دارد.





# معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>

- قواعد فقه ۵: بخش عمومی (سیاسی - اداری - حقوق شهروندی)

- سیدمصطفی محقق داماد

- ناشر: مرکز نشر علوم اسلامی

- سال چاپ: ۱۳۹۹

- نوبت چاپ: اول

## درباره نویسنده

دکتر سید مصطفی محقق داماد علوم دینی را نزد استادان بزرگ حوزه علمیه قم فرا گرفت و علاوه بر آن در دانشگاه تهران به تحصیل حقوق و فلسفه اسلامی پرداخت و به اخذ درجه فوق لیسانس در هر دو رشته نائل گردید. او در حوزه موفق شد در سال ۱۳۴۸، از علما و مراجع وقت، درجه «اجتهاد» کسب کند. عمده دوره علوم عقلی و حکمت اسلامی را نزد استاد مرتضی مطهری و فقه و اصول تحلیلی را نزد میرزا هاشم آملی و دایی اش مرتضی حائری یزدی آموخت. وی، مطالعه و تحصیل در رشته حقوق را پی گرفت، سپس برای اخذ درجه دکترا در سال ۱۹۸۸، در بخش حقوق بین الملل به دانشگاه کاتولیک لوون (UCL) وارد شد و در سال ۱۹۹۵ م موفق به اخذ درجه علمی پی‌اچ‌دی شد. وی پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی در سمت‌های گوناگون اجرائی، قضایی و فرهنگی ایفای نقش کرده‌است، از جمله ریاست سازمان بازرسی کل کشور، استاد و رئیس گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی و خوارزمی تهران، رئیس گروه مطالعات اسلامی فرهنگستان علوم ایران، ریاست گروه حقوق سازمان مطالعه و تدوین کتابهای علوم انسانی دانشگاه‌ها، عضو هیأت داوران خبرگان بدون مدرک، عضو شورای علمی مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، سردبیر فصلنامه نامه فرهنگستان علوم. او همچنین استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و استاد دانشگاه شهید مطهری (مدرسه عالی



سابق)، و دانشگاه علوم اسلامی رضوی و همچنین عضو فرهنگستان علوم ایران و استاد کرسی فقه و حقوق و فلسفه است.

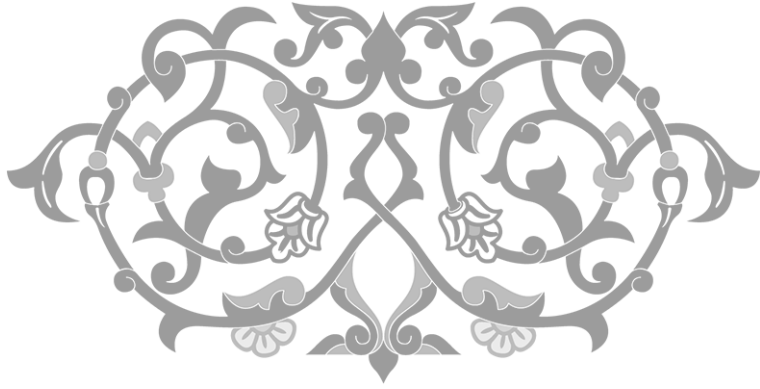
## درباره کتاب

به گزارش ایکن، آیین رونمایی و بررسی جلد پنجم کتاب قواعد فقه (بخش عمومی) ساعت ۱۴ روز پنجشنبه ۲۵ آذرماه در محل کانون زبان پارسی و با حضور اساتید، دانشجویان و علاقمندان مباحث فقهی و حقوقی برگزار شده است. در معرفی این کتاب همین بس که بخشی از سخنان استاد بزرگ، دکتر محقق داماد را در آیین رونمایی به محضران تقدیم کنم:

«... در میان رشته های مختلف به عنوان یک طلبه شهادت میدهم، آنچه که ما معممین بدهکار ملت هستیم و باید پاسخگو باشیم و مردم از ما نمی گذرند اگر پاسخ نگوییم، حقوق عمومی است. من حقوق خصوصی را بسیار تدریس کرده ام اما متوجه شدم آنچه که مردم به عنوان یک معمم از ما طلب دارند، حقوق عمومی ست. از ما می خواهند: من چه حقی در مقابل حکومت دارم؟ حکومت چه اختیاراتی در مقابل من دارد؟ و چه وظایفی؟ من کجا می توانم به عنوان یک حق و وظیفه شرعی با مشت محکم در مقابل حاکمیت بایستم و حق خود را بخواهم؟ اگر چه کنم، خلاف کرده ام و اگر چه نکنم، خلاف نکرده ام؟ و بالعکس اگر کجا کوتاهی کنم، مسؤولم و کجا باید فریاد بکشم؟ امروز مردم از من یک نفر مدعی طلبه فقه اینها را می خواهند. بحمدالله در حقوق خصوصی به اندازه کافی کار شده است، همینطور در حقوق کیفری، آنچه کمتر کار شده اینهاست. شهروند چه حقی دارد و چه تکلیفی؟ شما می گوئید کشور، کشور فقه است، بگوئید از نظر فقه چه تکلیفی داریم؟ این بود که من در حد خودم این کار را شروع کردم و این آغاز کار است...»

مباحث کتاب در ۷ بخش به شرح زیر طبقه بندی شده است:

بخش اول: قاعده طلّ (مسئولیت حاکمیت در قبال شهروندان)، در این بخش به مباحث کاربردی و جالب توجهی از جمله موارد تمسک به قاعده در خصوص تغلیظ قسامه و قتل ناشی از خطای قاضی در صدور حکم پرداخته شده است. بخش دوم: قاعده لزوم وفای به عهد، بخش سوم: قاعده رکون، بخش چهارم: قاعده الزام، بخش پنجم: قاعده نفی سبیل، بخش ششم: تقاص از اموال مدیون و در نهایت بخش هفتم با موضوع نظریه عمومی نفی غرر در معاملات آمده است.



زنگ تفریح





## اسنوبیسم حقوقی

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای<sup>۱</sup>

از آنجایی که بنده خودم یک اسنوب حرفه ای هستم و در تمام طول عمرم هم به جز لحظاتی که در خواب بوده ام، ذره ای خودم را از اسنوبیسم دور نکرده ام، و از آن جایکه عاشق کلمات فرنگی و قلمبه سلمبه هستم چون یقین دارم که شما با دیدن عنوان این مقاله و از آنجاییکه تاکنون این واژه را نشنیده اید، در ذهنتان می گویند؛ این محمدی جرقویه هم عجب آدم اعجوبه و به روز و پیشرفته ای است، این بار با کلی گشتن اینطرف و انطرف یک واژه جدید برای شما یافته ام که حالش را ببرید و به جان بنده کمترین دعا کنید. هرچند خودم بعد از مطالعه درباره آن به این نتیجه رسیده ام که خودم نیز عمری اسنوب بودم و نمی دانستم و از این قضیه مانند مردی که بعد از آموختن معنی «نثر» خوشحال شده بود که عمری با نثر صحبت می کرد و خودش نمی دانست بسیار خوشحال شدم. اما اسنوب چیست؟

ریشه کلمه اسنوب در اصطلاح لاتین sine nobilitate (با تلفظ سینه نویلیتاته) به معنی فاقد اصل و نسب و القاب اشرافی است که زمانی در دانشگاههای آکسفورد و کمبریج برای افراد معمولی به کار می رفته و رفته رفته به s.nob خلاصه شد و این عبارت اختصاری لاتین به کلمه ای جدید تبدیل گشت. در بریتانیا این کلمه ابتدا بمعنی پینه دوز بود سپس برای تحقیر عوام به کار رفت اما از نیمه قرن نوزدهم به بعد رفته رفته جهت آن چرخید و به طرز فکر کسی اطلاق شد که مردم عامی را تحقیر می کند و اهل تفاخر است. آدمی که از حضور در محلی لذت می برد اما بی آنکه منع اخلاقی یا قانونی در کار باشد دیده شدن در آن محل را دون شان خود می داند و یا برعکس برای بهبود تصویر اجتماعی اش در محلی حضور می یابد که قلباً از آن نفرت دارد یک اسنوب است.

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



ویلیام تکرری در کتاب بازار خودفروشی که توسط آقای منوچهر بدیعی ترجمه و توسط انتشارات نیلوفر چاپ شده است تلاش می‌کند اسنوبیسم را برای ما معرفی کند. از نظر او اسنوبیسم تاحدزیادی تلاشی است آگاهانه برای دستیابی به موقعیتی یا چیزی نه صرفاً پیروی از آداب و رسوم درست یا نادرست. او در نوشته دیگری خطاب به خوانندگان خودش می‌گوید شما که از همسایه تان بیزار هستید اسنوب هستید. شما که دوستان خودتان را فراموش می‌کنید تا با دنائت دنبال آدم‌های بالاتر از خودتان بیفتید اسنوب هستید. شما که از فقر خودتان شرم‌منده اید و وقتی اسمتان را می‌آورند سرخ می‌شوید اسنوب هستید و همینطور شما که به اصل و نسب خویش می‌نازید و یا به ثروتتان فخر می‌کنید.

البته تعاریف زیادی از این واژه به عمل آمده و مصادیق متعددی ارائه شده است ولی در مجموع می‌توان گفت؛

اسنوبیسم به معنای خود ویژه پنداری و ترس از دست دادن تمایز خود است. اسنوب هم به شخصی اطلاق می‌شود که تلاش می‌کند خود را برجسته و ویژه بداند. البته همه ما تا حدی چنین گرایشی داریم؛ اما مشکل از آنجا شروع می‌شود که قادر به کنترل کردن این میل و هدایت آن در مسیر درست نیستیم.

در جامعه حقوقی این واژه می‌تواند مصادیق زیادی داشته باشد و افراد را مبتلا سازد که دانستن ویژگی‌های آن چه بسا بتواند ما را از این خطر نجات دهد. البته ممکن هم هست شخصی با خواندن این مقاله به این نتیجه برسد که اسنوب بودن زیاد هم بد نیست. چه اشکالی دارد در شان و جایگاه بالاتری قرار بگیریم و رشد کنیم و حتی چه ضرورتی دارد دوستان قدیمی را که قابل نبوده و از ما عقب افتاده اند، داخل آدم حساب کنیم؟ بدون شک حق انتخاب داریم و می‌توانیم اسنوب باشیم یا نباشیم. ولی اگر در زندگی شخصی خود بواسطه شغل خود چه قاضی باشیم چه وکیل برای خودمان خط قرمزی ترسیم کرده که جواب سلام دیگران را زورکی می‌دهیم به ورطه اسنوب افتاده ایم. فراموش نکنیم ما قبل از اینکه حقوق دان باشیم و قاضی یا وکیل شده باشیم اصول اخلاقی داشته و داریم و در مسیری که طی کرده ایم از کنار خیلی‌ها رد شده ایم که زمانی از ما جلوتر بودند و چه بسا محبت‌های فراوانی هم به ما نموده اند. حال که صرفاً یک شغلی را تصاحب کرده ایم اگر فراموش کرده باشیم که کجا بودیم و الان کجاستیم اسنوب شده ایم.



ما وقتی به دنیا می‌آییم بدون هیچ تعلق‌ی به این دنیا می‌آییم و بمرور خانواده و اطرافیان بادکنکی برای ما درست می‌کنند و هرروز در آن می‌دمند و به ما یاد می‌دهند که اولاً باید مواظب این بادکنک باشیم کسی آن را نترکاند به همین دلیل در برخورد اول سعی می‌کنیم از غریبه‌ها بپرهیزیم و همچنین در دیدارهای اولیه بخصوص بین دختر و پسرها ساعتها برای هم می‌توانند حرف بزنند و بادکنک هم را پر باد کنند. این بادکنک با ثروت و شغل و مقام و .... هرروز پربادتر می‌شود. من محمدی جرقویه وقتی در جمعی حاضر می‌شوم در دلم خداخدا می‌کنم تا همگان بفهمند آدم ثروتمندی هستم، قبلاً قاضی بوده ام، نویسنده هستم، مدرک دکترا دارم، با افراد سرشناسی دوست هستم و .... بدیهی است اگر کسی بادکنک مرا با تحقیر من یا نادیده گرفتن دارایی‌های توهمی من بترکاند از او نفرت خواهیم داشت و سعی می‌کنم با او همنشینی نکنم.

غافل از اینکه واقعاً تمام طول زندگی من به حفظ و پرباد کردن بادکنکی می‌انجامد که خودم فکر می‌کنم مهم است و در واقع نیست. بقول ابوالسعید ابوالخیر خودمانیم که خودمان را می‌بینیم والا کسی ما را نمی‌بیند. شما نمی‌دانید که در سال ۱۹۷۶ چه کسی نخست وزیر بریتانیا بوده است؟ احتمالاً ندانید که سفیر ایران در ژاپن در سال ۱۳۶۷ چه کسی بوده و احتمالاً ندانید وزیر امور خارجه عراق در سال ۲۰۰۱ چه کسی بوده است؟ من هم نمی‌دانم ولی این سه نفر هرکه بوده‌اند در زمان خودشان این تصور را داشته‌اند که آدم‌های بسیار مهمی هستند ولی امروز کمتر کسی آن‌ها را می‌شناسد. شغل و موقعیت من و شما هم همین حکم را دارد. شاید اینکه می‌بینیم زن و شوهرها بعد از مدتی نسبت به هم بی تفاوت می‌شوند و برعکس به دختران و پسران دیگری متمایل می‌شوند رازش در این نکته نهفته باشد که در خانواده دائم در حال ترکاندن بادکنک‌های هم هستیم ولی دوستان تازه وارد بادکنک ما را باد می‌کنند یا حداقل خطری برای بادکنک ما ندارند. وقتی مرد در جمع می‌گوید من شم اقتصادی خوبی دارم یا اگر قول دادم عمل می‌کنم و بلافاصله همسرش صد دلیل می‌آورد که شم اقتصادی ندارد یا خوش قول نیست، عملاً بادکنکش را ترکیده می‌بیند و سعی می‌کند کمتر در کنار این موجود خطرناک باشد.

این بادکنک در عالم حقوق وجود دارد و همین که فرد در عالم اعتبار دانسته‌های خود را حقیقت مطلق دانسته و نقد آن را بر نمی‌تابد و به راحتی دارنده نظر مخالف را به بیسوادی متهم می‌سازد و یا همه فکر و ذکرش ایراد شکلی و عدم توجه به تظلم خواهی و حل مشکل مراجعین و یا ارائه آمار و به دست آوردن دل مقامات مافوق و یا موکلین



به هر قیمتی باشد، دچار اسنویسم شده است.

بادکنک‌های زیادی در اطراف ما در حال شکل‌گیری است که اگر حواسمان را جمع نکنیم در دام اسنویسم می‌افتیم. اسنویسم نوعی نفاق با خود است. تلاش بیهوده برای حفظ شأن موهومی است که اگر خوب دقت کنیم وجود خارجی ندارد ولی عمری را برای آن تلف می‌کنیم و برای این امر موهوم دل‌ها می‌شکنیم، آبروها می‌بریم، مجازات می‌کنیم و... و روزی به خود می‌آییم که دیگر راه برگشت نداریم. شاید سر کلام پیامبر رحمت اللعالمین که فرمود: «قبل از مرگ بمیرید» همین باشد که خودمان با دست خودمان بادکنک‌هایمان را بترکانیم و هویت پوچ و مسمم‌کننده‌ای که بواسطه شغل یا دانش یا جایگاه یا ثروت خود یافته ایم، از بین ببریم. کار شاقی نیست. فقط کافی است به یاد بیاوریم که شان پیامبر از همه ما بالاتر بود و در مجالس گرد و دورهم می‌نشستند و بارها اتفاق می‌افتاد تازه وارد می‌پرسید کدامیک از شما پیامبر است؟ همو دیدار بیمار یهودی می‌رفت و کسی بر او نمی‌توانست در سلام سبقت بگیرد و ....

این مطلب به معنای نادیده گرفتن سلسله مراتب و نظم و انضباط اداری و دیسپلین نیست. می‌توان در عین داشتن جایگاه و ثروت و مقام به توهمات ناشی از آن دچار نشد و همیشه مانند شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی را از شخصیت حقیقی متمایز دانست.

البته من خودم در این مقاله به لحاظ ارادتی که به حافظ علیه الرحمه داشته و دارم، سعی کرده‌ام مصداق شعر «واعظان کاین جلوه در محراب و منبر می‌کنند چون به خلوت می‌روند آن کار دیگر می‌کنند»

مشکلی دارم ز دانشمند مجلس باز پرس

توبه فرمایان چرا خود توبه کمتر می‌کنند» باشم. همین مقاله را هم نوشتم که متفاوت باشم و مدرسه حقوق دست از سر من بردارد والا استاد مسلم اسنویسم هستم آن جا که حرفهای را که در مجالس متعدد از بزرگانی می‌شنوم و با آنکه خلاف عقل و منطق می‌دانم تایید می‌کنم یا سکوت می‌کنم، تلفن کله‌گنده‌ها را حتماً جواب می‌دهم و جواب کله‌کوچک‌ها را به وقت دیگری موکول می‌کنم و عمری در حسرت حضور در خیلی جاها بودم و شأنم به من اجازه نداد که راحت حضور یابم و یا خیلی جاها حضور یافتم ولی دلخوشی از آن جا نداشتم و حرفهای احمقانه را چون از دهان دارندگان مقام و ثروت می‌شنیدم با تامل گوش می‌دادم و بقیه را که از نظر بادکنک‌سنجیم مهم نمی‌دیدم ناشنیده می‌گرفتم و .... اسنوب بودم.



افسوس که اخیراً متوجه شدم عمری اسنوب بودم. عمری اجتماع به ما آموخته راه درست همین است که هرروز بادکنکمان را بادکنیم و بدانیم که با بقیه متفاوتیم. افسوس خطا بودن این آموزه را فقط گذر عمر به ما آموخت نه آموزه‌های مدارس و دانشگاه و خانواده.

نقل قولی منسوب به مرحوم بهمن کشاورز فقید است که بعنوان حسن ختام می‌آورم. ایشان در جایی فرموده بودند که با گذراندن دوره فوق لیسانس و دکتری به ضرس قاطع به این نتیجه می‌رسید که « خبری نیست!! »