

بسم الله الرحمن الرحيم

# ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال شانزدهم، شماره ۱۵۶، بهمن ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل  
طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمدحسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

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

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقیقی نیست.

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

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

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

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



## شيوه‌نامه «مادرسه حقوق»

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



## فهرست مطالب

سرمقاله: بازار وکیل ..... ۴

### مقالات

بررسی نظریات راجع به اصل ۱۳۹ قانون اساسی در  
ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به  
داوری ..... ۱۰

#### دکتر رضا ولویون

##### حمید فرهامی

ضرورت پذیرش نهاد اعتراض ثالث در دعاوی  
کیفری ..... ۳۵

#### محمد صادق شیخوند

دعاوی تصرفات عدوانی و ممانعت و مزاحمت از حق  
علیه شهرداری‌ها ..... ۵۸

#### امید محمدی

درباره طرح استفاده شرکت‌ها و موسسات خصوصی  
از نمایندگان حقوقی ..... ۶۵

#### دکتر مجید داودی

نگاهی کلی به سند رسمی «تخصیص تسهیلات»  
بانکی (مال مرهونه غیر منقول) ..... ۷۵

#### جاوید غیاث خواه

شرح وحدت رویه شماره ۸۰۶ هیات عمومی دیوان  
عالی کشور ..... ۸۹

#### مهدی اعتمادیان

### گزیده سخنرانی‌ها

بررسی ابطال شرط خسارت قرارداد بانکی بر مبنای  
رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ ..... ۹۸

### بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی ..... ۱۱۰  
آراء منتخب قضایی ..... ۱۱۵

#### سارا سادات شجاعی

صفحه ادبی «رُقعہ» ..... ۱۱۹

#### سید حسین طهماسبی

شعر؛ ..... ۱۲۱

گزیده مقالات کاربردی ..... ۱۲۲

#### امیر مقدم

معرفی کتاب ..... ۱۲۶

#### مینا سالمی

نگاهی به زندگی و آثار استاد دکتر پرویز  
صانعی ..... ۱۲۸

#### مهدی جوادی

پند استاد؛ یاد از استاد دکتر پرویز صانعی .... ۱۴۰

### زنگ تفریح

واقعیت‌های خیالی در حقوق ..... ۱۴۲

#### دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

# مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال  
شانزدهم

شماره  
۱۵۶





# سرمقاله

## بازار وکیل

چند روز اخیر در یک گردهمایی در شیراز، تورگردشگری دانشگاه شیراز، میهمانان را به محل‌های دیدنی شیراز می‌برد. از جمله مکان‌های دیدنی این تور، «بازار وکیل» بود و این بازار الهام‌بخش نگارش این سرمقاله در شیراز شد.

کریم خان زند از پادشاهان سلسله «زندیه» که خویش را ملقب به «وکیل‌الرعایا» نموده بود، دست به اقداماتی زد که اکنون پس از چند صد سال و با اینکه بنای پادشاهی سلطنتی از ایران به برکت نظام جمهوری اسلامی برچیده شده و چندین دهه است که هچگونه اقبال و تائید و تمجید از نظام سلطنتی به عمل نمی‌آید، همچگاه از «وکیل‌الرعایا» بر بدی یاد نشده و یا حداقل آنگونه که نسبت به دیگر پادشاهان و سلسله‌های سلطنتی پادشاهی در ایران اظهار نظر منفی شده است، نسبت به خاندان زند و شخص وکیل‌الرعایا، چنین دید

کریم خان زند ضمن دیگر خدمات به یادمانی خویش از قبیل ارک کریم خانی که درخور توصیف و تشریح بسیار از حیث مدنی و مردمی بودن حکومت است و نیز مسجد وکیل که به نوبه خود همچنان از جمله بناهای درخور توجه است، مبادرت به ایجاد «بازار وکیل» نمود. رونق «بازار وکیل» مردمان را آسوده خاطر کرد و موجب تأمین مایحتاج شهروندان از طریق سهل و آسان، مبادلات تجاری روشن و سودده برای طرفین، افتخار برای حاکمیت و آرامش برای تاجر، شهروندان و مالاً دستگاه حاکم گردید و امروز با گذشت بیش از دو قرن، هنوز پایه مهابت خاندان زند، اہلی شیراز و مردم کشور است.

قرنی گذشت و تشکیلات جدید دستگاه قضا، نیاز مردم را به سوی «وکیل عدلیه» کشاند. «بازار وکیل» داغ شد و نیاز به آن فزونی یافت تا آنکه دستگاه قضا این نیاز را از طریق ایجاد «وکیل عدلیه» تأمین نمود. با دوراندیشی دست اندرکاران امر قضا و وکالت و با ملاحظه وضعیت جهانی دادگستری که اساس تشکیلات عدلیه از آن اقتباس شده بود، «استقلال نهاد وکالت عدلیه» برای حفظ فلسفه وجودی «وکیل عدلیه» و تأمین حقوق متداعیین و پیشگیری از انحراف و مظلّم احتمالی دستگاه قضا به حقوق ملت، اصحاب دعوی و دیگر افرادی که به نوعی در یک دعوی حضور دارند و یا با آن مرتبط اند، مطرح شد و نهایتاً به لایحه قانونی



استقلال کانون وکالت و وکلای دادگستری منتفی گردید.

استقلال وکیل دادگستری موجب ایجاد توان این نهاد و اعضای آن یعنی وکلای دادگستری برای مقابله با مطالبی بود که حیثاً از دستگاه قضا و یا حاکمیت نسبت به مردم روا داشته می شد؛ به حدی که از جمله کسانی که در مقابله با نظام شائشاهی دست به مبارزه زدند و آزادانه با سیل مردمی به حمایت از انقلاب اسلامی در مبارزه با طاغوت قیام کردند، برخی وکلای دادگستری بودند که تعدادی از آنان برای در امان ماندن از محدودیت های دولتی و استقلال از ادارات نظام شائشاهی، به جرکه وکلای دادگستری پیوستند تا آزادانه بتوانند به فعالیت های ملی - مذهبی خویش ادامه دهند. با پیروزی انقلاب اسلامی و به دلایلی نه چندان اساسی، سال ها اختیار این نهاد صنفی قانونی و مستقل، به دست دولت مردان افتاد و پس از آرامش نبی و با قترتی بیش از یک دهه، انتخابات کانون ها برگزار و به تدریج کانون های استان ها شکل گرفت و اقلان و خیران به کار خود ادامه داد تا آنکه بنا به تشخیصی نادرست و اقدامی ناشایست بر اساس متون قانونی، نهادی موازی با نهاد وکالت با اختیاری کامل در دست قوه قضائیه، شکل قانونی به خود گرفت و شد آنچه شد و بر سر استقلال کانون ها و وکلای دادگستری رفت، آنچه رفت؛

من از مفصل این نکته مجلی کتتم      تو خود حدیث مفصل بخوان ازین مجل



و در ادامه نیز برچیدن طومار قانون اصلاح قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت و... الی زامتا هذا.

امروز روز که به «بازار وکیل» در شیراز می‌نگرم، قضاوت ملت و نخبگان را در مورد «وکیل الرعایا» می‌بینم و می‌اندیشم که فردا روز که جهانیان و فرزندان این مرز و بوم به امروز «بازار وکیل» دادگستری در ایران و آنچه بر سر او و نهاد مستقل اش رفته است، خواهند نگریست، چه برداشتی از دست اندرکاران بر خورد بانهاد وکالت و وکلای دادگستری در دهم‌های اخیر داشته و نسبت به مباشران، مسبان، مجریان، ناظران و سکوت‌کنندگان در قبال ویران شدن پایه‌های «بازار وکیل» دادگستری خواهند داشت؟ نهادی که با انواع نامهربانی‌ها حتی در حد کمتر از بازار گمک داشته شده است!

جدای از آنکه در جهان، میراث خویش را پاس می‌دارند و بیچ بازاری را از بین نمی‌برند، در عین حال در کنار بازارهای سنتی، مبادرت به ایجاد مراکز بزرگ تجاری در خور شأن تجارت امروز می‌کنند و از انواع پیراها و سیتی‌سترها، علاوه بر بازارهای سنتی و تحقیقی و مجازی، بهره می‌برند تا رونق کسب و کار و امنیت شهروندان بیش از پیش برقرار باشد و دولت‌ها تنها بدون مداخله و تصدی‌گری، نقش نظارتی حداقلی خود را ایفا می‌نمایند. در حالی که ما با تخریب هرچه بیشتر باید‌های «بازار وکیل» حتی بیچ دکه‌ای که حداقل‌های شرایط آن را داشته باشد، ایجاد نموده و از نظارت بیش از حد دیروز، به دخالت و تصدی



تمام قد امروز نسبت به «بازار وکیل» دادگستری قیام نموده ایم و با ایحال انتظار صلاح و سداد دستگاه قضای و

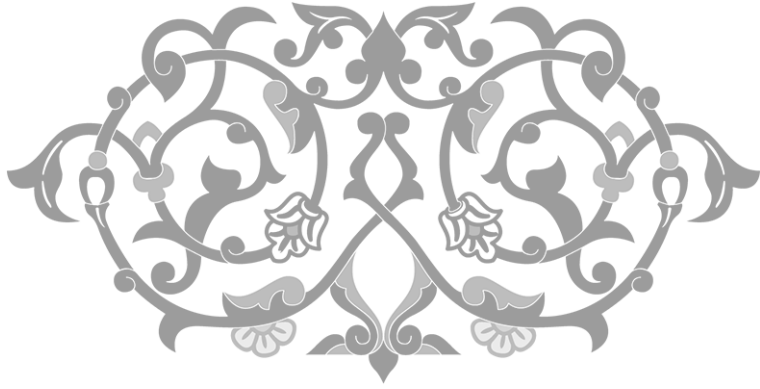
امنیت قضائی شهروندان را در سر می پرورانیم و شعارش را دادم سر می دهیم... .

خرما توان خورد از این خار که کشتیم      دیبا توان بافت از این پشم که رشتیم  
ما را عجب ارپشت و پناهی بود آن روز      کلام روز کسی را نه پناهییم و نه پشتم  
گر خواجه شفاعت نکند روز قیامت      شاید که ز مشاطه زنجیم که زشتیم  
سعدی! مگر از خرمن اقبال بزرگان      یک خوشه برنشد که ما تنم نکشتیم

«سعدی»

مدیر مسؤول





# مقالات





# بررسی نظریات راجع به اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری

رضا ولویون<sup>۱</sup>

حمید فرهامی<sup>۲</sup>

## چکیده

اصل ۱۳۹ قانون اساسی به دلیل تعیین مقررات محدود کننده ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری و همچنین به علت وجود ابهاماتی در خصوص دامنه گستره آن، محل بحث و اختلاف نظر میان محققین و از سوی دیگر بین محاکم قضایی واقع شده است. عده ای با نگاهی خشک و سختگیرانه و همسو با غالب نظریات شورای نگهبان، دایره شمول اصل را گسترده و حتی بعضاً رعایت آن را در زمان انعقاد قرارداد و توافق بر داوری لازم می‌دانند. در مقابل عده ای دیگر با نگاهی منطقی و صحیح به این اصل و استدلالی قابل قبول، گستره آن را محدود و مضیق می‌دانند. با بررسی‌های انجام شده و ارائه مفهومی صحیح از اموال عمومی و دولتی، رویکرد اول حقیقتاً در تعارض آشکار با لزوم رعایت مصالح جامعه در مورد اموال عمومی و دولتی و همچنین اراده مقنن می‌باشد و در مقابل، رویکرد دوم مستدل و از قوت بیشتری برخوردار است و با مبانی و هدف تصویب اصل مذکور و مصالح عمومی روز کشور و اقتضائات روابط قراردادی و

<sup>۱</sup>. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی.

<sup>۲</sup>. دانشجوی دکتری دانشکده حقوق دانشگاه خوارزمی تهران.



تجاری داخلی و بین المللی سازگارتر می‌باشد. در صورت عدم اصلاح اصل ۱۳۹، تصویب مقرراتی جهت تعیین مفهوم اموال عمومی و دولتی و یا ارائه تفاسیری صحیح و حکیمانه توسط شورای نگهبان و استفاده از ظرفیت‌های قانونی موجود جهت تسریع در روند طی شدن مقررات اصل فوق، کمک شایانی به رفع مشکلات و مسائل ناشی از آن می‌نماید. وازگان کلیدی: اصل ۱۳۹ قانون اساسی، اموال عمومی و دولتی، داوری، ارجاع دعاوی

## مقدمه

با توسعه روزافزون روابط قراردادی تجاری در کشورها و خارج از مرزهای آنها و به تبع آن بین المللی شدن اقتصاد و روند طولانی، کند و فقدان تخصص کافی و همچنین عدم آشنایی با عرف و رویه‌های بین المللی محاکم قضایی، پدیده داوری با ماهیتی تحت عنوان «دادرسی خصوصی» در سال‌های اخیر اهمیت و جایگاه ویژه‌ای یافته است. در رسیدگی‌های داوری حق استماع اظهارات طرفین در داوری به خوبی رعایت می‌شود و بر خلاف دستگاه قضایی بعضاً درگیر مسائلی از قبیل آمار ماهانه و غیره نمی‌باشند و رسیدگی توسط اهل فنی که منتخب طرفین هستند با زمان کمتری رسیدگی می‌شود (محمدی خورشیدی، ۱۳۹۵، ص ۳۲). به دلایل مذکور در غالب موارد در روابط تجاری، تجار تمایلی جهت ارجاع اختلافات خود به محاکم قضایی ملی کشورها نداشته و مرجعی را جهت داوری و حل و فصل اختلافات خود، در قرارداد تعیین می‌نمایند. از موانع ارجاع دعاوی به داوری، قوانین موجود در برخی کشورها در خصوص قراردادهای مربوط به اموال عمومی و دولتی می‌باشد که با هدف حمایت از حقوق عامه و جلوگیری از سپردن سرنوشت آنها به اشخاص و مراجعی غیر از مراجع قضایی حاکمیتی، تدوین یافته است. طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی به عنوان قانون عالی و به تبع آن ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، قانون گذار ایران ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری را منوط به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی دانسته و در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و همچنین در موارد مهم داخلی، ارجاع به داوری را با تصویب مرجع مزبور تجویز نموده است. همان طور که از ظاهر اصل و ماده مذکور استنباط می‌شود، مفاد آنها تا حدودی با اصول امنیت و سرعت و لزوم سهولت در اجرا و رفع اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری آشکارا در تعارض می‌باشد. زیرا تحصیل مصوبه هیئت وزیران، اطلاع و تصویب مجلس از اموری هستند که دارای پیچیدگی اداری و روند طولانی و



فرسایشی می‌باشند. به همین دلیل از سویی مراجع عمومی و دولتی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی و داخلی با مشکل مواجه می‌شوند و از سوی دیگر نیز، طرف‌های قرارداد نهادهای دولتی و عمومی در انعقاد قرارداد دچار تردید شده و بعضاً از انعقاد آن صرف نظر می‌نمایند. همچنین در صورت عدم اخذ مصوبه همواره این نگرانی نیز وجود دارد که یکی از طرفین بعد از حدوث اختلاف ممکن است به استناد عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹، رأی داور و اساساً ارجاع به داور را بی اعتبار اعلام و از اجرای مفاد آن امتناع نماید. در خصوص محدوده قلمرو اصل ۱۳۹ (بر خلاف آثار حقوقی آن) که موضوعی تفسیری است به طور کلی دو نگاه وجود دارد. یک نگاه مبتنی بر تفسیر لفظی و نگاهی ظاهری و سطحی که موجب توسعه مصادیق این اصل می‌باشد و نگاه دیگر مبتنی بر تفسیری منطقی و مطابق با نیازهای جامعه که منجر به محدود و مضیق شدن دایره شمول اصل می‌گردد. بر مبنای همین دو نگاه در خصوص مفهوم ارجاع به داور و زمان اخذ مصوبه و اطلاع یا تصویب مجلس نیز اختلاف وجود دارد.

در واقع سؤال اصلی این نوشتار این است که آیا می‌توان از نگاه ظاهری، خشک و سختگیرانه به اصل مذکور عدول نمود و بر مبنای تحلیلی موجه، قائل به محدود بودن گستره اصل ۱۳۹ گردید؟ به نظر می‌رسد تحلیل و رویکرد سختگیرانه و موسع نه تنها مورد اراده و خواست قانون‌گذار نبوده، بلکه تفسیری است که به لحاظ منطق حقوقی و لزوم رعایت مصالح و نیازهای روز جامعه قابل پذیرش نمی‌باشد و می‌باید با واکاوی موضوع از ابعاد مختلف، تفسیری منطبق با اراده واقعی قانون‌گذار و اقتضائات روابط قراردادی داخلی و بین‌المللی ارائه نمود. در همین راستا به ترتیب به بررسی مفهوم اموال عمومی و دولتی و دعاوی مربوطه، مبنای داور پذیر نبودن این دعاوی، نظریات راجع به مفهوم ارجاع به داور، نظرات و رویکردهای راجع به امکان ارجاع دعاوی به داور و رویه قضایی محاکم ملی و دیوان‌های بین‌المللی پرداخته می‌شود.

## ۱. مفهوم اموال عمومی و دولتی و دعاوی مربوطه

به یقین جهت تحلیل، تفسیر و تعیین حدود شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی، تعیین و تبیین مفهوم اموال عمومی، دولتی و دعاوی مرتبط با آنها ضروری می‌باشد. لذا با بررسی نظرات مختلف و قوانین مربوطه به این امر پرداخته می‌شود.



در اصل ۴۵ به اصطلاح اموال عمومی اشاره شده است. در این اصل می‌خوانیم: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده، معادن، دریاها... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند». برخی معتقدند که با توجه به مفهوم انفال و نمونه‌های مذکور، مقصود از اموال عمومی در اصل فوق، اموال ملی هستند که تعلق به دولت داشته و اصل بر عدم امکان واگذاری آنها است و حتی به موجب قوانین عادی نیز انتقال آنها ممکن نمی‌باشد (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، صص ۱۷۲ و ۱۷۳). طبق نظر برخی نیز «اموال عمومی اموالی هستند که در راستای تأمین منافع عمومی بوده و غلبه کلی بر اداره آنهاست نه معیاری که به عنوان نشانه مالکیت خصوصی در اموال مورد شناسایی قرار می‌گیرد، زیرا در این خصوص نوعی مالکیت مشاعی به چشم می‌خورد» (دشتی و حائری اصفهانی، ۱۳۹۹، ص ۱۴۴).

در ماده ۲۵ قانون مدنی مقرر گردیده: «هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و آب انبارهای عمومی و مدارس قدیمیه و میدان گاه‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنوت و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است». در این ماده اگرچه قانون‌گذار تعریفی از اموال عمومی ارائه نداده است لکن به نظر می‌رسد دو ویژگی مهم این اموال را تبیین نموده است. یکی اینکه این اموال مورد استفاده عموم می‌باشند و دیگری اینکه مالک خاصی ندارند و متعلق به عموم مردم بوده و اساساً قابل تملک نمی‌باشند.

برخی اساتید حقوق مدنی از اموال عمومی به اموال عمومی ملی تعبیر کرده‌اند و قائل بر این هستند که این لفظ در مقابل اموال ملی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۲). برخی نیز مستند به اصل و ماده ۲۶ قانون مدنی در تعریف و تبیین اموال عمومی بیان داشته‌اند: اموالی هستند که متعلق به عموم مردم است و همانند انفال در اصل در اختیار حکومت اسلامی است و یا مردم مستقیماً از آن بهره‌مند می‌شوند ولی کسی حق تملک و تصاحب آنها را ندارد (مانند خیابان‌ها و پارک‌ها) و بر همین اساس به موجب قانون کسی حق ثبت و تصرف این گونه اموال را ندارد. همچنین این اموال را به سه دسته تقسیم نموده‌اند؛ نخست، اموال و ثروت‌های عمومی که در اختیار حکومت اسلامی هستند و دسته دیگر، اموالی که تحت استفاده عموم و قابل تصرف و تملک نیستند و دیگری، اموالی که وفق قانون تحت اختیار دولت قرار دارد و برابر مقررات مورد بهره



برداری واقع می‌شوند و در تملک و تصرف دولت می‌باشد (هندی، ۱۳۸۶، ص ۶۷). عده ای نیز با تتبع و تحلیل اصول ۴۵ و ۱۳۹ قانون اساسی، مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مدنی و قوانین اداری از جمله قانون محاسبات عمومی کشور و قانون معادن و بررسی تطبیقی، برای اموال عمومی دو معنای عام و خاص در نظر گرفته و اظهار داشته اند: «در معنای خاص به اموالی گفته می‌شود که ملک عموم مردم بوده، اصل بر عدم امکان واگذاری آنها می‌باشد و اختصاص به اموال حاکمیتی دارد. راه‌ها و شوارع عام، پارک‌ها، میادین و در کل اموالی که جهت استفاده ساکنین مکانی خاص اختصاص می‌یابد در زمره این اموال است. در معنای عام به اموال ملی نیز اطلاق می‌گردد...» (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۸۲). گروهی نیز اموال عمومی در حقوق اداری را مجموعه اموال دولت و سایر اشخاص عمومی دانسته و قائل بر این هستند که مجموعه مذکور به دو دسته اموال ملی و اختصاصی تقسیم می‌شوند و هر یک ضوابط خاص خود را داشته و در اختیار اشخاص عمومی می‌باشند (کریمی و محبی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۳).

در خصوص اموال دولتی، ماده ۲ آئین نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲، این اموال را این طور را تعریف کرده است: «اموال دولتی اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت در آمده یا در می‌آیند». سه نکته در خصوص این ماده نیاز به توجه دارد. نخست اینکه، این تعریف همسو با غالب نظرات مبتنی بر تفسیر موسع شورای نگهبان، دایره شمول اموال دولتی را که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی به آن اشاره شده را گسترده نموده است. نکته دیگر اینکه این ماده در قالب آئین نامه به تصویب رسیده است و مستند به اصل ۱۷۰ قانون اساسی، قضات محاکم با وجود شرایطی نه تنها تکلیفی به اجرای مفاد آن مطابق ماده ۳ قانون آیین داری مدنی ندارند بلکه اساساً از عمل به مفاد آن ممنوع می‌باشند. در اصل ۱۷۰ مقرر گردیده: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آئین نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». نکته سوم اینکه، در این ماده به لزوم تملک اموال تصریح گردیده است. از نکته اخیر می‌توان این گونه استنباط نمود که در دعوی که مال موضوع آن از قبیل مطالبه خسارت یا منافع اموال دولتی می‌باشد، با توجه به اینکه اساساً موضوع دعوی هنوز به تملک دولت در نیامده و مالکیت دولت بر آن مستقر نگردیده از شمول اصل ۱۳۹ خارج



می‌باشد. به نظر می‌رسد نتیجه اخیر به دعاوی که خواهان آنها از نهادها یا مؤسسات عمومی غیر دولتی باشند و خواسته‌هایی مشابه مذکور ولی مربوط به اموال عمومی خارج از کنترل و مدیریت دولت در معنای خاص داشته باشند نیز قابل تسری است.

برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۳، صص ۶۸ و ۶۹) اموال دولتی را دارای معنای عام اعلام و آن را به دو دسته تقسیم نموده‌اند؛ دسته اول اموالی هستند که ملک دولت است و نهادهای دولتی در خصوص این اموال حق مالکیتی مشابه سایر اشخاص بر این اموال دارند و گرچه قوانین، تصرفات دولت در آنها را تا حدودی محدود نموده ولی حق دولت بر اموال دولتی در این معنی خاص شبیه حق مالکیت افراد بر سایر اموال است. دسته دیگر اموال، مشترکات عمومی هستند که برای استفاده مستقیم تمام مردم مهیا می‌باشد و یا جهت حفظ مصالح عمومی تخصیص داده شده و دولت صرفاً از جهت ولایتی که بر عموم دارد، صالح به اداره آنها می‌باشد.

طبق تقسیم و ارائه مفهوم فوق، آنچه به عنوان اموال دولت از آن یاد می‌شود به دو دسته تقسیم می‌شود. دسته اول اموالی هستند که اساساً ملک دولت نمی‌باشند و صرفاً از آنجا که تحت اختیار و اداره دولت می‌باشند مجازاً به آنها اموال دولتی گفته می‌شود، لکن در واقع مصادیق اموال عمومی هستند. دسته دیگر اموالی هستند که به طور حقیقی در مالکیت دولت است و می‌تواند حسب اقتضای منافع خود در آنها دخل و تصرف نماید.

عده‌ای نیز معتقدند که «اموال دولتی اموالی هستند که در راستای خدمات عمومی به عنوان یک مال تحت لوای دولت بوده و قابلیت تملک آن نه از حیث مدیریتی بلکه از باب رفع نیاز عمومی است و بیشتر به مفهوم حقوق خصوصی مال نزدیک است و مؤید آن نیز ماده ۲ آئین نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ می‌باشد» (دشتی و حائری اصفهانی، ۱۳۹۹، ص ۱۴۴). در مقام تأیید این تفکیک می‌توان به تبصره ۲ ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری اصلاحی سال ۱۳۸۹، اشاره نمود. در این ماده مقرر گردیده: «شهرداری‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های وابسته به آنها می‌توانند به منظور استفاده از تسهیلات بانکی، سند املاک اختصاصی خود را به عنوان وثیقه در رهن بانک قرار دهند». در همین راستا در ماده ۴۵ آیین نامه مالی شهرداری مصوب ۱۳۴۶ نیز می‌خوانیم: «اموال شهرداری‌ها اعم از منقول و غیر منقول به دو نوع تقسیم می‌شود. اموال اختصاصی و اموال عمومی، اموال اختصاصی شهرداری‌ها اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آنها دارد از قبیل اراضی و ابنیه و اثاثیه



و نظائر آن. اموال عمومی شهرداری اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده عموم اختصاص یافته است مانند معابر عمومی، خیابان ها، میادین، پل ها،... و امثال آن». از نظر برخی دیگر (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، صص ۱۶۷ و ۱۶۸) اموال دولتی دارای دو معنی اعم و اخص است و در معنی اعم شامل اموال دولت و اموال حکومت هستند. به این صورت که اموال دولت آن دسته اموالی می باشند که تحت تملک دستگاه های دولتی است و این گونه اموال غالباً جهت مقاصد تصدی گری به کار می روند و اصل بر امکان واگذاری آنها می باشد و انتقال آن بر اساس قوانین عام صورت می گیرد و چنانچه دولت در ترکیب اموال دولتی به معنی حکومت (معنای اعم) باشد، باید علاوه بر اموال مذکور به اموالی اشاره کرد که اموال نهادهای دولتی محسوب نمی شود و در عین حال ملک دولت (به معنی حکومت) تلقی می گردد و این گونه اموال مانند جنگل ها، آب های عمومی و ثروت های خدادادی در زمره این اموال هستند و دولت حق انحصاری بهره برداری از آن را داشته و می تواند استفاده عمومی را منع نماید.

با توجه به مجموع نظرات و بررسی های فوق اگرچه نمی توان مرز مشخص و دقیقی برای تعیین و تفکیک اموال عمومی و دولتی و سایر اموال تحت تسلط نهادهای حکومتی و دولت تعیین نمود، لکن در مقام بیان مفاهیم اموال عمومی و دولتی به نظر می توان گفت، اموال عمومی عبارت است از اموالی غیر قابل تملک و انتقال که متعلق به عموم مردم می باشد و این اموال اعم است از اموالی که تحت اراده و اختیار حکومت در معنای عام (فرا تر از قوه مجریه) است مانند پادگان های تحت اختیار ارتش و نیز برخی از اموال عمومی که به عنوان اموال ملی تحت تسلط و کنترل دولت به معنای خاص (قوه مجریه) است مانند جنگل ها، کوه ها، رودها و همچنین اموالی که بر حسب مصالحی چون ارائه خدمات عمومی بدون اعطای مالکیت تحت تسلط و اداره مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی قرار دارد. اموال دولتی نیز دارای دو معنای عام و خاص می باشند. اموال دولتی در معنای خاص اموالی است که تحت مالکیت و تسلط کامل دولت می باشد و می تواند در مورد آنها حسب مصالح و منافع خود و خارج از محدودیت های مقرر برای سایر اموال، رأساً تصمیم گیری نماید. در معنای عام نیز شامل اموال دولتی در معنای خاص و همچنین شامل سایر اموالی است که خارج از مالکیت وی، تحت اختیار و تسلط دولت می باشد که صرفاً جهت مدیریت و به نمایندگی از مردم تحت استیلا و اداره دولت قرار دارد که به نظر اطلاق اموال عمومی شامل دسته اخیر نیز می گردد، لکن از این جهت





که تحت استیلا و اداره دولت در معنای خاص می‌باشد قرار گرفتن آنها تحت عنوان اموال دولتی نیز صحیح، مرجح و دارای مزایایی می‌باشد.

با توجه به تعاریف ارائه شده از اموال عمومی و دولتی در بیان مفهوم دعاوی راجع به آنها می‌توان گفت، دعاوی هستند که حداقل یکی از طرفین دعوی، از نهادها و دستگاه‌های حکومتی یا دولتی یا مؤسسات وابسته به آنها است و موضوع آن مربوط به اموالی است که جهت اداره یا حفظ منافع عمومی در اختیار آنها می‌باشد.

## ۲- مبانی داوری پذیر نبودن دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی

ارجاع برخی دعاوی به داوری اساساً مجاز نمی‌باشد. در قلمرو حقوق خصوصی طبق بند ۱ و ۲ ماده ۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی، دعاوی ورشکستگی و همچنین دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب از این دسته هستند. در حقوق عمومی که مرتبط با اشخاص حقوق خصوصی نیز می‌باشد، اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی ارجاع به داوری دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را منوط به تحقق شرایطی نموده که مبانی محدودیت‌های مقرر را می‌توان به شرح ذیل تبیین نمود. اموال عمومی جز در موارد تجویز قانون از قابلیت نقل و انتقال برخوردار نیستند و در واقع این اموال به عامه مردم تعلق دارند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۷، ص ۲۹۶) و گرچه دولت مکلف به حفظ و نگهداری آنها می‌باشد و نهادهای دولتی بر مبنای همین تکلیف قانونی، دارای برخی اختیارات می‌باشند که عملکرد آنها را به مالکیت نزدیک می‌کند، لکن دولت مالک اموال محسوب نمی‌گردد. بنابراین دولت نمی‌تواند اموال خارج از دارایی اختصاصی خود را انتقال دهد.

از سوی دیگر اشخاص صرفاً زمانی می‌توانند به داوری مراجعه نمایند که حق انتقال آزادانه اموال موضوع اختلاف را داشته باشند. این امر به عنوان قاعده ای در ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه نیز مقرر گردیده است. در واقع از آنجا که دولت دارای حق مذکور نسبت به اموال عمومی نمی‌باشد، اختلافات مربوطه را نیز نمی‌تواند به داوری ارجاع نماید. برخی این قاعده را یک قاعده پذیرفته شده در حقوق تجارت بین الملل معرفی و با عنوان استلزام منطقی از آن یاد کرده و معتقدند در حقوق ایران دعاوی که قابل ارجاع به داوری نیستند، در اغلب موارد مربوط به اموالی هستند که تحت تسلط کامل شخص قرار ندارند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۶۹).




نظم عمومی را نیز می‌توان به عنوان یکی از مبانی و موانع ارجاع دعوی به داوری محسوب نمود. در کشورهایی مانند انگلستان و ایالات متحده آمریکا که در حقوق آنها دعاوی غیر قابل ارجاع به داوری احصاء نگردیده، این اختیار به دادگاه تفوض گردیده تا در مواردی که ارجاع اختلافات به داوری با نظم عمومی کشور در تعارض باشد از معتبر تلقی نمودن رأی داوری خودداری نمایند (همان منبع، ص ۱۸۱).

حمایت از حقوق عامه نیز از سیاست‌های کلان و اساسی هر نظام حاکمیتی است تا به وسیله آن نظم و عدالت در جامعه حاکم گردد. یکی از شاخه‌های مهم حمایت از حقوق عامه، حمایت از اموال عمومی (ملی) و اموالی است که تحت اختیار دولت‌ها جهت اداره امور کشور می‌باشد. بر همین اساس در قوانین برخی کشورها از جمله ایران، برای صلح و ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری، شرایط و محدودیت‌هایی تعیین شده تا سرنوشت این اموال که متعلق به تمام افراد جامعه است، به اشخاص خارج از دستگاه قضایی که بعضاً فاقد صلاحیت و وثوق کافی می‌باشند، سپرده نشود.

### ۳- نظریات راجع به مفهوم ارجاع به داوری

یکی از موضوعات مورد اختلاف و بحث برانگیز در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی، مفهوم ارجاع در این اصل می‌باشد. عده‌ای معتقدند قبل از درج شرط داوری در قراردادهای مربوط به اموال عمومی و دولتی، اخذ مصوبه هیئت وزیران و اطلاع و یا تصویب مجلس ضروری و در صورت عدم وجود مصوبه در زمان انعقاد قرارداد، اساساً شرط ارجاع به داوری بی اعتبار و باطل خواهد بود ولی در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند که اساساً مفهوم ارجاع زمانی موضوعیت و مصداق می‌یابد که اختلافی حادث شده باشد و تا زمانی که اختلافی بین طرفین قرارداد به وجود نیامده باشد امر ارجاع موضوعاً منتفی می‌باشد و لذا لزوم اخذ مجوز یا مصوبه و اطلاع یا تصویب مجلس، متعاقب وقوع اختلاف در مفاد قرارداد می‌باشد (عبد یزدان، ۱۳۹۷، ص ۳۹). دیدگاه اول در رأی شماره ۱۳۹ - ۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ظهور یافته است. در متن رأی می‌خوانیم: «مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی... علی‌الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیئت وزیران یا مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است، خلاف



قانون تشخیص داده می‌شود و به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد». در بخشی از رأی در مقام رد امکان تنفیذ شرط داوری این طور استدلال شده: «... شرط مذکور در قانون اساسی و آئین دادرسی هم به دلالت موقعیت (آمره بودن هر دو قانون) و هم به دلالت اهمیت موضوع و سیاق کلام، شرط صحت است نه شرط نفوذ، ضمن آنکه اساساً بحث نفوذ قاعده نیست و در مواردی جاری است که در قانون تصریح کرده باشد. بنابراین اگر قرار باشد اختلاف ناشی از یک قرارداد به داوری ارجاع شود، لازم است نخست مجوز آن (حسب مورد) از هیئت وزیران یا مجلس شورای اسلامی صادر شود و نمی‌توان اول داوری را در قرارداد شرط کرده و بعد از چند سال، مجوز آن از مرجع مذکور درخواست شود...».

در مقام نقد و تحلیل نظرات فوق می‌توان گفت، نظر دوم از قوت بیشتری برخوردار است زیرا قانون گذار در اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ اساساً هیچ گونه تصریح یا تلویحی به لزوم اخذ مصوبه و رعایت تشریفات قبل از انعقاد قرارداد اعلام نداشته است و انتساب لزوم رعایت شرایط مزبور به مقنن فاقد دلیل می‌باشد. همچنین همان گونه که در مقام دفاع از جانب خواننده، در دعوی ابطال مصوبه ۱۶۸۶۹۲/ت/۱۶۳۶۹۵۹/۱۲/۱۳۸۵ که منتج به صدور رأی فوق‌الذکر گردیده، بیان شده است؛ آنچه دارای اهمیت و مورد توجه و حکم قانون گذار بوده ضرورت کنترل ارجاع امر به داوری در ارتباط با اموال عمومی و دولتی از سوی حاکمیت می‌باشد و تقدم و تأخر مورد تأکید قانون گذار نبوده است. لذا در وضعیتی که قانون گذار تجویز امری را در اختیار مرجعی قرار می‌دهد تفاوتی نمی‌کند که این اجازه قبل یا بعد قرارداد صادر گردد. همچنین بر خلاف استدلال مذکور در رأی مبنی بر قاعده نبودن بحث تنفیذ معاملات، بر اساس ظاهر قانون مدنی که معاملات فضولی را در شمار قواعد عمومی ذکر نموده و توجه به مواد ۳۰۴، ۵۸۱، ۶۷۴ و ۱۰۷۳ قانون مدنی، حکم تنفیذ معاملات در زمره قواعد عمومی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۱۲). از سوی دیگر آنچه موکول به اخذ مجوز گردیده «ارجاع عملی اختلاف به داوری» یا به تعبیر دیگر اجرای شرط داوری است نه اصل «درج شرط داوری»، بنابراین می‌توان گفت، در مواردی که پس از انعقاد قرارداد و قبل از ارجاع عملی اختلاف جهت رسیدگی به داوری، مجوزهای لازم تحصیل گردیده باشد، اراده قانون گذار محقق و ارجاع و رسیدگی داوران صحیح و قانونی می‌باشد. دلیل دیگر اینکه، در متن اصل ۱۳۹ واژه «دعوی» به کار رفته و اساساً زمانی دعوی مصداق و موضوعیت پیدا می‌کند که ادعا و موضوع اختلاف جهت



رسیدگی و صدور حکم در دادگاه مطرح شده باشد، لذا تا قبل از صدور حکم و امکان ارجاع اختلاف به داوری توسط دادگاه، تحصیل مجوز اصل ۱۳۹ فاقد اشکال و ارجاع به داوری صحیح و معتبر می‌باشد.

#### ۴- تحلیل نظرات و رویکردها نسبت به امکان ارجاع به داوری

در یک نگاه کلی، سیستم حقوقی کشورها در خصوص امکان ارجاع اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری بین المللی را می‌توان در سه دسته قرارداد. دسته اول کشورهایی هستند که داوری تجاری بین المللی را به طور مطلق پذیرفته و دولت و نهادهای دولتی اختیارات نسبتاً کاملی جهت انعقاد قرارداد داوری دارند. قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ و قانون داوری ایالات متحده در این خصوص ساکت است و با توجه به اصل باید قائل به جواز این امر بود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۸۱). دسته دوم کشورهایی نظیر آمریکای لاتین و ونزوئلا هستند که به دلیل بی اعتمادی به داوری، مراجعه دولت و سازمان‌های دولتی به داوری بین المللی را اساساً رد نموده‌اند و دسته سوم کشورهایی مانند کلمبیا، مصر و الجزایر هستند که به طور محدود و با رعایت شرایطی ارجاع به داوری را پذیرفته‌اند (کربلایی امینی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۸). در حقوق فرانسه ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی محدودیت‌هایی را برای مراجعه نهادهای دولتی و عمومی به داوری تعیین نموده است. محدودیت‌ها مربوط به طرفین داوری است و ناظر به موضوع داوری نیست که البته نهادهای عمومی که در زمینه‌های تجاری و صنعتی فعالند تحت شرایطی می‌توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع نمایند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۸۱). در واقع اراده واضعین مقررات دسته سوم بر این بوده تا از یکجانبه‌گرایی و افراط و تفریط روش‌های دیگر پرهیز نمایند تا هم غبطه اموال عمومی و دولتی را رعایت نموده و هم از ایجاد اخلال در روابط تجاری بین المللی جلوگیری نمایند. بدین ترتیب کشور ایران را می‌باید در دسته سوم قرار دهیم. در سال ۱۳۵۸ قانون گذار در اصل ۱۳۹ قانون اساسی محدودیت‌هایی را در ارجاع به داوری مقرر و متعاقباً در سال ۱۳۷۹ در ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی این محدودیت‌ها تکرار و تأکید شد. در همین راستا در سال ۱۳۸۰ در زمان تصویب کنوانسیون نیویورک در مجلس شورای اسلامی به دلیل ایراد شورای نگهبان، یک تبصره به ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی اضافه شد. به موجب این تبصره:

«رعایت اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی در خصوص ارجاع به داوری الزامی است». لازم به ذکر است تصویب تبصره اخیر در واقع نقض آشکار کنوانسیون نیویورک بوده و می‌تواند موجب برخورد تلافی جویانه از جانب سایر کشورها و امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری صادره در ایران بر اساس تجویز ماده ۱۴ کنوانسیون مزبور باشد (شیروی، ۱۳۹۸، ص ۳۳۶).

وجود مصوبات فوق در حقوق ایران و ایجاد مشکلات و محدودیت‌های ناشی از شمول گسترده ظاهری و ابهامات آنها در خصوص اموال عمومی و دولتی موجب می‌گردد طرف‌های قراردادی نهادهای دولتی و وابسته به دولت اعم از داخلی و خصوصاً خارجی از انعقاد قرارداد صرف نظر نمایند که این امر واجد آثار سوء اقتصادی می‌باشد. محققین و پژوهشگران حوزه حقوق اداری و خصوصی با ارائه نظریاتی، تلاش‌هایی را جهت کاهش محدودیت‌های مذکور و رفع ابهامات از طریق تفسیر صحیح اصل ۱۳۹ نموده‌اند. همچنین شورای نگهبان نیز به عنوان تنها مرجع تفسیر قانون اساسی مستند به اصل ۹۸ این قانون در این خصوص نظریاتی ارائه که نخست به ذکر آنها پرداخته می‌شود.

شورای مزبور طی نظریه شماره ۷۷/۲۱/۲۶۲۸ مورخ ۲۷/۰۲/۰۲ مورخ ۱۳۷۷/۰۲/۰۲ اموال در تملک بنیاد شهید را تحت شمول اصل ۱۳۹ اعلام داشته است (دستی و حائری اصفهانی، ص ۱۴۲). در نظریه شماره ۵۶۰۶ مورخ ۷۲/۰۹/۱۷ نیز در پاسخ به سؤال مبنی بر تسری اموال موضوع اصل ۱۳۹ به اموال شرکت‌های دولتی اعلام داشته: «اصل ۱۳۹ قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیاز به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند». همچنین با همان نگاه محدود طی نظریه شماره ۹۹۹۳ مورخ ۱۳۶۲/۰۹/۰۸ بیان داشته: «در هر مورد عمل دولت یا هر مقام مسئولی به استناد تصویب مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود فقط در محدوده مصوبه قانونیت دارد و خارج از آن محدوده جزئاً و کلاً به تصویب مجلس شورای اسلامی نیاز دارد...». شورای نگهبان در پاسخ به سؤال نخست وزیر در خصوص عطف به ما سبق شدن مقررات اصل ۱۳۹ نسبت به قراردادهای سابق به این اصل، در نظریه مشورتی شماره ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۰۲/۱۰ اعلام نموده: «بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقت نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی هر چند در آنها ارجاع به داوری پیش بینی شده باشد مقررات اصل مذکور باید رعایت شود». اما جالب اینکه متعاقب ارائه نظر فوق، نخست وزیر وقت به جای نظریه مشورتی تقاضای صدور نظریه تفسیری



می‌نماید که شورا نیز در پاسخ به تقاضا، طی نظریه شماره ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۰۴/۱۸ اعلام می‌دارد؛ «نظر به اینکه قوانین جاریه کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع اجرایی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و نظر به اینکه در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجراء آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به اینکه در مورد شمول اصل ۱۳۹ نسبت به قرارداد مورد سؤال شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد».

در مقام تحلیل و بررسی نظریات شورای نگهبان باید گفت، اگرچه این شورا با نگاهی خشک و فاقد تحلیلی مناسب و بدون لحاظ اقتضائات جامعه در روابط قراردادی و تجاری، نظراتی ارائه نموده که بر مبنای آنها ضمانت اجرای شرط داوری و دعاوی که بدون رعایت شرایط مقرر در اصل ۱۳۹ به داوری ارجاع شود بطلان خواهد بود (علیدوستی، ۱۳۸۷، ص ۷۹؛ علی دادی ده کهنه و جوهری، ۱۳۹۸، ص ۱۹۳)، لکن از آنجا که این نظریات مشورتی بوده و از نوع تفسیری نیستند، لذا اساساً مشمول اصل ۹۸ قانون اساسی و لازم‌الاتباع نمی‌باشند. از سوی دیگر همان طور که ملاحظه شد شورای نگهبان در نظر اخیر خود صراحتاً از نظر سابق خود مبنی بر لزوم رعایت مفاد اصل در خصوص قراردادهای قبل از انقلاب عدول نموده و عدم رعایت مقررات اصل در آن مورد را بلامانع اعلام نموده است. بدون شک نظریه اخیر نشان دهنده این امر است که اعضای وقت شورا نیز با بررسی و تحلیل دقیق تر، به مشکلات و محدودیت‌های ناشی از نگاه موسع به اصل اشراف یافته و جهت جلوگیری از آنها در مقام صدور نظریه ای جامع‌تر و تعیین کننده قطعی وضعیت موضوع، نظریه ای کاملاً متناقض با نظریه سابق را صادر نموده اند.

اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه شماره ۷۷۰۰-۷/۱۴-۱۳۷۸/۰۴ چنین اظهار نظر نموده؛ «الف- به صراحت اصل ۱۳۹ که... صلح و ارجاع دعاوی به داوری در مورد اموال شهرداری هم موکول به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس است. ب- چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ ق.ا. شرط داوری در قراردادهای منعقدۀ توسط شهرداری‌ها درج شود شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست». همان طور که می‌دانیم این نظریات مشورتی برای مراجع قضایی و داوران لازم‌الاتباع نمی‌باشد و به نظر می‌رسد این نظریه بر مبنا و به تبع نظریات مشورتی شورای نگهبان صادر شده است. همچنین مفاد آن



علاوه بر اینکه فاقد استدلالی متقن می‌باشد، صریحا با ماده ۴۵ آئین نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶ و تبصره ۲ ماده واحده قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری اصلاحی سال ۱۳۸۹، در تعارض می‌باشد.

علاوه بر نظریات اخیر و همچنین نظریات متفاوتی که در خصوص مفهوم ارجاع دعاوی به داوری بیان شد، در کنار رویه قضایی که در قسمت آتی به آن پرداخته می‌شود، در راستای ارائه تفسیری از اصل ۱۳۹ که متناسب با نیازهای جامعه باشد پژوهشگران نظراتی را ارائه داده اند که بررسی آنها ضروری می‌باشد. یک نظریه در خصوص محدوده اصل ۱۳۹، همان نگاه خشک و دچار جمود می‌باشد که همسو با غالب نظریات شورای نگهبان و رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه می‌باشد که شرح آن گذشت. بر مبنای این نظریه، جهت حفظ حقوق عامه و جلوگیری از تزلزل مفاد اصل در مقام اجرا، تمامی دعاوی که مربوط به اموال عمومی و دولتی و مؤسسات و شرکت‌های وابسته و مؤسسات عمومی غیر دولتی، قابل ارجاع به داوری نیستند. این نگاه افراط گرایانه به دلیل آثار مخرب در روابط قراردادی داخلی و خارجی و اخلال در نظام اقتصادی و تجاری کشور، در قریب به اتفاق نظریات پژوهشی و تا حدودی در رویه قضایی، مردود و متروک می‌باشد.

دو نظریه و تحلیل دیگر بر مبنای مفهوم عبارت اموال عمومی و دولتی در اصل ۱۳۹ جهت تشخیص و تعیین دعاوی ممنوع از ارجاع به داوری می‌توان برشمرد. نخست، تحلیل مبتنی بر دوگانگی اموال اشخاص عمومی؛ مطابق این تحلیل اگر اموال عمومی و دولتی را کلیه اموال تحت تصرف اشخاص عمومی بدانیم یعنی اموال ملی، اموال اختصاصی دولت و اشخاص عمومی غیردولتی، دعاوی مربوط به هیچ یک از اموال اشخاص عمومی، قابلیت ارجاع به داوری را نخواهند داشت. به عبارت دیگر منظور قانون اساسی از اموال عمومی و دولتی همان اموال ملی و اختصاصی می‌باشد و در پی حمایت از کلیه اموال اعم از عمومی و دولتی است. تحلیل دیگر مبتنی بر یگانگی اموال اشخاص عمومی است. طبق این نظر، منظور قانون گذار از اموال عمومی و دولتی اموال ملی است و در واقع واژه دولتی فاقد معنی مستقل است و جهت تبیین و توضیح اموال عمومی ذکر شده است. نتیجه اینکه منظور از اموال عمومی و دولتی فقط اموال ملی می‌باشد و شامل اموال اختصاصی اشخاص عمومی نمی‌گردد. به نظر می‌رسد تحلیل نخست مبتنی بر تفسیری موسع و سختگیرانه ای می‌باشد که شرح آن گذشت و به طور خلاصه، اساسا دلیلی



متقن و موجه جهت پذیرش آن وجود ندارد. تحلیل دوم از این نظر که اموال اختصاصی دولت را از شمول محدودیت‌های اصل ۱۳۹ مستثنی دانسته قابل تأیید و دفاع می‌باشد ولی از این جهت که اموال عمومی و دولتی را از مصادیق و تحت شمول اموال ملی قرار داده است دارای ایراد می‌باشد. زیرا قانون‌گذار در مقام بیان، اصطلاح اموال ملی را به کار نبرده است. همچنین مطابق اصل تغایر متعاطفین، اصل بر این است که قانون‌گذار مرتکب عمل لغو و عبث نمی‌شود و استعمال دو کلمه مترادف، عملی لغو می‌باشد و استعمال هر کلمه ای با هدف و غرض مشخصی انجام می‌شود، بنابراین واژه‌ها یا مفاهیم واقع در دو سمت حرف عطف در ماهیت با یکدیگر متفاوت می‌باشند (خوئینی، ۱۳۹۷، صص ۳۷۱ و ۳۷۲).

از نظر برخی (علی دادی ده کهنه و جوهری ۱۳۹۸، ص ۲۰۳)، صرف اینکه دعوی راجع به اموال دولتی باشد مشمول اصل ۱۳۹ نمی‌گردد، مگر اینکه این اموال علاوه بر دولتی بودن وصف عمومی نیز داشته باشند. این نظر بر مبنای تفکیکی است که در نظام حقوقی فرانسه پذیرفته شده است. در این نظام حقوقی کلیه اموال منقول و غیرمنقولی که تحت اختیار و تسلط دولت قرار می‌گیرد، اموال در اختیار دولت گفته می‌شود. بخشی از این اموال که به عنوان اموال عمومی شناخته می‌شوند به استفاده عموم و یا خدمات عمومی اختصاص یافته و از مقررات حقوق عمومی پیروی می‌کنند و بخش دیگر که به آن اموال خصوصی دولت یا اموال دولتی گفته می‌شود، تا حد زیادی از مقررات حقوق خصوصی تبعیت می‌نمایند (رضائی زاده و بابائی، ۱۳۹۷، ص ۲). به نظر می‌رسد تفکیک فوق در خصوص اموال دولتی در حقوق ما نیز قابل پذیرش باشد. در واقع تفکیک فوق وضعیتی مشابه ماده ۴۵ قانون آئین نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶ را ترسیم نموده است.

عده ای نیز با بررسی تطبیقی موضوع و بررسی قوانین مرتبط داخلی اظهار داشته اند؛ از آنجا که در داوری فقط اشخاصی حق مراجعه به داوری دارند که حق انتقال آزادانه مال موضوع اختلاف را دارا باشند، فقط دعاوی راجع به اموال عمومی هستند که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند و اراده قانون‌گذار در قانون اساسی و آئین دادرسی مدنی از اموال دولتی، اموال دولتی می‌باشد که که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده باشد. ایشان معتقدند که حرف ((و)) که اموال دولتی و اموال عمومی را به هم متصل نموده نیز مؤید این نظر است که مقنن اموال عمومی و دولتی را تحت یک حکم قرار داده است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، صص ۱۸۲ و ۱۸۳). با توجه به تعریف برگزیده این نوشتار





از اموال عمومی و دولتی، به نظر می‌رسد تا حدودی استدلال و نظر فوق در خصوص اموال دولتی قابل پذیرش می‌باشد و این نظریه می‌تواند از نگاه سختگیرانه و افراطی نسبت به اصل ۱۳۹ و آثار سوء آن بکاهد.

نظریه و تحلیل دیگری که دارای طرفدارانی میان علمای حقوق است و در رویه قضایی نیز مشهود می‌باشد، تمایز قائل شدن میان دعاوی ناشی از اعمال حاکمیتی و تصدی گری دولت و نهادهای عمومی می‌باشد. بدین صورت که در امور حاکمیتی رعایت شرایط و مقررات مندرج در اصل ۱۳۹ ضروری ولی در امور مربوط به تصدی گری، الزام و ضرورتی جهت رعایت موارد مذکور وجود ندارد. بنابراین دعاوی مربوط به اعمال تصدی گرایانه نهادها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، تحت شمول اصل ۱۳۹ قرار نمی‌گیرند. تعریف امور حاکمیتی توسط مقنن در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ ارائه گردیده است؛ «امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود». در تعریف امور تصدی گری نیز می‌توان به ماده ۱۱ قانون مذکور اشاره نمود؛ «امور اقتصادی؛ آن دسته از اموری است که دولت متصدی اداره و بهره برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند، از قبیل: تصدی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل و نقل، بازرگانی، مسکن و بهره برداری از طرح‌های مندرج در ماده ۱۰ این قانون». در حقوق فرانسه ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی در عین حال که ممنوعیت ارجاع به داوری را پذیرفته، مؤسسات عمومی تجاری و صنعتی را از این مسئله ممنوع کرده است، بدین صورت که دعاوی مربوط به امور حاکمیتی مانند دعاوی مربوط به اموال ملی قابلیت ارجاع به داوری را نداشته ولی اموال اختصاصی که در امور تصدی استفاده می‌شود داوری پذیر می‌باشند (کرمی و محبی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۳). به نظر می‌رسد این نظر نیز قابل دفاع می‌باشد لکن ایراداتی که می‌توان بیان کرد اینکه؛ اولاً مرز دقیق و مشخصی میان امور حاکمیتی و تصدی گری وجود ندارد و ثانیاً در مواردی ممکن است اعمال تصدی گرایانه دولت با استفاده از اموال عمومی و ملی باشد و منجر به این شود که تحت پوشش تصدی گری بخشی از اموال عمومی و ملی بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ و رعایت غبطه آن اموال به داوری ارجاع گردد.

همان طور که در غالب نظریات مذکور مشاهده می‌گردد، تفسیر موسع و غیر منطقی



از اصل ۱۳۹ مورد پذیرش واقع نگردیده است. یکی از علل رد تفسیر اخیر را می‌توان عدم احراز اراده مقنن بر چنین تفسیر موسعی که موجب اخلال قابل توجه در روابط قراردادی تجاری داخلی و بین‌المللی می‌گردد عنوان نمود. زیرا عمل طبق آن قطعاً موجب عدم رعایت مصلحت و غبطه اموال عمومی و دولتی است. به عبارت دیگر آنچه به قطع مسلم است اینکه، اراده قانون‌گذار مبتنی بر حفظ حقوق عمومی و حمایت از آن و جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی از طرق رسیدگی و تعیین تکلیف در خارج از محاکم قضایی مانند ارجاع به داوری می‌باشد. حال آنکه بر اساس تفسیر موسع و سختگیرانه این اصل در وضعیت کنونی که روابط تجاری بین‌المللی و قراردادهای داخلی دچار تحولاتی شده‌اند که با زمان تصویب این اصل قابل قیاس نیست و از سوی دیگر تغییر نهاد و قواعد داوری به سوی حذف موانع قانونی می‌باشد (خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۷۳)، نه تنها مصلحت منافع عمومی از این طریق رعایت نمی‌شود، بلکه مصالح و منافع عمومی در سطح داخلی و بین‌المللی قربانی این نگاه سطحی می‌گردد. بنابراین چنین امری قطعاً با آنچه مبنای تصویب و مورد توجه قانون‌گذار بوده به وضوح در تعارض می‌باشد. همچنین قابلیت ارجاع به داوری (arbitrability) در واقع محدودیتی است که از باب نظم عمومی توسط دولت‌ها بر داوری وارد می‌گردد (امیرمعزی، ۱۳۹۵، ص ۶۲). لذا در مواردی که تعارض ارجاع دعاوی به داوری با نظم عمومی محرز نمی‌باشد، اساساً پذیرش وجود و اعمال محدودیت فاقد توجیه و مردود می‌باشد.

لازم به توجه است رعایت مفاد اصل بر مبنای تفسیر موسع نه تنها در امضا و انعقاد قرارداد بلکه در اجرا و حل و فصل اختلافات احتمالی با طرف قرارداد یا سرمایه‌گذار خارجی، موجب تشریفات می‌گردد که خلاف اصل سرعت و حسن نیت در معاملات بازرگانی است. انتظار طرف خارجی از دولت میزبان این است که با حسن نیت، اجرا و اخذ مجوزهای لازم از مراجع آن کشور را تضمین نماید نه اینکه به هنگام اجرای قرارداد و بروز اختلاف با عنوان کردن لزوم رعایت شروط اصل ۱۳۹، برخلاف حسن نیت قراردادی به زیان طرف مقابل عمل نماید (علیدوستی، ۱۳۸۷، ص ۸۱). به طور خلاصه نگاه سختگیرانه به اصل ۱۳۹ که موجب ابهام در سرنوشت اختلافات احتمالی از نگاه سرمایه‌گذاران خارجی می‌گردد، بدون تردید عاملی بازدارنده برای ورود سرمایه‌های خارجی به کشور و پیشرفت و شکوفایی اقتصادی می‌باشد.

سایر نظریات نیز با تحلیل و بررسی موضوع تلاش نموده‌اند تا با ارائه تفسیری




منطقی، صحیح و همسو با تحولات قراردادی، از آثار سوء تفسیر موسع بکاهند. لکن به نظر می‌رسد تا زمانی که به نحو مقتضی اصل ۱۳۹ قانون اساسی اصلاح نگردد یا تعریفی جامع و مانع از اموال عمومی و دولتی توسط قانون گذار تعیین نگردد و یا نظریات تفسیری موجه، متفن و همسو با تحولات جهانی ایجاد شده در قراردادهای داخلی و بین المللی، توسط شورای نگهبان ارائه نشود، همچنان تشتت آراء و نظریات باقی خواهد ماند. در مجموع به نظر می‌رسد بتوان گفت، در اختلافات و دعاوی که موضوع آنها اموال عمومی و ملی است و تحت اختیار حکومت (دولت در معنای عام و فراتر از قوه مجریه) است مانند اموال نیروهای نظامی و همچنین آن دسته از اموال عمومی که تحت تسلط، اختیار و مدیریت دولت در معنای خاص و مربوط به اعمال حاکمیتی است مانند جنگل‌ها و رودخانه‌ها، رعایت شرایط مندرج در اصل ۱۳۹ جهت ارجاع به داوری ضروری می‌باشد. ولی در خصوص دعاوی که اساسا در مالکیت اختصاصی دولت است و دعاوی مربوط به قراردادهای مالی که از نوع اعمال حاکمیت نیست و به عبارتی از امور اعمال تصدی از طریق انعقاد قراردادها و غیره می‌باشد و همچنین در مواردی که مال موضوع دعوی و اختلاف هنوز به مالکیت دولت یا تحت تسلط و مدیریت دولت در نیامده است مانند دعاوی الزام به ایفای تعهد، مطالبه خسارات قراردادی، مطالبه منافع مال و مواردی که تردید در تعلق مال به دولت و یا تعلق به اموال عمومی (ولو به صورت موقت و تا تعیین تکلیف دادگاه) وجود دارد، موضوع به دلیل عدم شمول و اطلاق اموال عمومی و دولتی بر آنها، مشمول ممنوعیت و محدودیت مندرج در اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی نمی‌گردد. نکته مهم اینکه، به عنوان یک قاعده، پیوسته باید به موضوع دعوی و شمول اموال عمومی و دولتی بر آن توجه ویژه داشته باشیم و از عطف توجه به طرفین دعوی و ملاک عمل قرار دادن آنها پرهیز نماییم.

آنچه در وضعیت فعلی حقوقی در خصوص موضوع مورد بحث نسبتا مغفول مانده، عدولی است که قانون گذار از لزوم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ از طریق تصویب قانونی خاص داشته است. به عنوان مثال مقنن در ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹ رجوع به داوری در خصوص اختلافات ناشی از خصوصی سازی را پذیرفته است. در این ماده مقرر شده؛ «رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیئت داوری است و این موضوع در قراردادهای



تنظیمی واگذاری سهم قید می‌شود و به امضای طرفین می‌رسد». طبق مصوبه سال ۱۳۷۳ هیئت وزیران نیز با عنوان «تفویض اجازه ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری به کمیسیون امور زیربنایی و صنعت و لغو تصویب نامه راجع به الحاق عبارتی به تصویب نامه تفویض دو مورد به کمیسیون اقتصاد هیئت وزیران» مقرر گردیده؛ «اجازه ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در مورد شرایط عمومی قراردادهای ساخت و قراردادهای خدمات مشاوره ای در موارد غیر مهم، به کمیسیون امور زیربنایی و صنعت تفویض می‌شود. در مورد هر قرارداد تصمیم کمیسیون با رأی اکثریت وزرای عضو و پس از تأیید رئیس جمهور لازم الاجراست». نکته قابل توجه اینکه در مصوبه مذکور هیچ اشاره ای به لزوم اطلاع یا کسب مصوبه مجلس شورای اسلامی نگردیده و صرفاً بعد از تأیید رئیس جمهور، تصمیم کمیسیون مبنی بر ارجاع به داوری را لازم الاجرا اعلام نموده است. گفتنی است دولت در قراردادهای پیمان کاری که از اهمیت ویژه و بار مالی سنگینی برخوردار است جهت ایجاد وحدت رویه و همسان سازی، اقدام به وضع و انتشار فرمت این گونه قراردادها و درج شرط داوری نموده و شورای عالی فنی سازمان برنامه و بودجه را به عنوان داور تعیین نموده است. در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مقرر شده؛ «... (ج) هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید. تبصره (د). چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود». در این خصوص که شورای عالی فنی نقش داور را ایفا می‌نماید، ذکر دو نکته یا ایراد در اینجا ضروری می‌باشد. نخست، لزوم موافقت سازمان برنامه و بودجه جهت ارجاع به داوری می‌باشد که این موضوع علاوه بر اینکه زمان بر بوده و با یکی از اهداف ارجاع به داوری که تسریع در رسیدگی است در تناقض می‌باشد، در صورت مخالفت سازمان مذکور، طرف مقابل از بهره مندی از مزایای داوری محروم می‌گردد. دیگر اینکه شورای عالی فنی خود یک نهاد دولتی است که این امر با یکی از اصول داوری که بی طرفی می‌باشد در تعارض است. به طور خلاصه باید گفت، مقررات فوق نیز با هدف مقابله با تفسیر موسع و جلوگیری از اجرای مقررات اصل ۱۳۹ و آثار سوء آن به تصویب رسیده است.



می‌توان گفت، در صورتی که در شرکتی کمتر از میزان مقرر در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ (بیش از ۵۰ درصد) متعلق به دولت باشد، شرکت دولتی محسوب نشده و مشمول مقررات اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ نخواهد بود. در صورت دولتی محسوب شدن نیز، با توجه به اینکه شرکت مذکور برابر رأی وحدت رویه شماره ۶ مورخ ۱۳۶۱/۰۲/۲۷ دارای شخصیت مستقل از دولت می‌باشد و عملاً در امور مالی هم مستقل عمل می‌کند و از سویی دیگر نیز فعالیت آن از اعمال حاکمیتی نیست و وفق تصریح ماده مذکور عمدتاً وظیفه تصدی‌گری را به عهده دارد و اینکه نظریه شورای نگهبان نیز در خصوص اموال آن، از نوع مشورتی بوده و مشمول اصل ۹۸ قانون اساسی نمی‌باشد، مقررات اصل ۱۳۹ در مورد دعاوی مربوط به اموال و دارایی‌های آن مجری نمی‌باشد.

## ۵- رویه محاکم و دیوان‌های داوری

رویه محاکم کشور نیز همانند نظریات ارائه شده سابق در خصوص گستره شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی متشکلت و دارای دو رویکرد می‌باشد. طبق یک رویکرد خشک و سختگیرانه، شرایط مقرر در اصل ۱۳۹ الزاماً باید در زمان انعقاد قرارداد یا توافق ارجاع اختلافات و دعاوی احتمالی به داوری، تحصیل شده باشد و در غیر این صورت توافق بر ارجاع به داوری اساساً باطل خواهد بود. این نظریه بر مبنای رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد که شرح آن در بحث مفهوم ارجاع به داوری گذشت. این دیدگاه خشک و افراطی در شرح مذاکرات شورای نگهبان مسبوق به سابقه نبوده و مخالف اصول حقوقی پذیرفته شده در ایران است. زیرا همانند مواردی که تحقق آثار عقد منوط به تنفیذ شخص دیگری می‌باشد، ضمانت اجرای آن عدم نفوذ و اجرایی نشدن آثار عمل حقوقی می‌باشد (نیکبخت و همتی کلوانی، ۱۳۹۸، ص ۱۵). بنابراین با توجه به درج واژه دعوی در اصل ۱۳۹ و مفهوم آن به نظر می‌رسد، در صورتی که اخذ مصوبه دولت و اطلاع یا تصویب مجلس متعاقب حدوث اختلاف و حتی ارجاع به داوری باشد، خللی در توافق بر داوری و رسیدگی داوران براساس قانون ایجاد نخواهد نمود. همچنین بدون تحلیل موضوع اختلاف، شرایط مقرر در اصل ۱۳۹ را در صورتی که یکی از طرفین دعوی از نهادها و سازمان‌های دولتی باشد الزامی دانسته رأی داور را باطل اعلام نموده‌اند. در صورتی که آنچه معیار و ملاک تعیین شده موضوع اختلاف یا همان اموال عمومی و دولتی می‌باشد.



در مقابل رویکرد خشک و دچار جمود، در تعدادی از آرای قضایی مشاهده می‌شود که محاکم با نگاهی منطقی و اشراف کافی به مقتضیات فعلی روابط تجاری و قراردادی نهادهای دولتی و عمومی و توجه دقیق به موضوع دعوی، تفسیر موسع و غیر منطقی این اصل را نپذیرفته‌اند. به عنوان مثال شعبه ۱۴ محاکم حقوق تهران طی دادنامه منتشر نشده شماره ۹۷/۱۴/۰۲۲۲ مورخ ۹۷/۰۲/۳۱ ارجاع اختلاف به داوری را با این استدلال پذیرفته است: «از لحاظ منطقی فقط دعاوی راجع به اموال عمومی اند که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند. اموال عمومی در معنای خاص به اموالی گفته می‌شود که ملک عموم بوده، اصل بر عدم امکان واگذاری آن است و اختصاص به اعمال حاکمیتی دارد. از سویی به نظر می‌رسد که مقصود قانون گذار در قانون اساسی از اموال دولتی که در ردیف اموال عمومی قرار داده است اموال دولتی باشد که برای مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده است و ناظر به آن دسته اموال دولتی است که انتقال آنها مطابق قوانین امکان پذیر نمی‌باشد» (همان منبع، ص ۲۰). ملاحظه می‌شود که دادگاه با تکیه بر تفکیک میان اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری و اختصاص اموال مشمول اصل ۱۳۹ به اموال غیر قابل انتقال و اموالی که به مصارف و مصالح عمومی اختصاص داده شده، ارجاع اختلاف به داوری را مورد قبول قرار داده است.

در همین راستا شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه ۱۳۷۶-۱۳۸۳/۱۰/۱۴ ارجاع اختلاف به داوری را در موردی که سپاه ناحیه شمال تهران و مقاومت بسیج آن ناحیه از طرفین دعوی بوده اند را پذیرفته و شعبات ۲۹ و ۳۵ دادگاه مذکور به ترتیب طی دادنامه‌های ۱۲۷۰-۱۳۸۱/۰۸/۲۶ و ۱۷۳۲-۱۷۳۱-۱۳۸۴/۱۱/۱۵ در دعوایی که یک طرف آن بنیاد مستضعفان و جانبازان بوده، ارجاع به داوری را صحیح دانسته‌اند و همچنین شعبه ۱۸ همان دادگاه طی دادنامه ۱۷۵۳-۱۳۸۴/۱۰/۲۸ با اینکه یکی از طرفین، شرکت ملی گاز ایران بوده به طور مشابه عمل نموده است (زند، ۱۳۸۸، صص ۶۱ و ۷۸ و ۷۹ و ۸۶). شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در دعوی که یکی از خواندگان شرکت راه آهن شهری تهران و حومه (مترو) بوده، به دلیل وجود شرط داوری در قرارداد مورد استناد خواهان، طی دادنامه ۳۳۴-۱۳۹۲/۰۵/۲۸ قرار عدم استماع صادر نموده است. شعبه ۱۲۳ همان دادگاه نیز در پرونده‌ای که خواهان یک دانشگاه دولتی بوده، با صدور دادنامه ۸۹۰۰۰۱۰۷۳-۱۳۸۹/۱۲/۰۸ به نحو مذکور عمل نموده است.

در دیوان‌های داوری نیز رویه‌ها و نظریات متفاوت می‌باشد. اما طبق رویه غالب، در



دعاوی مطروحه علیه دولت و سازمان‌های دولتی ایران، ایراد متأخر به صلاحیت دیوان و الزامی دانستن رعایت مقررات اصل ۱۳۹ پذیرفته نشده است (نیکبخت و همتی کلوانی، ۱۳۹۹ ص ۱۰). به عنوان مثال بعد از حدوث اختلاف بین شرکت فرانسوی الف اکتین و شرکت ملی نفت ایران، شرکت خارجی به استناد شرط داوری، از دیوان داوری اتاق تجارت بین الملل درخواست رسیدگی کرد. در مقام دفاع طرف ایرانی به استناد اصل ۱۳۹ قرارداد داوری را باطل، نامعتبر و غیر قابل اجرا اعلام نمود. دیوان در مقام رسیدگی، دفاع طرف ایرانی را بدین صورت رد نمود؛ مطابق یک اصل شناخته شده در حقوق بین الملل، دولت موظف به پایبندی و اجرای شرط داوری مقید در قرارداد منعقدہ توسط خود او یا مؤسسه وابسته به اوست و نمی‌تواند به طور یک جانبه مانع از توسل به داوری و حل اختلافات مورد توافق طرفین شود. در رأی دیگر برخلاف موارد غالب، در دعاوی شرکت ملی نفت ایران علیه شرکت پانامایی گات اوایل، این شرکت به عدم اعتبار قرارداد داوری به دلیل عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ استناد نمود. دیوان داوری استناد مذکور را نپذیرفت و متعاقباً با توجه به اینکه محل داوری در کشور فرانسه قرار داشت، شرکت خارجی با بیان همان مبانی در دادگاه استیناف پاریس به رأی داوری اعتراض نمود. این دادگاه نیز با این استدلال اعتراض را رد نمود؛ با توجه به اینکه دعاوی حاضر جزو آن دسته از قراردادهای بین المللی است که تحت شرایط منطبق با عرف و رسوم تجارت بین الملل انعقاد یافته است و قرارداد داوری موضوع آن نیز منطبق با نظم عمومی بین المللی است، همان طور که شرکت ملی نفت ایران به موجب قرارداد از استناد و انتفاع از مقررات محدود کننده حقوق داخلی به قصد فرار از تعهدات پس از توافق بر داوری ممنوع است، شرکت گات اوایل نیز نمی‌تواند اعتراض خود به اهلیت و اختیارات شرکت ملی نفت ایران در رجوع به داوری را مستند و مبتنی بر قوانین داخلی ایران نماید. زیرا نظم عمومی بین المللی اساساً اهمیتی به شروط و مقررات مربوط به چگونگی مراجعه مؤسسات عمومی و دولتی در نظام داخلی به داوری قائل نیست (کربلایی امینی، ۱۳۹۳، صص ۱۹۵ و ۱۹۷). علاوه بر لزوم پایبندی به تعهدات و نظم عمومی بین المللی که مبنای صدور آرای فوق بوده است، رعایت اصل حسن نیت و اصل منع تناقض گویی (Estoppel) نیز از مبانی آرای فراوان دیوان‌های داوری در رد استناد به محدودیت‌های حقوق داخلی مانند اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران می‌باشد. قاعده اخیر اجمالاً بدین معناست که هیچ کس نمی‌تواند به زیان دیگری تناقض گویی کند. این قاعده بیشتر در حقوق بین الملل کاربرد دارد و لی معادل



آن در حقوق اکثر کشورها وجود دارد. به عنوان مثال در حقوق ایران می‌توان به قاعده عدم استماع انکار بعد از اقرار، موضوع ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی اشاره نمود. با بررسی انواع مواجهه دیوان‌های داوری و برخی محاکم با مقررات و گستره شمول اصل ۱۳۹، غیرمنطقی و موجد اخلال بودن نگاه موسع و سختگیرانه به اصل ۱۳۹ و لزوم لحاظ نمودن تفسیری صحیح و مطابق مصالح کشور و مقتضیات متحول روز جامعه جهانی نمایان می‌گردد.

### نتیجه گیری و پیشنهاد

مسئله تفسیر موسع و سختگیرانه اصل ۱۳۹ قانون اساسی آثار سوئی در روابط قراردادی و تجاری برای دولت، نهادها و مؤسسات وابسته به آن، شرکت‌های دولتی، نهادها و مؤسسات ارائه دهنده خدمات عمومی و طرف‌های قراردادی داخلی و خارجی آنها ایجاد می‌نماید. به دلیل وجود این مشکلات و برخی ابهامات موجود در این اصل، نظریات و رویکردهای مختلفی توسط پژوهشگران و محاکم قضایی در خصوص گستره شمول اصل ارائه شده است که به طور کلی می‌توان آنها را به دو دسته عمده تقسیم نمود. عده ای با رویکردی ظاهرگرایانه و محتاطانه و تفسیری لفظی و سطحی، رعایت مقررات اصل ۱۳۹ را در کلیه دعاوی که موضوع آن مربوط به اموال عمومی و دولتی است را لازم می‌دانند و حتی وجود مجوز قانونی در زمان توافق بر درج شرط داوری را نیز ضروری می‌دانند. در مقابل عده ای دیگر با نقد نظر اخیر و نگاهی منطقی و تحلیلی به اصل ۱۳۹، گستره آن را محدود و مضیق می‌دانند. با بررسی‌های صورت گرفته و ارائه مفهومی صحیح از اموال عمومی و دولتی، همسو با رویکرد اخیر و بر مبنای فلسفه تصویب این اصل و توجه به نوع عمل (از حیث اعمال حاکمیت یا تصدی‌گری) و لحاظ مقتضیات فعلی جامعه و روابط بین المللی می‌توان گفت، رویکرد نخست قطعاً مردود می‌باشد و درج شرط داوری در قراردادهای مربوط به اموال عمومی و دولتی بدون نیاز به تصویب هیئت وزیران و اطلاع یا تصویب مجلس در زمان انعقاد قرارداد، صحیح می‌باشد و لزوم رعایت شرایط مندرج در اصل ۱۳۹ در زمان ارجاع دعوی به داوری می‌باشد. همچنین دعاوی که موضوع آنها اموال عمومی است که به عنوان اموال ملی تحت اختیار حکومت (دولت در معنای عام و فراتر از قوه مجریه) است و همچنین اموال عمومی که به عنوان اموال ملی و متعلق به عموم مردم تحت تسلط و کنترل دولت در معنای خاص است و مربوط به اعمال حاکمیتی است، بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد. در مقابل دعاوی





که موضوع آن مربوط به اموالی است که اساسا در مالکیت اختصاصی دولت است و دعاوی مربوط به قراردادهای مالی که از نوع اعمال حاکمیت نیست و از نوع تصدی گری می باشد و همچنین دعاوی راجع به اموالی که هنوز تحت مالکیت دولت در نیامده و استقرار مالکیت دولت با رسیدگی و صدور حکم تعیین می گردد، مانند الزام به ایفای تعهد، مطالبه خسارت و منافع مال و مواردی که اساسا عمومی و دولتی بودن آن محل تردید باشد، بدون لزوم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ قابل ارجاع به داوری است.

در وضعیت فعلی با فرض عدم اصلاح اصل ۱۳۹ پیشنهاد می گردد، برای مرتفع شدن مشکلات و مسائل ناشی از این اصل اولاً، مفهوم اموال عمومی و دولتی به صورت جامع و مانع توسط قانون گذار تعیین گردد. ثانیاً، شورای نگهبان با لحاظ مقتضیات روز قراردادهای داخلی و بین المللی و درک صحیح مصالح روز کشور و مبنای تصویب اصل ۱۳۹، جهت محدود نمودن گستره آن وفق اصل ۹۸ قانون اساسی به ارائه نظریات تفسیری بپردازد. ثالثاً، با استفاده حداکثری از ظرفیت مندرج در اصل ۱۲۷ قانون اساسی در روند صدور مصوبه (مجوز) تسریع گردد.

## منابع

### مقالات

- دشتی، تقی؛ حائری اصفهانی، شهاب (۱۳۹۹)، داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول گریانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فصلنامه پژوهش های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم
- رضائی زاده، محمدجواد؛ بابائی، مهدی (۱۳۹۷)، نظریه مربوط به ماهیت حقوق اموال عمومی، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۱۶
- عبد یزدان، مصطفی (۱۳۹۷)، تحلیل رویکرد دادگاه ها نسبت به داوری دعاوی اموال عمومی و دولتی، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، سال پنجم، شماره ۹
- علی دادی ده کهنه، علی؛ جوهری، ابودر (۱۳۹۸)، حقوق داوری کاربردی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه
- علیدوستی، ناصر (۱۳۸۷)، ظرفیت های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال یازدهم، شماره اول
- کربلایی امینی، منا (۱۳۹۳)، مراجعه به داوری بین المللی در دعاوی دولتی، ماهنامه کانون، شماره ۱۴۷ و ۱۴۸
- کرمی، حامد؛ محبی، داود (۱۳۹۷)، تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران



- مبتنی بر ماهیت اموال عمومی، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲۲
- کربیمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱)، داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، شماره ۳۶
- نیکبخت، حمیدرضا؛ همتی کلوانی، احمد (۱۳۹۹)، اصل ۱۳۹ در پرتو رویه قضایی و داوری، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هشتم، شماره ۳۰
- هندی، اصغر (۱۳۸۶)، بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکتهای دولتی، مجله حقوق دادگستری، شماره ۶۱

### کتاب ها

- امیرمعزی، احمد (۱۳۹۵)، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ پنجم
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۱)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول
- خوئینی، غفور (۱۳۹۷)، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم
- زندی، محمدرضا (۱۳۸۸)، رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی ۲ (داوری)، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، داوری تجاری بین المللی، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۷)، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، چاپ بیست و یکم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چاپ سوم
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم
- محمدی خورشیدی، محمد (۱۳۹۵)، داوری در حقوق ایران، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ دوم



# ضرورت پذیرش نهاد اعتراض ثالث در دعاوی کیفری

محمد صادق شیخوند<sup>۱</sup>

## چکیده

بر خلاف دعاوی حقوقی، در دعاوی کیفری اصولاً شخص ثالث نمی تواند ادعا نماید که از حکم کیفری متضرر شده است؛ زیرا حکم محکومیت تنها متوجه تن، آزادی و مال دخالت کنندگان در جرم اعم از مرتکب و معاون است. با این حال، جنبه مالی بسیاری از مجازات‌ها و همچنین گسترش نظام بیمه ای و حمایتی در برابر خسارات بدنی و مالی ناشی از جرم، فرض ذی نفع بودن اشخاص ثالث را نسبت به حکم محکومیت کیفری متصور ساخته است. قانونگذار ایرانی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیرامون این موضوع مهم موضعی اتخاذ ننموده که صحیح به نظر نمی‌رسد. با این حال، سکوت قابل نقد مقنن به موجب برخی از قوانین و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۰۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور تا اندازه ای جبران شده است. از منظر قانونی، قانون گذار در برخی از قوانین از جمله «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵» به نحو صریح به پذیرش نهاد اعتراض ثالث در دعاوی کیفری اشاره داشته است و از منظر قضایی نیز به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ اعتراض شخص ثالث متضرر از رأی دادگاه کیفری، در خصوص رد مال به رسمیت شناخته است. در این نوشتار، ضمن تبیین مبانی پذیرش نهاد اعتراض ثالث و بررسی ظرفیت‌های موجود قانونی، امکان توسعه این نهاد به موارد مشابه و به طور کلی پذیرش آن در قالب ماده ای مستقل در قانون آیین دادرسی کیفری مورد

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز، پژوهشگر مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، مدرس دانشگاه.



بحث و بررسی قرار گرفته و نهایتاً به عنوان یک ضرورت غیر قابل انکار شناخته شده است.

**واژگان کلیدی:** اعتراض ثالث، اصل شخصی بودن مجازات‌ها، رد مال، عدالت شکلی، قاعده لاضرر.

### مقدمه

امروزه، فرض عدم تسری احکام کیفری به اشخاص ثالث یک فرض غیر قابل قبول و رد شده می‌باشد. بسیاری از مجازات‌ها ممکن است گریبانگیر شخصی گردد که در دعوی کیفری حضور نداشته است. برخورد آثار حکم کیفری به اشخاص ثالث غیر دخیل در فرایند کیفری، فقط در رابطه با اشخاص حقیقی نمود پیدا نمی‌نماید بلکه این موضوع در رابطه با اشخاص حقوقی نیز مصادیق فراوانی دارد و امروزه در حال گذر از استثنا به اصل می‌باشد. اگرچه نظام سنتی مسؤولیت بر اصل مسؤولیت زیان زننده استوار است و در موارد خاص، جامعه و نهادهای حمایتی خسارت وارده بر زیان دیده را جبران می‌کنند. اما، خطرساز بودن بسیاری از مشاغل، فعالیت‌های اقتصادی و حتی رفتارهای فردی خود زیان‌دیده در جوامع صنعتی معاصر از یک سو و عواقب ناتوانی جبران خسارت وارده بر زیان دیده توسط مسؤول از سوی دیگر رویکردی نوین را در نظام جبران خسارت پدید آورده است. در این رویکرد، دغدغه اصلی ایجاد نظامی از مسؤولیت است که مبنای آن حمایت از زیان‌دیده و جبران خسارت وی توسط نهادهایی است که به جانشینی شخص مسؤول، خسارات وارده بر زیان دیده را پرداخت می‌کنند. هدف از این نظام حمایتی حمایت مطلق از شهروندی است که در جامعه صنعتی امروز در معرض آسیب‌های متنوع قرار دارد. از این رو، اکتفا به طرح‌های گزینشی دسته‌های خاصی از زیان‌دیدگان حوادث برای جبران خسارت قابل توجیه نیست و منجر به تبعیض بین آنان می‌شود؛ برای مثال، آیا بازماندگان تحت تکفل کسی که بر اثر سقوط غیر قابل اجتناب هواپیما به دلیل برخورد با صاعقه کشته شده، نسبت به بازماندگان تحت تکفل کسی که مستقیماً بر اثر صاعقه کشته شده است، شایستگی بیشتری برای جبران خسارت دارند؟ پروفیسور مارک فرانکلین، در انتقاد از طرح‌های موردی و خاص گفته است: «دلیلی نمی‌بینم که با زیان‌دیدگان حوادث رانندگی رفتار ویژه‌ای شود. من نمی‌دانم چرا باید برای حقوق مهم باشد که دستی چگونه شکسته شده است. چه فرق می‌کند که دستی بر اثر تقصیر عمدی دیگری شکسته شده باشد یا در نتیجه فعل راننده‌ای خطا کار یا راننده‌ای غیر خطا کار و یا بر اثر زلزله یا لیز خوردن



در حمام» (بادینی، ۱۳۹۲: ۵۹۹). بر همین مبنا، کشور نیوزلند نظام مسؤولیت مدنی جبران خسارت بدنی را الغاء و نظامی عام برای جبران خسارت زیان دیدگان هر نوع حادثه و نیز بیماری‌های حرفه ای برقرار کرده است. تدوین کنندگان طرح الغاء، حق طرح دعوا بر مبنای قواعد مسؤولیت مدنی و جایگزینی آن با طرح جبران خسارت بدون تقصیر تحت نظر دولت را مبتنی بر قرارداد اجتماعی بین دولت و ملت نیوزلند می‌دانند. تقاضای جبران خسارت بدنی از طریق این طرح منوط به اثبات تقصیر و فعل زیان بار هیچ کسی نیست. در صورت روی دادن حادثه، علاوه بر پرداخت هزینه‌های پزشکی و توانبخشی، هشتاد درصد درآمد قبلی شخص به صورت هفتگی و مبلغ مقطوعی به عنوان جبران خسارت معنوی به وی پرداخت می‌شود. (بادینی، ۱۳۹۲: ۵۹۹-۶۰۰). آن چه در فوق بیان گردید، اقتضائات حقوقی خاص خود را نیز به همراه دارد. در حقیقت، پرونده‌های کیفری که با منافع اشخاص ثالث غیر دخیل در پرونده مواجه بوده و پدیده‌های حقوقی که منجر به پرداخت خسارت توسط اشخاص حقوقی غیر دخیل در حادثه شده، عرصه جذابی برای متقلبان و افراد زیاده خواه بوده و در بسیاری از مواقع انواع تقلبات، سوءاستفاده‌ها و -در فرض خوشبینانه- بی‌اعتنایی‌ها را سبب شده است که نیازمند جلوگیری و مقابله می‌باشد. همانگونه که خواهیم دید، پذیرش نهاد اعتراض ثالث در امور کیفری، ابزاری قابل توصیه جهت مقابله با تعرض به حقوق اشخاص غیر دخیل در پرونده کیفری می‌باشد. در نوشتار پیش رو، ابتدا مبانی پذیرش نهاد اعتراض ثالث در دعوی حقوقی بیان شده است و در ادامه دلایل نیاز به پذیرش این نهاد در دعوی کیفری و مصادیق آن در حقوق ایران برشمرده شده است. بخش انتهایی مقاله نیز ناظر به ضرورت پیش بینی نهاد اعتراض ثالث در قانون آیین دادرسی کیفری و توسعه آن به دیگر حوزه‌هایی است که قوانین و مقررات فعلی شامل آن‌ها نمی‌شود.

### ۱. مبانی پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به آراء دادگاه حقوقی

تبیین و توجیه آثار مترتب بر هر تأسیس حقوقی، مستلزم کشف و استنباط ماهیت حقوقی آن تأسیس است. نهاد اعتراض ثالث نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. بر کسی پوشیده نیست که حتی مجرب‌ترین قاضی همانند سایر افراد بشر همواره در معرض اشتباه و لغزش قرار دارد و ممکن است خواسته یا ناخواسته شرایطی به وجود آید که قاضی در رسیدگی به پرونده و موضوع مورد تنازع در تشخیص حق بازماند و اشتباه کند. نتیجه



آن که باید ضوابط و ترتیبی اتخاذ گردد که رأی قاضی جهت بازبینی بتواند مورد شکایت طرفی قرار گیرد که جزئاً یا کلاً علیه او صادر گردیده شده است. (دولاح، ۱۳۹۲، ۲۳). این حق برای «اصحاب دعوا» در قالب حق پژوهش خواهی نسبت به حکم صادره و برای «اشخاص ثالث» در قالب حق اعتراض شخص ثالث قابل تعریف می‌باشد.

اعتراض شخص ثالث، استثنایی بر اصل نسبی بودن احکام دادگاهها است. بر مبنای اصل یاد شده، آراء دادگاه نسبت به طرفین و قائم مقام قانونی آنان اعتبار دارد و اثری له یا علیه اشخاصی که در دادرسی شرکت نکرده اند نخواهد داشت. در پاره ای موارد اشخاص ثالث از حکم یک دادگاه متضرر می‌شوند. این حالت در مواردی رخ می‌دهد که موضوع حکم به دلیل رابطه ای که یکی از طرفین دعوی با ثالث برقرار کرده است به وی نیز تسری پیدا می‌کند. برای مثال، اگر خوانده مالی را که قبلاً خریداری کرده است به دیگری منتقل کند. حکم دادگاه مبنی بر ابطال معامله نخستین شخص اخیر را متضرر می‌کند و مالکیت وی را نیز زایل می‌نماید. در این فرض و فروض مشابه، اعتراض شخص ثالث به حکم دادگاه راهی برای احقاق حق و جلوگیری از بروز ضرر ناروا خواهد بود.

در حقیقت، اگر حق اصحاب دعوا در اعتراض به رأی دادگاه و تقاضای پژوهش را یک ضرورت مسلم و در زمره اصول تضمین کننده دادرسی عادلانه تلقی نماییم، این امر، به طریق اولی، در شناسایی حق اعتراض برای شخص ثالث وجود دارد. دلیل این ضرورت نیز مشخص است، چه، بر خلاف اصحاب دعوا که در فرایند رسیدگی حاضر بوده و با توجه به مقررات مربوط به ابلاغ، از زمان تشکیل جلسه دادرسی و فرایند رسیدگی مطلع بوده، چنین آگاهی در رابطه با اشخاص ثالث وجود نداشته و در صورت تعدی به حقوق اشخاص ثالث، شخص ثالث زمانی از این امر اطلاع پیدا می‌کند که تعدی، از قوه به فعل تغییر پیدا نموده و حقوق مربوط به شخص ثالث در معرض تضییع قرار گیرد. لذا، با عنایت به این مهم، پیش بینی نهاد اعتراض شخص ثالث، می‌تواند کمک شایانی به کشف حقیقت نماید. از منظر فقهی نیز برای مقابله با ضرر ناشی از احکام حقوقی و از جمله جهت مبارزه با جواز اجرای حقی که به ضرر دیگری می‌انجامد، می‌توان به قاعده فقهی لاضرر استناد نمود. در حقیقت، مفاد قاعده لاضرر، نفی حکم ضرری و معیار تحقق ضرر نیز خسارت و ضرر نامتعارف است. در حال حاضر، اعتراض شخص ثالث نسبت به امور حقوقی به موجب مواد ۴۱۷ الی ۴۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده است. اعتراض شخص ثالث در امور حقوقی به موجب دادخواست و به طرفیت محکوم له و محکوم علیه رای مورد

اعتراض می‌باشد. دادخواست یاد شده به دادگاهی تقدیم می‌شود که رأی قطعی معترض عنه را صادر و ترتیب دادرسی مانند دادرسی نخستین خواهد بود.

## ۲. امکان سنجی پذیرش اعتراض شخص ثالث نسبت به آراء کیفری

### در دادرسی کیفری

به طور کلی، آراء دادگاه کیفری در برابر همه قابل استناد است و مشمول اصل نسبیت آراء، آن گونه که در مورد آراء حقوقی گفته شده است، نمی‌شود. (آشوری، ج ۱، ۱۳۸۷: ۳۷) و به همین دلیل «حکم کیفری یک اماره قانونی مطلق دارای خصیصه عمومی است و مربوط به نظم عمومی جامعه می‌باشد. در نتیجه برای احکام کیفری برای کلیه مراجع قضایی و هر ذی نفعی قابل استناد است» (آخوندی، ج ۱، ۱۳۸۴: ۲۶). در همین رابطه ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه رأی قطعی کیفری مؤثر در ماهیت امر حقوقی باشد، برای دادگاهی که به امر حقوقی یا ضرر و زیان رسیدگی می‌کند، لازم‌الاتباع است». اما، نیازهای روز جامعه و همچنین تنوع مجازات‌ها در روزگار کنونی، فرض ذی نفع بودن اشخاص ثالث نسبت به حکم کیفری را مطرح ساخته است. به همین دلیل است که حقوق جزای مدرن با گذر از مباحث سنتی و در راستای یک رسیدگی عادلانه اعتراض شخص ثالث را در امور کیفری نیز مورد پذیرش قرار داده است. در ادامه، به دو رویکرد سنتی و مدرن در مواجهه به نهاد اعتراض ثالث در امور کیفری خواهیم پرداخت.

### ۱-۲. رویکرد سنتی؛ عدم پذیرش اعتراض شخص ثالث در امور

#### کیفری

در رسیدگی‌های کیفری، دادسرا به نمایندگی از عموم جامعه، جرم ارتکاب یافته را پیگیری و با استفاده از امکانات و ابزارهای در دسترس به نحوی دقیق و با رعایت همه جوانب نظم عمومی مخدوش شده را مورد رسیدگی قرار داده و در نهایت، دادگاه حکم کیفری را صادر می‌نماید. سوال بسیار مهم در این رابطه آن که: آیا حکم صادره قابلیت اضرار به شخص ثالث را دارد؟ پاسخ به سوال فوق در بدو امر ممکن است به دلایل ذیل منفی باشد:



نخست آن که: اعتبار حکم صادره از امور کیفری به واسطه رسیدگی به اخلال به وجود آمده در نظم عمومی جامعه و همچنین امکان تحقیق گسترده‌تر دادرسی، قابل قیاس با حکم اصداری از دادگاه حقوقی نمی‌باشد. در حقیقت، در دادرسی‌های کیفری، طبیعی است که احتمال اصابه به واقع و کشف حقیقت به مراتب بیشتر از دادرسی مدنی می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۹۲) از طرف دیگر، بر خلاف دعوی خصوصی که گستره رسیدگی آن، محدود به طرفین بوده و در این میان، ممکن است شخص ثالثی نیز از حکم صادره ضرر دیده و متعرض آن گردد، جرم یک خطای عمومی است، زیرا عامه مردم به طور کلی از ارتکاب آن متأثر می‌شوند. (کلارسون، ۱۹۹۷: ۱۷) در نتیجه، نحوه و نوع رسیدگی در دادگاه‌های کیفری و متعاقب آن احکام صادره از مراجع مزبور متفاوت می‌باشد. به بیان دیگر، زمانی که جرمی واقع می‌شود، نظم عمومی جامعه به خطر افتاده و دستگاه قضا با استفاده از امکانات خود و به نمایندگی از عموم جامعه، رسیدگی و در صورت اثبات، حکم به مجازات را صادر می‌نماید. حکم مزبور نه بین دو یا چند نفر و نه در باب اختلافات خانوادگی، مالی و یا حقوقی بوده، بلکه، این حکم، پاسخی به متهم در برابر نقض نظم عمومی یک جامعه است. بنابراین، حکم مزبور که حاوی اهداف مهمی همچون: بازدارندگی، حمایت اجتماعی، بازپروری بزهکار و... بوده، را نمی‌توان به راحتی دستخوش تغییر نمود. بر همین پایه این اتفاق از دیرباز حاصل شده است که دادگاه مدنی باید از امر مختوم کیفری تبعیت کند و آن را محترم بدارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۹۲).

دوم آن که: مطابق با اصل شخصی بودن مجازات‌ها، مجازات تنها نسبت به شخص مجرم قابلیت اعمال داشته و نسبت به سایر اشخاص، اجرایی نیست. گرچه ممکن است آثار غیر مستقیم حکم صادره، گریبانگیر اشخاص ثالث نظیر خانواده محکوم علیه نیز بشود، اما، به علت عدم تأثیر گذاری مستقیم، پذیرفتن حق اعتراض شخص ثالث در امور کیفری محل تردید جدی می‌باشد.

سوم آن که: در حقوق ایران نیز چه در قانون آیین دادرسی کیفری سابق و چه در قانون آیین دادرسی کیفری جدید، نهاد اعتراض ثالث پیش بینی نگردیده است. مقنن اگر بر پذیرش این نهاد در امور کیفری، اعتقاد و اراده داشت، می‌بایست حداقل در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نهاد اعتراض شخص ثالث را به شکلی رسمی و با اختصاص مقرر ای مستقل وارد فرایند کیفری می‌نمود. این در حالی است که در قانون آیین دادرسی کیفری فعلی نیز اعتراض شخص ثالث نسبت به امور کیفری پیش بینی



نگریده است.

چهارم آن که: به اعتقاد برخی از قضات مداخله ثالث در دعاوی کیفری در تضاد با برخی اصول حاکم بر دادرسی کیفری می‌باشد؛ از جمله این اصول می‌توان به اصل سرعت در دادرسی، اصل محرمانه بودن دادرسی در مرحله تحقیقات مقدماتی و اصل غیر علنی بودن برخی از دعاوی اشاره نمود. (صابر، محمود؛ خلیق آذر، سمیه، ۱۳۹۶: ۲۳۰)

با توجه به موارد مذکور، در بدو امر چنین به نظر می‌رسد که عدم پذیرش نهاد اعتراض شخص ثالث در حقوق کیفری واجد مبنای قابل قبول بوده و نمی‌توان به واسطه قیاس حکم کیفری با حکم حقوقی، اعتراض ثالث را به نحو مطلق در همه احکام صادره از سوی مرجع کیفری به رسمیت شناخت.

## ۲-۲. رویکرد نوین؛ پذیرش اعتراض شخص ثالث در مجازات‌های

### واجد جنبه مالی

آن چه در گفتار پیشین بیان شد، بدون استثنا نمی‌باشد. هر چند فرض پذیرش اعتراض ثالث نسبت به آراء کیفری نادرتر از آراء حقوقی است و ضرر شخص ثالث به گستردگی آنچه در مورد آراء حقوقی عنوان شد متصور نیست، با این حال، جنبه مالی بسیاری از مجازات‌ها و گسترش نظام حمایتی در برابر صدمات مادی و معنوی ناشی از رفتار مجرمانه غیر عمدی، فرض ذی نفع بودن اشخاص ثالث غیر مرتبط با امر کیفری و همچنین، نهادهای حمایت کننده را ممکن ساخته است. از این رو، قاعده لاضرر قابل تعمیم به آن دسته از آراء کیفری که موجب مسؤولیت مالی نهادهای حمایتی و در نتیجه ورود زیان به شخص ثالث است، خواهد بود. به عبارت دیگر، عدم پذیرفتن نهاد اعتراض شخص ثالث در امور کیفری، به نحو مطلق صحیح به نظر نمی‌رسد. توضیح آن که: عرصه حقوق کیفری تنها جرایم بر ضد حکومت یا حقوق عمومی نیست؛ بلکه بسیاری از قواعد آن از حقوق خصوصی اشخاص در برابر یکدیگر حمایت می‌کند؛ مانند جرایم مربوط به سرقت و کلاهبرداری و خیانت در امانت و اعمال منافی عفت. (کاتوزیان، ج ۳، ۱۳۸۵، ۱۱۲) در چنین مواردی، زیان دیده از جرم می‌تواند به عنوان مدعی و شاکی خصوصی و یا تحت عنوان کلی متضرر از جرم، در دادرسی شرکت نماید. به عنوان مثال، شخص «الف» با تبانی شخص «ب» شکایتی علیه شخص «ب» مبنی بر سرقت شخص «ب» نسبت به یک دستگاه اتومبیل سواری مطرح می‌نماید. در روند رسیدگی نیز با سند



جعلی ارائه شده توسط شاکی، نهایتاً دادگاه حکم به محکومیت «ب» به اتهام سرقت صادر می‌نماید. این در حالی است که اتومبیل اساساً متعلق به شخص «ج» بوده و «الف» و «ب» با تبانی با یکدیگر موفق به تحصیل حکم قطعی کیفری گردیده اند. حال تکلیف شخص «ج» چیست؟ آیا امکان تجدیدنظرخواهی نسبت به دادنامه کیفری وجود دارد؟ پاسخ منفی است زیرا به صراحت ماده ۴۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری، چنین حقی برای غیر از اصحاب دعوا و یا دادستان وجود ندارد. آیا می‌تواند دعوای حقوقی طرح نماید؟ باز هم پاسخ منفی است زیرا با عنایت به مفاد ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصل کلی «تفوق آرای کیفری بر آرای حقوقی» حکم دادگاه کیفری، لازم‌الاتباع می‌باشد. آیا امکان طرح شکایت کیفری برای شخص ثالث وجود دارد؟ این امر، علاوه بر این که مستلزم صرف وقت و هزینه می‌باشد، در فرض وجود حکم قطعی کیفری، راه حل چندان مناسبی نبوده و امکان توفیق در آن قطعی نیست. بنابراین، پیش‌بینی راهکار مناسب جهت جلوگیری از اضرار به اشخاص ثالث در فرایند کیفری نه تنها لازم بلکه ضروری به نظر می‌رسد. علاوه بر آن چه بیان گردید، امروزه با گسترش نظام حمایتی بیمه‌ای، فرض تسری حکم کیفری به اشخاص ثالث نظیر شرکت‌های بیمه‌ای نه تنها منتفی نبوده بلکه به نحو قابل ملاحظه‌ای رو به افزایش است. در این رابطه همین بس که هم‌اکنون در بسیاری از حوزه‌ها از جمله مهندسی، پزشکی، حمل و نقل و... نهاد بیمه حضور داشته و مسؤولیت جبران خسارت اشخاص توسط نهادهای حمایتی نظیر بیمه‌کسبردگی فراوان دارد. بنابراین، پذیرفتن اعتراض شخص ثالث متضرر از اجرای حکم کیفری در فرایند کیفری، امکان اصابت حکم با واقعیت را بیشتر فراهم نموده بدون آن که خدشه‌ای به اصل شخصی بودن مجازات وارد نماید. در حقیقت، هدف از پذیرش اعتراض ثالث، جلوگیری از ضرر به شخصی است که در فرایند رسیدگی کیفری حضور نداشته اما به هر نحو متضرر گردیده است. با این وصف، پذیرفتن نهاد اعتراض شخص ثالث، نه تنها اصول حاکم بر حقوق کیفری را نقض نمی‌کند، بلکه در عادلانه‌تر شدن رسیدگی و احقاق حق کمک شایانی می‌نماید. نباید پنداشت که مفهوم مقدس عدالت فقط مخصوص امور ماهوی بوده و امور شکلی فاقد معنا و مصداق می‌باشد. در حقیقت، قواعد ماهوی اصل مجرمیت را تبیین می‌کنند و قواعد شکلی مجرمیت را در عمل مشخص می‌سازند. بی‌عدالتی ماهوی ممکن است در اثر جرم‌انگاری نابجا یا تعریف مغرضانه عمل مجرمانه و غیرمجرمانه به وجود آید. این در حالی است که بی‌عدالتی شکلی، بر اصول حاکم بر



دادرسی، شیوه‌ها و فرایندها دلالت دارد. بدین توضیح که عدم رعایت اصول حاکم بر دادرسی نظیر حق تجدیدنظرخواهی، علنی بودن رسیدگی، حق برخورداری از وکیل و... از جمله امور شکلی است که عدم رعایت آن می‌تواند منجر بر بی عدالتی شکلی گردد. (جورج پی فلچر، ۱۳۸۴، ۲۲۰)

بنابراین، عقیده مطرح شده مبنی بر این که به علت عدم تصریح نهاد اعتراض شخص ثالث در قانون آیین دادرسی کیفری جدید، امکان اعمال آن وجود ندارد، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. مخصوصاً آن که در قوانین جزایی شکلی که اصولاً برای اجرای بهتر عدالت و سهولت کشف حقیقت وضع می‌شوند، اصل تفسیر موسع و قیاس پذیرفته شده است. (خالقی، ۱۳۹۴، ۱۰) بنابراین، قوانین شکلی می‌توانند به خارج از متون محدود و فشرده خود اثر بکنند، وقتی که عقل، درک خوب و مخصوصاً مصلحت عالی عدالت که برای آن‌ها این قوانین تدوین شده اند موافق این تفسیر باشند؛ در صورت تردید، دادگاه‌ها باید در مساعدترین جهت، برای شخص مورد تعقیب (والبته تمامی اشخاص ذی نفع در دادرسی) آن‌ها را به کار گیرند، در جهتی که حقوق آن‌ها را بهتر تضمین کند. به عنوان نمونه، رویه قضایی کشور فرانسه، در اعلام این که ماده ۷۸ مجموعه قوانین تحقیقات کیفری که فقط متوجه صورت جلسات استماع شهادت شهود بوده، شامل کلیه اقدامات دادگاه کیفری است و نیز در گسترش ماده ۷۹ قانون تحقیقات کیفری که اجازه استماع شهادت صغار ۱۵ ساله را بدون اتیان سوگند، می‌داد، به دادرسی رأی در دادگاه جنایی، تردید نکرده است، با این که دو متن در فصل تحقیقات مقدماتی بودند. (گاستون استفانی؛ ژرژ لواسو، برنار بولوک، ج ۱، ۱۳۷۷، ۱۰-۱۱) از طرف دیگر، نمی‌توان مستند به اصل شخصی بودن مجازات‌ها، به طور کلی، پذیرش نهاد اعتراض ثالث را در امور کیفری منتفی دانست. چه، هم عرض اصل شخصی بودن مجازات‌ها، اصل شخصی بودن مسؤولیت جزایی نیز وجود دارد. به بیان دیگر، اصل شخصی بودن مجازات را نباید با اصل شخصی بودن مسؤولیت جزائی اشتباه کرد هر چند غالباً نتیجه اصل اخیر به اولی برمی‌گردد، زیرا ممکن است در مواردی کسی شخصاً مسؤولیت جزائی داشته باشد اما مجازات او را دیگری تحمل کند. مسؤولیت جزائی ناشی از عمل دیگری در قوانین عرفی و مسؤولیت عاقله طبق قوانین شرعی ما از زمره مواردی هستند که تفکیک دو اصل در آنها به روشنی دیده می‌شود. (نوربها، ۱۳۸۴، ۲۵۰) بنابراین، با توجه به گستردگی هرچه بیشتر نهادهای حمایتی نظیر بیمه‌های تجاری و بیمه‌های اجتماعی از یک طرف و



همچنین جنبه‌های مالی بسیاری از مجازات‌ها از طرف دیگر، فرض تسری حکم اصداری از محکمه کیفری نسبت به اشخاص ثالث نه تنها منتفی نبوده بلکه مبتلابه می‌باشد. لذا، پیش بینی سازوکاری جهت تصریح به حق اعتراض اشخاص ثالث نسبت به حکم کیفری ضروری و غیر قابل انکار به نظر می‌رسد.

### ۳. مصادیق پذیرفته شده اعتراض شخص ثالث در حقوق کیفری ایران

پذیرفتن اعتراض شخص ثالث در برخی از کشورها نظیر فرانسه و انگلیس سابقه ای طولانی دارد. به عنوان مثال، دادگاه‌های کشور فرانسه، برای مجازات بعضی از جرایم، مجازات‌های واقعی تعیین می‌نمایند، مانند ضبط اشیاء، بستن سرقفلی استرداد جواز و غیره، که در روی مالک شیء یا سرمایه یا مال غیر منقول اثر می‌کند، در حالی که اتهامی به او وارد نیست. در این صورت، مالک قربانی قطع قسمت گرانبهایی از دارایی خودش می‌شود که شاید کاملاً نسبت به جرم مورد ارتکاب بیگانه باشد. علاوه بر این، برای کلیه کسانی که حقی در سرقفلی دارند، وضع همین طور است. برای جلوگیری از تضییع حق در این موارد، قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ سعی کرده است حفظ حقوق این اشخاص ثالث را که محکومیت مجرم می‌تواند به طور جدی و غیر عادلانه در آن‌ها اثر کند، تأمین نماید. در صورت تعقیب به اتهام قوادی، دادسرا باید به مالک ملک، به موجر و به مالک سرقفلی شروع این تعقیب‌ها را ابلاغ و آن‌ها را در دفاتر بازرگانی و شرکتها به ثبت برساند. اگر شخصی که دارایی او به این ترتیب به جهت مجازات پیش بینی شده در معرض تهدید واقع شده است خودش تحت تعقیب نیست، باید به جلسه دادرسی دعوت شود، می‌تواند از طرف خود وکیل معرفی نماید، از تصمیمی که به او خسارت وارد می‌کند درخواست پژوهش کند (مواد ۱-۳۳۵ مکرر و ۲-۳۳۵ قانون مجازات) باید دانست که شخص ثالثی که به این ترتیب دارایی او تهدید شده است در یک حالت قضایی شبیه شخص ثالث مسؤول مدنی قرار دارد. مانند وی این شخص برای دفاع از خود به جلسه دادرسی دعوت می‌شود تا به واقعیت جرم اعتراض کند و از راههای تجدیدنظر استفاده نماید، ولی مانند او در مرحله تحقیقات مقدماتی دخالت نداشته و در آن مرحله نقشی نمی‌تواند داشته باشد. (گاستون استفانی؛ ژرژ لواسو، برنار بولوک، ج ۱، ۱۳۷۷، ۲۷۷) در نظام قضایی انگلیس، در صورتی که بیمه گر به دادرسی دعوت نشود، هیچ گونه تهدیدی به پرداخت خسارت ندارد. طبق ماده ۱۵۲ قانون ترافیک مصوب ۱۹۸۸ این کشور، پرداخت مبالغ احکام صادره



از سوی محاکم به اشخاص ثالث، مشروط و مقید به این است که دعوای طرح شده علیه بیمه گذار، قبل از هفت روز از شروع روند دادرسی باید به طور رسمی به اطلاع بیمه گر برسد؛ یعنی باید شروع جریان دادرسی به وی ابلاغ گردد و در صورتی که بیمه گر از جریان دعوی مطلع نشده باشد، نسبت به حکم صادره نیز مسؤولیت نخواهد داشت. این موضوع، بدین جهت است که بیمه گر بتواند در جلسه دادرسی از خود و بیمه گذار خویش دفاع کند. (امامی پور، ۱۳۸۸: ۱۱۹)

در نظام حقوقی ایران، مداخله اشخاص ثالث در فرایند مربوط به مجازات‌هایی که واجد آثار مالی برای اشخاص ثالث می‌باشد، به نحو کلی و به موجب مقرره ای مستقل پیش بینی نگردیده است. اما، در عمل، مصادیقی از تمایل تدریجی قانونگذار و همچنین رویه قضایی در موضوعات خاص مبنی بر پذیرش نهاد مذکور مشاهده می‌گردد. این تمایل، در مواردی از جمله قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵، آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر و رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ به نحو صریح و در ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری به شکل ضمنی پیش بینی گردیده است.

### ۱-۳. ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث

#### در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵

جرم «ایراد صدمه بدنی غیر عمدی در اثر بی احتیاطی در امر رانندگی» دارای خصوصیتی است که آن را از سایر جرایم تا حدودی متمایز می‌سازد. علت اصلی این تمایز، وجود نهادی به نام «بیمه» از یک طرف و وجود قانونی مبنی بر اجبار دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی به بیمه وسایل نقلیه موتوری، از طرف دیگر، می‌باشد. در جرایم ناشی از تصادفات رانندگی وجود قانونی به نام «قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث» باعث شده است که در قبال دریافت حق بیمه از دارندگان وسایل نقلیه، مسؤولیت پرداخت دیه و یا ارض بر عهده شرکت‌های بیمه ای قرار گیرد. با توجه به این که به موجب ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی، دیه، در زمره مجازات‌ها ذکر گردیده است، لذا، الزام به پرداخت دیه توسط شخصی غیر از محکوم علیه، اگرچه با توجه به ماهیت جبران خسارت داشتن دیه امری قابل توجیه است، اما، عدم وجود نهادی همچون اعتراض ثالث در امور کیفری و



همچنین عدم پذیرش تجدید نظرخواهی از آرای دادگاه کیفری توسط شرکت‌های بیمه ای (به علت طرف دعوا نبودن) از جمله اموری بوده که باعث به وجود آمدن انواع تقلبات بیمه ای و ضرر و زیان شرکت‌های بیمه گردیده است. تبانی اشخاص در اخذ خسارت ناروا از طریق صحنه سازی و یا جابه جایی راننده، حکم به پرداخت دیه به میزان بیش از مقرر قانونی توسط دادگاه و همچنین عدم انتساب واقعی تصادف حادث شده و صدمه ادعایی از جمله مواردی هستند که عدم رعایت و توجه به هر کدام منتج به ایجاد ضررهای هنگفت برای شرکت‌های بیمه و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی خواهد شد. به همین دلیل، ضروری است که شرکت‌های بیمه و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، به عنوان ذی نفع، حق دخالت و حضور در فرایند دادرسی کیفری را نیز داشته باشند. به همین منظور و برای رعایت حقوق شرکت‌های بیمه ای، برای اولین بار به موجب ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷ چنین مقرر گردید: «محاكم قضائی مكلفند در جلسات رسیدگی به دعاوی مربوط به حوادث رانندگی، حسب مورد شرکت بیمه ذی ربط و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را جهت ارائه نظرات و مستندات خود دعوت نمایند و پس از ختم دادرسی یک نسخه از رأی صادره را به آنها ابلاغ کنند.» همان گونه که ملاحظه می‌گردد، علی رغم آن که شرکت‌های بیمه و یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی، طرف دعوا محسوب نمی‌گردند، اما، مطابق با ماده فوق، جهت ارائه نظرات و مستندات خویش می‌بایست به دادرسی دعوت گردند. فلسفه پیش بینی ماده مذکور در قانون مربوط به بیمه شخص ثالث، مشخص است، زمانی که پرداخت خسارات ناشی از حوادث رانندگی، حسب مورد بر عهده صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و یا شرکت‌های بیمه می‌باشد، شرکت در جلسه دادرسی کمترین حق اشخاص حقوقی یاد شده است. چه، در نهایت اشخاص حقوقی یاد شده باید خسارت را پرداخت نمایند. پس، اگر دلیلی مبنی بر جابجایی راننده، صحنه سازی، محاسبه غیر قانونی دیات و ... وجود دارد، باید توسط صندوق تأمین یا شرکت‌های بیمه ای بیان گردد. چرا که زیان دیده به علت ذی نفع بودن و یا عدم آگاهی از قوانین و مقررات و راننده مقصر نیز به علت عدم مسؤولیت در پرداخت خسارت و در فرض تقلب و صحنه سازی به علت ذی نفع بودن، تمایلی به روشن شدن ابعاد مختلف پرونده ندارند. از این گذشته، پر واضح است که، مسائل و فروض مربوط به قانون بیمه اجباری مسؤولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه تنها در قانون مربوط به بیمه شخص



ثالث خلاصه نشده و بسیاری از مقررات بیمه ای در آیین نامه‌های صادره از شورای علی بیمه ذکر گردیده است. بدیهی است که قضات، با مشغله فراوان، فرصت مطالعه تمامی آیین نامه‌های تخصصی مربوطه را ندارند. در این شرایط، شرکت‌های بیمه ای و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی می‌توانند ارائه طریق نموده و کمک به اصدار رأی بر مبنای موازین قانونی نمایند. (شیخوند، انصاری، ۱۴۰۰، ۳۰۲)

ماده مذکور علی رغم ایجاد تحول قابل قبول در راستای حفظ حقوق شرکت‌های بیمه ای و جلوگیری از تبانی و تقلب، حاوی اشکالات فراوانی بود. به عنوان مثال، در این زمینه برخی از نویسندگان چنین اعتقاد داشتند: «... عنوان شرکت بیمه چیست، آیا خواننده محسوب می شود یا فقط به عنوان مطلع حضور می یابد. ضمانت اجرای این تکلیف چیست؟ ابلاغ رای به بیمه گر چه اثری دارد؟ آیا حق اعتراض دارد؟ اینها نمونه سؤالاتی هستند که در بوته ای از ابهام به سر می برند.» (امامی پور، ۱۳۸۸، ۱۱۹)

انتقادات وارد به ماده فوق باعث گردید مقنن در تصویب قانون جدید بیمه شخص ثالث بسیاری از ابهامات مورد انتقاد را بر طرف سازد. به موجب ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵: «کلیه مراجع قانونی رسیدگی به دعاوی مرتبط با حوادث رانندگی از قبیل دادسرا و دادگاههای رسیدگی کننده به دعاوی ناشی از حوادث موضوع این قانون مکلفند صندوق یا شرکت بیمه مربوط را در مواردی که صندوق یا شرکت بیمه، طرف دعوی نباشند از طرح دعوی علیه مسبب حادثه مطلع نموده، زمان تشکیل جلسات دادگاه را رسماً به آنان اطلاع دهند. همچنین دادگاه مکلف است پس از صدور رأی، نسخه ای از رأی صادر شده را به آنها ابلاغ کند. در این موارد، بیمه گر یا صندوق می توانند با رعایت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به خسارات بدنی و مالی در دعوی وارد شده یا پس از صدور رأی قطعی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث کنند.

تبصره ۱- اعتراض ثالث شرکت بیمه یا صندوق مانع از اجرای حکم نیست.

تبصره ۲- عدم اعلام مراتب طرح دعوی مرتبط با حوادث رانندگی موضوع این قانون حسب مورد به بیمه گر مربوط یا صندوق یا عدم ابلاغ رأی به آنها مستوجب مجازات انتظامی درجه سه موضوع ماده ۱۳ قانون نظارت بر رفتار قضات است.»

۴۷

به موجب مقرر مذکور، مقنن دست به ابداعی قابل توجیه زده و به صراحت حق اعتراض شخص ثالث را نسبت به مجازات جرم ایراد صدمه بدنی غیر عمدی ناشی از



بی احتیاطی در امر راندگی مورد رسمیت شناخته است. اقدام قانون گذار از آن جهت قابل توجیه به نظر می‌رسد که به موجب ماده فوق، اختلاف نظر بین شرکت‌های بیمه ای و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی با دادگاه‌ها را به نحو قابل قبولی حل نمود. توضیح آن که در بسیاری از موارد اشخاص ثالث از طریق تبانی با یکدیگر اقدام به اموری همچون صحنه سازی، اخذ خسارت بیش از مقدار واقعی، جابجایی راننده و ... نموده و عموماً با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی، موفق به تحصیل حکم قطعی کیفری می‌شدند، در مواجه شرکت‌های بیمه ای و یا صندوق خسارت‌های تأمین بدنی با وضعیت یاد شده، نه امکان تجدیدنظرخواهی (به علت عدم احتساب جزو اصحاب دعوا) برای آن‌ها ممکن بود و نه اعتراض ثالث (به علت عدم تصریح قانونی) مراجعه به دادگاه حقوقی نیز به علت رویه موجود در محاکم در پیروی از آرای کیفری برای آن‌ها عملاً راهگشا نمی‌بود، لذا، در چنین وضعیتی، در بسیاری از موارد خسارت بلاپرداخت باقی مانده و زیان دیده برای دریافت خسارت، علیه شرکت بیمه یا صندوق، به دادگاه حقوقی رجوع می‌نمود. بنابراین، به موجب مقرر فوق، اعتراض ثالث به شکلی صریح و البته محدود در دادگاه‌های کیفری نیز مورد قبول قرار گرفته است. محدود از آن جهت که: اولاً تنها نسبت به دعوی ناشی از حوادث موضوع ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ قابل اعمال بوده و ثانیاً تنها شرکت‌های بیمه ای و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی حق طرح دادخواست اعتراض ثالث را دارا می‌باشند و نه اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگر. (شیخوند، انصاری، ۱۴۰۰، صص ۳۰۳ و ۳۰۴)<sup>۲</sup>

---

۲. متأسفانه نحوه اعمال حق اعتراض شرکت های بیمه و صندوق تأمین خسارت های بدنی در ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری به روشنی تبیین نگردیده و این امر عملاً باعث بروز اختلاف نظرها و ایجاد رویه های متفاوت در محاکم دادگستری شده است. برای مطالعه بیشتر در این مورد: ر ک به: «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه در نظم حقوقی کنونی». شیخوند، محمد صادق؛ انصاری رامندی، حکیمه. چاپ سوم، ۱۴۰۰ انتشارات جنگل، توضیحات ذیل ماده ۵۰)





**۲-۳. آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶**

ماده ۲۶ آیین نامه اجرایی قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶ چنین اشعار می‌دارد: «قاضی اجرای احکام دادگاه در صورتی که حکم صادره را خلاف موازین شرعی یا قانونی یا فاقد دلائل کافی تشخیص دهد، یا اعتراض محکوم علیه یا وکیل مدافع وی، همچنین اعتراض شخص ثالث نسبت به مصادره یا ضبط اموال را وارد بداند، موظف است در هر مورد، اعتراض خود را مستنداً و مستدلاً به قاضی صادر کننده رأی اعلام و متذکر گردد. در این صورت، چنانچه پاسخ دادگاه قانع کننده باشد، حکم به مرحله اجرا در خواهد آمد. در غیراین صورت یا در مواردی که دادگاه شخصاً پی به اشتباه خود ببرد، پرونده را در اجرای قسمت اخیر ماده ۳۲ قانون به دبیرخانه دادستانی کل کشور ارسال می‌دارد.» همانگونه که ملاحظه می‌گردد، در مقررره مذکور، به صراحت اعتراض شخص ثالث نسبت به جنبه مالی حکم کیفری را (نسبت به مصادره یا ضبط اموال) به رسمیت شناخته و بنابراین، به موجب این مقررره نیز اعتراض شخص ثالث نسبت به رأی کیفری (البته قسمت مالی آن) را مجاز و معتبر می‌داند.

**۳-۳. رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور**

به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور «با توجه به تبصره ۱ ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، اعتراض شخص ثالث متضرر از رأی دادگاه کیفری راجع به اشیاء و اموال مذکور در این مواد، قابل رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر استان است، بنابراین در مواردی که شخص ثالث بعد از مرحله تجدیدنظر نسبت به آن قسمت از رأی کیفری دادگاه تجدیدنظر استان که راجع به رد مال است، اعتراض کرده است، با عنایت به ملاک مواد یادشده و مقررات مربوط در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، از جمله مواد ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۲۰ و ۴۲۵ آن، دادگاه تجدیدنظر صادرکننده رأی با رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی، باید به این اعتراض رسیدگی کند. بنا به مراتب، رأی شعبه بیست و سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تا حدی که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت قاطع آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با



اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»

همان گونه که مشاهده می‌گردد به موجب رأی وحدت رویه مذکور در فوق، صراحتاً حق طرح اعتراض ثالث در رابطه با آن قسمت از رأی کیفری که مربوط به رد مال است پذیرفته شده است. بر این بنیاد، در پرونده‌های کیفری که رد مال مورد حکم قرار می‌گیرد، در صورتی که اشخاص ثالث، حکم صادره را مخل حقوق خود بدانند حق طرح اعتراض ثالث در محکمه کیفری را دارند. رأی وحدت رویه مذکور حاوی چند نکته مهم می‌باشد. نخست آن که: در جرایمی مثل کلاهبرداری موضوع ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و یا سرقت موضوع ماده ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ که مطابق قانون رد مال جزئی از مجازات محکوم است به صراحت رأی وحدت رویه، برای اشخاص ثالث، طرح دادخواست اعتراض ثالث ممکن است. دوم آن که: همان گونه که می‌دانیم، بر خلاف جرایمی همچون کلاهبرداری و سرقت، در جرایمی مثل خیانت در امانت موضوع ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی رد مال جزئی از مجازات آن جرم نمی‌باشد. در این موارد، دادگاه کیفری تنها در صورتی نسبت به جنبه مالی موضوع ورود خواهد نمود که این مهم توسط مدعی خصوصی به موجب طرح دادخواست ضرر و زیان<sup>۳</sup> از محکمه کیفری درخواست شده باشد. در این حالت نیز به نظر می‌رسد در صورت طرح دعوی ضرر و زیان و رسیدگی محکمه کیفری به آن موضوع، در صورت اعتراض شخص ثالث نسبت به موضوع رد مال، بتوان با استفاده از رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ طرح اعتراض شخص ثالث را جایز شناخت. بنابراین، با در نظر گرفتن دو فرض مطرح شده در فوق، صورتی که رد مال به موجب حکم کیفری مورد تصریح قضایی قرار گرفته است به صراحت رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ طرح دادخواست اعتراض

---

۳. ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری: «پس از آنکه متهم تحت تعقیب قرار گرفت، زیان دیده از جرم می‌تواند تصویر یا رونوشت مصدق تمام ادله و مدارک خود را جهت پیوست به پرونده به مرجع تعقیب تسلیم کند و تا قبل از اعلام ختم دادرسی، دادخواست ضرر و زیان خود را تسلیم دادگاه کند. مطالبه ضرر و زیان و رسیدگی به آن، مستلزم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی است.»

ثالث قابل استماع است.

اما، در این رابطه دو ابهام باقی می‌ماند. نخست آن که: در رابطه با آن دسته از جرایم که رد مال جزئی از مجازات نبوده و مورد درخواست شاکی نیز قرار نگرفته آیا می‌توان به استناد رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ قائل به پذیرش طرح دادخواست اعتراض ثالث شد؟ به عنوان مثال، در صورتی که شخص الف علیه شخص ب به اتهام خیانت در امانت نسبت به یک دستگاه اتومبیل شکایتی را مطرح می‌نماید در صورتی که شخص الف مطابق ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری دادخواست ضرر و زیان مطرح نموده باشد، در این حالت و در فرض صدور حکم قطعی له شخص الف از سوی مرجع کیفری دایر بر خیانت در امانت نسبت به یک دستگاه اتومبیل متعلق به الف، آیا در صورتی که ثالثی مدعی این باشد که اساساً اتومبیل موضوع دعوی متعلق حق وی است آیا می‌توان برای شخص ثالث به عنوان معترض ثالث به حکم قطعی دادگاه کیفری که له شخص الف صادر شده است حق طرح دادخواست اعتراض ثالث را در نظر بگیریم؟ در نگاه نخست، ظاهر رأی وحدت رویه این برداشت را تقویت می‌نماید که امکان طرح دادخواست اعتراض ثالث در این فرض وجود ندارد. چرا که در رأی وحدت رویه، صرفاً در موارد رد مال، اعتراض شخص ثالث در امور کیفری پذیرفته است و این در حالی است که در فرض مطرح شده، رد مال مورد حکم مرجع کیفری قرار نگرفته است. به اعتقاد نگارنده، هرچند با ملاحظه ظاهر رأی وحدت رویه و در نگاه نخست، امکان طرح دادخواست اعتراض ثالث در فرض مطرح شده منتفی به نظر می‌رسد. اما، باید از ظاهر رأی گذر کرد و مستند به مبنا و فلسفه وجودی اعتراض ثالث قائل به پذیرش اعتراض ثالث در موضوع مطرح شده باشیم. این نکته را باید در نظر داشت که: در صورت عدم پذیرش دادخواست اعتراض ثالث از سوی اشخاص ثالث در فرض مطرح شده، عملاً با یک بن بست حقوقی در رابطه با حقوق اشخاص ثالث در این پرونده‌ها مواجه خواهیم شد. اگر در این فرض ثالث را محق در طرح اعتراض ثالث - نسبت به حکمی که آثار آن گریبان وی را خواهد گرفت - ندانیم، عملاً راه هرگونه اعتراض را از وی سلب نموده ایم. بدیهی است در صورت طرح موضوع در محکمه حقوقی نیز با سد ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری و اصل تفوق آرای محکم کیفری بر حقوقی مواجه خواهیم شد. بدین معنا که دادگاه حقوقی نیز تا زمانی که حکم اصداری از محکمه کیفری از اعتبار نیفتاده باشد مکلف است مطابق با ماده ۱۸ و اصل پیش گفته از مفاد آن پیروی نماید که نتیجه تمامی این مباحث خلل



احتمالی به حقوق اشخاص ثالث می‌باشد. بر این بنیاد، با در نظر گرفتن پذیرش قیاس و تفسیر موسع در حقوق کیفری شکلی، تضمین دادرسی عادلانه، حفظ حقوق حقه اشخاص و همچنین، در راستای اصل ۴۰ قانون اساسی، به نظر می‌رسد در مواردی که رد مال مورد حکم مرجع کیفری قرار نگرفته ولی آثار حکم قطعی کیفری با حقوق و منافع اشخاص ثالث در تعارض باشد نیز باید قائل به پذیرش نهاد اعتراض ثالث بود. ابهام دیگر آن که: در صورتی که مجازات عمل مجرمانه ای متضمن رد مال نبوده ولی در بردارنده امری باشد که به نوعی قابلیت تضاد با حقوق اشخاص ثالث را داشته باشد آیا در این موارد نیز می‌توان به رأی وحدت رویه استناد کرد و مطابق با آن طرح دادخواست اعتراض ثالث برای اشخاص ثالث را به رسمیت شناخت یا خیر؟ به عنوان مثال، در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ اشاره شده است که: «دادگاه موظف است حسب مورد رفع تصرف عدوانی یا رفع مزاحمت یا ممانعت از حق یا اعاده وضع به حال سابق نماید.» حال سوالی که پیش می‌آید آن که در صورت صدور حکم به رفع تصرف یا رفع مزاحمت یا ممانعت از حق و یا اعاده به وضع حال سابق، آیا امکان طرح دادخواست اعتراض ثالث توسط اشخاص ثالث در این حالات ممکن است یا خیر؟ در این جا نیز هرچند توجه به ظاهر رأی وحدت رویه پاسخ منفی را به ذهن متبادر می‌سازد، اما، همان گونه که در سطور پیشین بیان شد به نظر می‌رسد باید با صرف نظر کردن از ظاهر و با در نظر داشتن مبنای رأی وحدت رویه که جلوگیری از تعرض به حقوق اشخاص ثالث می‌باشد و همچنین با در نظر گرفتن توالی فاسد ناشی از عدم پذیرش اعتراض ثالث، در این فرض و فروض مشابه نیز قائل به پذیرش دادخواست اعتراض ثالث در امر کیفری باشیم.

### ۴-۳. ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری

قانون گذار در برخی از امور کیفری و با در نظر گرفتن شرایط خاص، اعتراض شخصی غیر از اصحاب دعوا را پذیرفته و به رسمیت شناخته است. به موجب ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری: «بازپرس در صورت صدور قرار منع، موقوفی یا ترک تعقیب باید درباره استرداد و یا معدوم کردن اشیاء و اموال مکشوفه که دلیل یا وسیله ارتکاب جرم بوده، از جرم تحصیل شده، حین ارتکاب استعمال شده و یا برای استعمال اختصاص داده شده است، تعیین تکلیف کند. در مورد ضبط این اموال یا اشیاء دادگاه تکلیف آن‌ها را تعیین می‌کند.



بازپرس مکلف است مادام که پرونده نزد او جریان دارد به تقاضای ذینفع و با رعایت شرایط زیر، دستور رد اموال و اشیای مذکور را صادر کند:

الف - وجود تمام یا قسمتی از آن اشیاء و اموال در بازپرسی یا دادرسی لازم نباشد.

ب - اشیاء و اموال بلا معارض باشد.

پ - از اشیاء و اموالی نباشد که باید ضبط یا معدوم شود.

تبصره ۱- در تمام امور کیفری، دادگاه نیز باید ضمن صدور رأی، نسبت به استرداد، ضبط و یا معدوم کردن اشیاء و اموال موضوع این ماده تعیین تکلیف کند.

تبصره ۲- متضرر از تصمیم بازپرس یا دادگاه در مورد اشیاء و اموال موضوع این ماده، می‌تواند طبق مقررات اعتراض کند، هر چند قرار بازپرس یا حکم دادگاه نسبت به امر کیفری قابل اعتراض نباشد. در این مورد، مرجع رسیدگی به اعتراض نسبت به تصمیم بازپرس، دادگاه و نسبت به تصمیم دادگاه، دادگاه تجدیدنظر استان است.»

تبصره ۲ ماده اشاره شده، با عبارت «متضرر از تصمیم بازپرس یا دادگاه» شروع شده و مشخص است که منظور از متضرر اعم از اصحاب دعوا و اشخاص ثالث می‌باشد. در نتیجه، می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که نسبت به مواردی که حکم اصداری از مرجع کیفری واجد جنبه مالی بوده و در مواردی که تصمیم بازپرس یا دادگاه واجد آثار سوء برای شخص ثالث باشد، قانون‌گذار حق مداخله و اعتراض را به رسمیت شناخته است. در این جا، هر چند از عبارت «اعتراض شخص ثالث» صراحتاً نام برد نشده، اما، به طور ضمنی می‌توان این برداشت را تأیید نمود.

#### ۴. ضرورت توسعه نهاد اعتراض شخص ثالث در دعاوی کیفری

همان گونه که ملاحظه گردید، مقنن صرفاً در برخی از موضوعات، اعتراض ثالث در امر کیفری را به رسمیت شناخته است و در رأی وحدت رویه اخیر الصدور نیز اعتراض اشخاص ثالث را منحصرأ نسبت به رد مال مورد پذیرش قرار داده است. این رویکرد هر چند نسبت به گذشته نوعی اقدام روبه جلو محسوب می‌شود اما، مسلماً کافی نیست. اقدام دوگانه قانون‌گذار در به رسمیت شناختن حق اعتراض ثالث در برخی از پرونده‌های کیفری و سکوت در سایر موارد صحیح نمی‌باشد. به عبارت بهتر، زمانی که اصل ورود و حق اعتراض اشخاص ثالث در برخی پرونده‌های کیفری که واجد مجازات با جنبه‌های مالی هستند، به رسمیت شناخته و مورد تأکید قرار گیرد، شایسته نیست که این حق،



محدود به موارد خاص شده و به شکل سلیقه ای اعمال گردد. در حقیقت، اگر مبنای تأکید بر ورود و حق اعتراض اشخاص ثالث در جرایمی که واجد مجازات‌های با جنبه‌های مالی هستند را جلوگیری از ورود ضرر به حقوق اشخاص ثالث و در برخی از موارد جلوگیری از پرداخت خسارت نا حق توسط آن‌ها در نظر بگیریم، این مبنا در موارد مشابه نیز باید مورد رعایت قرار گیرد. مصادیق مذکور در سطور پیشین که حاکی از پذیرش نهاد اعتراض شخص ثالث در برخی از امور کیفری بوده، گرچه لازم و قابل توجه می‌باشد، اما، با نقص جدی روبه رو است. با دقت در مقرره‌های ذکر شده در فوق متوجه می‌شویم که هر مقررره ای صرفاً به یک حوزه خاص اختصاص داشته و نسبت به سایر حوزه‌ها امکان تسری ندارد. به عنوان مثال، در رابطه با پرونده‌های بیمه ای، ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ که حق طرح دادخواست اعتراض ثالث برای شرکت‌های بیمه ای پیش بینی گردیده است، دارای ویژگی خاصی نمی‌باشد که در سایر رشته‌های بیمه ای، آن را ضروری و لازم ندانیم. خصوصاً آن که تقلبات بیمه ای در سایر رشته‌های مربوط به بیمه نیز مشاهده می‌گردد. به عنوان مثال، در بیمه‌های مربوط به جبران خسارت کارکنان ایجاد جراحات عمدی جهت دریافت خسارت و یا تسری حوادث خارج از محیط کار به حوادث داخل محیط کار را می‌توان از جمله مصادیق تقلب بیمه ای در این حوزه نام برد. ( شیخوند، محمد صادق، ۱۴۰۰: ۷۸) بر این بنیاد، چرا نباید در این قبیل پرونده‌ها حق طرح دادخواست اعتراض ثالث به موجب قانون برای شرکت‌های بیمه ای به رسمیت شناخته شود؟ به بیان دیگر، زمانی که اعتراض شرکت‌های بیمه ای به حکم اصداری از مرجع کیفری در رابطه با حوادث ناشی از وسایل نقلیه مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته است، دلیلی وجود ندارد که در سایر رشته‌های بیمه ای شرکت‌های بیمه ای را از حق اعتراض در محکمه کیفری محکوم نماییم. اگر مبنای پذیرش اعتراض شخص ثالث در امور مربوط به حوادث ناشی از وسایل نقلیه جلوگیری از ضرر بلاوجه به شرکت‌های بیمه ای است، این مبنا، در سایر رشته‌های بیمه ای نظیر بیمه‌های مسؤلیت مدنی کارفرما در برابر کارکنان نیز وجود داشته و ضروری است در سایر رشته‌های بیمه ای نیز اعتراض شرکت‌های بیمه ای نسبت به حکم اصداری از مرجع کیفری، مورد تصریح قرار گیرد. همچنین، در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ صرفاً در امور کیفری که رد مال مورد حکم قضای قرار گرفته باشد اشاره به پذیرش اعتراض ثالث شده است، این در حالی است



که فروض قابل طرح دیگر که مخل حقوق اشخاص ثالث باشد اما، ارتباطی به رد مال نداشته باشد نیز وجود دارد که در رأی وحدت رویه پیرامون آن تعیین تکلیف نشده است. بنابراین، با توجه به آن چه بیان گردید، جهت جلوگیری از اعمال سلیقه و تبعیض و همچنین در راستای ایجاد رویه واحد در رسیدگی‌های کیفری، پیشنهاد می‌گردد با در نظر گرفتن اصول و اقتضائات خاص حاکم بر دادرسی‌های کیفری، ماده ای خاص در قانون آیین دادرسی کیفری مبنی بر حق طرح دادخواست اعتراض ثالث مورد پیش بینی قرار گیرد.

### نتیجه گیری و پیشنهاد

مبنای پذیرش اعتراض اشخاص ثالث نسبت به آراء دادگاه ها، جلوگیری از ورود ضرر به اشخاصی است که با صدور حکم دادگاه متضرر گردیده اند. این مبنای، در رسیدگی‌های حقوقی به نحو تمام و کمال مورد پذیرش قرار دارد و به موجب مواد ۴۱۷ الی ۴۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی به اعتراض اشخاص ثالث نسبت به آراء محاکم حقوقی انجام می‌گیرد. در رسیدگی‌های کیفری، به علت نقض نظم عمومی جامعه، دخالت مدعی العموم و همچنین به علت این که مجازات بر محکوم علیه بار می‌شود و نه شخص دیگر، پذیرفتن اعتراض شخص ثالث با تردید و مانع مواجه می‌باشد. در بدو امر عدم پذیرش اعتراض شخص ثالث در امور کیفری قابل توجیه به نظر می‌رسد، زیرا، پذیرش بدون قید و شرط نهاد اعتراض شخص ثالث در امور کیفری، نتیجه ای جز از اعتبار انداختن آرای کیفری نداشته و با اصل شخصی بودن مجازات‌ها نیز در تعارض به نظر می‌رسد. اما، باید از این دیدگاه سنتی فاصله گرفت. امروزه، به موازات توسعه نظام حمایتی و همچنین جنبه مالی بسیاری از مجازات‌ها و ارتباط آن با حقوق اشخاص ثالث، ضروری است تا جایگاه نهادهای پرداخت کننده خسارات در نظام دادرسی کیفری ایران و همچنین اشخاص ثالث متضرر از حکم کیفری بیش از پیش مشخص گردد و حقوق و امتیازاتی که باید به آنها اعطا شود به صراحت در قوانین دادرسی کیفری انعکاس یابد. یکی از شیوه‌های مهم دخالت دادن اشخاص ثالث در نظام دادرسی کیفری ایران، پذیرش حق طرح دادخواست اعتراض ثالث نسبت به دادنامه‌های صادره از سوی محاکم کیفری است تا امکان دفاع موثرتر و فنی‌تر برای نهادهای حمایتی و یا اشخاص ثالث ذی نفع فراهم گردد. در حقوق ایران، پذیرش نهاد اعتراض شخص ثالث در امور کیفری آن چنان که شایسته است



مورد توجه مقنن و همچنین محاکم قضایی قرار نگرفته است. یکی از مهم‌ترین مقرردهایی که در ارتباط با پذیرش اعتراض شخص ثالث در امور کیفری وجود دارد مربوط به قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ می‌باشد که به موجب ماده ۵۰ این قانون، شرکت‌های بیمه و یا صندوق تأمین، حق اعتراض (ثالث) به آراء محاکم کیفری در خصوص حوادث مشمول قانون فوق را دارند و اخیراً نیز رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ نسبت به آن قسمت از رأی کیفری که راجع به رد مال است، حق طرح دادخواست اعتراض ثالث را به رسمیت شناخته است. به غیر از موارد فوق، ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز در ارتباط با حقوق اشخاص ثالث حاوی مقررده ای می‌باشد. هر چند که این ماده در محاکم و یا در نظریات حقوقی تحت عنوان اعتراض شخص ثالث یاد نمی‌شود، اما، با توجه به مشابهت‌هایی که با نهاد اعتراض ثالث دارد می‌توان با مسامحه از آن به اعتراض ثالث نسبت به جنبه‌های مالی یک حکم کیفری نام برد. البته ماده مذکور ناظر به تمامی فروع مربوط به جنبه‌های مالی احکام کیفری نبوده و در آن تنها در خصوص استرداد، ضبط و یا معدوم نمودن اموال و یا اشیای موضوع ماده مذکور سخن گفته شده است. علی‌هذا، با توجه به مطالب بیان شده، با توجه به گستردگی هرچه بیشتر نهادهای حمایتی نظیر بیمه‌های تجاری و بیمه‌های اجتماعی از یک طرف و همچنین اثر پذیری اشخاص ثالث از بسیاری از مجازات‌ها از طرف دیگر، فرض تسری حکم اصداری از محکمه کیفری نسبت به اشخاص ثالث حقوقی و حقیقی نه تنها منتفی نبوده بلکه مبتلا به می‌باشد. لذا، پیش بینی منطقی و همراه با محدودیت حق اعتراض اشخاص ثالث نسبت به حکم کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری به موجب ماده ای مستقل، امری ضروری بوده که می‌تواند بیش از پیش تضمین کننده حقوق اشخاص ثالث در رسیدگی‌های کیفری باشد.

## منابع و مأخذ

- آشوری، محمد. (۱۳۸۷). *آیین دادرسی کیفری*. جلد اول، تهران: انتشارات سمت.
- آخوندی، محمود. (۱۳۸۹). *آیین دادرسی کیفری*. جلد اول، تهران: انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- امامی پور، محمد. (۱۳۸۸). *نگاهی نقادانه به قانون اصلاح قانون بیمه شخص ثالث مصوب ۱۳۸۷. مجله حقوق اسلامی*. دوره ۶، شماره ۲۱.





- بادینی، حسن. (۱۳۹۲). *فلسفه مسؤولیت مدنی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جورج پی فلچر. (۱۳۸۴). *مفاهیم بنیادین حقوق کیفری*، ترجمه سید مهدی سید زاده ثانی. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- خالقی، علی. (۱۳۹۴). *آیین دادرسی کیفری*. جلد اول، تهران: انتشارات شهر دانش.
- دولاح، عبد الصمد. (۱۳۹۴). *اعتراض شخص ثالث در دادرسی‌های مدنی*. تهران: نشر دادگستر.
- شیخوند، محمد صادق؛ انصاری رامندی، حکیمه. (۱۴۰۰). *قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه در نظم حقوقی کنونی*. تهران: انتشارات جنگل.
- شیخوند، محمد صادق؛ انصاری رامندی، حکیمه؛ شرقی قلعه جوق، حسن؛ مرادی، سعداله؛ کریمیان، محمد وزین؛ فرزام مهر، محدثه؛ تبریزی، الهام؛ تات، سمانه. (۱۴۰۰). *گزارش کارگاه تخصصی آموزشی برگزار شده در پژوهشگاه قوه قضائیه با موضوع «کاربرد داده‌ها در طرح دعوی و دفاع»*. تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه
- صابر؛ محمود، خلیق آذر، سمیه. (۱۳۹۶). *مداخله شخص ثالث در دادرسی کیفری؛ جلوه‌ها و موانع*. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). *اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی*. تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). *فلسفه حقوق*. جلد سوم. تهران: انتشارات میزان.
- کلارسون، کریستوفر. (۱۳۷۴). *تحلیل مبانی حقوق جزا*. ترجمه حسین میرمحمد صادقی. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی.
- گاستون استفانی؛ ژرژ لواسو، برنار بولوک. (۱۳۷۷). *آیین دادرسی کیفری*. جلد اول، ترجمه حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
- نوربها، رضا. (۱۳۸۴). *حقوق جزای عمومی*. تهران: انتشارات دادآفرین.



# دعاوی تصرفات عدوانی و ممانعت و

## مزاحمت از حق علیه شهرداری‌ها

امید محمدی<sup>۱</sup>

### مقدمه

دعاوی سه گانه تصرفات عدوانی و ممانعت و مزاحمت از حق از دعاوی با اهمیت علیه شهرداری‌ها محسوب می‌گردد که بررسی دقیق قانون آیین دادرسی مدنی به برخی ابهامات موجود پاسخ می‌دهد. سوالاتی مانند اینکه:

آیا می‌توان اقدامات تملکی شهرداری برای طرح‌های عمومی و عمرانی بدون رعایت تشریفات قانونی که در آن سوء نیتی وجود ندارد را تصرف عدوانی دانست؟ به نظر می‌رسد که دلیلی برای استثنا نمودن اقدامات شهرداری در این خصوص وجود ندارد و عنصر سوء نیت برای احراز تصرف عدوانی در جایی به اثبات نرسیده، اصل نیز بر عدم رکن بودن سوء نیت برای تصرف عدوانی است. رد دعاوی احراز وقوع تخلف علیه شهرداری در رویه شعب دیوان عدالت اداری اثبات کننده دوری کردن رویه از قوانین و نزدیکی آن‌ها به نفع دستگاه‌ها به بهانه امورات عام‌المنفعه است.

آیا اجرت‌المثل ایام تصرف علاوه بر مطالبه قیمت روز اراضی تصرف شده از سوی شهرداری موجه و مطابق اصل و قاعده است یا خیر؟ آنچه ابهام در این خصوص را افزایش داده سکوت قانون نحوه خرید و تملک اراضی واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی است اما باید توجه داشت که قانون مذکور در مقام تبیین چنین موضوعی نیست و ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد طرح‌های دولتی و عمومی جریان قانون آیین

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو وکلای مرکز.



دادرسی مدنی را موجه دانسته است. در هر حال موجه بودن مطالبه چنین وجهی مطابق اصل بوده و مخالفین که سخنی خلاف اصل دارند باید دلیل موجه ارائه نمایند. آیا امکان ابطال عملیات تملکی شهرداری که بدون رعایت تشریفات صورت گرفته وجود دارد؟ آیا امکان قلع و قمع مستحذات عام‌المنفعه مستقر در آن وجود دارد؟ تبصره الحاقی به ماده ۱ قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک پاسخ مثبت به این سوال می‌دهد در حالی که رویه قضائی نسبت به این موضوع محجور بوده و بی توجه به قوانین است.

اگر شهرداری در طرح عمومی و عمرانی نسبت به اقدامات، وفق مقررات قانونی مانند جبران خسارت اقدام ننماید، آیا امکان جلوگیری از عملیات اجرایی با استفاده از نهادهایی مانند دستور موقت وجود دارد؟

آیا اقدامات شهرداری در قطع انشعابات یا پلمب ملک به دلیل عدم پرداخت دیون منطبق بر قانون است؟ این اقدامات خلاف اصل ۲۲ قانون اساسی در تجاوز به مال اشخاص بوده و خلاف اصل ۴۷ قانون اساسی در حفظ حرمت مالکیت اشخاص است لذا در تجاوز به آن‌ها باید نص صریح قانونی باشد که در این خصوص مفقود است.

### بخش اول: دعوای تصرف عدوانی علیه شهرداری

دعوای تصرف عدوانی عبارتست از: ادعای متصرف سابق مبنی بر این که دیگری بدون رضایت او مال غیرمنقول را از تصرف وی خارج کرده و اعاده تصرف خود را نسبت به آن مال درخواست می‌نماید (ماده ۱۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی).

#### نکات تصرف عدوانی:

- اگر شهرداری بدون رضایت و بدون رعایت تشریفات مانند ماده ۸ قانون نحوه خرید و تملک، اقدام به تصرف نماید، تصرفات مذکور غیرقانونی و عدوانی می‌باشد. (ماده ۱۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته: در دعوای تصرف عدوانی، ممانعت از حق و مزاحمت، خواهان باید ثابت نماید که موضوع دعوا حسب مورد، قبل از خارج شدن ملک از تصرف وی و یا قبل از ممانعت و یا مزاحمت، در تصرف و یا مورد استفاده او بوده و بدون رضایت او و یا به غیر وسیله قانونی از تصرف وی خارج شده است.)؛ پس این ادعای برخی که



گفته شده در تصرف عدوانی باید سوء نیت وجود داشته باشد و این امر در طرح‌های عام المنفعه جریان ندارد، بلاوجه است.

- به دعاوی تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت باشد نیز برابر مقررات این قانون رسیدگی خواهد شد (ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی). وقتی تصرف عدوانی حتی در طرح‌های عمومی و عمرانی جریان دارد پس قواعد مربوط به آن هم در این مورد جریان دارد (مانند الغاصب یوخذ بأشوق الاحوال). بر این اساس دریافت اجرت‌المثل در دعاوی تصرف عدوانی در کنار مطالبه قیمت روز موجه است. جمع باقی گذاشتن تصرف و مطالبه اجرت‌المثل به صورت توأمان از ماده ۱۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی و عموماً و با توجه به قاعده عدم تداخل اسباب قابل استنباط است. همچنین تبصره ماده ۱۶۵ مقرر فوق تصریح داشته: تبصره- در صورت تقاضای محکوم له، دادگاه متصرف عدوانی را به پرداخت اجرت‌المثل زمان تصرف نیز محکوم می‌نماید.

- امکان ابطال عملیات تملک بدون رعایت تشریفات از الحاقیه به ماده ۱ قانون نحوه خرید و تملک در سال ۱۳۸۸ قابل استنباط است، حتی در طرح‌های عمومی و عمرانی. (تبصره: در مواردی که اسناد یا اقدامات دستگاه‌های اجرائی مبنی بر مالکیت قانونی (اعم از این که به اشخاص حقیقی و حقوقی واگذار شده یا نشده باشد) به موجب احکام لازم‌الاجراء قضائی ابطال گردیده یا می‌گردد، دستگاه مربوطه موظف است املاک یاد شده را به مالک آن مسترد نماید لکن چنانچه در اثر ایجاد مستحذات یا قرار گرفتن اراضی مذکور در طرح‌های مصوب، استرداد آن به تشخیص مرجع صادرکننده حکم متعذر باشد دستگاه اجرائی ذی ربط می‌تواند با تأمین اعتبار لازم نسبت به تملک این قبیل املاک مطابق این قانون اقدام نماید. در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع صادر شده باشد دادگاه مزبور با درخواست دستگاه اجرائی دستور توقف اجرای حکم مزبور را صادر و دستگاه اجرائی ذی‌ربط موظف است ظرف مدت شش ماه از تاریخ صدور دستور موقت نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت روز املاک یادشده اقدام



نماید(الحاقی مصوب ۱۳۸۸/۲/۲)).

- امکان جلوگیری از اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی در صورت عدم پرداخت وجه وجود دارد. این امر از ماده ۱۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است. (ماده ۱۶۶: هرگاه تصرف عدوانی مال غیرمنقول و یا مزاحمت یا ممانعت از حق در مرئی و منظر ضابطین دادگستری باشد، ضابطین مذکور مکلفند به موضوع شکایت خواهان رسیدگی و با حفظ وضع موجود از انجام اقدامات بعدی خوانده جلوگیری نمایند و جریان را به مراجع قضائی اطلاع داده، برابر نظر مراجع یاد شده اقدام نمایند.)
- صدور دستور موقت هنگام اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی: وقتی وفق ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده به دعاوی تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت باشد نیز برابر مقررات این قانون رسیدگی خواهد شد، چرا نتوان از اجرای امری که به بهانه عام‌المنفعه بودن، حق اشخاص را تضییع می‌کند، جلوگیری نمود؟ چنانچه قبل از صدور رأی، خواهان تقاضای صدور دستور موقت نماید و دادگاه دلایل وی را موجه تشخیص دهد، دستور جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا تکمیل اعیانی از قبیل احداث بنا یا غرس اشجار یا کشت و زرع، یا از بین بردن آثار موجود و یا جلوگیری از ادامه مزاحمت و یا ممانعت از حق را در ملک مورد دعوا صادر خواهد کرد.

### بخش دوم: مزاحمت یا ممانعت از حق

در برخی موارد دعوی ممانعت از حق و مزاحمت نیز علیه شهرداری قابل طرح است: مانند قطع انشعابات و یا ریختن نخاله و از بین بردن راه عبور و مرور. دعوی ممانعت از حق عبارت است از: تقاضای کسی که رفع ممانعت از حق ارتفاق یا انتفاع خود را در ملک دیگری بخواهد(ماده ۱۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی). دعوی مزاحمت عبارت است از: دعوی که به موجب آن متصرف مال غیرمنقول، درخواست جلوگیری از مزاحمت کسی را می‌نماید که نسبت به متصرفات او مزاحم است،



بدون این که مال را از تصرف متصرف خارج کرده باشد(ماده ۱۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی).

ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته: دعاوی مربوط به قطع انشعاب تلفن، گاز، برق و وسایل تهویه و نقاله (از قبیل بالابر و پله برقی و امثال آنها) که مورد استفاده در اموال غیرمنقول است مشمول مقررات این فصل می‌باشد مگر اینکه اقدامات بالا از طرف مؤسسات مربوط، چه دولتی یا خصوصی با مجوز قانونی یا مستند به قرارداد صورت گرفته باشد. چون قطع انشعابات به جهت عدم پرداخت جریمه و عوارض شهرداری غیرقانونی است لذا مشمول ممانعت از حق می‌گردد.

صدور دستور موقت عدم قطع انشعابات: وقتی وفق ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده به دعاوی تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت باشد نیز برابر مقررات این قانون رسیدگی خواهد شد؛ به استناد ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی چنانچه قبل از صدور رأی، خواهان تقاضای صدور دستور موقت نماید و دادگاه دلایل وی را موجه تشخیص دهد، دستور جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا تکمیل اعیانی از قبیل احداث بنا یا غرس اشجار یا کشت و زرع، یا از بین بردن آثار موجود و یا جلوگیری از ادامه مزاحمت و یا ممانعت از حق را در ملک مورد دعوا صادر خواهد کرد. بدین ترتیب امکان صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از قطع انشعابات وجود دارد. البته بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۷۴ فوق «این دستور با صدور رأی به رد دعوا مرتفع می‌شود مگر این که مرجع تجدیدنظر دستور مجددی در این خصوص صادر نماید.» بر عکس دستور موقت در دیوان عدالت اداری، که تا پایان صدور رأی قطعی پابرجاست. همچنین گذاشتن نیوجرسی و پلمب غیرقانونی، مزاحمت از حق است.

### بخش سوم: نکات کلی دعاوی ثلاث

- به دعاوی تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت باشد نیز برابر مقررات این قانون رسیدگی خواهد شد(ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی).
- در دعاوی تصرف عدوانی و مزاحمت و ممانعت از حق، «ابراز سند مالکیت»



دلیل بر سبق تصرف و استفاده از حق می‌باشد مگر آن که طرف دیگر سبق تصرف و استفاده از حق خود را به طریق دیگر ثابت نماید (ماده ۱۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی).

- موجه بودن استماع دعاوی مربوط به احراز و اثبات مالکیت: کسی که راجع به مالکیت یا اصل حق ارتفاق و انتفاع اقامه دعوا کرده است، نمی‌تواند نسبت به تصرف عدوانی و ممانعت از حق، طرح دعوا نماید (ماده ۱۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ از این ماده قابلیت استماع دعاوی مربوط به اصل مالکیت استنباط می‌گردد. همچنین از ماده ۱۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز طرح دعاوی در باب اصل مالکیت و استماع آن واضح است. (ماده ۱۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی: هرگاه در ملک مورد تصرف عدوانی، متصرف پس از تصرف عدوانی، غرس اشجار یا احداث بنا کرده باشد، اشجار و بنا در صورتی باقی می‌ماند که متصرف عدوانی مدعی مالکیت مورد حکم تصرف عدوانی باشد و در ظرف یک ماه از تاریخ اجرای حکم، در باب مالکیت به دادگاه صلاحیتدار دادخواست بدهد).

- موجه بودن استماع دعاوی تأیید و تنفیذ سند عادی: قابلیت رسیدگی نسبت به اصل سند عادی از موارد ذیل قابل استنباط است:

الف) ماده ۱۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «اگر در جریان رسیدگی به دعاوی تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق، سند ابرازی یکی از طرفین با رعایت مفاد ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی مورد تردید یا انکار یا جعل قرار گیرد، چه تعیین جاعل شده یا نشده باشد، چنانچه سند یادشده مؤثر در دعوا باشد و نتوان از طریق دیگری حقیقت را احراز نمود، مرجع رسیدگی‌کننده به اصالت سند نیز رسیدگی خواهد کرد.»

ب) ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور

ج) آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

- مستأجر، مباشر، خادم، کارگر و به طور کلی اشخاصی که ملکی را از طرف دیگری متصرف می‌باشند می‌توانند به قائم مقامی مالک برابر مقررات بالا شکایت کنند (ماده ۱۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی).



- در صورتی که رأی صادره مبنی بر رفع تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق باشد، بلافاصله به دستور مرجع صادرکننده، توسط اجرای دادگاه یا ضابطین دادگستری اجرا خواهد شد و درخواست تجدیدنظر مانع اجرا نمی‌باشد. در صورت فسخ رأی در مرحله تجدیدنظر، اقدامات اجرایی به دستور دادگاه اجراکننده حکم به حالت قبل از اجرا اعاده می‌شود و در صورتی که محکوم به، عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد، مثل یا قیمت آن وصول و تأدیه خواهد شد (ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی).
- بر اساس ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی به دعاوی موضوع این فصل تابع تشریفات آیین دادرسی نبوده و خارج از نوبت به عمل می‌آید.

### نتیجه‌گیری

عرفی و سلیقه‌ای عمل کردن در دعاوی سه گانه علیه شهرداری‌ها و اقدامات آن دستگاه در رویه قضائی موج می‌زند در حالی که بازگشت به قوانین و مقررات و یک روخوانی ساده از قوانین این ابهامات را پاسخ داده و اصالت فرد را پررنگ‌تر می‌نماید. اصول ۲۲ و ۴۷ قانون اساسی، ماده ۴ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۰، ماده ۳۰ قانون مدنی، مواد ۶۰۰ و ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵، ماده ۴ دستورالعمل حفظ کرامت‌های انسانی در قوه قضائیه مصوب تیر ۱۳۹۸ و سند امنیت قضائی مصوب مهر ۱۳۹۹ همگی اصل و قاعده را در رعایت حفظ حرمت مالکیت به عنوان چراغ و راهنما در دعاوی و مسائل حقوقی مشخص نموده‌اند ولی رویه قضائی هنگام رأی صادر نمودن در اجرت‌المثل ایام تصرف علاوه بر حکم به نرخ روز اراضی تصرف شده تردید و حتی نظر منفی دارد!

حتی پاسخ به برخی سوالات مانند امکان پذیرش دعوی «احراز و اثبات مالکیت» و یا «تأیید و تنفیذ سند عادی» - که یکی از آثار آن پذیرش به عنوان ذی‌نفع در مراجع رسیدگی از جمله دیوان عدالت اداری است و آثار دیگر آن در ماده ۳۶۲ قانون مدنی نمایان می‌گردد - از مراجعه به مواد قانون آیین دادرسی مدنی به وضوح قابل برداشت است. امری که اثبات‌کننده لزوم مراجعه و بازخوانی مجدد برخی قضات به نص قوانین هنگام رسیدگی و عدم اطمینان به محفوظات خود است!





# درباره طرح استفاده شرکت‌ها و موسسات

## خصوصی از نمایندگان حقوقی

دکتر مجید داودی<sup>۱</sup>

طرح استفاده شرکت‌ها و موسسات خصوصی از نمایندگان حقوقی و تصویب کلیات آن در کمیسیون امور حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی امیدهایی اندک اما بیم‌ها و نگرانی‌های زیادی را ایجاد کرده است.

در این مقاله طرح مذکور با رویکردی مبتنی بر انطباق این طرح با مهمترین ویژگی‌های قانونگذاری مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

### الف - مقدمه

قانونگذاری اگر امری سهل و ممتنع نباشد قطعاً سهل و دشوار می‌باشد. سهل است چون سازوکار وضع قانون در کشورمان آماده و در دسترس است. روش معمول وضع قانون، تصویب آن در مجلس شورای اسلامی و تایید از جانب شورای نگهبان است. نگاهی به روزنامه رسمی که مرجع انتشار قانون در کشورمان است نشان می‌دهد که چه به فراوانی و آسانی در کشورمان قانون تصویب می‌شود. سادگی وضع قانون بیش از آنکه عیب و ایراد محسوب شود، مطلوب به شمار می‌آید چرا که در هر زمانی امکان وضع قانون و یا اصلاح آن بر اساس نیازهای جامعه و توجه به ضرورت‌های زندگی اجتماعی و فردی را فراهم می‌آورد. متأسفانه مدتی است، سهولت وضع قانون بیش از آنکه گره گشا باشد مشکل آفرین شده است. اما پرسش اصلی آن است که چرا بسیاری از قوانینی که



اخيراً و به ویژه در مجلس یازدهم تصویب شده اند، نه مطلوب اکثر متخصصان و اندیشمندان جامعه بوده است و نه مقبول عموم؟

### ب- مهمترین معیارهای یک قانون خوب

بدیهی است هنگامی که به یک قانون پسوند خوب یا مطلوب اضافه می‌کنیم، معیارها و ویژگی‌های آن قانون را باید بر اساس این وصف تبیین نماییم. این سخن به معنای نادیده گرفتن تمام ویژگی‌های یک قانون نیست ویژگی‌هایی که ماهیت و محتوایی «باید انگارانه» دارند. به عبارتی شرایط حداقلی یک قانون مانند الزام آور بودن، عمومیت داشتن، امری بودن، واضح بودن و... که از «ویژگی‌های ذاتی» یک قانون می‌باشد مفروض ماست در نتیجه در این مقاله، طرح موضوع بررسی از این منظر مورد ارزیابی قرار نمی‌گیرد. اما قانون علاوه بر بهره‌مندی از ویژگی‌های ذاتی، برای موثر و مفید بودن نیازمند برخورداری از ویژگی‌های دیگری نیز هست که از آن به خصوصیات یا «ویژگی‌های عرضی قانون» نام برده می‌شود. در این فقره، از خصوصیات متعددی مانند پاسخگویی به نیازهای جامعه، انعکاس نظریه اکثریت، تامین منفعت عموم، انطباق با اخلاق، عادلانه بودن، استمرار و کارآمد بودن، نام برده شده است که در این مقاله به دو خصوصیت مهم‌تر قانون که به طور ضمنی در بر دارنده سایر خصوصیات هم می‌باشد پرداخته می‌شود.

### ۱- انطباق قانون با نیازهای روز جامعه

در این که قانون باید متناسب با نیازهای روز جامعه وضع گردد، تردیدی نیست. چون قانونگذار دلسوز قانون را وسیله‌ای برای رسیدن به شرایط زندگی بهتر می‌داند و مسلماً زندگی بهتر در گرو رفع نیازهای جامعه و مردم است.

حال پرسش این است که، آیا طرح استفاده شرکت‌های خصوصی از نمایندگان حقوقی به جای وکیل، متناسب با نیازهای روز جامعه و بویژه شرکت‌های خصوصی است؟ ممکن است گفته شود کمبود وکیل و نیز گرانی نرخ استفاده از خدمات وکیل از یک طرف و ضرورت استفاده از افراد آگاه و مطلع به قانون و موازین حقوقی، ضرورت استفاده از نمایندگان حقوقی را توجیه می‌کند. اما به این نگاه و نظر، انتقاداتی جدی وارد است زیرا؛

۶۶

اولاً: برخلاف آن چه گفته می‌شود جامعه با کمبود وکیل مواجه نیست، وجود



هزاران وکیل رسمی در کشور شاهد این مدعاست، اکنون کمتر خیابانی در شهرهای مختلف کشور وجود دارد که در آن خیابان تابلوی دفتر وکالت چندین وکیل را مشاهده نکنیم. در حقیقت جامعه بیش از آن که از کمبود وکیل رنج ببرد از کمبود فرهنگ مراجعه به وکیل در رنج است.

ثانیاً؛ حتی بر فرض کمبود وکیل در سنوات گذشته، با تأسیس نهادهای موازی به نام مرکز مشاوران قوه قضائیه از طریق ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه از زمان تصویب این قانون یعنی ۱۳۷۹، هر ساله هزاران وکیل توسط قانون وکلای دادگستری و مرکز یاد شده به جامعه افزوده شده که این روند با تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار مصوب ۱۴۰۰ شتاب بیشتری هم گرفته است.

بدیهی است در صورت تصویب طرح استفاده از نمایندگان حقوقی توسط شرکت‌های خصوصی، مجلس شورای اسلامی دچار یک تناقض و پارادوکس در قانونگذاری می‌شود، زیرا از یک طرف با تصویب قوانینی مانند قانون تسهیل، وکلای زیادی حتی مازاد بر نیاز جامعه و فراتر از استانداردهای بین‌المللی را بر جامعه تحمیل و تزریق می‌کند اما از طرف دیگر و همزمان، از طریق تصویب طرح‌هایی مانند طرح استفاده از نمایندگان حقوقی توسط شرکت‌های خصوصی، که سهم نسبتاً قابل توجهی از اشتغال وکلا را به خود اختصاص داده‌اند، امکان فعالیت و کار وکلا را از بین می‌برد.

ناگفته پیداست که نتیجه بدیهی و عقلانی چنین رویکرد دوگانه و غیر قابل جمعی، افزایش وکیل بیکار در کشور است که در این صورت با شعار اشتغال زایی مجلس منافات دارد. زیرا ایجاد شغل، چنانچه با کسب درآمد همراه نباشد مشکلات و تبعات منفی بسیاری به دنبال دارد. فراموش نکنیم؛ اشتغالزایی صرفاً یک شعار نیست بلکه یک فرآیند عملی و اجرایی است که کسب درآمد لازمه آن است. در نتیجه اعطا پروانه وکالت به متقاضیان و داوطلبان این شغل بدون این که درآمدی برای آنها در پی داشته باشد شغل محسوب نمی‌شود.

بنابراین آن چه اکنون در سطح نسبتاً وسیع شاهد آن هستیم، بیش از آن که نتایجی مثبت و کارکردگرایانه داشته باشد، یک اقدام پوپولیستی و عوام‌گرایانه محسوب می‌شود که نتیجه آن در آینده‌ای نزدیک، احساس تهی‌بودگی در وکلای بیکار، افزایش بی‌عدالتی و قانون‌گریزی در جامعه خواهد بود.

ثانیا؛ در مورد گزاف و گران بودن نرخ خدمات حقوقی وکلا هم باید گفت؛ حق



الوکاله وکیل تابع نظامات معینی است که هر وکیل مکلف و مقید به رعایت آنهاست مهمترین این نظامات، آیین نامه تعرفه حق الوکاله حق المشاوره و هزینه سفر و کلاهی دادگستری مصوب اسفند ۱۳۹۸ ریاست قوه قضائیه است.

مفاد تعرفه مذکور که وکلا هیچ نقشی در تنظیم آن ندارند، حکایتی و دلالتی بر گرانی حق الوکاله و یا سایر هزینه‌های وکیل ندارد. ضمن این که ضمانت اجراهای سخت گیرانه ای اعم از کیفری و انتظامی برای وکیل در صورت تخلف از تعرفه پیش بینی شده است که همین امر در کنار تعهدات اخلاقی و حرفه ای وکلا رعایت نرخ تعیین شده را به حداکثر ممکن می‌رساند. علاوه بر آن بسیاری از وکلا حتی حق الوکاله‌هایی به مراتب کمتر از نرخ‌های مندرج در آیین نامه تعرفه دریافت می‌کنند.

با این حال می‌توان ساز و کارهایی را پیش بینی کرد تا شرکت‌های خصوصی بویژه شرکت‌های نوپا و با گردش و درآمد مالی کم نیز مانند افراد حقیقی کم بضاعت از خدمات وکالت معاضدتی یا تخفیفات قابل توجهی در پرداخت حق الوکاله، از طریق معرفی وکیل توسط کانون‌های وکلای دادگستری برخوردار شوند.

اتخاذ و اجرای این رویکرد می‌تواند ضمن حل مشکل بیکاری برخی از وکلای دادگستری، در تأمین نیازهای حقوقی شرکت‌های خصوصی و افزایش تضمین حقوق قانونی آنها نیز تاثیر گذار باشد.

در تبیین این موضوع باید به این نکته توجه داشت که در حال حاضر و به جهت افزایش وکیل و نیز فقدان فرهنگ مراجعه به وکیل، تعداد قابل توجهی از وکلا حتی پروانه وکالت خود را تمدید نیز نکرده اند و می‌دانیم که عدم تمدید پروانه یعنی عدم امکان وکالت و پذیرش پرونده از جانب وکیل که خود به منزله بیکاری وکیل است.

برای اثبات این مدعا آمار کانون وکلای متبوع خود (یعنی کانون وکلای دادگستری مازندران) را که چند روز قبل استخراج شده اعلام می‌دارم؛

بر اساس آخرین آمار، از تعداد نزدیک به ۲۰۰۰ وکیل و کارآموز عضو کانون وکلای دادگستری مازندران، نزدیک به ۲۰۰ نفر از آنها (۱۰ درصد وکلا و کارآموزان) پروانه وکالت یا کارآموزی خود را تمدید نکرده اند که باید به این تعداد، گروه وکلای بیکار و کم کاری که به تمدید پروانه وکالت اقدام کرده اند هم اضافه گردد؛ وکلایی که صرفاً به منظور حفظ اعتبار و وجهه اجتماعی خویش در نزد بستگان و نزدیکان خود نسبت به تمدید پروانه وکالت اقدام می‌کنند.



در فراز پایانی این قسمت، لازم می‌دانم تا از هزینه‌های دادرسی سنگینی که در بسیاری از دعاوی بر مردم تحمیل می‌شود انتقاد کنم؛ چگونه است که نسبت به حق الوکاله وکیل که در نظام حقوقی اسلامی مورد تایید و حتی تاکید قرار گرفته است، ایراد می‌کنیم اما از دریافت هزینه‌های گزاف و سنگین دادرسی که بر مردم تحمیل می‌شود انتقادی نمی‌کنید و تلاشی برای تغییر آن به عمل نمی‌آوردید؟ در حالی که می‌دانیم در نظام دادرسی اسلامی، هزینه دادرسی موضوعیت و وجاهت ندارد و رایگان بودن دادرسی از ویژگی‌های نظام دادرسی اسلامی است.

## ۲- انطباق قانون با عدالت

رعایت عدالت مهمترین دغدغه و انتظار یک جامعه از نظام قانونگذاری است.

عادلانانه بودن قانون حداقل دو جنبه مهم دارد؛

نخست اینکه قانون باید موافق طبع عموم و یا اکثریت جامعه باشد و دیگر اینکه باید تأمین کننده حقوق اقلیت نیز باشد. بر مبنای دو جنبه مذکور این پرسش مطرح می‌شود که آیا طرح مذکور عادلانه است یا خیر؟

حامیان این طرح بر این باورند که عموم مردم خواهان دسترسی آسان و ارزان در برخورداری از خدمات حقوقی هستند در نتیجه این طرح به دلیل تأمین این انتظار، با طبع و تمایل اکثریت مردم سازگار است.

دیگر این که چون طرح مذکور استفاده شرکت‌های خصوصی از نماینده حقوقی را الزام آور نکرده بلکه به آنها صرفاً اختیار استفاده از این امکان را داده است، در نتیجه ممنوعیت و یا حتی محدودیتی در استفاده این شرکت‌ها از خدمات وکیل دادگستری ایجاد نموده است. به همین دلیل این طرح حقوق اقلیت - وکلا - را هم مراعات کرده است.

در پاسخ به این نگاه و نظر توجه به نکات ذیل حائز اهمیت است؛

اولاً؛ برخلاف آن چه گفته شد طرح مذکور تأمین کننده حقوق عموم مردم نیست بلکه ناظر به گزینه‌های خاصی از فعالیت‌های تجاری و اقتصادی در قالب شرکت‌هاست که در مقایسه با عموم مردم درصد قابل توجهی را به خود اختصاص نمی‌دهد.

ثانیاً؛ بسیار بعید است که حتی از همین شرکت‌ها بویژه شرکت‌های معتبر و موفق در بخش خصوصی نیز برای این پیشنهاد، بررسی و تصویب کلیات طرح، نظر سنجی صورت



گرفته و یا تدوین طرح مذکور مستند به گزارش معتبر و موجهی باشد تا ثابت شود همین گروهی که به ظاهر ذی نفع در تصویب آن هستند، با طرح یادشده موافقت دارند. اینجانب مستند به تجربه شخصی و تحقیقی ناشی از دو دهه وکالت و فعالیت علمی و دانشگاهی در زمینه حقوق شرکت‌های تجاری، معتقدم در شرایط کنونی کمتر شرکتی حاضر است، عنان اختیار پرونده‌های خود را به دست کارمند تازه کاری بسپارد که از دانش وکالتی و حقوقی کافی و حداقلی برخوردار نیست اما در عین حال مطمئنم پس از تصویب و اجرایی شدن این طرح، بسیاری از همین شرکت‌ها با وسوسه کاهش هزینه‌ها از کارکنان خود به عنوان نماینده حقوقی استفاده می‌کنند.

ثالثاً؛ تردیدی نیست هدف اصلی طراحان این طرح امکان و گسترش استفاده از خدمات حقوقی اشخاص غیر وکیل در شرکت‌های خصوصی است و گرنه دلیلی برای طرح و تصویب آن وجود ندارد. بنابراین هرچند این طرح نافی امکان استفاده از خدمات حقوقی وکیل دادگستری در شرکت‌های خصوصی نیست اما پرواضح است که مانعی جدی در استفاده از خدمات وکیل دادگستری ایجاد می‌کند و همین امر سبب کاهش نسبتاً چشمگیر فعالیت‌های وکالتی و شغلی وکلای دادگستری خواهد شد.

علاوه بر آن اجرای این طرح ممکن است در عمل، سبب تحقیر برخی از وکلا گردد؛ آنهایی که از سر نیاز و برای تامین معیشت خود و خانواده ناچاراً به نماینده حقوقی شرکت‌های خصوصی تبدیل می‌شوند و به جای دریافت حق الوکاله، رقم ناچیزی تحت عنوان حقوق کارمندی و یا حق الزحمه نمایندگی دریافت دارند. بدین ترتیب این طرح نه تنها با طبع اکثریت موافق نیست بلکه حقوق اقلیت متأثر از این طرح یعنی وکلا را هم نادیده می‌گیرد.

همچنین ممکن است در توجیه پذیرش طرح استفاده از نمایندگان حقوقی توسط شرکت‌های خصوصی گفته شود چرا شرکت‌های دولتی با حمایت قانونی مندرج در ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان برخورداری از نماینده حقوقی را دارند اما شرکت‌های خصوصی از این امتیاز محروم باشند؟ چه تفاوتی از این حیث بین شرکت‌های دولتی با شرکت‌های خصوصی وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش انتقادی باید به این نکات توجه داشت؛

نخست این که تجویز استفاده وزارتخانه‌ها و شرکت‌های دولتی از نماینده حقوقی به جای وکیل با هدف کاهش هزینه‌های دولت که جایگاهی متمایز از سایر اشخاص



دارد، توجیه می‌شود در حقیقت این امتیاز در زمره مصادیق تفوق و برتری حقوق عمومی بر حقوق خصوصی قرار می‌گیرد.

دیگر این که بر فرض پذیرش این ایراد باید گفت؛ وجود یک ایراد و مقرره‌ی اشتباه توجیه منطقی و قابل دفاعی برای تکرار همان اشتباه در سایر موارد نمی‌شود.

نگاهی واقع بینانه و کارکردگرایانه به جواز قانونی صادره در استفاده شرکت‌های دولتی از نماینده حقوقی در دعاوی نشان می‌دهد که معمولاً این شرکت‌ها از امتیاز یادشده طرفی نیستند و بیش از آن که از تجویز قانونی موجود منتفع شوند، متضرر شده‌اند زیرا عموماً نمایندگان حقوقی از دانش و مهارت کافی و حتی در مواردی حداقلی در مقام اثبات دعوی یا دفاع از آن برخوردار نیستند و بویژه در موقعیت‌هایی که طرف مقابل از وجود یک وکیل کارآزموده و متخصص بهره می‌گیرد، این نمایندگان در موضع ضعیف‌ترین هم قرار می‌گیرند که در این موارد نتیجه چنین تقابل نابرابری، قابل پیش‌بینی است.

علاوه بر آن گواه مهم دیگر، ناکارآمدی این گروه از نمایندگان حقوقی در پرتو اجرای بند «د» ماده ۸ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری نمایان می‌شود جایی که بسیاری از همین اشخاص علیرغم سی سال سابقه خدمت و داشتن مدرک کارشناسی حقوق قضایی با حداقل ۵ سال سابقه کار متوالی یا ۱۰ سال سابقه کار متناوب در سمت‌های حقوقی، از ضعیف‌ترین و ناکارآمدترین کارآموزان و وکلای دادگستری می‌باشند.

## ج- سایر ایرادات

طرح مذکور ایرادات دیگری هم دارد که دو ایراد مهم‌تر آن بیشتر مورد توجه اینجانب قرار گرفته است؛

### ۱- تخصص‌گریزی

متأسفانه ایراد مهم این طرح تخصص‌گریزی آن است. در طرح مذکور گفته شده هر شخص دارای لیسانس حقوق و یا صرفاً با فوق لیسانس حقوق می‌تواند به عنوان حقوقی شرکت‌های خصوصی در محاکم حضور یابد. این تجویز در حالی است که:

اولاً؛ تردیدی نیست هر دارنده مدرک لیسانس حقوق و بیشتر از آن هر دارنده فوق لیسانس حقوق که فاقد مدرک کارشناسی حقوق باشد نه شناخت کافی از علم حقوق و قوانین دارد و نه به اصول و قواعد دادرسی آشناست. نگاهی واقع بینانه به رشد و گسترش



بدون ضابطه دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی کشور در رشته حقوق همراه با وضعیت اسفبار آموزشی حاکم بر اکثر آنها که همگان بدان آگاهند، این حقیقت را آشکار می‌سازد.

ثانیاً؛ سپردن امر دفاع از حقوق این شرکت‌ها به چنین اشخاصی بیش از آن که واجد منفعت مالی و اقتصادی برای شرکت‌ها باشد، متضمن ضرر اقتصادی خواهد بود. احتمال این ضرر بویژه در دعاوی مهم و سنگین افزون خواهد شد چرا که معمولاً در این پرونده‌ها طرف مقابل ترجیح می‌دهد تا از خدمات و کیلی کاربلد، با تجربه و متبحر بهره‌گیرد.

حداقل و کلاً و قضات می‌دانند که در پرونده‌ها چه نکات مهم و ظرایف دقیقی از حیث مقررات شکلی و ماهوی وجود دارد که تشخیصی و تمییز آنها از سوی یک نماینده حقوقی ممکن نیست.

به گفته حضرت حافظ؛

هزار نکته باریک‌تر ز مو اینجاست      نه هر که سر بتراشد قلندری داند  
رویکرد اتخاذ شده توسط کمیسیون امور حقوقی و قضایی مجلس در حالی است که جامعه با درک ضرورت توجه به تخصص‌گرایی، به این سمت و سو حرکت می‌کند کما اینکه کانون‌های وکلای دادگستری، تخصصی شدن وکالت را به طور جدی در دستور کار خود قرار داده تا میزان کارایی وکلا و نقش آنان را در اجرای قانون و عدالت افزایش دهد. بنابراین بدیهی است نگاه عامیانه مجلس به امری چنین مهم و تخصصی، منتهی به مرگ تخصص شده و مسلماً آثار و نتایج زیان‌آور آن بر هیچ انسان عاقلی پوشیده نیست.

## ۲- فقدان جامعیت

بدیهی است قانون باید جامع و مانع باشد تا کارکرد مفید و موثر خود را که از اهداف قانونگذاری است، به دنبال داشته باشد. برای این که قانون از جامعیت کافی برخوردار باشد، لازم است به تمام جنبه‌های مختلف آن بویژه آثار اجرای قانون در مقام عمل توجه شود. باید به پیامدهای اجرای آن اندیشید و فروض مختلف را در نظر گرفت.

یکی از نکات مهم در رعایت این ویژگی از قانون توجه دقیق به طراحی قانون است. قانون باید فاقد هرگونه نشستی باشد. شناسایی نقاط ضعف قانون از طریق توجه ویژه به «بازیگران» پیدا و پنهان آن است. در این ارتباط نظریه یا تئوری بازی (game)





(theory) مناسبی برای یافتن نقش همه افرادی است که به طور مستقیم و یا غیر مستقیم با قانون مواجهه دارند در نتیجه در بررسی این موضوع، باید به نقش شرکت‌های خصوصی، نمایندگان حقوقی آنها، طرف مقابل، وکیل، قاضی، مجری قانون و سایر افرادی که بازیگران این قانون هستند، توجه کرد. در تئوری بازی، هر فرد دخیل دارای ترجیحات خود بوده و به دنبال منافع خود می‌باشد که ممکن است در تضاد و تعارض با هدف و غایی قانون باشد. بر همین مبنا باید طراحی قانون برای رسیدن به اهداف قانون‌گذار به شکلی باشد که از میان این تضادها عبور کرده و کمترین آسیب‌ها به وجود بیاید.

متأسفانه طرح مذکور که سبب استفاده دخالت مستقیم اشخاص غیرمتخصص و فاقد دانش و مهارت کافی در امر مهم دفاع از دعاوی و پرونده‌ها می‌گردد، زمینه ساز ایجاد و گسترش فساد می‌گردد. زیرا به طور طبیعی شخص فاقد صلاحیت علمی و فنی برای رسیدن به اهداف خود به روش‌های غیر قانونی و غیر اخلاقی متوسل می‌شود. تجربه داخلی و بین‌المللی معایب و آثار زیان بار چنین روش‌هایی را ثابت کرده است و در نتیجه تکرار اشتباه، نه تنها فضیلتی محسوب نمی‌شود بلکه عدالت و قانون را به قربانگاه برده و جامعه را دچار بحران می‌کند.

می‌دانیم بازیگران اصلی این سناریو، نمایندگان حقوقی شرکت‌های خصوصی خواهند بود که به دلیل فقدان جامعیت قانون و عدم پیش‌بینی شرایط حداقلی و ضروری در شناسایی و معرفی آنها، تبدیل به یکی از تهدیدهای تاریخی نظام حقوقی کشور می‌شوند. آسیب‌پذیری نظام حقوقی کشور با گسیل این افراد به مراتب بیشتر خواهد شد. همچنین این طرح فرصتی طلایی برای افراد فاقد صلاحیت که خود را به شرکت‌های متعددی معرفی کنند تا عهده دار دفاع از حقوق آنها تحت عنوان نمایندگی حقوقی گردند و چه بسا در این میان حتی مبالغ بیشتری از حق الوکاله و کلاه هم تحت عنوان حق نمایندگی دریافت نمایند.

## د- نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که گفته شد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که طرح مذکور اولاً و بالذات اشتباه است و با مبانی حقوقی و اهداف واقعی و بایسته‌های نظام حقوقی و دادرسی ناسازگار است. متأسفانه در این طرح و بعضی دیگر از طرح‌ها که به قانون هم تبدیل شده‌است مانند قانونی تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار، شاهد افول فنون بنیادین



قانونگذاری هستیم. این قوانین بیش از آن که بر مبنای معیارهای عینی و منطبق با نیازهای واقعی تدوین و تصویب می‌شود برگرفته از ذهنیت گرایبی است. با لحاظ همین نکته بنیادین، این مقاله صرفاً تلاش مختصری بوده تا به برخی از امور عینی توجه شود، اموری که مقنن عاقل، آینده‌نگر و منصف را از تصویب چنین قانونی برحذر می‌دارد، قانونی که در طبع و ذات پنهان و پیدای خود منجر به قانون‌گریزی گسترده خواهد شد؛ قانونی که خود بیش از هر چیزی خود و عدالت را مورد هدف قرار داده است.

### برخی از منابع مورد استفاده و مطالعه

- حق و مصلحت - محمد راسخ - نشر نی چاپ ششم ۱۳۹۸
- فلسفه حقوق ج دوم - ناصر کاتوزیان شرکت سهامی انتشار چاپ چهارم ۱۳۹۰
- گامی به سوی عدالت - ناصر کاتوزیان نشر میزان ۱۳۹۴
- نیروهای پدیدآورنده حقوق - ژرژ ریبر - ترجمه رضا شکوهی راد - انتشارات مجد چاپ اول - ۱۳۹۵
- جمهوری باورها - کاشیک باسو - ترجمه رضا بخشی آنی و مجید امیدی انتشارات روزنه - چاپ اول ۱۴۰۰
- مفهوم قانون در ایران - داود فیرحی - نشر نی چاپ اول ۱۳۹۹
- مفهوم قانون - هربرت هارت - ترجمه محمد راسخ - نشر نی چاپ هفتم ۱۳۹۸
- قانونگذاری - مفاهیم، نظریه‌ها و اصول - جرمی والدرون - ترجمه حسن وکیلیان، نشر نگاه معاصر ۱۳۹۷



# نگاهی کلی به سند رسمی

## «تخصیص تسهیلات» بانکی (مال مرهونه غیر منقول)

جاوید غیاث خواه<sup>۱</sup>

### چکیده

اخذ وثیقه برای اعطای تسهیلات، در حقیقت تضمین کننده بازگشت منابع بانک و به زبان دیگر، ابزار تضمین بازگشت سپرده‌ها و پس انداز و سرمایه گذاری مردم است. یکی از معقولترین و نسبتاً کم ریسک‌ترین وثیقه در بین وثائق مجاز قابل اخذ توسط بانک‌ها، وثائق ملکی می‌باشد. وثیقه ملکی متعلق به تسهیلات گیرنده یا شخص ثالث (باهر دو) به بانک قابلیت وصول مطالبات را در زمان به خطر افتادن مطالبات را می‌دهد. با توجه به اینکه اخذ وثیقه ملکی قانوناً مستند به تنظیم سند رسمی در دفترخانه اسناد رسمی می‌باشد و به عبارتی جهت گرو قرار دادن ملک نزد بانک، بایستی ملک در دفترخانه در قالب سند رسمی به ترهین بانک درآید و بانک مرکزی بر اساس قالب تعیینی، ترهین ملک را تحت قالب‌های به خصوصی مجاز دانسته که در عرف بانک‌ها به «سند تخصیص تسهیلات» ملقب گردیده است. این سند، پرکاربردترین سندی است که شمولیت وسیعی برای انواع مصارف بانک دارد و از طرفی تنظیم این سند دارای اسبابی است که عدم مراعات آن موجب خدشه به سند رهنی و به تبع آن وثیقه ماخوذه می‌گردد. در تحقیق حاضر در صدد بررسی کلی آن نوع سند هستیم تا ضمن شناخت آن، از ورود احتمالی ضرر به بانک و تضییع حقوق مشتری یا راهن پیشگیری شود. همچنین مبحث شرایط اساسی و عمومی صحت معاملات که شامل کلیه عقود است در این مقاله به صورت کلی بحث می‌شود و

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای آذربایجان شرقی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.



هدف در این مقاله بررسی شرایط اساسی است که به دلیل تفاوت هایی، نیاز به بررسی عمیق تر دارد.

**واژه‌های کلیدی:** سند رهن، وثیقه ملکی، سند تخصیص تسهیلات، بانک مرکزی.

## مقدمه

«سند تخصیص تسهیلات» از جمله قالب‌های قراردادی است که بانک مرکزی تنظیم قرارداد رهنی ملکی در آن قالب را مجاز و الزامی کرده است. با توجه به اینکه در گذشته ترهین و وثائق ملکی در دفاتر اسناد رسمی در قالب «سند رهن» صورت می‌گرفت، ولی به تدریج به دلیل مشکلات حقوقی من جمله عدم ایجاد مبنا و سبب دین و همچنین یک بار مصرف بودن سند که مستلزم ایجاد هزینه مضاعف به مشتری می‌گردید در صدد تنظیم سندی بر آمدند که عنوان «تخصیص تسهیلات» به آن اطلاق گردید که طی آن دو مشکل عمده حقوقی آن یعنی عدم ایجاد سبب دین و یک بار مصرف بودن آن مرتفع گردید که در مقاله حاضر در صدد بررسی ارکان کلی سند فوق هستیم تا با شناختی بر آن بتوانیم مانع ورود خسارت به طرفین از محل عدم مراعات مبانی حقوقی ارکان سند فوق باشیم.

لازم به ذکر است هدف در این مقاله بررسی عقد رهن نمی‌باشد و صرفاً بررسی اسناد تخصیص تسهیلاتی فی مابین بانک و مشتری با موضوع غیرمنقول است و سعی می‌گردد از ورود به مباحث عقد رهن خودداری گردد.

## ۱- ماهیت سند تخصیص تسهیلات:

تضمین بازگشت وجوه پرداختی بانک به مشتریان مهمترین دغدغه بانکها به شمار می‌آید. در این چالش، بانک درصدد انتخاب بهترین تضمین است تا از بازگشت این وجوه مطمئن باشد که در این بین ملک، به سبب شرایطی که دارد معمولاً تضمین بهتری بشمار می‌رود.

با توجه به وجوب رعایت شرایط شکلی توثیق ملک که حسب مادتين ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت الزاماً می‌بایست براساس سند رسمی صورت گیرد، سند رسمی ترهین پلاک، می‌بایست در یکی از دفاتر اسناد رسمی انجام پذیرد.



مشکلی که همیشه بانک‌ها با آن درگیر بودند این بود که اولاً؛ بانک‌ها نخست ملک را ترهین می‌کردند و سپس تسهیلات اعطاء می‌کردند که این موضوع منافات با ماده ۷۷۵ قانون مدنی داشت که تقدم دین بر رهن و به عبارتی ایجاد دین و سپس ترهین را ضروری میدانست.<sup>۲</sup>

دومین موضوع؛ بحث یکبار مصرف بودن اسناد ترهینی بود که در این بین مشتری که مشتری اعتباری محسوب می‌شد و مثلاً در طی یک سال چندین نوع و به دفعات تسهیلات اخذ و تسویه می‌کرد مجبور بود به هر کدام از آنها رهن علیحده ای تنظیم و پس از تسویه هر کدام فک رهن کند و برای تسهیلات جدید مجدداً ترهین همان ملک با صرف هزینه مجدد صورت پذیرد که علاوه بر ایجاد هزینه مالی و وقت گیر بودن، کار عبثی نیز بشمار می‌رفت که نهایتاً بانک مرکزی اقدام به تنظیم سندی جدید بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی تحت عنوان «سند تخصیص تسهیلات» نمود و بانک‌ها را مکلف به ترهین املاک در این قالب نمود که با این فرم مشکلات فوق مرتفع گردید. در این قالب ترتیبی اتخاذ گردید که مشکل ایجاد تقدم دین بر رهن رفع شود (در ادامه بحث خواهد شد) و موضوع یکبار مصرف بودن سند نیز با تعیین مدت اعتبار حل گردد.

در نتیجه سند حاضر علی رغم دارا بودن ماهیت وثیقه ای که جزو عقود نامعین به شمار می‌آید و سندی بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد ولی اصول عقد رهن مانند قبض و اقباض نیز در آن مراعات گردیده است، حتی عقد مزبور را به سبب شباهت آن به رهن در خصوص رهن لازم و نسبت به مرتهن جایز می‌دانند و به صرف اعلام بانک، قرارداد را فسخ می‌نمایند. عقد تخصیص تسهیلات جزو عقود تشریفاتی محسوب و قبض، شرط صحت عقد به شمار می‌آید.

باید توجه داشت که بر اساس ماهیت این عقد، رهن علاوه توثیق و وثیقه (حق عینی تبعی)، اگر شخص ثالث باشد ضمانت تضامنی نیز با مشتری پیدا می‌کند و اگر چنانچه عین مرهونه به هر دلیلی قابلیت استحصال طلب را نداشته باشد و یا پس از خاتمه عملیات اجرائی با فروش به ثالث و یا انتقال به بانک کفاف طلب بانک را ندهد، بانک

---

۲. ماده ۷۷۵ ق.م. برای هر مالی که بر ذمه باشد ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.



می‌تواند مازاد طلب باقیمانده را به استناد قرارداد فوق در قالب دعوی حقوقی از راهن (ضامن) مطالبه نماید.

## ۲- ارکان سند تخصیص تسهیلات:

۲-۱- **طرفین قرارداد:** شرایط اساسی صحت عقود من جمله اهلیت بحشی است که بر این نوع عقود نیز صادق است و در این مقاله از ورود به کلیات و جزئیات آن خودداری می‌گردد. بحث حاضر عمدتاً بر روی قسمی از اهلیت و بیشتر بر روی مشتریان یا راهنین بانک است (تا در مورد بانک) چرا که مبحث چندانانی بر روی شخصیت حقوقی بانک وجود ندارد. اما آنچه در مورد بانک قابل بیان است این است که شخصیت حقوقی بانک به عنوان یک شرکت تجاری که قریب به اتفاق محل ثبت و مرکز امور مهمه آن در پایتخت مستقر است، لاجرم در مراکز استان‌ها دارای مدیریت (یا سرپرستی) می‌باشند و بصورت شاخه ای در شهرهای هر استان نیز شعبی در سطح شهرستان‌ها دارند که فعالیت می‌کنند که ماهیت اینها نیز قابل بررسی است. اصولاً مدیریت مراکز استان‌ها و شعب با تفاوت سطح اختیارات بر اساس قانون تجارت (مادتین ۳۹۵ الی ۴۰۱ قانون تجارت) قائم مقام تجاری بانک محسوب می‌گردند و علی القاعده رهن ملک با اینکه نزد بانک مربوطه صورت می‌گیرد، عملاً وارد جزئیات شده و در سند رهنی، مرتهن علاوه بر اینکه بانک خواهد بود، نام شعبه نیز قید و ملک نزد شعبه به خصوص (پرداخت کننده تسهیلات) ترهین می‌گردد. (این اختصاص مانع استفاده از این سند در شعب دیگر می‌گردد مگر سند متممی تنظیم گردد).

در خصوص طرف مقابل بانک نیز باید گفت مشتریان بانک متشکل از اشخاص حقیقی و حقوقی می‌باشد. آنچه در اشخاص حقیقی اهمیت دارد شناسائی اهلیت قانونی و سایر شرایط اساسی صحت معاملات مرتبط با شخصیت فرد حقیقی است که بایستی مراعات گردد ولی آنچه از این رکن بیشتر مدنظر است و به عبارتی شکل بارزتری دارد معاملات ترهینی صیغار و محجورین با بانک است.

علی القاعده قواعد کلی درخصوص هر دو آنها یکسان است، اما بایستی شرایط هر یک از آنان را جداگانه بررسی کرد.



**\*صِغار:** با توجه به اینکه اصولاً با وجود ولی قهری (پدر و جدپدری) آنها هستند که می‌توانند درخصوص اموال صغیر، معاملات مختلف را بدون نیاز به دریافت مجوز از مرجعی انجام دهند، فلذا ترهین املاک صغار توسط ولی قهری بدون نیاز به طی تشریفات علیحده میسر است (هرچند بر اساس ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، مسؤولیت مدنی ولی قهری در صورت عدم مراعات غبطه مولی علیه پابرجا است، لیکن تشریفات شکلی خاصی در این خصوص وجود ندارد). در مواردی که قیّم عهده دار مدیریت اموال صغیر است، اراده قیّم در ترهین املاک صغیر حتی بنفع صغیر نیز ممکن نخواهد بود، مگر اینکه مجوز ترهین را از دادستان در این خصوص دریافت کرده باشد.

**\*سایر محجورین:** با توجه به اینکه قیّم، تصدّی مدیریت اموال محجورین را عهده دار است، قانون ترتیبی فراهم کرده تا اختیاری مبنی بر ترهین اموال محجور را نداشته باشد مگر با اخذ مجوز قانونی از امور محجورین. طبیعی است که حسب قوانین فعلی، مادر نیز نهایتاً می‌تواند در صورت لزوم تعیین قیّم، در قالب قیّم ظهور نماید و الاً فاقد توانایی دخالت در امور مالی و ترهین ملک صغیر می‌باشد.

**۲-۲- موضوع دین:** فلسفه دریافت وثیقه همانا تضمین عودت وجوهات بانک به همراه متعلقات آن است، پس موضوع دین همان وجوهات دریافتی و متعلقات الزامی پرداخت آن به بانک از سوی مشتری است. در این بین بانک‌ها مبلغ تنظیم سند را گاه معادل اصل تسهیلات، گاهی مشتمل بر اصل و سود و بعضاً شامل اصل و سود قطعی پیش بینی شده و به اضافه ۲۰٪ مجموع آن دو تنظیم می‌کنند. (البته بنظر می‌رسد ۲۰٪ اضافی کاری بیهوده و تحمیل هزینه اضافی دفترخانه به راهن است).

یکی از موضوعات دین، خسارات تاخیر تادیه قراردادی است. بر اساس آن خسارات ثابت قراردادی که در صورت عدم ایفای تعهد از جانب مشتری محقق می‌شود و مشتری موظف به پرداخت آن است. اصولاً میزان خسارات تاخیر، متشکل از نرخ تسهیلات به انضمام ۶٪ می‌باشد که در حقیقت جریمه، صرفاً ۶٪ نبوده و به مجموع نرخ تسهیلات و ۶٪ جریمه تاخیر تادیه اطلاق می‌گردد.



در بحث ماهیت اشاره گردید که یکی از مشکلات بانک‌ها در عقد رهن فقدان دین در زمان ترهین بود. با عنایت به تاکید قانون مدنی مبنی بر اینکه ابتدا بایستی دینی ایجاد گردد تا ثانیاً عقد رهنی تنظیم گردد و در عمل بانک‌ها ابتدا رهن را ایجاد میکردند و به عبارتی سند رهن در دفترخانه تنظیم می‌شد و سپس تسهیلات را می‌پرداختند که با تطابق تاریخ و ساعات سند رهنی قابل ابطال بود.

در جهت رفع این مشکل شعب ابتدا اقدام به تعریف دینی به مبلغ  $X$  ریال (عمدتاً  $10/000$  ریال) به مشتری می‌کنند و بدهی به ایشان ایجاد می‌گردد، با توجه به اینکه حسب تفاسیر حقوقی ایجاد سبب دین برای ترهین کفایت مینماید و لزومی به تشکیل کلّ دین نمی‌باشد، پس سبب دین با پرداخت مبلغ اولیه به مشتری شکل می‌گیرد. (جهت تاثرگذاری و صحت عملیات حقوقی درج مبلغ ابتدائی به عنوان قسمت از موضوع رهن ضروری است مثلاً اگر مبلغ اصل و سود تسهیلات  $Y$  ریال باشد مبلغ رهن بایستی  $Y + 10/000$  ریال درج شود. گاهی دیده میشود این مبلغ افزوده نمی‌شود که در این صورت سند رهن به سبب عدم ایجاد سبب آن باطل خواهد بود.)

**۲-۳- موضوع رهن:** موضوع رهن در حقیقت مالی عینی است که باید نزد بانک گرو باشد تا بازپرداخت دین به باتک تضمین گردد. (موضوع بحث حاضر ترهین غیرمنقول است فلذا چارچوب غیرمنقول مدنظر می‌باشد.) یکی از آثار بحث فوق این خواهد بود که امتیازات، دین، منفعت و حقوق قابل ترهین نباشد و مثلاً سرقفلی و کسب و پیشه، خطوط گران قیمت یا رُند تلفنی، حق تالیف و امتیاز کشف و اختراع قابل ترهین نزد بانک نباشد. شش‌دانگ هر یک از آپارتمان، زمین مسکونی اعیانی دار که منشاء صدور آنها بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت است، قابل قبول‌ترین غیرمنقول قابل ترهین است. در این بین ترهین کارخانه، مال منقول، غیرمنقول وقفی، مازاد مال مسبوق به رهن (رهن مکرر)، املاک واقع در شهرک‌های صنعتی دارای دفترچه (بدون سند مالکیت)، اسناد صادره مبتنی بر مادتين ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت، زمین‌های کشاورزی از جمله مصادیق املاک قابل ترهینی است که قبول یا رد آن برای رهن مبتنی بر تصمیمات داخلی هر بانک است که البته در





مواری مانند شهرک‌های صنعتی بانک ملزم به ترهین است و پروتکل خاصی برای آن ترتیب داده شده است.

بانک‌ها در جهت ایجاد تسهیل به مشتریان می‌توانند اقدام به قبول ترهین مکرر مازاد ملکی بنمایند که قبلاً آن ملک نزد بانک دیگری در رهن بوده و یا در صورتی که مشتری قصد ترهین ملک جدیدی به جای ملک حاضر رهنی داشته باشد نیز در صورت کفایت ارزش با تعویض مورد رهن (وثیقه) موافقت می‌نماید.

#### ۴-۲- قبض و اقباض: ماده ۷۷۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: مال مرهون باید به

قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست. با توجه به اینکه قبض در عقد رهن از شرایط صحت عقد رهن است و بایستی مال مرهونه در تصرف مرتهن قرار گیرد که اولاً؛ میتوان همزمانی ایجاد با قبض را پذیرفت، با این تیتیر که ایجاب و معاطات (قبض) می‌تواند همزمان باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۵۰۶) ثانیاً؛ واقعیتی که در بحث قبض وجود دارد این است که هدف از قبض از نظر فقه و قانون در دسترس بودن عین مرهونه نزد مرتهن است، ولی در زمان قبض علی‌الخصوص در دفترخانه اسناد رسمی که اسناد رهنی تنظیم و توسط مشتری - راهن - و نماینده حقوقی بانک امضاء می‌گردد، حقیقتاً قبض و اقباضی صورت نمی‌پذیرد ولی در اسناد رسمی وثیقه قید می‌گردد که قبض و اقباض صورت پذیرفت که در حقیقت صرفاً اقراری صورت می‌گیرد بر قبض. فی الواقع وثیقه ای در تصرف نماینده ی بانک قرار نمی‌گیرد. اصولاً مبنای چنین رویه ای، نظری است که حقوقدانان دارند و اعتقادی به قبض مادی ندارند و معتقدند قبض معنوی و عرفی (صرف اقرار به قبض و اقباض) در تحقق شرط کفایت می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۱۰)

#### ۵-۲- شروط ضمن العقد: حسب شرایط و نیازهای هر بانک، شروط ضمن

عقدی ممکن است در قرارداد اضافه و درج گردد که مبتنی بر اولویت انتظارات هر بانک است، اما با توجه به اینکه فرمت ارسالی بر اساس تمهید بانک مرکزی تدوین گردیده و بانک‌ها اختیار تغییر مفاد آن را ندارند، اصولاً مفاد شروط سند در بین بانک‌ها مشترک



می‌باشد و بانک مرکزی تمهیدات حقوقی تامین نیازهای بانک‌ها را در فرمت دیده است که عمده‌ی شروط مندرج به شرح ذیل می‌باشد:

### ۱-۵-۲- اذن برداشت از حساب توسط بانک: یکی از شروط ضمن

عقد، مجوزی است که در آن مشتری و ضامن به بانک می‌دهد تا بانک مجاز باشد در صورت تاخیر در پرداخت دیون از هر یک از حساب‌های موجود نزد همان بانک برداشت نماید که این برداشت شامل اصل، سود و خسارات تاخیر تادیه و هزینه‌های متعارف مانند بیمه ملک یا هزینه‌های وصول طلب مانند هزینه دادرسی است. در این شرط یکی از موارد مهم اشاره شده بر این است که بانک بتواند اگر هر یک از قسمت‌های پرداخت دین به تاخیر افتد کل دین، تبدیل به حال شده و بانک مجاز باشد کل دین را یکجا از تسهیلات گیرنده و ضامن مطالبه نماید. هر چند به نظر می‌رسد با وجود دین مشتری/ضامن تضامنی به بانک لزومی به اخذ اذن مجزا نمی‌باشد (وجوه مشتری نزد بانک یا قرض الحسنه است که در این صورت ماهیت آن تملیک وجه به بانک است یا سپرده که ماهیت آن وکالت بانک به سپرده‌ها است) و بانک رأساً می‌تواند طلب خود را از محل وجوه موجود وصول نماید. اخذ این شرط بیشتر از این باب است که در صورت تشکیک در تحقق تهاتر، بانک بتواند به استناد این شرط طلب خود را وصول کند. به نظر می‌رسد هرگونه استدلالی مبنی بر اینکه بانک به انحاء مختلف حق برداشت از وجوه را ندارد فاقد بستر حقوقی بوده و اظهار نظر احساسی و شتابزده است.

### ۲-۵-۲- مطالبه خسارات تاخیر تادیه: هر چند تمامی موارد این قرارداد

به صورت مجزاء نیاز به توصیف علیحده‌ای در قالب مقاله دارد، اما این مبحث همچنان محل تنازع حقوقی و تفسیری حقوقدانان و بالاتر از آن عدم درک و شناخت مفاهیم مرتبط با خسارات تاخیر توسط مقنن است. واژه‌هایی همچون وجه التزام، دیرکرد، خسارات تاخیر تادیه، واژه‌هایی است که اغلب (حتی قشر مقنن و قضائی) نیز این واژه‌ها را مرادف هم می‌داند ولی با بررسی قوانین شاهد خواهیم بود که قانونگذار و حتی فقه تفاوت بسیاری در خصوص مفاهیم این کلمات قائل شده است. (غیاث خواه، ۱۳۸۸: ۲۲)



اما اجمالاً قانونگذاران، «دیرکرد» را مطلقاً غیر قانونی می‌دانند (آنچه در کلام بزرگان مذهبی حاضر نیز حرمت آن جاری است). اما در خصوص «وجه التزام» ماده ۳۵ قانون ثبت محدودیتی در خصوص مطالبه در قالب وجه التزام قائل شده که بنا به شرایط، وجه التزام مازاد ۱۲٪ و ۱۵٪ را مجاز ندانسته است.<sup>۳</sup> لیکن در خصوص «خسارات تاخیر تادیه» نظرات مختلفی مجاز بودن مطالبه خسارات تاخیر تادیه قراردادی را مجاز دانسته است (غیاث خواه، ۱۳۸۲: ۲۲). حسب باب نهم قانون آئین دادرسی مدنی (مواد ۵۱۵ تا ۵۱۸) و تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون اصلاح صدور چک و ماده واحده مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تفسیر تبصره اخیر همگی بر تأیید قانونی بودن مطالبه خسارات تاخیر تادیه در خصوص دعاوی مدنی مبتنی بر دیون پولی و چک حرکت کرد که در ادامه مصوبات شورای پول و اعتبار در تعیین سودهای سپرده‌های بانکی مجاز سالانه و سپس ۶٪ جریمه به انضمام نرخ تسهیلات را مجاز تلقی نمود. در حقیقت ماهیت آن (که گاه به کیفر مدنی از آن یاد می‌شود)، تعیین خسارت ثابتی از پیش تعیین شده بر روی خسارات احتمالی آینده است تا در صورت عدم ایفاء دیون پولی خسارت از آن محل تامین شود. با تعیین این مبنا برای خسارت، در آینده این خسارت غیرقابل تعدیل است و در صورت ورود مازاد یا کمتر از آن، تعدیل آن غیرقابل قبول خواهد بود.

با همه این اوصاف خلط واژه‌های مرتبط به هم همگی در راستای تعیین از پیش خسارت ثابت در حقوق ایران است ولی نهایتاً تعیین این خسارت پیرو بخشنامه‌های شورای پول و اعتبار تحت عنوان «خسارت تاخیر تادیه» بلامانع و به سبب امره بودن لازم الاجرا است.

### ۳-۵-۲- بیمه مال مرهونه: بر اساس شرط ضمن عقد دیگری که در

---

۳. ماده ۳۵ قانون ثبت: محاکم عدلیه در هیچ مورد نسبت به وجه التزام مقرر در معاملات مذکور در ماده ۳۳ و معاملات استقراضی بیش از صدی پانزده در سال به نسبت مدت تاخیر حکم نداده و ادارات ثبت بیش از صدی دوازده در سال ورقه ی لازم الاجراء صادر نخواهند کرد (مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۱۵).



قرارداد درج شده است، راهن مکلف است ملک رهنی را نزد یکی از شرکت‌های بیمه نسبت به حوادث احتمالی بیمه نماید که ضمن همین قرارداد درج می‌گردد در صورت عدم انجام وظیفه پوشش بیمه، بانک ماذون می‌شود از جانب راهن و مشتری ملک را «به نفع بانک» بیمه نماید. اصولاً مدت زمان این بیمه یکساله است که با فرارسیدن سررسید تسهیلات در صورت عدم تسویه، بانک اقدام به ترهین مجدد می‌نماید. این اذن بانک را مجاز می‌کند تا هزینه‌های پرداختی از بابت پوشش بیمه ملک را از وی مطالبه نماید. ذکر این نکته بسیار ضروری است که اصولاً کارمندان بانک‌ها به دلیل عدم اشراف به مسایل حقوقی نسبت به هزینه‌های اعمالی بیمه در زمان تسویه ی تسهیلات اقدام به اخذ سودی معادل نرخ تسهیلات بابت هزینه بیمه می‌نمایند (که البته ریشه ی امر بیشتر در بی اطلاعی و گاه زاید دانستن علم حقوق به زعم بعضی مدیران عالی بانک‌ها است و صرفاً عملیات حسابداری و سود و زیان و ترازنامه برایشان اهمیت دارد، که البته حرکت‌های حقوقی بجای دستگاه قضاء در ابطال یکسری معاملات بین مشتریان و بانک‌ها تغییر اساسی در ذهنیت کارمندان و مدیران عالی بعضی از بانک‌ها ایجاد کرده است) که مطالبه آن شرعاً و قانوناً فاقد مجوز است.

#### ۴-۵-۲- تعیین دین ایفاء شده در دیون متعدد توسط بانک: بر

اساس ماده ۲۸۲ قانون مدنی تعیین اینکه دین ایفاء شده بابت کدام دین است حق بدهکار است و طلبکار حق تعیین آن را ندارد، که چه بسا بدهکار تقدم تعیین را در دینی بداند که به نفعش است (مثلاً تسویه تسهیلات با نرخ خسارت تادیه بالا را بر تسهیلات قرض الحسنه که فاقد جریمه تاخیر تادیه است مقدم بداند). ماده ۲۸۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: اگر کسی به یک نفر دیون متعدده داشته باشد، تشخیص اینکه تادیه از بابت کدام دین است با مدیون می‌باشد.

در شرط ضمن عقد سند فوق درج می‌گردد که اگر ایفاء تعهدی از جانب ضامن یا مشتری صورت پذیرد و مشتری یا حتی ضامن دارای تعهدات مالی متعددی باشد در تفسیر اینکه این وجوه بابت کدام دین است با بانک است و این، بانک خواهد بود که نوع دین قابل تسویه را مشخص می‌کند. با این شرط عملاً حق تعیین دین از مشتری و ضامن/راهن ساقط و بانک در تعیین محل مصرف وجه



مختار است که در این بین شاید اولویت بانک در تسویه تسهیلات قرض الحسنه یا تسهیلاتی با نرخ تاخیرتادیه اندک باشد تا نسبت به تسهیلاتی که خسارات تاخیر تادیه آن فزونتر از تسهیلات دیگر است. طبیعی است در صورتی که جنس تعهدات و وجوه واریزی از یک جنس باشد (ارزی یا ریالی) موضوع حاضر منطقی و قابل قبول است.

**۵-۲- مستحذات:** اصولاً وفق قانون و عرف، منصوبات متصل مورد رهن داخل در عین مرهونه است و قابل تفکیک نیست، در این خصوص با بهره گیری از ماده ۷۸۵ قانون مدنی که بیان می‌دارد: هرچیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات جزء مبیع محسوب می‌شود در رهن نیز داخل خواهد شد. می‌توان منصوبات متصل و گاه منفصل عرفی را داخل در مورد رهن دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۵۵۶)

اما در خصوص متعلقاتی که در آینده به ملک ملحق می‌گردد بانک ترتیبی داده تا در شرط ضمن العقد مقرر گردد در صورتیکه در آتیه بنایی و اعیانی و کلاً منصوباتی به مورد رهن اضافه گردد، مورد الحاقی جزو مال مرهونه بشمار آید و راهن نمی‌تواند مدعی خروج آن از موضوع رهن به سبب اینکه پس از عقد رهن اضافه گردیده باشد. این مستحذات می‌تواند مواردی از قبیل: بنا، انشعابات، تزئینات متصل یا امتیازات و مجوزهایی مانند پروانه ساخت باشد.

**۶-۵-۲- وکالت:** اصولاً در مفاد قرارداد، متونی درج می‌گردد که اشکال متفاوتی از وکالت بنا به فراخور انتظارات بانک در آن درج گردیده است. یکی از مهمترین موارد وکالت، واگذاری حق فروش مال مرهونه به مرتهن است که از محل فروش مال مرهونه امکان استحصال طلب فراهم گردد. با توجه به اینکه این حق به صورت مستقیم قابل اجرا نیست و از طریق اجرای ثبت و با صدور اجرائیه در قالب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و آئین نامه مربوطه اجرا می‌گردد. در این نوع وکالت در فروش، وکالت در لوازم آن نیز داده می‌شود و مواردی مانند وکالت به بانک در سپردن تعهد به ادارات در جهت تملیک و اخذ استعلاماتی مانند استعلام



شهرداری اگر در قرارداد نباشد به عنوان لوازم تملیک به شمار می‌آید.

### ۷-۵-۲- ایجاد ضمانت تضامنی: یکی از شروط مندرج در قرارداد ایجاد

ضمانت تضامنی به راهن (در صورتی که راهن شخص ثالث باشد) در ضمن عقد است. ضمن عقد اعلام می‌گردد علاوه بر اینکه مالک ملک راهن است و بانک میتواند طلب را از محل وثیقه وصول کند به عنوان ضامن تضامنی نیز از وی می‌تواند طلب دین بنماید. ثمره ی عملی این شرط در این است که هرچند در صورت خروج عین مرهونه به هر دلیل از دایره سند رهن، صرف سند رهنی تا مبلغ مندرج تبدیل به سند ذمه ای می‌گردد و مسؤولیت راهن پابرجا است ولی با درج شرط ضمانت در قرارداد، در صورتی که از محل فروش مال رهنی، وجوه ایصالی کفاف طلب بانک را ننماید، بانک می‌تواند به استناد شرط ضمن العقدی که راهن را همزمان تبدیل به ضامن تضامنی نیز نموده است از وی مطالبه مازاد طلب باقیمانده را بنماید (که اگر این شرط نبود بانک حق مطالبه مازاد دین را نداشت).

### ۳- مدت قرارداد: در سند تخصیص تسهیلات بر خلاف عقد رهن که ضرورتی به

درج مدت ندارد و اصولاً عقدی است که برای راهن لازم و برای مرتهن جایز است مدت قید می‌گردد. در سند رهن، رهن بابت دین مشخصی است که با ایفاء دین و سقوط تعهد، رهن نیز از بین می‌رود. ولی با توجه به اینکه سند «تخصیص تسهیلات» قائم به دین مشخصی نیست و ماهیت تکراری دارد، درج مدت صورت می‌گیرد. با این اوصاف در فرم‌های بانکی مدت اعتباری در آن درج می‌گردد که معمولاً در عموم قراردادها بین ۵ الی ۱۰ سال درج می‌گردد. در این مدت بانک می‌تواند به کرات تسهیلاتی به مشتری بپردازد. به نظر می‌رسد در جهت جلوگیری از تبعات احتمالی تضييع حقوق راهن (در مواردی که راهن شخص ثالثی است) و رفع شبهه در اینکه حق تمتع مالک ساقط نگردیده مدت درج می‌شود و بانک در پرداخت تسهیلات، مدت زمان باقیمانده رهن را محاسبه و به گونه ای عمل می‌کند که آخرین سر رسید تسهیلات داخل در مدت رهن باشد. در صورتی که پرداخت تسهیلات و حتی صدور اجرائیه خارج از فرجه ی رهن باشد بانک نمی‌تواند ادعای حقی را نسبت به سند(ملک) مزبور داشته باشد و به عبارتی یکی از



اسباب سقوط تعهدات انقضای مدت قرارداد در این نوع اسناد است.

## نتیجه گیری

سند «تخصیص تسهیلات» عقدی است نامعین که فرمت آن توسط بانک مرکزی تهیه و شکل جدید از وثیقه ملک به شمار می آید. با اینکه ماهیت آن شبیه عقد رهن (عقد معین) است ولی احکام اختصاصی قراردادی آن مانند درج مدت اعتبار سند مختص این عقد است و درج مدت در عقد رهن تقریباً معنا ندارد.

در قرارداد تخصیص تسهیلات علاوه بر اینکه رعایت قواعد عمومی و شرایط اساسی صحت معاملات ضروری است، مشتمل بر شروط ضمن العقدی است که هر کدام آثار متفاوتی را دارد که همگی بصورت قراردادهای چاپ شده آماده و بنفع بانک تنظیم می گردد (قرارداد الحاقی).

تخصیصی بودن امر و از طرفی توجه بانک به موضوع سود تسهیلات و عدم اهمیت به ابعاد حقوقی قراردادهای بانکی تقریباً خلاءهای عمیقی را خصوصاً در اسناد رهنی (تخصیص تسهیلات) ایجاد می کند که منافع بانک را با خطر مواجه می کند. این موضوع تا جایی بی اهمیت تلقی می شود که گاه حتی بانک از ظرفیت‌های موجود قراردادی خود بی اطلاع است. عدم مراعات اصول مهم حقوقی در این نوع اسناد مانند ایجاد سبب دین، موجبات ابطال سند و در نتیجه آزادی ملک از رهن و طبعاً ابطال شروط سرنوشت ساز ضمن العقد می گردد که دعای اخیر اقامه شده علیه بانک‌ها و اتفاقاً محکومیت بانک‌ها در آراء صادره از محاکم گواه این مطلب است.

## منابع

- بهمنی، محمود. (۱۳۸۷) بانکداری داخلی (۱). تهران: موسسه بانکداری ایران
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷) حقوق مدنی (رهن و صلح). تهران: گنج دانش
- جمشیدی، سعید. (۱۳۷۹) بانکداری اسلامی. تهران: شکوه اندیشه
- خاوری، محمودرضا. (۱۳۷۱) حقوق بانکی. تهران: موسسه بانکداری ایران
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۵) حقوق بانکی. تهران: بنیاد حقوقی میزان
- شهری، غلامرضا. (۱۳۶۹) حقوق ثبت. تهران: جهاد دانشگاهی



- غیاث خواه، جاوید. (۱۳۸۸). حقوق بانکی. تبریز: یاس نبی
- فیروز، ژیللا. (۱۳۸۳) مجموعه بیست و یک سال نظریات کمیسیون حقوقی بانک ها. تهران: اداره حقوقی بانک سپه
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). عقود معین ۴ (عقود اذنی - وثیقه‌های دین). تهران: انتشار موسویان، سیدعباس. (۱۳۸۹) جرمه تاخیر تادیه. تهران: انتشارات جنگل
- نجفی، ایرج. (۱۳۹۳) حقوق ثبت. تهران: نگاه بینه





# شرح رای وحدت رویه شماره ۸۰۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور

## مهدی اعتمادیان<sup>۱</sup>

رای وحدت رویه شماره ۸۰۶ - ۱۳۹۹/۱۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور درباره عدم مسؤلیت بیمه گر برای پرداخت خسارت بدنی به راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه رانندگی:

«در موارد مشمول ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰، گرچه پرداخت خسارت به زیان دیده و بازیافت آن از مسبب حادثه، پیش‌بینی شده است، اما با توجه به اینکه هرگاه زیان دیده، مسبب حادثه و ورود صدمه به خود باشد، پرداخت خسارت به وی و اقدام به بازپس‌گیری آن، کاری بیهوده و غیرعقلایی است، بنابراین هدف از وضع این ماده حمایت از اشخاص ثالث زیان دیده است نه مسبب حادثه و اصولاً در این قانون، برای رانندگان مسبب حادثه واجد شرایط مذکور در بندهای چهارگانه ماده ۱۵ یاد شده، مزایایی لحاظ نشده است و به همین علت، این موارد از شمول ماده ۱۱ همین قانون نیز خروج موضوعی دارد. افزون بر این، شرط دارا بودن گواهینامه رانندگی برای پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه در بند پ ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ قانون یادشده پیش‌بینی شده و این آیین‌نامه به موجب تکلیف مقرر در همین ماده به تصویب شورای عالی بیمه به عنوان مرجع تشخیص موارد خارج از تعهد بیمه‌گر مطابق تبصره ۲ ماده ۲۱ این قانون نیز رسیده است. بنا به مراتب، بیمه گر مسؤلیتی برای پرداخت خسارت بدنی به راننده مسبب حادثه فاقد

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



گواهینامه رانندگی از محل بیمه‌نامه موضوع ماده ۳ قانون مذکور ندارد و رأی شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان قم که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

سوالی که با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۸۰۶ - ۱۳۹۹/۱۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام پاسخ به آن هستیم، آن است که در حوادث رانندگی، چنانچه راننده مسبب حادثه خساراتی اعم از بدنی، مالی و... متحمل شود و گواهینامه مرتبط نداشته باشد، آیا مشمول موضوع بند «ب» ماده ۱۱۵ قانون «قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران»<sup>۲</sup> می‌شود یا خیر؟

مطابق مفاد این رأی، راننده‌ای که گواهینامه مرتبط رانندگی ندارد از شمول بند «ب» ماده ۱۱۵ قانون «برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران» خارج است. این رأی صرفاً ناظر بر خود راننده مقصر حادثه‌ای است که فاقد گواهینامه باشد.

در بررسی رأی مذکور، بایستی دو فرض «مسبب حادثه» و «غیر مسبب حادثه» بودن راننده فاقد گواهینامه مرتبط تشریح گردد:

### ۱- راننده غیر مسبب حادثه فاقد گواهینامه باشد:

اگر بین دو خودرو تصادف اتفاق بیفتد و راننده خودرویی که مسبب و مقصر ایجاد تصادف نیست، فاقد گواهینامه رانندگی باشد، هیچ اثری در حق او برای مراجعه به بیمه گر ایجاد نمی‌شود. در این حالت راننده فاقد گواهینامه (راننده خودروی غیر مسبب حادثه)، به صراحت بند «ت» ماده یک قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر

---

۲. ماده ۱۱۵ - الف - وضع و دریافت هرگونه عوارض بر بیمه تجاری (حق بیمه و حق بیمه اتکایی) منحصر به مواردی است که در قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی تعیین شده است. ب - وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده همچون سرنشین بیمه شخص ثالث را اعمال نماید.



حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵، ثالث محسوب می‌شود و بیمه‌گر باید خسارات وارده به وی را جبران کند.

## ۲- راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه باشد:

در این حالت خسارات را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد:  
۲-۱- خسارات و صدمات وارد به ثالث:

بیمه‌گر به صراحت ماده ۱۵ قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵ موظف است بدون هیچ قید و شرطی خسارات وارد به اشخاص ثالث در حادثه رانندگی را که راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه است، به ایشان بپردازد. یعنی سرنشینان خودروی مسبب حادثه (به جز خود راننده) و راننده طرف مقابل (حتی اگر گواهینامه نداشته باشد) و سرنشینان خودرو یا خودروهای دیگر یا عابران پیاده یا هر فرد دیگری که در حادثه رانندگی ناشی از تقصیر و تسبیب راننده فاقد گواهینامه دچار خسارت شده باشند می‌توانند برای جبران به بیمه‌گر مراجعه کنند و بیمه‌گر نمی‌تواند با استناد به فاقد گواهینامه بودن راننده مسبب حادثه از جبران خسارات خودداری کند.

در این حالت، صرفاً برای شرکت بیمه این حق در قانون پیش‌بینی شده است که پس از پرداخت و جبران همه خسارات اشخاص ثالث، به قائم مقامی از آنها برای دریافت مبالغ پرداختی به راننده مسبب حادثه که فاقد گواهینامه بوده، مراجعه کند.

## ۲-۲- خسارات و صدمات وارد به خود راننده فاقد گواهینامه مسبب حادثه:

قانون‌گذار در قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵ اصل را بر جبران همه خسارات ناشی از حوادث رانندگی گذاشته است. برای نیل به این مقصود، قانون‌گذار هم دایره تعریف حوادث رانندگی را بسیار وسیع کرده است و هم جبران خسارت را در فروع و شرایط مختلف حتی در فرضی که خودروی مسبب حادثه فاقد بیمه‌نامه معتبر باشد، پیش‌بینی کرده است. بنابراین می‌توان بیان داشت در مواضع



تردید، باید با توجه به روح قانون، اصل را بر قابل جبران بودن خسارت حسب مورد توسط بیمه‌گر یا صندوق تامین خسارات بدنی گذاشت.

علاوه بر اشخاص ثالث، ممکن است خود راننده مسبب حادثه هم در جریان حادثه آسیب و خساراتی ببیند، در این صورت به تصریح ماده ۳ قانون یاد شده، بیمه‌گر باید خسارات بدنی وارد به وی را هم جبران کند. این حکم از ابداعات قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵ است. طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی اصولاً مقصر ایجاد خسارت نمی‌تواند برای جبران خسارت وارد شده به خودش، به کسی مراجعه کند. لیکن حکم ماده ۳ قانون یاد شده، ریشه در مسؤولیت قهری و مدنی ندارد، بلکه ریشه قراردادی دارد و مبنای آن الزام قانون به گنجاندن این شرط در قرارداد بیمه است. به همین جهت هم به صراحت بند «الف» ماده ۱۷ قانون مذکور<sup>۳</sup>، خسارات وارد به وسیله نقلیه مسبب حادثه و محمولات آن فارغ از گواهینامه داشتن یا نداشتن راننده، اساساً مشمول تعهدات بیمه‌گر نیستند. یعنی از آنجا که بر خلاف بیمه شخص ثالث که مبتنی بر مسؤولیت مدنی مقصر است، بیمه راننده مسبب حادثه از جنس بیمه حوادث است، فلذا شرکت بیمه که در صورت بروز حوادث قهری مثل زلزله به بیمه‌گذار مبلغی پرداخت می‌کند، در صورت بروز حادثه رانندگی هم بدون توجه به منشأ و مسبب حادثه مبلغی معادل دیه را به راننده مسبب حادثه باید بپردازد.

بر اساس بند «ب» ماده ۱۱۵ قانون «برنامه پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران» وزارت امور اقتصادی و دارائی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده، همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید.

---

۳. ماده ۱۷- موارد زیر از شمول بیمه موضوع این قانون خارج است: الف - خسارت وارده به وسیله نقلیه مسبب حادثه و محمولات آن ب - خسارت مستقیم و یا غیرمستقیم ناشی از تشعشعات اتمی و رادیواکتیو پ - جریمه یا جزای نقدی ت - اثبات قصد زیان دیده در ایراد صدمه به خود مانند خودکشی، اسقاط جنین و نظایر آن و نیز اثبات هر نوع خدعه و تبانی نزد مراجع قضائی تبصره - در صورتی که در موارد بندهای (الف) و (ب) اختلافی وجود داشته باشد، معترض می‌تواند به مرجع قضائی صالح رجوع کند.

۲-۲-۱- تعارض مفاد ماده ۳ با بند (پ) ماده ۱۵ قانون «بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵  
صدر ماده ۱۵ قانون یاد شده<sup>۴</sup> آمده است که در موارد مذکور ذیل این ماده از جمله بند «پ» آن که ناظر بر فاقد گواهینامه بودن راننده مسبب حادثه است، شرکت بیمه می تواند پس از پرداخت خسارات برای بازیافت مبالغ پرداختی به راننده مسبب حادثه مراجعه کند.  
در عین حال طبق ماده ۳ قانون یاد شده<sup>۵</sup> و آیین نامه اجرایی آن، بیمه گر باید

۴. ماده ۱۵- در موارد زیر بیمه گر مکلف است بدون هیچ شرط و اخذ تضمین، خسارت زیان دیده را پرداخت کند و پس از آن می تواند به قائم مقامی زیان دیده از طریق مراجع قانونی برای بازیافت تمام یا بخشی از وجوه پرداخت شده به شخصی که موجب خسارت شده است مراجعه کند: الف - اثبات عمد مسبب در ایجاد حادثه نزد مراجع قضائی ب - رانندگی در حالت مستی یا استعمال مواد مخدر یا روانگردان مؤثر در وقوع حادثه که به تأیید نیروی انتظامی یا پزشکی قانونی یا دادگاه رسیده باشد. پ - در صورتی که راننده مسبب، فاقد گواهینامه رانندگی باشد یا گواهینامه او متناسب با نوع وسیله نقلیه نباشد. ت - در صورتی که راننده مسبب، وسیله نقلیه را سرقت کرده یا از مسروقه بودن آن، آگاه باشد. تبصره ۱- در صورت وجود اختلاف میان بیمه گر و مسبب حادثه، اثبات موارد فوق در مراجع قضائی صالح صورت خواهد گرفت. تبصره ۲- در مواردی که طبق این قانون بیمه گر حق رجوع به مسبب حادثه یا قائم مقام قانونی وی را دارد، اسناد پرداخت خسارت از سوی بیمه گر در حکم اسناد لازم الاجراء است و از طریق دوایر اجرای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور قابل مطالبه و وصول می باشد. تبصره ۳- در صورتی که حادثه در حین آموزش رانندگی توسط مراکز مجاز یا آزمون اخذ گواهینامه رخ دهد، خسارت پرداخت شده به وسیله شرکت بیمه از آموزش گیرنده یا آزمون دهنده قابل بازیافت نخواهد بود و حسب مورد آموزش دهنده یا آزمون گیرنده، راننده محسوب می شود.

۵. ماده ۳- دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت های بدنی واردشده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام، بیمه حوادث اخذ کند؛ مبنای محاسبه میزان خسارت قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه، معادل دیه فوت یا دیه و یا ارش

←



خسارات بدنی راننده مسبب حادثه را معادل حداقل دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام بپردازد.

ظاهراً اختلاف شعب دادگاه که منتهی به صدور رأی اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور شده است ناشی از اختلاف در تفسیر نص ماده ۳ قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵، بوده است. در شرایطی که خسارات و صدمات به خود راننده فاقد گواهینامه مسبب حادثه وارد شده است، بیمه‌گر با یک تعهد به پرداخت خسارات بدنی راننده مسبب حادثه، طبق ماده ۳، مواجه می‌شود و یک حق، مطابق بند «پ» ماده ۱۵، بابت بازپافت خسارات پرداخت شده در حادثه‌ای که راننده مسبب آن فاقد گواهینامه مرتبط بوده است، دارد. در این وضعیت می‌شود قائل به این شد که بیمه‌گر مالک ما فی‌ذمه خودش می‌شود، یا دین و طلب او مقابل راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه، قهراً تهاتر می‌شوند.

همان گونه که بیان شد، حکم رأی اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور تنها می‌تواند ناظر بر عدم شمول خسارات وارد به خود راننده در تعهدات بیمه‌گر با دو شرط باشد: اولاً، خود راننده مسبب حادثه باشد و ثانیاً، راننده مسبب حادثه، فاقد گواهینامه متناسب با وسیله نقلیه باشد.

به نظر می‌رسد حتی در فرض اخیر، اگر علت تامه حادثه رانندگی تقصیر راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه نباشد، یعنی مثلاً اگر بخشی از علت حادثه نقص راه و... تشخیص داده شود، راننده مسبب حادثه فاقد گواهینامه می‌تواند به نسبت تقصیر عوامل دیگر خسارات بدنی وارد به خود را از بیمه‌گر مطالبه کند.

---

جرح در فرض ورود خسارت بدنی به مرد مسلمان در ماه غیرحرام و هزینه معالجه آن می‌باشد. سازمان پزشکی قانونی مکلف است با درخواست راننده مسبب حادثه یا شرکت بیمه مربوط، نوع و درصد صدمه بدنی واردشده را تعیین و اعلام کند. آیین نامه اجرائی و حق بیمه مربوط به این بیمه نامه به پیشنهاد بیمه مرکزی پس از تصویب شورای عالی بیمه به تصویب هیات وزیران می‌رسد.



## تذکر

منابعی که در پی می آید، مآخذ و منابع متعلق به مقاله «قواعد حقوقی حاکم بر پرداخت ضمانت نامه های بانکی» مندرج در شماره ۱۵۵ / دی ۱۴۰۰ مدرسه حقوق صفحات ۴۳ تا ۷۴ است که ذیل مقاله یاد شده از قلم افتاده و اکنون جهت بهره مندی هر چه بیشتر ذکر می گردد.

آرمان زینلی<sup>۱</sup>

## منابع

### الف) کتب:

- آفاکی، ژرژ (۱۳۹۳)، ترجمه تذهیبی، فریده، راهنمای تفسیری URDG نسخه ۷۵۸، جنگل، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، چاپ اول.
- تراشیون، سعید، طباطبایی، غزاله (۱۳۹۲)، ضمانت نامه بانکی بین المللی ومقررات حاکم بر آن ها، پژوهشکده پولی و بانکی.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۳)، حقوق بانکی، نشر میزان.

### ب) مقالات:

- افتخار جهرمی، گودرز، تفرشی، محمد عیسی، شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۰)، تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی، مدرس علوم انسانی، شماره ۲۰.
- تراشیون، سعید (۱۳۹۳)، تقلب در ضمانت نامه های مستقل بانکی، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره ۳۱۹۹.
- تفرشی، محمد عیسی، شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۲)، استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی، نامه مفید، شماره ۳۷.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۲)، مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۵.

<sup>۱</sup>. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانش آموخته ی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان).



- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۱)، شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آن‌ها، مدرس علوم انسانی، شماره ۱۴.
- کاشانی، محمود (۱۳۷۴ تا ۱۳۷۵)، ضمانت‌نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷.
- مجیبی، محسن (۱۳۸۴)، انواع دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی، وکالت، شماره ۲۷ و ۲۸.

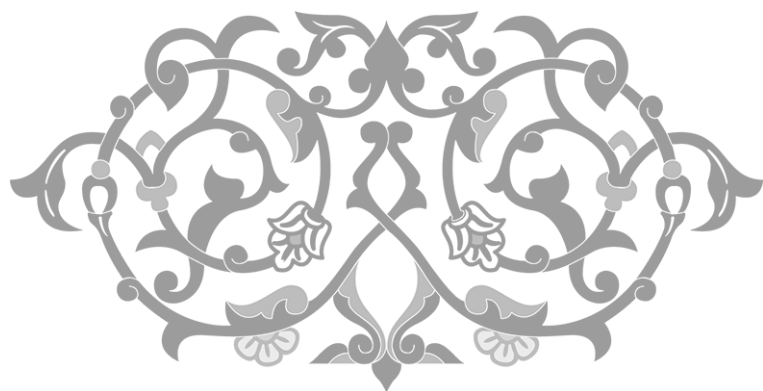
### ج) پایان‌نامه‌ها:

- احمدی، زینب (۱۳۹۱)، بررسی فقهی و حقوقی تهاتر و اقسام آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- امیرپور، رسول (۱۳۸۹)، مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه بانکی در تجارت بین‌الملل، پایان‌نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۰)، ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، پایان‌نامه دکترا، تربیت مدرس.

### د) مقررات:

- بخشنامه شماره‌ی ۹۴/۳۱۵۹۵ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۰، سایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بخش قوانین و مقررات، بخشنامه‌ها، بخشنامه‌های نظارت.





گزیده سخنرانی‌ها





# بررسی ابطال شرط خسارت قرارداد بانکی بر مبنای رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴<sup>۱</sup>

این بحث در رابطه با ابطال قراردادهای بانکی یا شروط قراردادهای بانکی به‌ویژه خسارت تاخیر تادیه با اتخاذ رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ پیرو اختلاف نظر و اختلاف رویه‌ای که در دادگاه‌ها وجود دارد و دیوان عالی کشور این رأی را صادر کرده است. رأی وحدت رویه ۷۹۴ مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ قانون مدیریت بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۸ شهریور ۱۳۶۲ و الحاقات بعدی و ماده واحده و قانون تاسیس بانک‌های غیردولتی و دیگر مقررات بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و دیگر مقررات مربوط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است. مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد بنا به مقررات و با عنایت به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات باطل است بر این اساس رأی شماره..... شعبه اول دادگاه تجدیدنظر دادگاه لرستان که با این نظر مطابقت دارد و به اکثریت قریب به اتفاق آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود و این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۷ با اصلاحات بعدی در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع لازم‌الاتباع است.

- 
۱. این وینار بین دکتر عبدی پور و قضات دادگاه‌های دادگستری تهران برگزار شده است. پیاده سازی وینار توسط همکار گرامی سرکار خانم سارا سادات شجاعی صورت گرفته است.



این شرط راجع به نرخ سودی است که هر سال یا هر از چندگاهی توسط بانک مرکزی مشخص و به بانکها اعلام می‌شود البته بسته به نوع قراردادهای تسهیلات بانکی گاهی حداقل و حداکثر درصدی را بانک مرکزی مشخص می‌کند.

موارد بطلان قراردادهای تسهیلات بانکی یا بطلان شروط ضمن قراردادهای تسهیلات بانکی را بیان می‌کنیم:

مقدمه اول این است که در هر اقتصادی سه نوع بازار وجود دارد، بازار کالا و خدمات و بازار سرمایه و بازار پول.

بازار پول یکی از مهم‌ترین این بازارهاست در واقع بازاری است که پول و اعتبارات مبادله می‌شود و بازیگران اصلی آن بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری هستند. که باید زیر نظر بانک مرکزی ایفای نقش بکنند به‌هرحال بانکها خدمات مختلفی را به مشتریان ارائه می‌کنند که اگر بخواهیم بیان کنیم سه نوع سرویس و خدمت بانکی یا سه نوع عملیات بانکی است.

اول قبول سپرده‌های مردم است و افتتاح حساب‌های مختلف برای دریافت وجوه اشخاص نزد بانک که در واقع تحت عناوین مختلف این وجوه نزد بانک سپرده می‌شود که سپرده به معنای عام کلمه می‌باشد والا بخشی از حساب‌های مردم نزد بانک به‌عنوان قرض الحسنه است که بانک تعهد دارد در زمان تقاضای مردم به آن‌ها برگرداند. خدمت دومی که بانکها دارند خدمات پرداخت است که در اقتصاد روز دنیا چه در مبادلات داخلی و بین‌المللی عمده پرداخت‌ها امروز از طریق بانک و سیستم بانکی صورت می‌گیرد، یکی دیگر از خدمات مهم بانکها عملیات تامین سرمایه و نقدینگی است. مصرف‌کنندگان که گاهی نیاز به نقدینگی برای رفع حواجی دارند و خرید کالا و خدمات و هم تامین نقدینگی و سرمایه برای بنگاه‌های اقتصادی اعم از تولیدی تجاری خدماتی کشاورزی و هر نوع فعالیتی که نیاز به سرمایه دارد و طبیعتاً در دنیای امروز هیچ فعال اقتصادی نمی‌تواند همه سرمایه لازم را برای فعالیت خود داشته باشد. معمولاً نیاز دارد که بخشی از نقدینگی خود را از بازار سرمایه مثل بورس یا بازار پول تامین نماید طبیعتاً نوع عملکرد بانکها و تعاملات آن‌ها با مشتریان از این حیث تاثیر بسیار مستقیمی بر رونق اقتصادی و یا تاثیر منفی بر شرایط اقتصادی جامعه داشته، به‌رحال بازار پول به‌طور کلی و نظام پولی و بانکی کشور نقش مهمی در اقتصاد هر کشور دارد و جزء ارکان یک کشور است که در این بازار بانکها و مؤسسات مالی و اعتباری ایفای نقش می‌کنند و بازیگرند، که البته در کشور



ما تعاونی‌های اعتبار، صندوق‌های قرض‌الحسنه و صرافی‌ها و شرکت‌های لیزینگ هر کدام نقشی را ایفا می‌کنند و طبیعتاً نقش اصلی را بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری ایفا می‌کنند که هم در واقع تامین منابع و هم در تجهیز آن نقش اصلی را دارند، به‌رحال بانک مرکزی طبق وظایف و اختیاراتی که دارد و اهداف وجودی خود باید بر نظام بانکی کنترل نماید و به‌رحال امر نظارت و کنترل که با نظارت استطلاعی درست نمی‌شود و این نوع نظارت باید استصوابی باشد، که مقرراتی که مصوبات بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار و حتی گاهی فراتر از آن دولت و مجلس تصویب می‌کنند برای هدایت فعالیت‌های بانکی همه آن‌ها علی‌القاعده مقررات آمره‌ای هستند که باید از سوی بانک‌ها رعایت شوند، بانک مرکزی با استفاده از سیاست‌های پولی که بخشی از سیاست‌های اقتصادی هر کشور است. براساس مصوبات شورای پول و اعتبار هم بخش‌تزیینی دارد و هم نقش اجرایی.

بر اساس سیاست‌های پولی، بانک مرکزی سعی می‌کند با ابزارهایی در واقع بازار پول را کنترل و نظارت نماید و نظام بانکی را هدایت کند. بعضی از این ابزارها مستقیم است که یکی از آن تعیین و کنترل نرخ‌های سود بانکی است. بانک مرکزی، شورای پول و اعتبار مشخص می‌کنند که برای اعطای تسهیلات بانکی نرخ سود بانک چه میزان باشد یا دامنه نرخ سود حداقل و حداکثر آن چه میزان باشد.

ابزار دیگر که از ابزارهای مستقیم است سقف اعتبارات بانک می‌باشد به‌رحال بانک‌ها از خود سرمایه‌چندانی ندارند مخصوصاً بانک‌های خصوصی که با سرمایه مختصر تاسیس شده‌اند و عمده منابع پولی که در اختیار بانک‌هاست سپرده‌های مردم می‌باشد و جوهی که مانده حساب‌های اشخاص در نزد بانک‌ها تحت عناوین مختلف حساب سپرده، حساب پس‌انداز، حساب جاری قرض‌الحسنه و غیره می‌سپارند عمده منابع مالی بانک‌ها و منابع پولی آن‌ها سرمایه‌های مردم است برای این که سیستم بانکی به این مؤسسات و بانک‌ها اعتماد کرده تا تاسیس شوند و فعالیت بانکی بکنند. برخی از منابع موجود در بانک‌ها سپرده می‌شوند و ذخیره می‌شوند بخشی از آن را می‌توانند تسهیلات بدهند که آن هم قرار است ده درصد آن قرض‌الحسنه باشد و برخی از آن در قالب عقود مختلف تسهیلات بدهند که سودی هم نصیب بانک بشود و بتواند هم هزینه‌های خود را تامین کند و هم بتواند به سپرده‌های سرمایه‌گذاری مشتریان سود پرداخت کند و این که چه مقدار از این سپرده‌ها قابل استفاده به عنوان تسهیلات اعطایی و در چه مصارفی در بخش تولید در



بخش صنعت کشاورزی خدمات واردات و صادرات که این موارد را بانک مرکزی مشخص کرده در واقع خطوط کلی که در قانون برنامه پنج‌ساله هست و در قانون بودجه سالانه کشور است. گاهی براساس اسناد بالادستی بانک مرکزی و نحوه مصرف سپرده‌ها را برای بانک‌ها مشخص می‌کند به‌هرحال این موارد هم جزء مقررات الزامی هست که بانک‌ها موظفانند رعایت کنند.

برخی از ابزارها نیز به‌صورت غیرمستقیم است سپرده‌های قانونی نزد بانک مرکزی و نسبت آن با کل سپرده‌ها که طبق قانون ده تا سی درصد باید باشد که با توجه به سیاست‌های بانک مرکزی انقباضی یا انبساطی بودن آن، این نسبت تغییر می‌کند و البته بانک مرکزی از ابزارهای دیگری استفاده می‌کند مانند اوراق مشارکت که خود بانک مرکزی اوراق مشارکت منتشر می‌کند که نقدینگی موجود در جامعه را کم می‌کند و اثر تورم‌زایی را کم می‌کند یا گاهی از بانک‌ها سپرده ویژه می‌گیرد که به آن‌ها سود می‌دهد که یکی از مشکلات بحث نقدینگی است، بحث نقدینگی بحث جدی می‌باشد که در حوصله بحث ما نیست.

مطلب سومی که عرض می‌کنم خدمتتان بحث اصل حاکمیت اراده که گاهی در برخی از آراء دادگاه‌ها به آن استناد می‌شود که قراردادهای بانکی که با توافق بین بانک مشتری صورت می‌گیرد اصل حاکمیت اراده معتبر است و شروط آن مورد توافق بوده و اصل صحت را جاری می‌دانند که اولاً اصل حاکمیت اراده که خاستگاه آن نظام‌های لیبرالیستی می‌باشد، مبنای لیبرالیستی و اومانیستی دارد در غرب نیز اصل حاکمیت اراده به آن گستردگی اعتبار ندارد و جای خود را به اصل آزادی قراردادی داده که آن هم در چارچوب قانون اجرا می‌شود، پس اصل آزادی قراردادی سه محدودیت کلی دارد: ۱- قانون ۲- نظم عمومی ۳- اخلاق حسنه که در قوانین ما هم آمده که قضات دادگاه‌ها نباید از نقش ممیزی خود در قراردادهای واهمه‌ای داشته باشند و هر جا که قرارداد و شروط آن با نظم آمر و قوانین نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت داشت نباید به آن اعتنا نمایند و درواقع قاعده العقود تابعه للقصود مشابه اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی در حقوق است قاعده العقود تابعه للقصود که در فقه و شریعت اسلامی داریم به‌معنای این است که عقد اگر مبتنی بر قصد طرف نباشند اعتبار ندارد و آنچه را طرفین نخواستند قابل قبول نیست و معتبر نمی‌باشد.

در واقع جنبه سلبی این قاعده بیشتر مدنظر فقهاست یعنی این که عقد تا زمانی که



طرفین اصل عقد را نخواستند و شروط آن را نخواستند اعتبار ندارد و در واقع قاعده العقود تابعه للقصد یک جنبه ایجابی دارد و یک جنبه سلبی.

فقههای معزز جنبه سلبی آن را بیشتر مد نظرشان بوده در واقع اگر طرفین چیزی را نخواهند داخل در عقد نیست.

اما جنبه ایجابی آن مورد پذیرش فقها و صاحب نظران حقوق اسلامی نیست یعنی این گونه نیست که هر آنچه طرفین خواسته اند معتبر است!! هر آنچه که طرفین توافق کرده اند اعتبار دارد؟ نه این گونه نیست. توافق طرفین و اراده آنها تا جایی معتبر است که با موازین شرعی مغایرتی نداشته باشد در این راستا قاعده المؤمنون عند شروطهم هم محدودیت‌هایی دارد که یکی از آنها نیز مخالفت آن با کتاب و سنت است.

شرطی که در قرارداد مخالف کتاب و سنت باشد اعتبار ندارد در حقوق موضوعه ما نیز می‌گوییم که یکی از موارد بطلان شرط مخالفت آن با قوانین و مقررات امری است. مطلب بعدی که جنبه مقدماتی دارد و در نتیجه‌گیری کلی ما مفید می‌باشد ماهیت قراردادهای بانکی می‌باشد.

این که قراردادهای تسهیلاتی بانکی به مشتریان، عقود معین است یا عقود غیر معین؟ در برخی از آرا اختلاف نظرهایی در بین قضات محترم دادگاه‌ها وجود دارد که اگر معیار ما در مورد عقد معین این باشد که عقدی است که نام آن در قانون و مقررات ما نام برده شده و قانون‌گذار برای آن نام‌گذاری کرده و تسمیه قانونی دارد و شرایط و احکام و آثار آن در قانون مشخص است این عقد معین است.

بر این اساس ما باید بگوییم که همه قراردادهای بانکی عقد معین هستند و این که گاهی بعضی از آراء یا نوشته‌ها قراردادهای بانکی را عقد غیر معین می‌نامند به نظر بنده درست نیست و ثمره اصلی این بحث این است که وقتی این قرارداد را معین بدانیم احکام و آثار آن تابع احکام و مقررات مربوط است، نه تابع اراده طرفین.

اراده طرف مادامی می‌تواند قدرت مانور داشته باشند که با احکام و مقررات و سایر مقررات امری موضوع منافات نداشته باشند و به اعتقاد من با موازین شرعی منافات نداشته باشد.

آنچه که محل بحث است این است که مثلاً مضاربه‌ی بانکی با آن عقد مضاربه‌ای مذکور در قانون مدنی یکی است یا نه؟ در معین بودن آن نباید تردید کرد؟ در یکسان بودن آن نیز گاهی ممکن است بحث پیش بیاید، که آیا دو نوع عقد مضاربه داریم که



مبتنی بر قانون مدنی است یا عقد مضاربه‌ای بانکی؟ که مبتنی بر قانون مربوطه و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوطه مشخص شده است، به‌رحال محل تردید این است که احکام و شروطی که در این قراردادها هست یا در قرارداد مضاربه یا مشارکت یا سایر قراردادهای بانکی، تفاوت‌هایی بین این قراردادها و عناوین مشابه آن در قانون مدنی وجود دارد؟ و این آیا باعث دوگانگی می‌شود یا خیر؟ اگر ما قائل به دوگانگی باشیم به نظر من قراردادهای بانکی معین هستند چون در قوانین و مقررات خاص خود نام برده شده و شرایط احکام و آثار آنها نیز مشخص است بنابراین قدرت مانور اراده طرفین باید در چارچوب همان قوانین و مقررات باشد نه بیشتر.

مقاله‌ای را در کنفرانسی ارائه کردم در خصوص الزامات حاکم بر تامین سرمایه در بازار سرمایه و بازار پولی اسلامی در بانک‌داری اسلامی که براساس مطالعاتم و منابع فقهی شیعه و فقهی اهل سنت و قوانین موضوعه نهایتاً به این نتیجه رسیدم که الزامات حاکم بر تامین سرمایه و نقدینگی در قالب قراردادهای تسهیلات بانکی بدون ربا یا بانک‌داری اسلامی دو دسته هستند: یکی الزامات ایجابی و دیگری الزامات سلبی.

۱- الزامات ایجابی به معنای الزاماتی است که باید در روابط طرفین وجود داشته باشد و عبارت‌اند از رعایت ترتیبات و ضوابط قانونی که در همه کشورهای اسلامی ضوابط قانونی پیش‌بینی شده است.

در واقع بازار سرمایه و بازار پول، موازین شرعی را رعایت می‌کنند که ربوی نباشد. بانک‌داری متعارف مهم‌ترین خصیصه آن بهره می‌باشد پول و بهره از عناصر مهم نظام سرمایه‌داری حاکم بر جهان است که عنصر اصلی آن بهره است. بانک‌ها اگر بخواهند فعالیت بکنند و مطابق موازین شرعی باشد باید موازین شرعی را رعایت کنند که یکی از آن نیز بحث ممنوعیت رباست.

بهرحال در کشورهای اسلامی که سیستم بانک‌داری اسلامی دارند قوانین و مقرراتی وضع شده است برای پاسداری از این قضیه، که سیستم اقتصادی و پولی کشور درست اجرا شود.

پس اول رعایت ترتیبات و ضوابط قانونی. دوم مبتنی بودن تسهیلات بر قراردادهایی که مورد تأیید شرع است. لذا عقودی که می‌گوییم این عقود اسلامی است به آن معنا که اسلام مبدع آن باشد نیست، به این معنا که در واقع یکسری قراردادها و معاملات از نظر شرعی قابل قبول است و شریعت مقدس نیز بر این قراردادها احکامی وضع کرده که به



آن اهداف شرعی برسد. سوم این که این قراردادها باید مبتنی بر یک دارایی باشد این دارایی می‌تواند نقدی یا غیرنقدی باشد. چهارم سهمیم بودن طرفین در سود و منافع قرارداد است که البته بستگی به نوع قرارداد دارد و نوع تسهیلات بانکها متفاوت است. یکسری از این تسهیلات در مورد عقود مبادله‌ای است که طبیعتاً بانک سودی را مشخص می‌کند و براساس آن قرارداد بسته می‌شود.

یکسری از عقود مشارکتی است که قرار است سود و منافع بین طرفین تقسیم شود و ضرری که همچنین حاصل می‌شود نیز که متأسفانه بانکها شریک ضرر نیستند. این یکی از ایرادهای مهم سیستم بانکداری ما است. اسلامی بودن عملیات بانکی در کشور ما زیر سوال می‌رود برای این که بانکها ضامن ضرر نیستند و در قراردادها هم کل ضرر و خسارت را به عهده مشتری می‌اندازند. بهر حال یکی از نقطه نظرات صاحب سرمایه این است که باید ریسک سرمایه را به عهده بگیرد و ریسک سرمایه هم نیز این است که ضامن ضرر نیز باشد.

مطلب بعدی نیز تضمین بازپرداخت این تسهیلات می‌باشد که آیا بانکها می‌توانند تصمیم بگیرند مخصوصاً در عقود مشارکتی که اگر در قرارداد مضاربه یا مشارکت سرمایه‌ای به مشتری داده است که از آن استفاده کند تحت عنوان مضاربه یا مشارکت با مقتضای ذات این قراردادها که ید مشتری امانی باشد و ضمانتی نیست، اگر این سرمایه تلف شد آیا مشتری باید بپردازد؟ و آیا تضمینی باید داده باشد؟ معمولاً در کشورهای دیگر در سیستم بانکداری آنها متفاوت عمل می‌کنند در سیستم بانکی ما که براساس برخی دیدگاه‌های فقهی عمل می‌شود.

۲- برخی الزامات سلبی که باید حاکم بر این قراردادها باشد. در واقع مواردی که نباید باشد یکی از آنها بحث رباست و ربوی نبودن و فقدان غرر و این که کالی به کالی نباشند یا دین به دین یا صوری نباشند. این تسهیلات صرف فعالیتها و معاملات غیرقانونی و غیرشرعی نشود یا مکاسب محرمة نباشد و نهایتاً این که مستلزم اکل مال به باطل نشود و یا دارا شدن ناعادلانه ای برای طرف نشود که درواقع مجموعه الزاماتی است که باید در این قراردادها حاکم باشد.

اگر سود تعیین شده در قرارداد تسهیلات بانکی بیشتر از نرخ مصوب باشد این شرط نسبت به مازاد بر نرخ مصوب باطل است.

بحثی که این جا پیش می‌آید این است که درواقع این تعبیر شرط معمولاً به تعهد





فردی گفته می‌شود؟ یا یکسری تعهدات فردی و فرعی که در قرارداد اضافه می‌شود؟ به اصطلاح محل بحث در واقع سودی است که باید پرداخت شود و جزو تعهدات اصلی طرفین است. به‌هرحال قراردادهای بانکی یا مبادله‌ای هستند که اصل پول و سود در واقع یکی از عوضین است و بحث عوض و معوض است که بانک، مال یا دارایی را در قالب فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک... واگذار می‌کند و در مقابل آن، مشتری باید یک مبلغی را بپردازد، منتها این مبلغ در واقع مجموع اصل و سودی است که بانک از این قرارداد مدنظر داشته است.

این در واقع یکی از تعهدات اصلی و یکی از عوضین است به‌رحال هر معامله‌ای ارکانی دارد و این یک تعهد فرعی نیست.

در عقود مشارکتی، بانک سرمایه در اختیار مشتری قرار می‌دهد و قرار است مشتری با این سرمایه کار کند و اصل و سود موردنظر را برگرداند که باز این‌جا جزء تعهدات اصلی می‌باشد. اگر در قرارداد سودی که توافق شده بیشتر از سود نرخ بانک مرکزی باشد، طبیعتاً بر خلاف مقررات امری است.

آیا این به‌معنای این است که به‌عنوان شرط تلقی کنیم که نسبت به مازاد شرط باطل است؟ چون در قرارداد اگر شرط باشد و شرط خلاف مقررات امری باشد آن شرط باطل است. یا این که نه، این‌جا یکی از عوضین مشکل دارد و در واقع توافقات طرفین نسبت به هم، هرکدام یک رابطه حقوقی مالی با طرف مقابل ایجاد کرده؟ و در این‌جا بانک یک سرمایه‌ای داده در ازای آن مشتری مبلغی را می‌پردازد که آن مبلغ مجموع اصل سرمایه به‌علاوه سودی است که پیش‌بینی شده است.

اگر شرط باطل باشد آیا کل قرارداد باطل می‌شود؟ یا شرط باطل می‌شود؟ که طبق رأی وحدت رویه شرط را باطل می‌داند و در واقع قرارداد صحیح است مقدار نرخ سود مصوب بانک مرکزی صحیح است، مازاد بر آن نادرست و باطل می‌باشد.

در واقع این رأی وحدت رویه نمی‌گوید کل قرارداد باطل است. اصل و چهارچوب قرارداد صحیح است. فقط بحث سود پیش‌بینی شده در قرارداد به نفع بانک تا حدی که در واقع با مصوبه بانک مرکزی مطابقت داشته باشد صحیح است و مازاد آن نادرست است. به‌رحال هیأت عمومی دیوان عالی کشور بنا بر دیدگاه و نظر حقوقی و قضایی خود یا بنا بر مصلحت‌اندیشی که داشته‌اند قرارداد را صحیح دانسته و فقط سود مازاد بر نرخ



مصوب را ناصحیح دانسته در واقع توافق طرفین را در مورد سود به‌عنوان یک شرط و این شرط همچون به‌جهت مغایرت با قوانین امری باطل است.

مسلماً وقتی شرط باطل باشد میزان سودی که پیش‌بینی شده باید به بانک داده شود به طور اتوماتیک مطابق با نرخ مصوبی است که بانک مرکزی مشخص کرده باز مشکل این است که بانک مرکزی در مورد برخی از قراردادهای تسهیلات بانکی حداقل و حداکثری گذاشته است. آیا باید طبق حداقل محاسبه شود یا طبق حداکثر؟

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر شده است قصد و رضای طرفین اهلیت، معلوم و معین بودن مورد معامله و مشروعیت جهت که اگر در قرارداد بانکی یکی از این شرایط اساسی رعایت نشده باشد عقد طبیعتاً باطل یا غیرنافذ است. زیرا قراردادهای بانکی از عقود معینی می‌باشند و عقود معین هرکدام شرایط و احکام خاصی دارند که بعضاً امری هستند، اگر در قرارداد بانکی شروط قرارداد بر خلاف مقررات امری و احکام امری آن عقد خاص باشد، طبیعتاً آن شرط باید باطل باشد و گاهی که شرطی هست که خلاف مقتضای ذات آن عقد و قرارداد است که نه فقط شرط بلکه قرارداد هم باید باطل باشد، از جمله مواردی که دلیل بطلان قراردادهای بانکی است بحث صوری بودن این قراردادها است، صوری بودن معمولاً به لحاظ اثباتی و قضایی قابل اتکا نیست.

مورد دیگر ربوی بودن قرارداد است، رایج این است که اعطای تسهیلات جدید به مشتری به منظور تصفیه قرارداد تسهیلاتی قبلی است که قرارداد تسهیلاتی از قبل بوده و در سر رسید، مشتری قادر به پرداخت نبوده، متصدیان بانک و رئیس بانک پیشنهاد مضاربه‌ی جدیدی را می‌دهند که مشارکت مدنی جدیدی را ببندند که پول آن که واریز شد وام قبلی تصفیه شود، که این جزء مواردی است که به طور جدی ایجاد تردید می‌کند که این قرارداد تسهیلاتی ابزاری است برای تصفیه قرارداد تسهیلات قبلی که این آیا درست است یا نه؟

بحث دیگر در مورد شرط خسارت تاخیر تادیه یا وجه التزام است که اگر خود این شرط بر خلاف مصوبات بانک مرکزی باشد هم در برخی آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های دولت و هم در مصوبات شورای پول و اعتبار یک چارچوبی برای وجه التزام گذاشته می‌شه که از یک حدی فراتر نباشه که آن هم باید رعایت شود که اگر رعایت نشود خلاف مقررات آمره است و حداقلش اینه که شرط باطل است.

این قراردادها را قرارداد در زمره حقوق عمومی بدانیم یا حقوق خصوصی؟ در واقع



طرفین قرارداد حتی اگر بانک دولتی باشد دولت به معنای حاکمیت نیست. یک شرکت دولتی است، در مقام تصدی‌گری.

فعالیت تجاری بانک ملی، مهر و سایر بانک‌های دولتی و سایر بانک‌ها که خصوصی هستند در واقع بین دو شخص بانک و مشتری که تسهیلات گیرنده است و موضوع قرارداد نیز یک رابطه معاملاتی است از جنس حقوق خصوصی و از جنس حقوق عمومی نیست.

ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی باید رعایت شود از این باب دیوان عالی کشور به این مطلب توجه کرده چون بانک‌ها مشارکتی نمی‌کنند و سودی را هم که مشخص می‌کنند بر خلاف دستورالعمل‌های بانک مرکزی است لذا در باب بطلان باید به مواد ۱۹۰ ق.م.توجه داشته باشند و در باب شرط، سود را به عنوان یک شرط در نظر بگیرند.

اگر عقد مشارکتی است باید مقتضای ذات آن رعایت شود با این حساب بعضی از شعب که این قرارداد را صحیح می‌دانند می‌گویند بانک فقط حق دارد اصل پول را مطالبه کند زیرا بلافاصله وجه را از حساب مشتری برداشته و مضاربه و مشارکت در کار نبوده است

ماده ۱۵ در قانون عملیات بانکی بدون ربا یعنی این که این تسهیلاتی که بانک به مشتری پرداخت می‌کند وام نیست قرض الحسنه نیست این تسهیلات در قالب یکی از عقود است که مورد تأیید شریعت اسلامی در قالب عقود اسلامی است و رابطه طرفین باید در قالب این عقود تعریف شود. حقوق و تعهدات آن نیز باید در قالب قرارداد باشد و این که طرفین قرارداد مشارکت را فقط به عنوان ابزار استفاده کنند. هدف این است که بانک پولی بدهد. اصل و سود آن را طبق توافق از مشتری بگیرد. این می‌شود وام قرض الحسنه ربوی و این بانک‌داری بدون ربا است!

اعتقاد دارم که قرارداد دوم بانکی صحیح نیست و بانک حقی نسبت به سود آن ندارد.

در مورد استمهال و نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری، را دستورالعمل بانک مرکزی صادر کرده یعنی تبدیل قرارداد توافق مؤسسه‌ای، به قراردادی با مشتری به منظور اعطای مهلت بیشتر برای بازپرداخت با ترتیبات متفاوت از قرارداد اولیه، تقسیط مجدد، تمدید، و نظایر آن به تشخیص بانک مرکزی.

در بحث رأی وحدت رویه اعتقاد بنده این است که قانون‌گذار مصلحتی عمل کرده، این شروط الحاقی خلاف قوانین بانک مرکزی است که به بانک‌ها اعلام کرده، یعنی خلاف دستورالعمل‌های بانکی، که در راستای ماده ۱۹۰ ق.م. و اگذار شده است می‌باشد؟



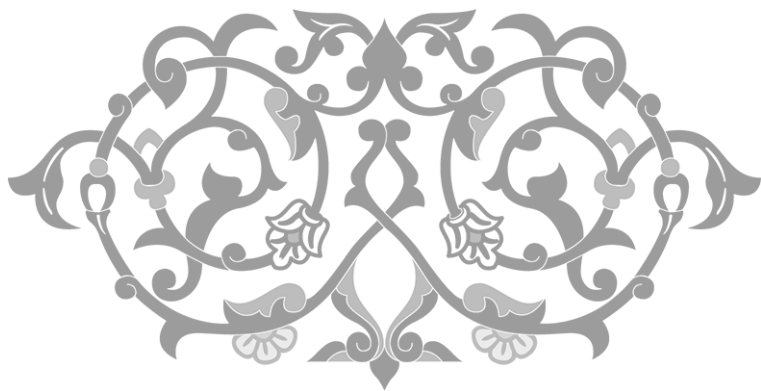
آیا بانک حق دارد سود اضافه به عنوان صلح یا هبه بگیرد؟ و برای این که به مطالبات غیر جاری بانک برسند سعی می‌کنند وکالت بلاعزل بگیرند که این وکالت بلاعزل در قانون بودجه سال ۹۱ باطل اعلام شد، و بانک‌ها حق ندارند وکالت بلاعزل را از اشخاص بگیرند و برای وصول مطالبات راساً ملک یا مالی را به تملیک خود درآورند، یعنی بدون این که از طریق محاکم قضایی رسیدگی شود و مطالبات آن‌ها تصدیق شود مستقیماً از طریق اخذ وکالت بلاعزل ملک را بنام خود می‌زنند که قانون‌گذار صراحتاً در سال ۸۷ و سال ۹۱ آن را خلاف شرع دانست.

۱- به لحاظ نظری و تحلیلی این سود بخشی از تعهد اصلی مشتری است که این تعهد مشتری مبلغی است که مجموع اصل و سود است. آن مجموعه را در قرارداد به عنوان تعهد مشتری درج می‌کنند، مثلاً گفته پنجاه میلیون سرمایه بوده که هجده درصد سود آن می‌شود در مدت معینی که می‌شود پنجاه و نه میلیون، از این جهت چون حالت شرط دارد، در تعریف تعهد اصلی این شرط باطل است. اما خود قرارداد اصلی و تعهد اصلی باطل نیست.

۲- اگر بگوییم تعهد اصلی است و سود قرارداد جزو تعهدات اصلی است و جزء عوضین است، اگر این توافق به عنوان توافق اصلی، یک جزء آن باطل باشد، به هر حال قراردادی است که در سایر ارکان درست است و این قسمت از آن ایراد دارد و ما یک اصل در حقوق قراردادهای داریم مثل، اصل ثبات روابط معاملاتی، اصل صحت و... به این معنا که اگر جزئیات قرارداد ایراد دارد دادگاه آن را تصحیح کنند و نگذارند کل قرارداد باطل شود.

اگر تعهد مشتری به بازپرداخت اصل و سود به یک مبلغ مشخصی است، اگر یک بخشی از این تعهد به میزان سود باشد، مغایر مقررات آمره است دادگاه آن را تصحیح کند و سود را به اندازه نرخ مصوب بانک مرکزی اصلاح کند و تعهد به همین مقدار است و قرارداد صحیح است.

خلاصه عرض این است که در حقوق مدرن به دادگاه این اختیار را داده‌اند که قرارداد را تصحیح کند و ایراد آن را برطرف نمایند و رابطه معاملاتی طرفین به کلی باطل نشود و حقوق و تعهدات طرفین دست‌خوش تغییر واقع نشود.



# بایسته‌های حرفه وکالت





# آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

رأی وحدت رویه شماره ۸۱۸ - ۱۴۰۰/۱۰/۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

با توجه به تبصره ۱ ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، اعتراض شخص ثالث متضرر از رأی دادگاه کیفری راجع به اشیاء و اموال مذکور در این مواد، قابل رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر استان است، بنابراین در مواردی که شخص ثالث بعد از مرحله تجدیدنظر نسبت به آن قسمت از رأی کیفری دادگاه تجدیدنظر استان که راجع به رد مال است، اعتراض کرده است، با عنایت به ملاک مواد یادشده و مقررات مربوط در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، از جمله مواد ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۲۰ و ۴۲۵ آن، دادگاه تجدیدنظر صادرکننده رأی با رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی، باید به این اعتراض رسیدگی کند. بنا به مراتب، رأی شعبه بیست و سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران تا حدی که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت قاطع آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

۱- نظریه مشورتی

تاریخ نظریه: ۱۱/۱۱/۱۴۰۰

شماره نظریه: ۶۸۴/۱۴۰۰/۷

استعلام:

در بندهای اول و دوم ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ الفاظ «فساد» و

۱۱۰

ملی  
حقوق



«فحشاء» با یای استقلال در متن ماده موصوف گنجانده شده است:

۱- آیا مفاد ماده ۶۳۹ علاوه بر مسائل جنسی، شامل سایر رفتارهای ضد ارزشی و ناهنجاری‌های اخلاقی از قبیل صرف مشروب الکلی در اماکن عمومی، برگزاری مستمر جشن‌های مختلط، برگزاری محتوای مستهجن و مبتذل در فضای مجازی همچون تصاویر یا فیلم اختلاط زن و مرد در مراسمات با پوشش نامناسب یا مصرف مواد مخدر و روان‌گردان (به گونه‌ای که جنبه تبلیغاتی و ترغیب به رفتارهای موصوف دارد) می‌شود؛ یا با توجه به تبصره ماده فوق‌الذکر و به قرینه رفتار ارتكابی موضوع تبصره (قوادی) صرفاً شامل مسائل جنسی است؟

۲- آیا مفاد ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ با عنایت به ماده ۷۸۰ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب ۱۳۹۲ که بیان داشته چنانچه وسیله ارتكاب جرم سامانه رایانه‌ای و مخابراتی بوده و رفتار ارتكابی در قانون جرایم رایانه‌ای مجازاتی پیش‌بینی نشده باشد، مطابق قوانین جزایی مربوط عمل می‌گردد، اعم از ارتكاب رفتار در محیط واقعی یا مجازی بوده یا صرفاً می‌بایست رفتار در محیط واقعی و مکانی که وجود خارجی دارد محقق شود؟

### پاسخ:

۲۱- قانون‌گذار در ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، دو اصطلاح «فساد» و «فحشاء» را به کار برده و برای هر دو، یک مجازات تعیین کرده است که این ترتیب نشان از تجانس مفهومی این دو عنوان دارد و اگرچه که مفهوم عام فساد شامل فحشاء نیز می‌شود و فساد اعم از فحشاء است؛ لیکن با عنایت به استعمال واژه فساد پس از اصطلاح فحشاء در صدر این ماده، منظور از فساد، جرایم جنسی غیر از فحشاء است و به هر حال منصرف از جرایم داخل در حوزه فساد اداری، فساد اقتصادی امنیتی و مانند آن است. عنوان فصل هیجدهم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ (جرایم ضد عفت و اخلاق عمومی) که ماده ۶۳۹ ذیل آن آمده است و عطف اصطلاح «اخلاق عمومی» به واژه «عفت» در این عنوان و نیز نوع جرایم ذیل این فصل، همگی مؤید آن است که منظور قانون‌گذار از «فساد» در این ماده، صرفاً زنا و دیگر جرایم دارای ماهیت جنسی است. حکم مذکور در تبصره ماده ۶۳۹ دائر بر صدق عنوان «قوادی» (که از جمله جرایم جنسی) است بر اقدامات به شرح بندهای «الف» و «ب» این ماده و



نیز ضرورت تفسیر مضیق قوانین کیفری هم مؤید این نظر است. ضمناً دایر کردن یا اداره کردن مرکز فساد یا فحشاء موضوع این ماده، مستلزم تهیه محلی با هدف انجام جرایم جنسی است و لذا برگزاری جشن‌های خانوادگی و میهمانی‌ها و عروسی‌ها هرچند موازین شرعی در آن رعایت نشود، از شمول ماده ۶۳۹ خروج موضوعی دارد.

## ۲- نظریه مشورتی

تاریخ نظریه: ۲۳/۱۱/۱۴۰۰

شماره نظریه: ۱۵۱۴/۱۴۰۰/۷

### استعلام:

با عنایت به مفاد مواد ۱۷۹ و ۲۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ اصلاحیه سال ۱۳۹۴ و با التفات به این برخی از همکاران محترم قضایی عقیده دارند در صورتی که متهم پس از احضار بدون عذر موجه در نزد مقام قضایی اعم از دادسرا یا دادگاه‌ها در جرایمی که مستقیم در دادگاه مطرح می‌شوند حاضر نشود الزامی به جلب وی نیست حال سوال‌های ذیل پرسیده می‌شود خواهشمند است پاسخ را به این دادگاه ارسال نمایید:

۱- آیا جلب متهم پس از عدم حضور نزد مقام قضایی و عدم ارائه عذر موجه الزامی است یا اینکه جلب وی بنا به تشخیص مقام قضایی بوده و امکان اعلام کفایت و ختم تحقیقات و صدور قرار جلب به دادرسی بدون جلب متهم وجود دارد در مرحله ای که دادگاه اقدام به صدور قرار جلب به دادرسی نموده باشد و متهم در دادسرا جهت انجام تکالیف مقرر در ماده ۲۷۶ قانون مار الذکر حاضر نشده باشد آیا جلب وی ضروری و از تکالیف مقام قضایی دادسرا می‌باشد یا خیر؟

### پاسخ:

۱- مستفاد از مواد ۹۰، ۱۶۸، ۱۷۸، ۱۷۹ و ۲۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در فرض وجود دلیل بر توجه اتهام و احضار متهم از سوی مقام قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی و عدم حضور وی بدون عذر موجه یا عدم اعلام عذر موجه مطابق ماده ۱۷۹ قانون یاد شده و تبصره آن، مقام قضایی موظف به ادامه روند تحقیقات مقدماتی و جلب متهم می‌باشد و موجب قانونی جهت صدور قرار جلب به دادرسی





بدون رعایت تشریفات مقرر قانونی در جلب متهم و یا احضار وی جهت اخذ آخرین دفاع وجود ندارد. بدیهی است با فرض جلب متهم و عدم دسترسی به وی جهت تفهیم اتهام، صدور قرار جلب به دادرسی بلااشکال است.

۲- مستفاد از ماده ۲۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و لحاظ ماده ۱۷۹ این قانون، در صورت صدور قرار جلب به دادرسی از سوی دادگاه (متعاقب نقض قرار منع تعقیب) بازپرس مکلف به احضار متهم، تفهیم اتهام، اخذ آخرین دفاع و تأمین مناسب از وی است و در صورت عدم حضور متهم بدون عذر موجه و یا عدم اعلام عذر موجه، جلب وی، وظیفه بازپرس است.

### ۳- نظریه مشورتی

تاریخ نظریه: ۲۷/۱۱/۱۴۰۰

شماره نظریه: ۸۶۰/۱۴۰۰/۷

#### استعلام:

در خصوص ماده ۶۸۳ قانون تعزیرات چنانچه مقصود از واژه‌ی غارت بردن اموال زیان دیده باشد تکلیف رد مال به چه نحوی خواهد بود؟

#### پاسخ:

غارت اموال موضوع ماده ۶۸۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) از حیث جبران خسارت، ملحق به بزه سرقت است و صدور حکم به رد مال در خصوص این جرم نیز تابع احکام مقرر برای رد مال در بزه سرقت است.

### ۴- نظریه مشورتی

تاریخ نظریه: ۲۷/۱۱/۱۴۰۰

شماره نظریه: ۱۰۴۰/۱۴۰۰/۷

#### استعلام:

احدی از قضات متهم به ارتکاب جرم درجه هشتی گردیده که مجازات قانونی آن صرفاً جزای نقدی است قاضی دادگاه کیفری دو مستنداً به ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی



کیفری خود را صالح به رسیدگی دانسته و ضمن محکوم نمودن متهم به جزای نقدی حکم خود را قطعی اعلام کرده است این در حالی است که ماده ۹ قانون شوراها حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ رسیدگی به جرایم درجه هشتی که مجازات قانونی آنها جزای نقدی می باشد را در صلاحیت شورای حل اختلاف دانسته است و ماده ۲۷ همان قانون به صراحت عنوان می نماید: تمام آرای صادره موضوع ماده ۹ این قانون ظرف مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی می باشد ماده ۲۷ قانون مذکور تمامی جرایمی را که مجازات قانونی آنها صرفاً جزای نقدی است صرف نظر از مرجع رسیدگی کننده به آنها قابل تجدیدنظر دانسته است حال با توجه به موخرالتصویب بودن قانون شوراها حل اختلاف نسبت به قانون آیین دادرسی کیفری و این که رسیدگی به این گونه جرایم برای افراد عادی دو مرحله ای و قابل تجدیدنظر است آیا برای قضات یک مرحله ای و قطعی است یا قابلیت تجدیدنظر دارد؟

### پاسخ:

با عنایت به استثناء مقرر در ذیل حکم ماده ۳۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مبنی بر این که (مگر آن که رسیدگی به این جرایم به موجب قوانین خاص در صلاحیت مراجع دیگری باشد) و لحاظ اطلاق بند «ح» ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۶/۹/۱۳۹۴ (ناظر به صلاحیت شورای حل اختلاف در رسیدگی به جرایم تعزیری که صرفاً مستوجب جزای نقدی درجه هشت است) و «رابطه صلاحیت ذاتی» بین شورای حل اختلاف و دادگاه های کیفری در موارد مقرر قانونی در فرض سؤال مبنی بر این که مقام قضایی مرتکب جرمی گردد که «مجازات قانونی آن صرفاً جزای نقدی درجه هشت باشد»؛ با توجه به ماده ۱۸ و تبصره ۱ ماده موصوف از قانون پیش گفته، رسیدگی در صلاحیت شورای حل اختلاف تهران است و رأی شورا در مورد مذکور مطابق ماده ۲۷ قانون شورای حل اختلاف، قابل تجدیدنظرخواهی در مرجع قضایی ذی ربط (دادگاه کیفری دو تهران) است.



## آراء منتخب قضایی

سارا سادات شجاعی<sup>۱</sup>

شماره دادنامه: ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۶۳۹۹۵۱۵

تاریخ: ۱۴۰۰/۱۱/۱۱

بخش اول:

خواهان دادخواست.... استرداد مال (منقول) صدور حکم بر محکومیت خواندگان به استرداد کالا از نوع اتصالات فلنج... را تقدیم نموده و اظهار داشته:

۱- خوانده ردیف اول (شرکت...) در مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۵ پیشنهاد فروش کالای آهن آلات از نوع اتصالات فلنج در سایزهای مختلف را به شرکت موکل اعلام کرده است. ۲- با توافقات صورت گرفته قرار بر این گردیده خوانده قبل از خرید تعدادی از نمونه کالاهای موضوع توافق را جهت انجام امور آزمایشگاهی به شرکت مزبور ارسال نموده، لذا تعداد اقلام نمونه به شرح برای انجام تست‌های آزمایشگاهی به صورت امانت تحویل از شرکت موصوف گردیده است.

۳- علی‌رغم پیگیری‌های متعدد و مکرر شرکت موکل، خوانده مزبور اعلام داشته است به لحاظ عدم منطبق بودن کالای تحویلی با معیارهای آزمایشگاهی، حاضر به خرید کالا نمی‌باشد و علی‌رغم اعلام انصراف از استرداد کالاهای نمونه فوق‌الذکر امتناع و ادعا داشته اقلام مذکور در نزد خوانده ردیف دوم (آزمایشگاه...) می‌باشد. درحالی‌که خوانده اخیرالذکر نیز منکر این امر است... با عنایت به مراتب مذکور نظر به این‌که با اعلام انصراف خوانده از انجام معامله، نامبرده ملزم به استرداد کالای نمونه ارسالی می‌باشد.



## بخش دوم: اسباب موجهه

۱- از نظر این دادگاه، این بحث، منطبق با مأخوذ بالسوم است و صاحب جواهر در این خصوص گفته است «و مثل ذلك كل مقبوض ليكون مضمونا عليه فيندرج فيه قبض المراه المال ليكون مهرها لها» (جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۷۳). یعنی اگر مال در حین انجام معامله به قبض دیگری درآید، بدین منظور که مال در ضمان قابض باشد، نه این که به طور مجانی به او داده شود، چنین قبض موجب ضمان است و از این رو اختصاص به قبض مبیع ندارد، بلکه شامل هر مقبوض است که قابض آن را برای این که در ضمان او باشد دریافت داشته است مثل این که مالی قبل از وقوع عقد نکاح، زوج به زوجه می‌دهد که با وقوع نکاح جزء مهریه اش قرار گیرد، در دست زوجه تلف می‌شود، زوجه ضامن خواهد بود.

۲- آخذ بالسوم در غصب مطرح نمی‌شود، چرا که غصب عبارت است از «استیلا بر حق غیر به نحو عدوان» درحالی که آخذ بالسوم به اذن مالک، مال را در تصرف خودش قرار می‌دهد. اگرچه مشهور فقها، بر اساس قاعده ضمان ید (علی الید مأخذت حتی تودیة) ضمان مطلق بر گیرنده مال بار کرده‌اند (شهید اول غایة المراد ج ۲ ص ۳۶؛ طباطبایی ریاض المسائل ج ۸ ص ۲۵۴؛ نجفی جواهر الکلام ج ۳۷ ص ۷۲) و برخی از فقها قائل به عدم ضمان شده‌اند (محقق سبزواری کفایه الاحکام ج ۲ ص ۶۳۸؛ مقدس اردبیلی مجمع الفائده والبرهان ج ۱۰ ص ۴۹۹؛ ابن ادریس اسرار الحاوی لتحریر الفتاوی ج ۲ ص ۸۶) و برخی هم قائل به توقف شده‌اند (علامه حلی شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۲۲؛ محقق کرکی جامع المقاصد فی شرح الفوائد ج ۶ ص ۲۱۵)

۳- از نظر این دادگاه اصل عدم ضمان امین (استیمان) است و ید امین، امانی است و از سوی دیگر اصل براءت است اگرچه تلازم بین اذن و امانت وجود ندارد و از این نظر گیرنده مال آخذ بالسوم امین نیست ولی مسؤولیت وی منوط به اثبات تقصیرش از سوی مالک نیست چرا که تراضی ضمنی در تسلیم کالا به متقاضی خرید این است که یا کالا را بخرد و پول آن را بپردازد یا آن را سالم به فروشنده برگرداند. درحقیقت تعهد گیرنده تعهد به نتیجه است و تنها اثبات قوه قاهره او را از مسؤولیت مبرا می‌کند. وانگهی سیره و بنای عقلا نیز گیرنده ی مال را ضامن می‌دانند و دیدگاه رایج در اصولیین امامیه، بر نیازمندی سیره عقلا به امضای شارع استوار شده است. و از نظر این دیدگاه صرف عدم ثبوت ردع برای حجیت سیره کافی است (آشتیانی بحرالوائد ج ۱ ص ۱۷۱) و برخی حجیت سیره را منوط به علم یافتن به امضای شارع دانسته‌اند و عدم ردع را برای اثبات امضای شارع



نپذیرفته‌اند (حسینی حائری مباحث الاصول ۹۲ ص ۳۵۹؛ عراقی مقالات الاصول ج ۲ ص ۱۱۰) و برخی طریق عدم ردع را برای اثبات امضای شارع کافی دانسته اما احراز عدم ردع را لازم دیده‌اند (صدر بحوث فی علم الاصول ج ۴ ص ۲۴۴) و برخی نیز عدم وصول ردع را در مسائل عام البلوی و قرینه‌ای بر نبود ردع واقعی یافته‌اند (آخوند خراسانی کفایه الاصول ص ۲۸۱) و دلیل دیگر، وحدت ملاک از مسئله خراب کردن کالا توسط صاحب فن است. که فقها در مسئله صانع خیاط ملاح و مکاری، آنان را ضامن خسارت وارد شده بر صاحب کالا می‌دانند و دیگر این قاعده ی احترام مال مسلمان نیز مؤید ضمان است (حرمة المال المسلم کحرمة الدمه). و از سوی دیگر از نگاه حقوقی جدید نیز با تسامح می‌توان مسئله آخذ بالسوم را در مسؤولیت پیش‌قراردادی تطبیق داد که اصل حسن‌نیت باید مورد توجه قرار گیرد (عباس نیازی، حسن بادینی، بررسی مسؤولیت آخذ بالسوم با نگاهی تطبیقی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی دوره ۱۷ شماره ۳ پاییز ۹۲ ناشر دانشگاه تربیت مدرس) و غالب حقوق‌دانان ید گیرنده را ید ضمانی می‌دانند و اساساً وی را امین نمی‌دانند (امامی، حقوق مدنی ج ۲ ص ۱۷۰؛ قاسم‌زاده مرتضی، الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد ص ۱۸۷ و ۱۸۸؛ جعفری لنگرودی مبسوط در ترمینولوژی حقوق ج ۱ ص ۲۰۸) ولی برخی ید آخذ بالسوم را امانی می‌دانند چراکه بر حسب قرار مقدماتی بیع مأذون است ولی چون رابطه ی آخذ بالسوم با مالک، احسان و تبرع نیست مالک در دعوا نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد.

لذا آخذ مسؤول است مگر این که اثبات قوه قاهره نماید (کاتوزیان، قانون مدنی، نظم حقوق کنونی ص ۷۲) و چون در این خصوص قانون ساکت است باید وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فقه مراجعه کرد. حال از منظر تطبیق احکام با موضوع باید بیان داشت که در مانحن‌فیه خواهان الف- دو عدد.... را برای انجام تست به شرکت..... داده‌است که بعد عقد بیع صورت پذیرد و از رد کالاهای موصوف امتناع نموده‌است و از نظر دلیل اثباتی در پاسخ اظهار نامه ص ۱۸ شرکت خواننده اقرار به دریافت کالاها نموده‌است و ادعای سپردن آنان به شرکت.... داشته‌است و استشهادیه ص ۱۷ نیز گویای تحویل کالاها برای پیشنهاد خرید بوده‌است و با لحاظ مواد ۲۱۲، ۱۳۵، ۱۲۵، ۱۱۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت، اقرار شرکت به زیان شرکت مؤثر است و تبصره ۲ ماده ۳۵ قانون آئین دادرسی مدنی صرفاً ناظر به وکیل دعاوی است و باید به موضع یقین اکتفا کرد و دلیلی بر عدم توجه دعوا به شرکت.... وجود ندارد و اگرچه وفق اظهارات وکیل خواهان



شرکت .... مدعی تلف اموال متنازع فیه شده‌است.

بخش سوم: منطوق

دادگاه با عنایت به مراتب فوق و نظر فقها مورد استناد و مواد ۲۱۲، ۱۲۵، ۱۳۵، ۱۱۸،  
لایحه اصلاحی قانون تجارت و مواد ۳۱۰، ۱۰، ۶۳۱، ۳۱۰، ۱۰، ۳۱۰، ۱۰، ۳۱۰، ۱۰، ۳۱۰، ۱۰، ۳۱۰، ۱۰،  
قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به محکومیت شرکت .... در حق خواهان دعوا صادر و  
اعلام می‌دارد.....

محمد رضا فتحی دادرس شعبه ۱۴۰ مجتمع قضایی تخصصی رسیدگی به دعاوی  
تجاری تهران



## صفحه ادبی «رُقعه»

سید حسین طهماسبی<sup>۱</sup>

### تاثیر ادبیات بر حقوق یا تاثیر حقوق بر ادبیات؟

آنچه معلوم است این دو همسایه بوده‌اند؛ همپای یکدیگر در فراز و فرود تاریخ و جامعه و مردمان، آزموده شده‌اند و رشد کرده‌اند. این نوشتار مختصر به بیان رابطه بین این دو رشته از علوم انسانی می‌پردازد؛ البته لازم به ذکر است رشته‌های علوم انسانی همگی با هم مرتبط می‌باشند.

آنچه معلوم است اگر حقوق دست یاری به سمت ادبیات دراز کرده ناگزیر است از استمداد از این علم در راستای نگارش قوانین، آرا و لوایح. این ادبیات است که حامل آیین نگارش و دستور زبان می‌باشد و می‌تواند فصاحت و بلاغت را به آستان حقوق هدیه نماید. باشد که این ابزار دقت سخنان یک حقوق‌دان را بیشتر کند. از سویی دیگر هر اندازه که تعلیمات ادبی بیشتر در افکار یک حقوق‌دان رسوخ کند، توجه نظام حقوقی یک جامعه به ارزش‌ها و عواطف انسانی بیشتر می‌شود و می‌توان علم حقوق را موازی با علم اخلاق پیش برد و نه به عنوان راهکار آخر در جایی که اخلاق کارایی خود را از دست داده است. پیش از این حقوق‌دان‌هایی بوده‌اند که ادیب بوده‌اند و شاعر. شاید هیچ تقدیمی نبوده‌است بر ایشان بر ادیب بودنشان یا حقوق دانستن‌شان. این بزرگان آن لحظه که می‌نوشتند هم به رعایت عدالت پای‌بند بودند و هم به انتخاب واژه‌ها دقت داشته‌اند. آنچه که در علم حقوق به‌عنوان اصل مطرح می‌شود ممکن است سال‌ها قبل از وجود هر محکمه‌ای به دست ادیبی داستانش سروده شده باشد. از یک‌سو حقوق قاعده اقدام را استدلال می‌کند و از سوی دیگر ادیبان سخن به میان می‌آورند که خودکرده را تدبیر نیست. هر کدام از ایشان یک مفهوم را با زبان خود و با اهالی خود در میان گذاشته‌اند.

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



پس هر دو یک هدف داشتند ولی یک مخاطب نه. درحقیقت هر کس که اختیار به رعایت اعمال خود مطابق با سخن ادیبان و حکیمان نکند ناگزیر در محاکم اجبار به انجام قاعده اقدام خواهد شد.

واژه‌ها حالت بیرونی معانی هستند و جملات ساختمان این واژه‌ها و معمار این واژه‌ها ادیبان هستند. در نوشتن باید از سطح واژه‌ها عبور کرد تا در نهایت به انتخاب صحیح کلمات رسید. گاه واژه‌ها ما را از معانی دور می‌کنند. اگر سراب واژه ما را به خود نزدیک کند در عطش بی معنایی هلاک خواهیم شد.

مختصر نتیجه این صفحه این است که یک حقوق‌دان می‌بایست خود را به جرگه‌ی ادیبان وارد کند اگرچه ممکن است تا پایان تاریخ هیچ دانشمند ادبیات خود را نیازمند کسب علم عدالت نداند، ولی هر آن کس که پای در عرصه حق گذاشت ناگزیر است از استفاده بهتر از کلمات و ناگزیر است از ادب دانستن.

هزار بار نوشتم طلوع خواهی کرد

کدام واژه به معنای صبح خواهد بود



## شعر

شغل قضا که ضامن اصل عدالت است  
شغل قضاء و شغل وکالت دو شغل نیست  
میزان عدل را به مثل قاضی و وکیل  
شاهین به دست قاضی و از هر دو سو وکیل  
قاضی میان ظالم و مظلوم جاهلی است  
آنجا دلیل باید و گویائی دلیل  
دیدم به ( لوور ) پرده ای از صورت قضا  
نقشی به خون طپیده به دهلیز مظلومی  
یک تن چراغ در کف و یک تن به جستجوی  
یعنی به رهنمائی قاضی، وکیل خوب  
نعم الوکیل گفت خداوند حق گذار  
یعنی وکیل ضامن حق است و شغل او  
ای آنکه در لباس وکالت شدی بدان  
سربازی عدالت و حریت است و نیست  
برتر کدام دولت از دولت وکیل  
فخر است اگر وظیفه سربازی وطن  
این فخر در اشاعه حق است و بسط عدل  
سرباز معدلت که وکیل است نام او  
مزد وکیل مبلغ حق الوکاله نیست  
مزد وکیل دفع ستم از ستم کش است  
هر کس عمل به شغل وکالت جز این کند  
پروانه وکالت اگر خوانده ای درست  
سربازی وکیل و سرافرازی وکیل  
امروز مستقل شد سرباز معدلت وین جشن  
امروز را به جمع وکیلان درود باد  
ای آنکه در لباس وکالت شدی بدان  
سربازی عدالت و حریت است و نیست

تضمین آن به شغل اصیل وکالت است  
کاین هر دو یک وظیفه ولی در دو حالت است  
بهر تر از حق دو برانزنده آلت است  
دو کفه اند و در کف میزان عدالت است  
کش علم در اصول قضا بی دخالت است  
آنجا وکیل چشم و زبان عدالت است  
کان نقش صورت از پی معنی وسیلت است  
آنجا دوتن نظاره که این خود چه حیلست است  
وآن هر دو را نظر پی تحقق علت است  
شمع هدایت است و چراغ دلالت است  
یعنی قضا و حق به وکالت حوالت است  
در پیشگاه حق به حقیقت رسالت است  
این شغل پاسداری حق و فضیلت است  
این شغل، شغل آنکه پی کسب دولت است  
کاو حافظ و امین حق و عرض ملت است  
این فخر نه بکشتن قوم و قبیلست است  
این فخر در ازاله ظلم است و ذلت است  
فتحش نه در غنیمت حق جعالت است  
کاین خود نه مزد، این همه رنج و ملالت است  
ور زحمتش به کثرت و مزدش به قلت است  
در شاهراه علم هدی در ضلالت است  
فرمان حمله بر سر ظلم و مذلت است  
در پیشرفت فضل و شکست ردیلت است  
از آن سبب به شکوه و جلالست است  
کامروز را به شغل وکالت اصالت است  
این شغل پاسداری حق و فضیلت است  
این شغل، شغل آنکه پی کسب دولت است

سید صادق سرمد

به مناسبت تاسیس کانون وکلا



# 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 میت وان 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 بهره مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند و برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از اینرو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد؛ مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آنرا در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

## ۱- تأملی در اقسام خسارت تأخیر تأدیه و امکان اعمال آن در دیون ارزی

نویسنده مسؤؤل: الشریف، محمد مهدی؛ نویسنده: قائم فرد، سیدمحسن؛ منصوری طهرانی، سید محمد مهدی؛

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی پاییز و زمستان ۱۳۹۹ شماره ۳۷ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، به حسب اینکه دین ربالی یا ارزی باشد و هر یک مستند به چک باشد یا نباشد، بر چهار قسم است. وضعیت برخی از این اقسام، از جمله خسارت تأخیر دیون ارزی مستند به چک، در هاله‌ای از ابهام است. از یک سو قانون صدور چک به طور اطلاق از خسارت تأخیر تأدیه چک سخن گفته و از سوی دیگر مکانیسم محاسبه

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



خسارت تأخیر، که بر اساس شاخص اعلامی بانک مرکزی است، در مورد چک ارزی قابل اعمال نیست. در این مقاله، در مقام نقد رأیی که با تبدیل ارز به مبلغ ریالی دارنده را به خسارت تأخیر تأدیه محکوم کرده، به دلایل متعدد اثبات می‌شود که خسارت تأخیر در خصوص دیون ارزی، اعم از مستند به چک یا غیر آن، در وضعیت فعلی حقوق ایران فاقد مبنای قانونی است.

## ۲- جایگاه ادله اثبات دعوا در داوری داخلی

نویسندگان: ضیا الاسلامی علی، طباطبایی سید محمدصادق، آرش پور علیرضا  
فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی پاییز ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۳  
در رسیدگی‌های قضایی، قانونگذار هم آیین رسیدگی به دلایل و هم قواعد ادله اثبات دعوا را مشخص کرده و تکلیف اصحاب دعوا و دادرس مشخص است؛ اما در قوانین داوری داخلی اشاره اختصاری به دلایل و شیوه‌های ارزیابی آن و نیز ماهیت توافقی داوری و ابتدای آن بر تراضی طرفین، وضعیت ادله اثبات دعوا را از حیث نظارت دادگاه مبهم ساخته است، از این رو ضمانت اجرای عدم رعایت قواعد ادله اثبات دعوا در داوری از موضوعات چالش برانگیز است. بسیاری از حقوقدانان، دادگاه را از ورود در ماهیت داوری و رسیدگی به ادله ممنوع دانسته‌اند، زیرا این امر، استقلال داوری و یا تراضی طرفین را نقض می‌کند. اما به نظر می‌رسد با توجه به آنکه قواعد ادله اثبات با امر ماهوی پرونده پیوند دارد، می‌توان آن قواعد را از جمله قواعد موجد حق تلقی کرد و قائل به اصل نظارت دادگاه بر آرای داوری از منظر امور موضوعی و حکمی ادله شد.

## ۳- اثر دادخواست ورشکستگی بر اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای

### محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴

نویسندگان: رمضان زاده ام البنین، حسینی مقدم سیدمحسن  
فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی تابستان ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۲  
دو مقوله اعسار و ورشکستگی امتیازات قانونی محسوب می‌شوند که هر یک حسب مورد پیش روی تاجر یا غیر تاجر قرار دارند تا در صورتی که قادر به تأدیه دیونشان نباشند، از فشار تحمیلی از سوی طلبکاران رها شوند. تجار و اشخاص حقوقی به موجب قانون نمی‌توانند دادخواست اعسار بدهند و به ناچار باید درخواست ورشکستگی کنند. این دو



نهاد وجوه تمایز و تشابهی با یکدیگر دارند. از جمله آثار صریح دادخواست اعسار این است که اگر در مهلت ۳۰ روز از ابلاغ اجرائیه به دادگاه تقدیم شود، محکوم‌علیه تا تعیین تکلیف دعوی اعسار در حبس قرار نمی‌گیرد. حال با توجه به سکوت قانونگذار این پرسش مطرح می‌شود که آیا تقدیم دادخواست ورشکستگی نیز همانند دادخواست اعسار، تاجر مدعی ورشکستگی را از حبس می‌رهاند یا خیر؟ با فرض پاسخ مثبت به این پرسش آیا تقدیم دادخواست ورشکستگی تنها در مهلت ۳۰ روزه از ابلاغ اجرائیه واجد چنین اثری است؟ در این مقاله بررسی خواهد شد تقدیم دادخواست ورشکستگی به منزله اعلام توقف توسط تاجر است و برابر قانون تجارت، تاجر متوقف به موجب اصل تساوی حقوق طلبکاران و منع رجحان یکی از بستانکاران بر سایرین حق پرداخت دیون را ندارد و در صورت پرداخت طلب یکی از طلبکاران پس از توقف، این مورد از موارد صدور حکم اجباری به ورشکستگی به تقصیر است؛ در نتیجه قدر متیقن اینکه باید اثر تبعی و اولیه تقدیم دادخواست ورشکستگی تاجر پیش از اجرائیه یا داخل در مهلت ۳۰ روزه را، منع اعمال ضمانت اجرای حبس مندرج در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دانست.

#### ۴- مسؤولیت محض ناشی از زیان‌های وارده از اختراعات در حقوق ایران و کامن‌لا

نویسنده مسؤول: خزایی، سیدعلی؛ نویسنده: خلج، یوسف؛

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ بدیهی است که اختراعات از مشخصه‌ها و عوامل مهم توسعه اقتصادی و رفاه جامعه به شمار می‌روند. با وجود این، ممکن است به واسطه معیوب یا ناقص بودن در زمان تولید انبوه یا در مرحله به‌کارگیری آن‌ها خساراتی به مصرف‌کننده یا عوامل تولید وارد شود. صرف‌نظر از مسؤولیت تولیدکنندگان کالاها و خدمات، مخترع نیز، به دلیل حضور در طول اسباب وقوع زیان، می‌تواند جزء مسؤولان فعل زیان‌بار به شمار آید. در حقوق ایران تا کنون مطالعه مستقلی درباره مسؤولیت احتمالی مخترعان صورت نپذیرفته است؛ درحالی‌که بررسی مسؤولیت آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد. با توجه به پیچیدگی‌های صنعتی و فنی در این حوزه، به‌کارگیری مبانی مسؤولیت قراردادی یا مبانی سنتی مسؤولیت خارج از قرارداد، مانند تقصیر، دشوار است و با در نظر داشتن ضرورت رعایت مصالح و منافع جامعه و مصرف‌کنندگان اختراع جدید بهتر است نظام مبتنی بر



مسئولیت محض، به همان ترتیب که امروزه در تولید کالای معیوب اعمال می‌شود، در رابطه با مخترعان هم مورد توجه قرار گیرد. در حال حاضر، در کامن‌لا به دعاوی علیه مخترعان در اثر نقص اختراعات بر اساس مسئولیت ناشی از عیب کالا رسیدگی می‌شود. در فقه امامیه، با استناد به برخی قواعد فقهی، از جمله «من له الغنم فعيله الغرم»، می‌توان بار مسئولیت را بدون نیاز به اثبات تقصیر بر عهده مخترعان قرار داد.

## ۵- مراجع صالح به رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان با تأکید بر جرایم در صلاحیت دادگاه کیفری یک

نویسندگان: فلاح امین، حاجی تبار فیروزجائی حسن

مجله حقوقی دادگستری زمستان ۱۴۰۰ دوره ۸۵ شماره ۱۱۶

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در غیر از جرایمی که در صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح است، تحقیقات مقدماتی جرایم افراد کمتر از ۱۵ سال را در صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان و تحقیقات مقدماتی جرایم افراد ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمس، به جز جرایم منافی عفت و جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ ایشان را در صلاحیت شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب شهرستان با عنوان دادرسی ویژه نوجوانان دانسته است. لیکن، به دلالت ماده ۳۱۵ این قانون جرایم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری یک و همچنین انقلاب در مواردی که با تعدد قاضی رسیدگی می‌شود، اگر توسط افراد بالغ زیر ۱۸ سال تمام شمس ارتکاب یابد، در دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان رسیدگی می‌شود. اما این قانون از حیث مراجع صالح انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه راجع به جرایم موضوع ماده ۳۰۲ ارتكابی توسط افراد نابالغ و بالغ کمتر از ۱۵ سال دارای ابهام است که نگارندگان، در این نوشتار با تکیه بر موازین قانونی و اصول کلی حقوق جزا به این نتیجه رسیدند که در مورد افراد زیر پانزده سال چنانچه فرد نابالغ باشد، انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه نسبت به جرایم عمومی یا انقلاب مشمول ماده ۳۰۲ این قانون توسط دادگاه اطفال و نوجوانان انجام می‌گیرد، ولی اگر فرد مرتکب بالغ زیر ۱۵ سال باشد، مرجع انجام تحقیقات مقدماتی و محاکمه، دادگاه کیفری یک ویژه رسیدگی به جرایم نوجوانان است.



# معرفی کتاب

مینا سالمی<sup>۱</sup>

## مبانی حقوق کیفری کسب و کار

دکتر امین جعفری

انتشارات سمت

مهرماه ۱۳۹۹

### معرفی نویسنده

دکتر امین جعفری، کارشناسی ارشد خویش را در مدرسه عالی بین المللی بازرگانی هالت در کالیفرنیا و دوره دکترای خویش را در یکی از دانشگاه های پاریس به پایان رساند. حوزه تخصصی فعالیت این نویسنده در زمینه حقوق بانکی و قراردادهای مالی است و علاوه بر تدریس در این حوزه، به ارائه مشاوره های تخصصی در این زمینه برای بانک ها و شرکت های بزرگ تجاری در داخل و خارج کشور مشغول است. از آثار وی، علاوه بر کتاب پیش رو می توان به ترجمه کتاب حقوق کیفری تطبیقی و مقالاتی از جمله وضعیت نظام حاکمیت شرکتی در حقوق ایران و ضرورت بازننگری لایحه قانون تجارت جدید، اخلاق در حقوق کیفری اقتصادی، مفهوم حاکمیت شرکتی در حقوق کیفری مالی و... اشاره کرد.

---

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



## معرفی کتاب

حقوق کیفری کسب و کار به عنوان شاخه‌ای جدید و میان‌رشته‌ای در علم حقوق شناخته می‌شود. حقوق کیفری کسب و کار، حقوق کیفری اختصاصی نیست، بلکه با سازوکارهای ویژه، متفاوت با حقوق کیفری اختصاصی عمل می‌کند و همزمان به مجازات بزه و سازوکارهای جایگزین مجازات می‌پردازد. در این کتاب مباحث مهم حقوق کیفری کسب و کار از جمله: نظم عمومی اقتصادی و فساد اقتصادی، مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی، اصول و تکنیک‌های حقوق کیفری کسب و کار، تنظیم در نظام حقوق کیفری کسب و کار طرح و بررسی شده است.

مباحث کتاب در سه بخش اصلی به شرح زیر آمده است:

بخش اول: مباحث پایه در حقوق کیفری کسب و کار که در سه فصل به فساد و نظم عمومی اقتصادی، ماهیت حقوق کیفری کسب و کار و مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی پرداخته شده است. بخش دوم با عنوان: اصول، مفاهیم و تکنیک‌های حقوق کیفری کسب و کار در دو فصل به بررسی اصول و مفاهیم حقوق کیفری کسب و کار و تکنیک‌های حقوق کیفری کسب و کار می‌پردازد و بخش نهایی به تنظیم در حقوق کیفری کسب و کار در دو فصل با عناوین تنظیم مفهومی و تنظیم ساختاری در حقوق کیفری کسب و کار اختصاص یافته است.



# نگاهی به زندگی<sup>۱</sup> و آثار استاد

## دکتر پرویز صانعی

مهدی جوادی

در خانقه نگنجد، اسرار عشقبازی

جام می‌مغانه هم با مغان توان زد

بر آستان جانان گر سر توان نهادن

گلبانگ سربلندی بر آسمان توان زد

«حافظ»

### زندگی

استاد پرویز صانعی به سال ۱۳۱۵ در تهران زاده شد. نسب وی از جانب پدر به شهریار الملک آقا صانع می‌رسد که سرسلسله فامیل صانعی و بنیان‌گذار مسجد جامع خوانسار است.<sup>۲</sup> ایشان تحصیلات ابتدایی و متوسطه خود را در مدارس ابن سینا، فیروز بهرام و

---

۱. نوشتن درباره زندگی و آثار استاد صانعی آن اندازه دشوار است که به مرز ناممکن نزدیک می‌شود. این دشواری هم ناشی از درازی سال‌هایی است که ایشان در تحقیق و تعلیم به سر برده و هم به سبب گستره وسیع موضوعاتی است که در آن قلم زده است. خلق استاد هم که از گفت و شنفت هر چه رنگ خودستایی بگیرد، بیزار است، دشواری کار را دوچندان می‌کند. با این همه، چندی است در این خیال که روزی نوشته‌ای مفصل درباره آثار و اندیشه‌های حقوقی ایشان قلمی خواهم کرد، به تحقیق در آثار و احوال استاد مشغولم. این یادداشت هم در واقع بخش بسیار کوچکی از آن تحقیق است که روزی منتشر خواهد شد البته اگر موافق تدبیر من شود تقدیر.

۲. بنای این مسجد (مسجد جامع خوانسار) از شهریارالملکی آقا صانع، جد فامیل صانعی، ...







علمیه پشت سر گذاشت، سپس وارد دانشکده حقوق دانشگاه تهران شد. تحصیل در دوره لیسانس حقوق این دانشکده را هم در سال ۱۳۳۶ با ترجمه کامنولث روم اثری از رالف وستوود مور به عنوان شاگرد اول به پایان رساند.

ترجمه این اثر در زمانی که نگارش پایان نامه برای اتمام دوره لیسانس ضروری بود، دو معنا داشت؛ یکی تسلط مترجم به زبان انگلیسی حتی در روزهای جوانی و دیگر، وسواسش در تحقیق علمی. در مقدمه این رساله می‌خوانیم: «از آن رو، ترجمه را برگزیدم که تألیف را کار مشکلی دیدم چه به عقیده من، خواندن چند کتاب و بیرون کشیدن مطالبی پراکنده و ناقص و جمع آن در رساله‌ای کوچک بدون اینکه مطلب تازه‌ای بدان‌ها افزوده باشد کار ارزنده‌ای نیست و از آنجا که در وسع فعلی، تألیف سودمندی مقدرم نبود ترجمه این کتاب را که لااقل کار مثبتی است انتخاب کردم.»<sup>۳</sup>

مدتی نمی‌گذرد که با توشه‌ای که از زبان انگلیسی و فرانسوی فراهم کرده و با درس‌های بسیاری که از دانشکده حقوق آموخته، برای ادامه تحصیل به امریکا می‌رود. در سال ۱۹۵۹ میلادی (۱۳۳۸ ه. ش.) از دانشگاه کلمبیا واقع در نیویورک امریکا، مدرک فوق لیسانس حقوق تطبیقی<sup>۴</sup> دریافت می‌کند. یک سال پس از آن نیز، ۱۹۶۰ میلادی (۱۳۳۹ ه. ش.)، از دانشگاه ییل امریکا، فوق لیسانس دیگری در رشته حقوق<sup>۵</sup> می‌گیرد و در نهایت، تحصیلات خود را با نگارش رساله «مسئله بازپرسی پلیس در ایالات متحده با

---

است.» فضل‌الله زهرایی، دورنمای خوانسار، تهران: شرکت سهامی کتاب‌رنگین، چاپ ۱، ۱۳۴۱، صفحه ۵۴. این مسجد که به شماره ۱۱۲۱ در فهرست آثار ملی کشور به ثبت رسیده است، هنوز نیز پابرجا و از بناهای ارزشمند و دیدنی آن دیار است. درباره خاندان صانعی، اطلاعات چندانی در دست نیست اما می‌توان سرگذشت دو تن از شاعران آن طایفه را در این کتاب دید: محمدعلی معلم حبیب‌آبادی، مکارم الآثار در احوال رجال، اصفهان: اداره کل فرهنگ و هنر، چاپ ۱، ۱۳۵۵، جلد ۵، صفحه ۱۵۳۹.

۳. ر. و. مور، کامنولث روم، ترجمه پرویز صانعی، به راهنمایی محسن اسدی، سال تحصیلی ۱۳۳۶-۱۳۳۵، سرآغاز.

4. M.C.L. Columbia Law School, 1959

5. LL. M. Yale Law School, 1960



نگاهی به رویهٔ ایران» و دریافت دکترای حقوق<sup>۶</sup> از همان دانشگاه به پایان می‌برد. تسلطش به زبان انگلیسی - که به اندازهٔ تسلط به زبان مادری است - و چند سالی که در بهترین دانشکده‌ها و مدارس حقوق آمریکا تحصیل کرده، کافی است که همان زمان در آن دیار رخت اقامت افکند و وکالت دادگستری یا استادی دانشگاه پیشه سازد اما عشقی که به زادگاه خود دارد و امیدی که به آیندهٔ میهنش بسته، سبب می‌شود به ایران بازگردد. استاد به دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران می‌رود و در قامت استادیار تدریس را آغاز می‌کند. نخستین درسی که به او سپرده می‌شود، «جامعه‌شناسی حقوقی» در سال تحصیلی ۱۳۴۵-۱۳۴۶ است.<sup>۷</sup> در همین سال هم عضو کانون وکلای دادگستری می‌شود. با این حال، کمتر به وکالت می‌پردازد و عمده همت او صرف تحقیق و تدریس می‌گردد.

ورود ایشان به دانشکده، اتفاقی مهم و هوای تازه‌ای است که در دانشکدهٔ حقوق وزیدن می‌گیرد<sup>۸</sup> اما مدتی بعد، منوچهر گنجی به ریاست دانشکدهٔ حقوق می‌رسد. منوچهر گنجی که خود را پرچمدارِ نوسازیِ دانشگاه‌ها و انقلاب آموزشی می‌بیند، دست به اقداماتی می‌زند که هرج و مرج، تنها ارمغان آن است. استادان قدیمی دانشکده را بازنشسته می‌کند

---

#### 6. J.S.D. Yale Law School, 1963

۷. راهنمای دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی، سال ۱۳۴۶، صفحه ۷۵. طرح این درس به گواهی همین راهنما (صفحه ۱۳۵) از این قرار است: «مطالعه ماهیت و نقش اجتماعی حقوق، من جمله تأثیر متقابل تأسیسات و عوامل اجتماعی و حقوق، مسئلهٔ اثبات و انعطاف‌پذیری قوانین، قانون و عقیدهٔ عمومی، تفسیر قانون و تأثیر سازمان روانی، شخصیت قضات در اجرای قوانین، نقش عقیدهٔ عمومی در اجرای قوانین.»

در همین سال نیز جزوهٔ تمرینات زبان انگلیسی در دانشکده از ایشان به چاپ رسیده است. بنگرید به: همان راهنما، صفحه ۲۷۶، ردیف ۶.

۸. «با ورود دکتر پرویز صانعی به دانشکدهٔ حقوق، جبههٔ جدیدی در دانشکده گشوده شد و حقوق انگلیس و آمریکا روزنه‌ای برای نفوذ یافت.» ناصر کاتوزیان، به کجا آمده‌ام آمدنم بهر چه بود، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۷، ۱۳۹۵، صفحه ۱۵۲. استاد دکتر کاتوزیان سپس خاطرهٔ سفرش به پاریس با استاد صانعی را می‌آورد که خواندنی است.



یا چون دکتر احمد متین‌دفتری و دکتر حسن امامی را چنان به تنگ می‌آورد که خود راه بازنشستگی پیش گیرند.<sup>۹</sup> همچنین درین سودا که کتابخانه دانشکده را صورتی نو خواهد داد، کتاب‌های آن را وجین می‌کند و بزرگ‌ترین لطمه را بر آن کتابخانه می‌زند.<sup>۱۰</sup> باری، گنجی که چند سالی از آغاز دوران تدریسش در دانشگاه نمی‌گذرد و در برابر اساتید قدیمی دانشکده از محبوبیتی برخوردار نیست برای اینکه در غوغایی که خود برپا کرده یکسره مغلوب نشود، تلاش می‌کند با گرفتن جانب دانشجویان در برابر استادان و مؤاخذه استادان بزرگ و نامدار در برابرشان، دل ایشان را به دست آورد اما دخالت‌های ساواک در امور دانشکده و همچنین ناتوانی او در مدیریت، کار را به جایی می‌رساند که دانشجویان نیز در کنار استادان قدیمی و در برابر او می‌ایستند؛ اعتراضات سیاسی هم کار او را دشوارتر می‌کند تا بدانجا که یکی از بزرگ‌ترین اعتراضات و درگیری‌های تمام دوران دانشگاه در زمان مدیریت او رخ دهد.<sup>۱۱</sup>

در این زمان، دکتر صانعی، معاون گنجی است و گویی در میان دو سنگ آسیا قرار گرفته است. از یک طرف، حرمت و مقام استادان قدیم را می‌شناسد و پاس می‌دارد و رنجه کردن ایشان را نمی‌پسندد. و از سوی دیگر، دانشگاه را محیط علم و فرهنگ می‌داند و جدال و یارگیری را مناسب شأن و حال خود نمی‌بیند. پس در اقدامی شجاعانه که تنها

- 
۹. برای مثال بنگرید به یادداشت تند «مبارزه برای حقوق و قانون» که دکتر احمد متین‌دفتری در سال ۱۳۴۸ بر صدر سومین جلد آیین دادرسی مدنی خود قرار داده است.
۱۰. درباره سرنوشت کتابخانه در دوران گنجی و لطمه‌ای که او به کتابخانه دانشکده حقوق زده است بنگرید به مقدمه استاد ایرج افشار بر یادداشت‌های روزانه محمدعلی فروغی: محمدعلی فروغی، یادداشت‌های روزانه از ۱۳۲۱ تا ۱۳۲۲ ه. ق.، به کوشش ایرج افشار، تهران: انتشارات موقوفات دکتر محمود افشار با همکاری سخن، چاپ ۲، ۱۳۹۹، صفحه ۹، پاورقی ۱.
۱۱. رییس وقت دانشگاه تهران بعدها درباره اشتباه خود در برگزیدن گنجی به ریاست دانشکده حقوق گفت: «در دانشکده حقوق هم همین اشتباه را کردم. کسی را که آوردم بیشتر برای من دردسر ایجاد کرد. می‌خواست اصلاح کند ولی به جای اینکه اصلاح کند تمام دستگاه را به هم ریخت.» علینقی عالیخانی، اقتصاد و امنیت، تاریخ شفاهی به کوشش حسین دهباشی، تهران: سازمان اسناد و کتابخانه ملی ایران، چاپ ۱، ۱۳۹۳، صفحه ۵۱۰.



از شخصی چون ایشان برمی آید - یک باره از معاونت و استادی دانشکده استعفا می کند و از آن دانشگاه می رود.<sup>۱۲</sup>

زمانی که دکتر صانعی از دانشکده حقوق استعفا می دهد، استادی است سرشناس که بیش از سی مقاله نوشته و ویرایش نخست سه کتاب مهم خود - یعنی قانون و شخصیت، جامعه شناسی ارزش ها و حقوق و اجتماع - را به چاپ رسانده است. پس چندان غریب نیست که به رغم اینکه کرسی تدریس در دانشگاه تهران را رها کرده، برای تدریس به دانشکده دیگری دعوت گردد. مدتی به تدریس در چند دانشگاه می پردازد و سپس به عضویت هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه ملی وقت درمی آید.

روزگاری که در آن دانشگاه سپری می کند، هم برای ایشان و هم برای دانشگاه و دانشکده حقوق سخت پر بار و پر ثمر است. دانشکده حقوق در زمان ریاست ایشان، هویت خود را می یابد؛ دانشگاه هم در صف دانشگاه های برتر کشور قرار می گیرد. در کنار این مسؤولیت ها و با اینکه مسؤول پرورش صدها دانشجو و راهنمایی چندین رساله است، ترجمه روان شناسی جنایی و نگارش کتاب جزای عمومی (در دو جلد) را هم به پایان می رساند و در انتشارات همان دانشگاه منتشر می کند. اما این ایام هم دوامی ندارد. زمانی که رییس جدید دانشگاه - که برگزیده نخستین رییس جمهور جمهوری اسلامی است -

---

۱۲. برای مطالعه اجمالی در باب دوران ریاست منوچهر گنجی در دانشکده از نگاه یکی از استادان دانشکده بنگرید به: محمد باهری، مصاحبه با پروژه تاریخ شفاهی ایران، مصاحبه کننده حبیب لاجوردی، فرانسه، ۱۹۸۲، نوار ۲۱، صفحات ۵-۱. که سخنان خود درباره دانشکده حقوق در دوران گنجی این گونه به پایان می برد: «ایشان (منوچهر گنجی) در محیط دانشکده یک تندی هایی به دانشجویان کرده بود و یک تضییقات بی موردی و نسبت به استادان هم همین طور. حتی دانه دانه دوستانش از کنارش رفتند. و صانعی که معاونش بود، دکتر قاضی که معاونش بود، اینها هم از کنارش رفتند و نتوانست با هیچ کدام از اینها هم مماشات کند و آن جنجال بر علیهش در دانشکده حقوق درست شد که مجبور بود فرار کند.»

و همچنین می توان حوادث این دوران را از نگاه دانشجویان وقت دانشکده در این کتاب یافت: محمدحسین دانایی، دوران دانشکده (تاریخ شفاهی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، تهران: اطلاعات، چاپ ۱، ۱۳۹۸.



پای به دانشگاه می‌نهد، دکتر صانعی درمی‌یابد که دیگر این دانشگاه، مناسب تدریس و تعلیم نیست و با اینکه هیچکس به ظاهر، مزاحم کار او نیست، دیگر بار، مقامش در هیأت علمی و ریاست دانشکده حقوق و معاونت دانشگاه را رها می‌کند و این بار حتی بر خلاف کناره‌گیری از دانشگاه تهران به صورت رسمی استعفا نمی‌دهد بلکه دانشکده‌ای را که در مقام استاد و رییس، به خون دل و جراحت جان پرورده، می‌گذارد و می‌گذرد.

ایشان که در این سال‌ها جز حقوق استادی دانشگاه، اندوخته دیگری برای خود فراهم نکرده و حتی - برای اینکه بتواند کار خود را به خوبی انجام دهد - از وکالت نیز چشم پوشیده است، ناگزیر برای اینکه معاش منظم، زندگی آرام و تحقیق مفیدی داشته باشد، به کشوری باز می‌گردد که در آن، تحصیل کرده است. در آنجا، از سال ۱۹۸۷ میلادی (۱۳۶۵ ه. ش.) عضو کانون وکلای نیویورک<sup>۱۳</sup> می‌شود و در دانشکده حقوق دانشگاه کلمبیا و همچنین مدرسه حقوق بروکلین نیویورک<sup>۱۴</sup> - که محل تربیت قضات آن ایالت است - به تدریس می‌پردازد. مدتی نیز به عنوان محقق میهمان در دانشگاه ییل<sup>۱۵</sup> به سر می‌برد. چند بار هم به دعوت مؤسسه ماکس پلانک آلمان برای تحقیق و تألیف بدانجا می‌رود.

البته در این دوره نیز از پانمی‌نشیند؛ کتاب‌های جرم و فرهنگ در آمریکا<sup>۱۶</sup> - که مجلات معتبر انگلیسی‌زبان به معرفی و تحلیل آن پرداخته‌اند<sup>۱۷</sup> - ایرانیان و میراث فرهنگی آنان<sup>۱۸</sup> - که دکتر یارشاطر آن را ستوده<sup>۱۹</sup> - و همچنین نظام قضایی کیفری ایالات متحده آمریکا<sup>۲۰</sup> - جدیدترین کتاب ایشان که در سال ۲۰۲۰ به چاپ رسیده - از آثاری است که به زبان انگلیسی می‌نویسد و ویرایش دوم کتاب جامعه‌شناسی ارزش‌ها با افزودن بیش از چهارصد صفحه و ویرایش دوم حقوق و اجتماع را هم در این دوران به پایان می‌رساند. این استاد عزیز هم‌اکنون با فرزندان و نوه‌های خود در نیویورک در ایالات

13. Member of the New York Bar as of 1987

14. Lecturer in law and visiting professor at Columbia and Brooklyn Law Schools

15. Visiting Scholar at Yale Law School, 2003-2004

16. Crime and Culture in America: A Comparative Perspective

17. Journal of Legal Education, Vol. 38, No. 3, 1988, pp. 437-450; Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 79, No. 2, 1988, pp. 546-548.

18. The Iranians Their Cultural Heritage, and its Transformation

19. Iranian Studies, Vol. 46, no. 2, pp. 311-327.

20. The American Criminal Justice System: Urgent Call for an Overhaul



متحدہ امریکا زندگی می کند و ہنوز ہم غرق در مطالعہ و تحقیق و نوشتن است.<sup>۲۱</sup>

۲۱. آثار استاد دکتر پرویز صانعی:

### کتاب‌ها

الف. فارسی

- (۱) کامنولٹ روم (ترجمہ)، تالیف ر. و. مور، پایان نامہ تحصیلات لیسانس، ۱۳۳۶.
- (۲) طرح مقدماتی جامعہ شناسی: چاپ ۱: دانشکدہ علوم اداری و مدیریت بازرگانی، بی تا.
- (۳) قانون و شخصیت: چاپ ۱: دانشگاه تهران، ۱۳۴۴.
- (۴) جامعہ شناسی ارزش‌ها: چاپ ۱: دہخدا، ۱۳۴۷؛ چاپ ۳: گنج دانش، ۱۳۷۲.
- (۵) حقوق و اجتماع: چاپ ۱: دانشگاه تهران، ۱۳۴۷؛ چاپ ۳: طرح نو، ۱۳۸۱.
- (۶) حقوق جزای عمومی: چاپ ۱: دانشگاه ملی، ۱۳۵۴-۱۳۵۲؛ چاپ ۴: گنج دانش، ۱۳۷۱؛ چاپ ۶: طرح نو، ۱۳۸۲.
- (۷) تبعیض نسبت به زن و آثار اجتماعی آن: چاپ ۱: سازمان زنان ایران، ۱۳۵۵.
- (۸) روانشناسی کیفی (ترجمہ)، تالیف دیوید آبراہامسن: چاپ ۱: دانشگاه ملی، ۱۳۵۷؛ چاپ ۲: گنج دانش، ۱۳۷۱.
- (۹) فرهنگ صالح (زیر نظر)، تالیف علی پاشا صالح: چاپ ۱: دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.

ب. انگلیسی

- 10) The problem of police interrogation in the United States with a reference to the Iranian practice, Thesis J.S.D. Yale Law School, 1963.
- 11) Iranian Laws Affecting Population Growth, collected, classified and annotated in English and Persian, under the auspices of the United Nations Fund for Population Activities and the Fletcher School of Law and Diplomacy, 1972.
- 12) Law and Population Growth in Iran, Law and Population Monograph Series, Fletcher School of Law and Diplomacy, Number 21, 1974.
- 13) Reading on Population for Law Students, co-edited with Professor Luke T. Lee, then of the Fletcher School of Law and Diplomacy, published in English, French and Spanish, UNESCO, Paris, 1977.
- 14) Seminar in comparative criminology: readings, compiled, Columbia University, School of Law, 1982.
- 15) Comparative criminology: a preliminary draft, New York, Columbia University, School of Law, 1983.





- 16) Business Transactions with China, Japan and South Korea, co-edited with Professor Hans Smit of Columbia Law School, Matthew Bender, 1983.
- 17) Crime and Culture in America: A Comparative Perspective, Greenwood Press, New York, Westport, CT, and London, 1986.
- 18) The Iranians Their Cultural Heritage, and its Transformation, ISBN: 1463557000, 2011.
- 19) The American Criminal Justice System: Urgent Call for an Overhaul, ISBN: 9798639703683, 2020.

## مقالات

الف. فارسی

- (۱) بحث نظری و تحلیلی اقرار از نظر روانشناسی (۱)، کانون وکلا، مهر و آبان و آذر ۱۳۴۱، شماره ۸۱. (۵ صفحه - از ۱۳ تا ۱۷)
- (۲) بحث نظری و تحلیلی اقرار از نظر روانشناسی (۲)، کانون وکلا، دی و بهمن و اسفند ۱۳۴۱، شماره ۸۲. (۷ صفحه - از ۵ تا ۱۱)
- (۳) بحث نظری و تحلیلی اقرار از نظر روانشناسی (۳)، کانون وکلا، فروردین و اردیبهشت ۱۳۴۲، شماره ۸۳. (۹ صفحه - از ۵۳ تا ۶۱)
- (۴) جبر روانی و مسئولیت (اصل علیت و اثرات آن در زمینه رفتار انسان) (ترجمه)، نویسنده: فرانتیس آلکساندر، حقوق امروز، مرداد ۱۳۴۲، شماره ۵. (۶ صفحه - از ۲۷ تا ۳۲)
- (۵) قانون و شخصیت (۱)، کانون وکلا، خرداد و تیر ۱۳۴۲، شماره ۸۴. (۸ صفحه - از ۴۳ تا ۵۰)
- (۶) قانون و شخصیت (۲)، کانون وکلا، مرداد و شهریور ۱۳۴۲، شماره ۸۵. (۹ صفحه - از ۴۲ تا ۵۰)
- (۷) قانون و شخصیت (۳)، کانون وکلا، مهر و آبان ۱۳۴۲، شماره ۸۶. (۹ صفحه - از ۷۰ تا ۷۸)
- (۸) قانون و شخصیت (۴)، کانون وکلا، آذر و دی ۱۳۴۲، شماره ۸۷. (۱۰ صفحه - از ۱۷ تا ۲۶)
- (۹) قانون و شخصیت (۵)، کانون وکلا، بهمن و اسفند ۱۳۴۲، شماره ۸۸. (۱۳ صفحه - از ۵۳ تا ۶۵)

←



- ۱۰) قانون و شخصیت (۶)، کانون وکلا، فروردین و اردیبهشت ۱۳۴۳، شماره ۸۹، (۱۲) صفحه - از ۵۲ تا ۶۳)
- ۱۱) قانون و شخصیت (۷)، کانون وکلا، خرداد و تیر ۱۳۴۳، شماره ۹۰، (۷) صفحه - از ۲۰ تا ۲۶)
- ۱۲) قانون و شخصیت (۸)، کانون وکلا، مرداد و شهریور ۱۳۴۳، شماره ۹۱، (۵) صفحه - از ۵ تا ۹)
- ۱۳) مسؤولیت جزائی (۱)، حقوق امروز، دی ۱۳۴۲، شماره ۸، (۵) صفحه - از ۱۷ تا ۲۱)
- ۱۴) مسؤولیت جزائی (۲)، حقوق امروز، بهمن و اسفند ۱۳۴۲، شماره ۹ و ۱۰، (۳) صفحه - از ۱۷ تا ۱۹)
- ۱۵) احساس گناه یا ریشه بسیاری از جرائم (۱)، حقوق امروز، آذر ۱۳۴۲، شماره ۷، (۳) صفحه - از ۳۲ تا ۳۴)
- ۱۶) احساس گناه یا ریشه بسیاری از جرائم (۲)، حقوق امروز، دی ۱۳۴۲، شماره ۸، (۳) صفحه - از ۶۵ تا ۶۷)
- ۱۷) دستگاه‌های دروغ‌سنج و تاریخچه طرز کار آنها (۱)، حقوق امروز، فروردین و اردیبهشت ۱۳۴۳، شماره ۱۱ و ۱۲، (۴) صفحه - از ۶۷ تا ۷۰)
- ۱۸) دستگاه‌های دروغ‌سنج و تاریخچه طرز کار آنها (۲)، حقوق امروز، اسفند ۱۳۴۳، شماره ۱۴، (۵) صفحه - از ۲۳ تا ۲۷)
- ۱۹) بزهکاری در حال خواب (ماجرای یک محاکمه در کانادا - آدمکشی ناآگاه)، حقوق امروز، خرداد ۱۳۴۳، شماره ۱۳، (۴) صفحه - از ۱۷ تا ۲۰)
- ۲۰) میراث نفرت (تحقیقی در مسائل حقوقی و عوامل روانی و اجتماعی جنایات جنگ جهانی دوم) (۱)، حقوق امروز، فروردین ۱۳۴۴، شماره ۱۵، (۷) صفحه - از ۳۳ تا ۳۹)
- ۲۱) میراث نفرت (تحقیقی در مسائل حقوقی و عوامل روانی و اجتماعی جنایات جنگ جهانی دوم) (۲)، حقوق امروز، بهمن ۱۳۴۴، شماره ۱۶، (۸) صفحه - از ۴۱ تا ۴۸)
- ۲۲) حقوق، یک پدیده اجتماعی است، حقوق امروز، اسفند ۱۳۴۴، شماره ۱۷، (۴) صفحه - از ۶۴ تا ۶۷)





- ۲۳) محرومیت و بزهکاری، تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۴۸، شماره ۱. (۱۱ صفحه - از ۳۴ تا ۴۴)
- ۲۴) تأثیر عوامل شخصی در رأی قضات (۱)، کانون وکلا، تابستان ۱۳۴۷، شماره ۱۰۹. (۷ صفحه - از ۲۶ تا ۳۲)
- ۲۵) تأثیر عوامل شخصی در رأی قضات (۲)، کانون وکلا، پاییز و زمستان ۱۳۴۷، شماره ۱۱۰ و ۱۱۱. (۹ صفحه - از ۲۰ تا ۲۸)
- ۲۶) عوامل مؤثر در شخصیت قاضی (۳)، کانون وکلا، بهار ۱۳۴۸، شماره ۱۱۲. (۱۰ صفحه - از ۳۳ تا ۴۲)
- ۲۷) عوامل مؤثر در شخصیت قاضی (۴)، کانون وکلا، تابستان ۱۳۴۸، شماره ۱۱۳. (۷ صفحه - از ۱۳ تا ۱۹)
- ۲۸) عوامل مؤثر در شخصیت قاضی (۵)، کانون وکلا، پاییز ۱۳۴۸، شماره ۱۱۴. (۱۹ صفحه - از ۷۲ تا ۹۰)
- ۲۹) دربارهٔ دادگاه‌های اطفال، حقوق امروز، اردیبهشت ۱۳۴۸، شماره ۲۴. (۶ صفحه - از ۵۵ تا ۶۰)
- ۳۰) خلاقیت و وجدان ناخودآگاه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار ۱۳۴۹، شماره ۱. (۸ صفحه - از ۲۷ تا ۳۴)
- ۳۱) نوسازی حقوق، نوشتهٔ مایرون وینر، ترجمهٔ پرویز صانعی، در: مایرون وینر، نوسازی جامعه، ترجمهٔ رحمت‌الله مقدم مراغه‌ای و همکاران، تهران: فرانکلین، ۱۳۵۰. (صفحه ۱۳۱ به بعد.)
- ۳۲) مقدمهٔ ماتیکان هزار دادستان (۱)، حقوق مردم، زمستان ۱۳۵۰، شماره ۲۶. (۶ صفحه - از ۳۸ تا ۴۳)
- ۳۳) مقدمهٔ ماتیکان هزار دادستان (۲)، حقوق مردم، بهار ۱۳۵۱، شماره ۲۷. (۴ صفحه - از ۵۷ تا ۶۰)
- ۳۴) مقدمهٔ ماتیکان هزار دادستان (۳)، حقوق مردم، تابستان ۱۳۵۱، شماره ۲۸. (۹ صفحه - از ۵۶ تا ۶۴)

←



- ۳۵) مقدمه ماتیکان هزار دادستان (۴)، حقوق مردم، پاییز و زمستان ۱۳۵۱، شماره ۲۹ و ۳۰. (۳ صفحه - از ۶۵ تا ۶۷)
- ۳۶) مقدمه ماتیکان هزار دادستان (۵)، حقوق مردم، بهار ۱۳۵۲، شماره ۳۱. (۶ صفحه - از ۴۵ تا ۵۰)
- ۳۷) مقدمه ماتیکان هزار دادستان (۶)، حقوق مردم، تابستان ۱۳۵۲، شماره ۳۲. (۶ صفحه - از ۶۶ تا ۷۱)
- ۳۸) مقدمه ماتیکان هزار دادستان (۷)، حقوق مردم، پاییز و زمستان ۱۳۵۲، شماره ۳۳. (۳ صفحه - از ۵۴ تا ۵۶)
- ۳۹) مقدمه ماتیکان هزار دادستان (۸)، حقوق مردم، بهار و تابستان ۱۳۵۳، شماره ۳۵ و ۳۶. (۲ صفحه - از ۵۵ تا ۵۶)
- ۴۰) تعامل اجتماعی و رفتار مجرمانه، تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۵۲، شماره ۲. (۱۴ صفحه - از ۷۴ تا ۸۷)
- ۴۱) کش مثبت بزهکاری، تحقیقات حقوقی، اردیبهشت ۱۳۶۵، شماره ۳. (۲۲ صفحه - از ۸۲ تا ۱۰۳)
- ۴۲) ضرورت استفاده از روش قضیه‌ای در آموزش حقوق، تحقیقات حقوقی، اردیبهشت ۱۳۶۵، شماره ۳. (۸ صفحه - از ۱ تا ۸)
- ۴۳) نقش اجتماعی وکیل دادگستری، وکالت، بهمن ۱۳۷۸، شماره ۱. (۳ صفحه - از ۲۱ تا ۲۳)

ب. انگلیسی

- 44) Law as an Instrument of Social Change, paper presented to and published in the Proceedings of the Symposium of Law and Population in the Middle East and North Africa, Cairo, 7-10 December 1976.
- 45) Criminology in Iran, in International Handbook of Contemporary Developments in Criminology, edited by Elmer Johnson, Greenwood Press, New York, Westport, CT and London, 1983.
- 46) In Praise of Organized Crime, Rutgers Law Journal, Vol. 16, Numbers 3 & 4, Spring and Summer of 1985, pp. 853-867.
- 47) Victims' Rights under the Iranian Law, in G. Keiser and H. Kury and H.J. Albrecht's edition of Victims and Criminal Justice, in four volumes, Max-Planck-Institute's Publication (Freiburg I. Br. Germany, 1991, Vol.2 pp. 857-875).



مطالعه اندیشه ایشان درباره حقوق و جامعه در این مختصر نمی‌گنجد اما به اختصار می‌توان گفت در دیاری که تمام مفاهیم انسانی - چون آزادی و عدالت - چنان تحریف شده که پوزیتویسم، به معنی گردن نهادن به حکم قدرت مستقر درآمده و اطاعت از قانون، مترادف نوکری قدرت گردیده است، ایشان از اندک حقوقدانانی بوده و هست که فرد انسان و جامعه را گرامی داشته و تلاش کرده قواعد حقوقی را با اصول انسانی و تحولات اجتماعی هماهنگ کند. برای توصیف حقوقدانی که هیچ‌گاه مصلحت‌جوی خودسران نشده و به توجیه ظلم ظالمان ننشسته، قلم من، ناتوان و فرصت اندک است اما همین بس که او

«به هنگامی که قاضیان

- اثبات آن را که در عدالت ایشان شائبه اشتباه نیست -

انسانیت را محکوم می‌کردند

و امیران

- نمایش قدرت را -

شمشیر بر گردن محکوم می‌زدند،

محتضر را

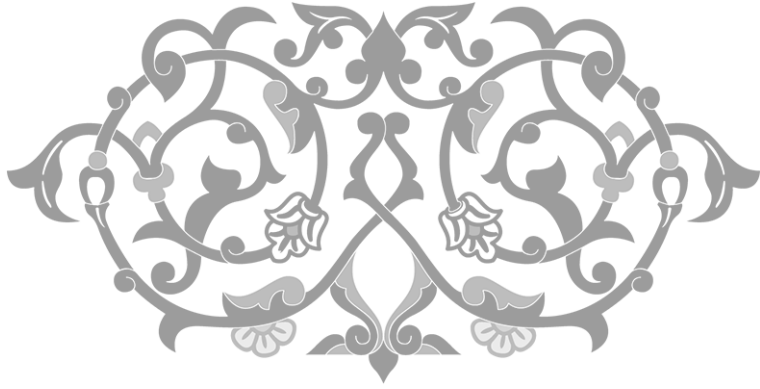
سر بر زانوی خویشان» نهاد.<sup>۲۲</sup>

۲۲. احمد شاملو، مجموعه آثار، دفتر یکم: شعرها، تهران: نگاه، چاپ ۱۸، ۱۴۰۰، از دفتر «مرثیه‌های خاک»، شعر «و حسرتی»، صفحه ۶۷۰. آخرین کلمه این بند از شعر «نهادم» بود که به ضرورت کلام مجبور شدیم آن را به «نهاد» تغییر دهیم.



## پند استاد دکتر پرویز صانعی

حرفه وکیل دادگستری، از مظاهر برجسته حکومت قانون در جامعه و رفتار او نمودار ماهیت شکل تضمیناتی است که برای حفظ حقوق افراد وجود دارد. بنابراین عملکرد او باید با اصول کلی قانونی و ضوابط حرفه وکالت هماهنگی کامل داشته باشد. تاثیری که کنش و واکنش وکیل در موقعیت‌های مختلف بر ذهنیت انسان‌ها می‌گذارد، در تجسم بخشیدن به تصویری کلی‌تر از شغل وکالت در خاطر مردم موثر است. بنابراین باید طوری عمل کند که حرفه وکالت از اقدام همگان برخوردار باشد. وکیل باید از هرگونه انحراف و تخلف، نه تنها از مقررات قانونی، که از ارزش‌های اخلاقی و معیارهای فرهنگی جامعه هم پرهیز کند. وکیل باید به خاطر داشته باشد تصویری که از شخصیت و نحوه عمل او در موکلین، و از طریق آنان در ذهن دیگران به وجود می‌آید، به تدریج همانند کارت شناسایی، مشخصه وجود و فعالیت او می‌گردد و تنها با آن تصویر و ویژگی‌ها شناخته می‌شود. اگر ذهنیت دیگران نسبت به او مثبت و احترام‌آمیز باشد، در کار خود موفق است و اگر خدای ناکرده تصویر ثبت شده در ذهن مردمان تیره و ناپسند باشد، آثار منفی به بار می‌آورد و تغییر آن به آسانی ممکن نیست. پس، از این جهت هم که شده باید تنها در مسیر حق و عدالت عمل کند و وجدان، آبرو و حیثیت خود را به هیچ قیمت نفروشد. وکیل دادگستری باید در همه حال مصالح عمومی را نیز مد نظر قرار دهد و هیچگاه به خاطر تامین منافع شخصی خود و موکل، ضوابط را زیر پا نگذارد و از حریم قانون و اخلاق پسندیده دور نشود. اگر مصالح عمومی را فدای اغراض و ملاحظات شخصی کند، به گسترش حس بی‌اعتمادی و بی‌اعتقادی عمومی کمک کرده، شرایط نامساعدی به وجود می‌آورد که به پیکر کل جامعه، که او و خانواده‌اش را نیز شامل می‌شود، زیان و آسیب می‌رساند. وظیفه او دفاع موثر از منافع موکل در محدوده حقوق و اخلاق است و در این راستا نباید هرگز حق را ناحق و ناحق را حق جلوه دهد. وکیل باید استدلال و دیدگاه موکل را به دقت بشنود و بررسی کند، اگر متقاعد شد که مراجع واقعا ذیحق است، دفاع از دعوی او را بپذیرد و به جد دنبال کند و در این راه همه امکانات و وسایل قانونی را مورد استفاده قرار دهد.



زنگ تفريح





## واقعیت‌های خیالی در حقوق

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

اخیراً یووال نوح هراری<sup>۲</sup> با نوشتن کتاب‌های «انسان خردمند»، «انسان خداگونه» و «بیست و یک درس، برای بیست و یک قرن»، آبی عظیم در خانه مورچه‌ی ذهن خیلی‌ها انداخته است. آنچه که مرا مجبور به نوشتن این مقاله کرد، این بود که به روال همیشگی زندگی‌ام تصمیم گرفتم از آبی که هراری، گل آلود کرده است ماهی بگیرم.

هراری در کتابش اولین کاری کرد، خودشیفتگی ما انسان‌ها را نسبت به نوع بشر و ممتاز بودن خود نشانه گرفت و با خاک یکسان کرد! بقول «مصطفی ملکین» ما انسان‌ها معمولاً سه نوع خودشیفتگی داریم؛ گاهی من بخاطر ثروت، زیبایی یا امتیاز دیگر، خود را از دیگران برتر می‌دانم و خودشیفته هستم. گاهی در زندگی شخصی خود، غروری نداشته و خودشیفته نیستم ولی به مفاهیمی خاص چون شهر، نژاد، جنس، شغل و... تعصب داشته و این‌ها را از دیگر افراد مشابه خود برتر دانسته و حاضرم بخاطر آن جانم را نیز فدا کنم. در خودشیفتگی نوع سوم ما انسان را اشرف مخلوقات دانسته و دائم دنبال انسانیت هستیم و فکر می‌کنیم در جهان موجودی بهتر از انسان از ابتدا نبوده و نخواهد بود، در حالی که اگر نیک بنگریم هیچ نوعی در جهان مانند انسان، گند به این کره خاکی نزده است و اگر به جای انسانیت، به دنبال سگیت یا خریت بودیم چه بسا روزگاری بهتر داشتیم!!!

نوح هراری با استفاده از تئوری داروین معتقد است گونه‌های مختلفی از انسان در کره زمین بوده که این نوع تحفه خاصی نبودند و در خوشبینانه‌ترین حالت مثل میمون‌ها روزگار می‌گذراندند، تا اینکه نوع خاصی از این گونه‌ی انسان که «انسان خردمند» نامیده می‌شود بر بقیه غلبه کرده و از آفریقا به سایر نقاط جهان رفته و با از بین بردن سایر

۱. مبصر سابق کلاس سوم ابتدایی زمان تحصیل خود در سال ۱۳۶۰.

2. Yual Noah Harari



گونه‌های انسانی حاکم بلامنازع بین انسان‌ها در درجه اول و بر سایر موجودات در درجه دوم شد. آن چه که باعث این برتری شد «قدرت تخیل انسان» نسبت به سایر حیوانات بود؛ قدرت تخیل سایر حیوانات بسیار محدود است و نمی‌توان آنها را به گروه و نژاد و... وابسته کرد و یا موضوعات تخیلی را به ایشان تفهیم کرد. حداکثر تعداد افرادی که در یک گروه قابل جمع هستند سی چهل نفر است و با جمعیتی بیش از این تعداد، حیوانات به جان هم می‌افتند ولی انسان‌ها با قدرت تخیل می‌توانند در گروه‌های میلیاردی بدون اینکه هم را ببینند، هدف واحدی داشته باشند. هراری از این قدرت که به انسان‌ها برتری داده است به نام «واقعیت خیالی» یاد کرده است. به اعتقاد هراری تنها انسان است که می‌تواند مفاهیمی چون دنیای دیگر، حق و قانون و... را بپذیرد و به آن پای بند باشد. صحت و سقم این ادعا، به عهده‌ی راوی آن می‌باشد. آنچه که بنده کمترین را متقاعد کرد تا در این خصوص اظهار فضل کنم این است که هراری شرم حضور داشته تا رک بگوید فرق انسان و حیوان «قانون دانی» انسان است؛ انسان می‌تواند اعتبارات را واقعیت تصور کند و بر آن اساس زندگی خودش را بسازد و جهان را به گند بکشد. انسان است که در جنگ می‌تواند اسیر بگیرد و برای او حقوقی تصور کند والا در منطقه جرقویه وقتی گرگ‌ها به گوسفندان حمله کنند تا بتوانند همه را خفه می‌کنند و هیچ حق و حقوقی برای آن زبان بسته‌ها قائل نیستند. انسان است که براساس همین تصورات، خود را مخلوق برتر می‌داند و بقیه را نجس دانسته و چون قوم بنی اسرائیل می‌تواند به خودش حق آقایی بدهد.

حرف حساب من این است؛ حال که انسان می‌تواند تخیل کند و واقعیت‌های خیالی ایجاد کند و تعاملات خود را براساس این واقعیت‌های تخیلی، بنا نماید پس چه بهتر که تعصبات خود را در حوزه تقنین و قضا و اجرا بکاهد و هدف و غرض را در این سه حوزه فقط بهتر ساختن زندگی بشر قرار دهد و همیشه به خود بگوید جایی از قبل بر روی این اعتباراتی که فرض کرده‌ایم بنایی بار نشده است و کائنات و کهکشان‌ها با تغییرات قوانین ما تکان نمی‌خورد و چه بسا هیچ کس در هیچ جا، کک اش نگزد! موضوع بحث من در منصوصات شرعی نیست؛ همه ی حرف و کلام من در احکام امضائی و «منطقه الفراغ» و «اباحات» است.

اینجانب در یک جلسه دادرسی به عنوان وکیل شخص غابین و برای صلح و سازش پیشنهاد دادم که مغبون با گرفتن ارش، به معامله رضایت دهد. با گفتن کلمه ارش، آنچنان نگاه‌های عاقل اندر سفیهی به من شد، که تو نمی‌دانی ارش فقط مخصوص



## خيار عيب است؟

پاسخ دادم می‌دانم مخصوص خيار عيب است، ولی اگر در خيار غبن هم ما پیشنهاد ارش داده و مابه‌التفاوتی که مغبون ضرر کرده را بپردازیم و معامله همچنان باقی باشد که هردو طرف راضی باشند، بهتر است یا اینکه حتماً باعث فسخ معامله شویم؟ در غبنی که ارش بگیریم که معامله دلچسب‌تر است تا خرید کالایی که با اخذ ارش به لحاظ معیوب بودن، خریدار تا ابد دل چرکین است. بالاخره توافق حاصل شد ولی بکار بردن واژه ارش، آنچنان دوستان حقوقی را نگران ساخت که نگران سقوط کهکشان‌ها بودم. این یک نمونه است در سایر موارد هم می‌توان نمونه آورد که اگر مخالف نص قانون یا شرع نباشد، آموخته‌های قبلی ما را از راحتی نوع بشر دور نسازد و یا در مقام تقنین در منطقه‌الفراغ و اباحت اجازه داشته باشیم با زیر پا گذاشتن منطق حقوقی و هر مانع دیگر فقط هدفمان راحتی نوع بشر و دخالت دادن انصاف در حل مشکلات بشری باشد. به عبارت دیگر به جای «منطق ارسطویی» که نوسان بین صفر یا صد دارد، وارد «منطق فازی» شده و به جای سفید یا سیاه دیدن موضوع «خاکستری نگر» شده و کاری کنیم که موضوع با برد-برد حل شود. مثل در بحث غبن حادث طرح موضوع «تعديل» گناه کبیره حقوقی محسوب می‌شد و چه بسا هنوز هم بشود ولی جهان به سمت و سوی دیگری می‌رود.

در اینجا قصد اطالهی کلام با آوردن مثال‌های دیگر ندارم ولی می‌خواهم بگویم اگر یک درصد احتمال می‌دهیم که صحبت‌های هراری درست باشد، پس چه بهتر که در این جهان برای خودمان بهشتی بسازیم پر از سلام و امن و آرامش و انصاف در این جهان و یقین بدانیم خالق این کائنات در هنگام قضاوت خود مانند بعضی از ما انسان‌ها مرگ را (بضم م) نیست و ما را بخاطر بکار بردن انصاف در قانون‌گذاری یا قضاوت و اجرا در آتش نمی‌سوزاند.

یا حق