

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنشانه خبری آموزشی ملسحقه

سال شانزدهم، شماره ۱۵۱، شهریور ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

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

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهा�می

دیبر تحریریه این شماره: نفیسه مستقل

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

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

نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، علی اکبر محمدی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نوبنده‌گان، دیدگاه ملسوحته نیست.

نشریه ملسوحته در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لینوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org

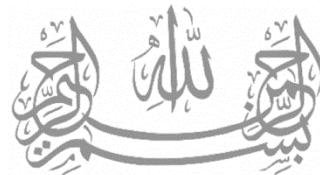
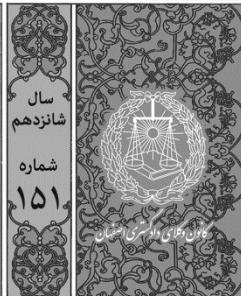


شیوه‌نامه «ملس حقوف»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالت عنوان مطالب ارسالی به عهده 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 درون‌منابن و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین و ازگان تخصصی و اسمی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبا ای 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، محمد جعفر. (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 و قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص. ۱۴۹ - ۱۴۵.
- در صورت استفاده از مطالب سایتها 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 13 Mitra ۲ تنظیم و به نشانی [الکترونیکی](mailto:madreseyhoghough@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 حرفة و کالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصرآ مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون و کلا محسوب نمی‌شود.

ملی سپه حقوق

ماهنشا خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان



فهرست مطالب

- مداخله قضایی در روند مطالبه ضمانت نامه
بانکی با رویکرد قضایی ۷۷
نادر گودرزی

گزیده سخنرانی ها

- دکتر جعفر کوشای ۱۰۶
دکتر محمدرضا حبیبی ۱۱۱
دکتر لیلا رئیسی ۱۱۷
دکتر محسن برهانی ۱۲۳

باشته های حرفه و کالت

- آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی قوه
قضائیه ۱۲۸
جلوه های حقوق در ادبیات فارسی (قسمت
دوم) ۱۳۱
امیر رفیعی
گزیده مقالات کاربردی ۱۳۵
هاجر قاسمی
معرفی کتاب ۱۴۰
مینا سالمی

زنگ تفریح

- تئوری آشوب در حقوق ۱۴۴
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

سرمقاله، آئین آئین نامه ۴

مقالات

- لایحه در دفاع از استقلال «نهاد وکالت» ۱۰
دکتر عبدالرضا علیزاده
حکومت قانون، پیشیاز شکوفایی تولید ۱۹
دکتر سید محمود کاشانی
تحلیلی بر کارکردهای اجتماعی کانون وکلای
دادگستری ۲۷
دکتر وحید قاسمی
بررسی دو رأی متعارض دادگاه تجدیدنظر
درباره امکان انتقال رسمی عرصه مشاعی
آپارتمان ۴۳
امیر رفیعی
دلائل نقض آراء صادره در کمیسیون های
ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در مراجع تالی و راه
کار رفع این علل ۵۴
صابر علی انصاری
تفاوت ضامن و ظهernoیس «واکاوی یک
پرونده» ۷۳
دکتر محمد خاکباز



سر مقاله

آئین آئین نامه

پس از تثیب و فرازهای بسیار-که می‌توان آن را نوعی تعقیب و گریزبین دستگاه قضنا و نهاد و کالت نیز نمید- سرانجام آئین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری در تاریخ ۱۴۰۰/۴/۱۶ از سوی رئیس وقت قوه قضاییه ابلاغ و نه تنها خط پیامی بر تقابل و تعارض دستگاه قضنا و کانون هاشمی، بلکه چون و چراهای قبلی که طی جلسات و تعاملات بسیار به مسوولین قوه قضاییه اعلام شده بود، همچنان باقی ماند. این اصلاح و ابلاغ قبل از چند نوبت و گاه با تعجیل بسیار و حتی یکبار در بین ساعات پیاپی و تعطیل سال ۱۳۹۸ با فرصتی چند روزه در دستور کار قرار گرفت و هر بار بنا بود فوری به انجام رسد. نهایتاً پس از ۶ماه تأخیر در پسین روزهای ریاست قوه قضاییه وقت و در زمانی که هر دو نیس قوه قضاییه و مجریه، ریاست های خود را بدرود می کشند و در تک و تاب انقلابی درونی بودند، انجام پذیرفت.

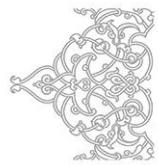
در حالی که به نظرمی رسید امور بسیار محض تر-که تأثیرات بسیار مستقیم و اساسی تردید خط حقوق ملت و



متداول نیز میزد. بر روی میز و فکر روسای این دو قوه وجود داشته و دارد که پسین تعلیل در اضاء و ابلاغ آئین نامه را فقد توجیه کند، اطمینان نظر و کلامی دادگستری و کانون‌های وکلاد در اصل جواز یا عدم جواز تدوین آئین نامه ابلاغی و نیز در ماده به ماده و عبارت به عبارت آن در رسانه‌ها و صنای مجازی به وفور در اختیار قرار گرفته است. هچنانکه در ساحتار و نحوه‌ی ترتیب مسؤولیت‌ها و نهادهای دونهاد وکالت در این آئین نامه، مطالب کشتنی بسیار وجود دارد که در زمان طرح آئین نامه ویژش و پس آن طرح ویانگردیده است.

در این میان، نکته‌ای که به نظرمی رسد هچنان محل طرح و بررسی است- و ابلاغ و حتی اجرای آئین نامه نیز نمی‌تواند سرپوشی بر آن گذارد. آن است که در حقوق عمومی و مقررات کلی حقوقی، تدوین، تغییر، اصلاح، نخ و تصویب آئین نامه خود، دارایی مقدمات، لوازم، ملزمات و دیک کلام آئین ویژه خود است و چنانچه این آئین هارعایت نگردد، «آئین نامه» صورت قانونی به خود نخواهد گرفت.

بحث و بررسی پیرامون شرایط تدوین «آئین نامه» از حوصله گفتار کوتاه حاضر خارج و در محل خود، دارایی اصول و قوان و مقرراتی نه چندان ساده و زوگزند است و شماره‌ییش رو از مدرسه حقوق حاوی مقالات و نکاتی چند در این باره است که از نظر خواندنگران گرامی می‌گذرد. تنها این نکته مورد تاکید مجدد قرار می‌گیرد که آنچه مسلم است لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری در سال ۱۳۳۳ تصویب و



به موجب ماده ۲۲ این قانون، کانون وکلا مسؤول تدوین آئین نامه این قانون گردیده است تا با تصویب وزیر دادگستری وقت به موقع اجرا در آید. این تکلیف و اختیار نیز در همان زمان جامدی علی پوشیده و کتاب لایحه و آئین نامه کامل و بسته شده است.

اکنون با توجه به تحولات گسترده اجتماعی و قضائی، نه تنها آئین نامه، که لایحه قانونی استقلال نیز نیازمند تغییرات و تحولات اساسی است و این امر بر هچکس پوشیده نیست. اما آیا قوه قضائیه می‌تواند پس از قریب هشتاد سال بدون تغییر قانون، مبادرت به اصلاح آئین نامه نماید و آیا «آئین» نگارش آئین نامه اجازه چنین دخالت در تدوین را به دستگاه قضاداده است؟

و اگر آئین نامه امکان اصلاح دارد، تدوین کننده‌ی آن غیر از کانون های وکلا که به تصریح ماده ۲۲ اختیار و تکلیف تدوین آئین نامه را داشته‌اند، نهاد دیگری و از جمله دستگاه قضایی تواند باشد؟ و آیا «آئین»

آئین نامه نگاری، موجب ایجاد چنین حقیقی برای دستگاه قضاست؟
و آیا «آئین» تدوین آئین نامه، چنین اقتضا دارد که مسؤول قانونی نگارش آئین نامه، با پیش نویس تدوین شده از سوی کسی که به موجب اصل لایحه قانونی استقلال، هچکلون اختیار و حقیقتی در تدوین آئین نامه ندارد، مواجه گردد؟

و تنها حق و فرصت چند روزه جهت اصلاح و انهدار نظری که به صراحت مسئولان قوه قضائیه،

۶ الزامی برای دستگاه قضایی اعمال نظرات اصلاحی کانون ندارد آن وجود ندارد، داشته باشد؟

و آیا بنا بر آخرین اطلاعات، صاحبان این حق، باید همچنان از تیجه رایزنی‌ها و تصمیماتی که پشت دهای
بسته برای نحوه اصلاح، اجرا و اعمال آئین نامه ای که تدوین آن تنها و تنها حق مسلم آمان است، بی
خبر و در اسکار باشند؟

و باز چنین تصور شود که «آئین» نگارش آئین نامه رعایت گردیده است؟!

مدیر مسئول



یادآوری

سی و هفتمین همایش اتحادیه سراسری کانون‌های
وکلا، طی روزهای ۵ و ۶ خرداد ماه ۱۴۰۰ با حضور
اعضای اسکودا و هیأت‌های مدیری کانون‌های عضو و
مدعوین در هتل عباسی اصفهان، با رعایت کلیه محدودیت
های کرونایی طی دوروز در قالب نشست افتتاحیه،
دستور کار، انتخابات و بیانیه برگزار گردید. بخشی
از مطالب این شماره، برخی سخنرانی‌های این نشست
است که با نظر مدرسه حقوق و توسط دبیر محترم این
شماره، گزینش، پیاده‌سازی و ویراستاری شده است.



مقالات





لایحه در دفاع از استقلال «نهاد و کالت»

دکتر عبدالرضا علیزاده^۱

مقدمه

ما و کلا خو کرده ایم که نخست لوایح را در دفاع از موکل خود بنویسیم؛ اینکه آن را خطاب به مراجع قضایی رسمی بنگاریم. اما من این لایحه را در دفاع از استقلال نهاد و کالت و خطاب به افکار عمومی کشور مدعی‌العموم غیر رسمی تنظیم کرده‌ام و پیش از آغاز این لایحه به همه همکاران خود در کشور ایران اعلام می‌کنم تا شما نیز به چالش «نوشتن یک لایحه در دفاع از استقلال نهاد و کالت؛ هر وکیل یک لایحه» بپیوندید، تا شاید نوشتند و نشر لوایح و کلای کشور خطاب به افکار عمومی-این مدعی‌العموم غیررسمی-کارساز باشد.

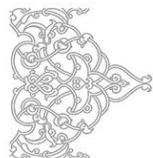
رباست محترم افکار عمومی کشور مدعی‌العموم غیررسمی!

احتراماً، اینجانب به وکالت از نهاد و کالت در پرونده مطروحه عليه استقلال نهاد و کالت و در دفاع از استقلال این نهاد، موارد زیر را به عرض می‌رسانم؛ شایان ذکر است که این دفاع فقط دفاع اجتماعی حقوقی و بیشتر از نگاه جامعه شناسی حقوقی است و وکلای دیگر این نهاد، در آینده از جهات دیگر دفاع خواهند کرد:

۱. جامعه شناسی حقوق و نهاد و کالت

در زمینه‌ی جامعه شناسی و به ویژه جامعه شناسی حقوق، بحث‌های گوناگونی را مرتبط با دستگاه قضایی، نهاد و کالت و نظام حقوقی می‌توان مطرح کرد. از جمله بحث از

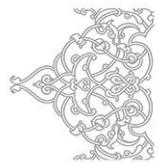
۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلا دادگستری قم.



جایگاه اجتماعی و کلا و نقشی را که باید ایفا کنند و تعارض نقش هایی که می‌تواند بر وظایف آنان به عنوان وکیل مدافع تاثیر بگذارد. بحث در خصوص کارکردهای دستگاه قضایی نهاد قضاوت و انواع دستگاه قضایی و ارتباط آن با نهاد وکالت و استقلال نسبی دستگاه قضایی نهاد وکالت و کارکردهای آن و لزوم استقلال نهاد وکالت و حتی بحث‌های معرفتی دشوار که می‌تواند با گره خوردن به دانش هایی چون فلسفه‌ی علم و معرفت شناسی فلسفی، جامعه شناسی معرفت و جامعه شناسی حقوق صورت گیرد و به نقش معرفتی نهاد وکالت در عینی کردن، متناسب کردن، واقعی کردن ارزش‌های نهایی و آرمان‌های قانونگذار و نظام حقوقی از طریق رقابت استدلالی در برابر دادرسان، نقد قوانین و ارائه راهکارهای موثر قانونگذار و بالابردن رشد حقوقی افراد جامعه بدان پرداخت.

۲. دو رویکرد به جامعه و دولت

دو رویکرد در خصوص جایگاه دولت در جوامع جدید وجود دارد: یکی رویکرد دولت محور است؛ این رویکرد بیشتر از سوی جامعه شناسان پوزیتیویست دولتی و نیز گروهی از حقوقدانان و به ویژه حقوقدانان رشته حقوق عمومی دنبال می‌شود. در این رویکرد، همه تحولات اجتماعی- حقوقی را در سایه تحول شکل، گرفته و محتواهی دولت می‌بینند؛ دیگری رویکرد جامعه محور است که دولت (حکومت) را یکی از نهادهای اجتماعی به شمار می‌آورد و به اندازه یک نهاد اجتماعی (که البته از دیدگاه جامعه شناسی معرفتی چون مسلح به قدرت مادی است زور آن در جهت دادن به تحولات، از نهادهای دیگر بیشتر است) موثر است. البته ما می‌دانیم که در برخی از جوامع این نهاد خود را بر تمام نهادهای دیگر اجتماعی (خانواده، مذهب، حقوق، اقتصاد، آموزش و پرورش، اوقات فراغت و ورزش) تحمیل می‌کند و بیروی همه نهادهای دیگر را از خود می‌طلبد، اما این وضعیت یک جامعه نرمال (عادی) نیست. یادآوری این نکته بسیار حائز اهمیت است که جامعه ما نه یک جامعه غربی (مانند ژاپن) شده است و فقط بادهایی از غرب به آن وزیدن گرفته است و نه یک جامعه اسلامی (که البته به مانند جامعه غربی، نمونه عینی ندارد) و به همین دلیل مدعیان آن یا به دنبال واپسگرایی و یا به دنبال تحقق مدل آرمانی جامعه اسلامی اند، ملغمه‌ای است از آرمان‌گرایی و ایدئولوژی گرایی که بزرگترین دستاوردهای آن کشمکش میان ارزش‌های سنتی و ارزش‌های جوامع مدرن است که در نهایت، رواج پوج گرایی و اضطراب ارزش‌ها را برای ما به ارمغان آورده است!



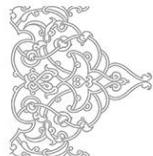
یکی از ارزش‌هایی که به قول ماکس وبر از باب «قرائت انتخابی» قطب ناهمنام خود را در غرب یافته و آن را به شدت جذب کرده است، اعتبار بی‌نهایت، قاتل شدن برای حکومت و قدرت سیاسی است که در نظریه مدرن غرب، برای وحدت دادن به جامعه و به مثابه کاتالیزور گوناگونی نژادی، مذهبی و قومی عمل نمود و با آن نظریه‌ای که اعتبار بی‌حد و حصر برای شخص معصوم (ع) در تفکر اسلامی قاتل بود و در تفکر شیعه (در یکی از قرائت‌های فقهی) تمام این اختیارات بی‌حد و حصر به حاکم اسلامی روزگار می‌رسد، پیوند یافتند و بدینسان در جوامعی که آن را جامعه اسلامی می‌نامیم، حکومت همه چیزدان و فعال مایشاء گردید. از تذکر این نکته گریزی ندارم که به باور نویسنده اصلاً این دیدگاه اسلامی نیست و شواهد فراوانی از قرآن و سنت می‌توان یافت که حکومت و حاکم یکی از اجزای (اما مهم) جامعه است.

از نگاه جامعه شناختی، جامعه از نهادهای گوناگون اجتماعی تشکیل شده است و هر نهادی کارکردهایی دارد که بدون آن کارکردها هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد و هیچ نهادی نمی‌تواند جای نهادهای دیگر را به طور کامل بگیرد.

۳. نهاد حقوق و دستگاه قضایی

در جامعه شناسی هر نهاد اجتماعی یک الگوی نسبتاً پایدار است که نیاز یا نیازهای خاصی را بر می‌آورد؛ یعنی کارکرد دارد. در نظریه‌های کارکردهایی، دلیل بودن هر نهاد اجتماعی، کارکرد یا کارکردهایی است که آن را بر می‌آورد و در صورت از بین رفتن آن نیاز یا تأمین آن نیاز توسط یک نهاد دیگر، آن می‌تواند به دست فراموشی سپرده شود. مانند بسیاری از نهادهای حقوقی کهنه که امروز، دیگر، مردمان بسیاری از کشورها از آن استفاده نمی‌کنند یا کمتر به کار می‌برند. تحول یک نهاد هم برای همین است که بتواند با تحول سایر اجزای جامعه، کارکردهای خود را حفظ کند و یا اینکه به دلیل به وجود آمدن نیازهای جدید باید کارکردهای جدیدی داشته باشد. بنابراین تحول نهادهای اجتماعی، گریز ناپذیر است.

از طرفی مفهوم «نهاد اجتماعی» با تعریفی که از آن ارائه شده هم الگوهای ساده (مانند سلام و علیک کردن روزانه) را شامل می‌شود و هم الگوی پیچیده (مانند نهاد سیاست و نهاد خانواده) و هم نهادهای ابزاری را که داخل نهادهای پیچیده وجود دارند. در ۱۲ این تقسیم، ما اموری چون بیع، اجاره، قرض، عاریه و ودیعه را نهاد اجتماعی حقوقی



می دانیم و هم چنین اموری چون دادگاه، اقامه دعوا، رسیدگی قضایی، کارشناسی، داوری، ثبت رسمی، ابلاغ و نظارت، نهادهای ابزاری هستند که در داخل نهاد حقوق وجود دارند. از نظر ما، نهاد حقوق فقط مجموعه ای از قواعد حقوقی نیست،^۲ بلکه نهاد حقوق (یا نظام حقوقی) در هر کشوری تشکیل می شود از روابط حقوقی و قواعدی که این روابط را تنظیم می کند و نهادهایی که این قواعد حقوقی به تدریج در چارچوب آن نهاد جای گیر شده‌اند و نیز سازمان‌های حقوقی (مانند دستگاه قضایی و سازمان دادگستری) که اجرای آن قواعد و نهادها را تضمین می کنند. این، آن جهان واقعی حقوق است که ما مردمان یک جامعه در آن و با آن زندگی می کنیم.

دستگاه قضایی در آن قسمت‌های الگوهای کلی نیز جزء نهادهای زیرمجموعه نهاد حقوق هستند (مانند نهاد دادگاه یا نهاد دادرسی قضایی). اما مجموعه ای که ما آن را دستگاه قضایی می‌نامیم و متشکل از مجموعه ای از سازمان‌های حقوقی است، در واقع، اجزای نظام حقوقی اما اجزای تمدنی است. برای تمایز قائل شدن میان نهاد حقوقی و سازمان حقوقی باید به این امر توجه کرد که همان نسبت به میان نرم افزار و سخت افزار را دارند: نهاد الگوی نسبتاً پایداری است که چارچوبی برای تأمین نیازهای اساسی خاصی است و سازمان، یک وجود مادی است که از افراد، سرمایه و اموال خاص و نیز چارت ویژه‌ای تشکیل شده است.

۴. نهاد و کالت و نهاد حقوق

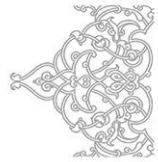
وکالت در امور مدنی، وکالت در امور قضایی (دعوا و دادرسی) و وکالت سیاسی (در قانونگذاری و اداره امور کشور) را نباید با هم درآمیخت. هرچند شباهت هایی دارند، اما نهادهای اجتماعی حقوقی، جداگانه ای به شمار می‌آیند. در اینجا مراد، وکالت دعاوی و انجام امور حقوقی و قضایی است که در تاریخ‌های مدون از یونان (به شکل بسیار اولیه)^۳

۲. که متأسفانه قرن ها شمار بسیاری از حقوقدانان و فیلسوفان حقوق چنین اندیشه‌یده اند و دیاس (Dias) در کتاب حقوق شناسی (Jurisprudenee) خود به خوبی این دیدگاه را نقد کرده است. از جمله بنگرید: علیزاده، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، ص ۳۳ به بعد.

Friedrichs, 2006, P.1

۳. ویل دورانت در تاریخ تمدن (جلد دوم یونان باستان) در بیان عصر طلایی آتن می‌نویسد:

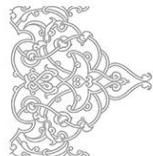




و در روم، آهسته آهسته «متخصصان حقوقی مزد بگیر» به وجود آمدند. (در یونان، وکالت در دعاوی، فقط به صورت افتخاری و دوستانه انجام می‌شد). بنای نوشتن حقوق نداریم که خود ابزار و مجالی دیگر و گسترده را می‌طلبد. به هر صورت، به ایجاد قوانین و شکل‌گیری دادرسی برای اجرای قوانین و شکل گیری عملی متخصصانی که در حمایت از یک و گاه به صورت مترجمانی عمل می‌کردند، آهسته آهسته این نیاز که باید به شکل حرفة‌ای و تخصصی از افراد در دعاوی حقوقی و کیفری دفاع شود و در بسیاری از نظامهای حقوقی، این رسم عقایبی با پیچیده تر شدن قوانین و آیین دادرسی، به نیازی ضروری پاسخ می‌داد و ماندگار شد. نویسنده‌گان می‌گویند که حتی در آتن، آیین دادرسی به سوی پیچیده شدن، گام برداشت و بعدها در نظامهای حقوقی، این شیوه‌های دادرسی پیچیده تر شد و از سوی دیگر، قواعد حقوقی نیز از سادگی به پیچیدگی رسید و از نظر کمیت روزبه روز فزونی یافت، به طوری در اغلب نظامهای حقوقی نویسنده‌گان گزارش می‌کنند که پیچیدگی و فراوانی قوانین و قواعد حقوقی، گیج‌کننده و نفس گیر است. بنابراین نیاز به وکلای حرفة‌ای از جهات مختلف بود: افرادی که به صورت حرفة‌ای به بهترین صورت ممکن از دعوا یا شکایت اشخاص در دادگاهها و دادرسی‌ها و در جریان اختلافات حقوقی، حمایت و دفاع کنند. اما مهمتر از همه اینها این است که، وقتی اشخاص، طرف دعوا یا شکایت قرار می‌گیرند، حتی اگر خود، وکیل یا استاد کهنه کار حقوق باشند، در شرایط روحی خاصی قرار می‌گیرند که نیازمند یک مشاور یا وکیل حرفة‌ای اند، تا با تسلط و مهارت و خاطری آسوده (از اینکه خود طرف دعوا یا شکایت نیست) به دفاع از موکل یا دفاع از حقوق پردازد. از سوی دیگر، منظومه یک پرونده یا

«رسم بر آن بود که در دادرسی، وکیل خودشان باشند و شخصاً باید نخستین معرفی (بیان) را از دعوای خود عرضه می‌کردند. اما با پیچیده شدن آیین دادرسی و اصحاب دعوا، هیئت دادرسان را به فصاحت در بیان، حساس می‌یابند، کم کم این رویه شکل می‌گیرد که استادان فصاحت و بلاغت و یا سخنوران دارای تجربه و مهارت حقوقی، بیشتر به کار گرفته شوند، تا به حمایت از شاکیان یا دفاع از متهمان پردازنند و یا خطابه‌هایی را به نام و متناسب با شخصیت موکلین خود آمده می‌کرند تا موکلانشان در دادگاه قرائت کنند. از همین لایح استادان فصاحت {و سخنرانان دارای تبحر حقوقی} بود که وکیل دادگستری ایجاد شد».

Durant, Will, The Story of Civilization, Vol.2 (The life at Greece), pp.260-261.



دعوا از نظر اجتماعی و سیاسی ممکن است طوری باشد که موجب انواع نفوذها و فشارهای مالی یا سیاسی قرار گیرد و وکیل دادگستری باید چنان جایگاهی داشته باشد که اشخاص نخست با خیال آسوده به دادرسان مستقل و با تجربه مراجعه کنند و آن گاه از حمایت حرفه‌ای و کلای مستقل پهنه‌مند باشند تا اگر به هر دلیلی قاضی، نخواست یا نتوانست حق او را ارج نهاد، وکیل او بر حق وی پافشاری کند.^۴ اما کارکردهای و کلای دادگستری فقط به حمایت و دفاع از مولکشن محدود نمی‌شود. همانطور که گفتیم حقوق واقعی صرفاً مجموعه‌ای از قواعد نیست، بلکه نظام حقوقی / نظام حقوقی، بنایی تاریخی و دگرگونی پذیر است که باید همواره مراقبت و تعمیر شود.^۵ در کنار عالمان و محققان حقوقی، دادرسان کاربیلد و شریف، و کلای دادگستری نیز مشاهده گران مشارکتی بسیاری از فرآیندها و اقدامات حقوقی‌اند و اندک اندک به آگاه ترین افراد نسبت به مسائل و آسیب‌های نظام حقوقی خود بدل می‌شوند. در این صورت دو کار می‌توانند انجام دهند: نخست در جریان دعاوی می‌توانند اندیشه‌های خود را از طریق دادرسان به قانونگذاران منتقل کنند و دیگر اینکه با نقد استدلال‌های قضایی و رویه‌های قضایی بر جهت‌گیری دستگاه قضایی تأثیرگذار باشند؛ افزون بر این، تجربه‌های این افراد می‌توانند در مقام اصلاح قوانین و ساختارهای حقوقی و قضایی نیز به کار آید. البته برخی از نظامهای

۴. توضیح اینکه هر نهاد حقوقی از نظر تحلیل کارکردی در جامعه شناسی برای تامین نیازهای مهمی که سبب پیدایش آن شده، دوام می‌یابد. معمولاً نهادهای اجتماعی از هدف‌های اولیه خود منحرف می‌شوند. بسیاری از کارکردهای نهاد وکالت (حمایت تخصصی و بی طرفانه از موکل و دفاع از حقوق او) در گروه استقلال وکلا در اجرای وظایف خودشان است. پوسته می‌ماند اما با دگرگونی کارکردها، وکلا به دلایل حرفه‌ای می‌توانند بدل شوند که فقط واسطه رساندن بهای خدمات غیرقانونی اند.

۵. البته اگر مانند جامعه شناسان و متفکران تضادی بر آن نباشیم که خشت اول جامعه از آغاز کج گذاشته شده و برای ایجاد روزگاری خوش باید که بنیادش براندازیم و طرحی نو دراندازیم و اساساً به گفته حافظ «آدمی در عالم خاکی نمی‌آید به دست، عالمی دیگر باید ساخت و از نو آدمی». بلکه به مانند جامعه شناسان نظم گرا، بر این باور باشیم که جامعه درست و عادلانه شکل گرفته و نهادهای اجتماعی برای برآوردن نیازهای ضروری ایجاد شده اند و گاه انحراف می‌یابند و اصلاح آن لازم است.



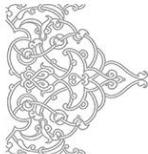
حقوقی مانند انگلستان، بهتر یافته‌اند که در برخی از دادگاهها، وکلای مجرب را به کار قضاویت بگمارند. با توضیحات پیش‌گفته، نهاد و کالت، به عنوان الگویی نسبتاً پایدار که نیازهای ضروری مربوط به نهاد حقوق (نظام حقوقی) را بر می‌آورد و باید مانند سایر نهادهای اجتماعی نسبتاً مستقل باشد تا بتواند کارکردهای خود را به شکل موثری داشته باشد. معنای استقلال نسبی آنست که گرچه هر نهادی با نهادهای اجتماعی هم عرض خود، روابط متقابل دارد و گاه در هم تبیده اند؛ اما باید هر گونه اثرگذاری نهادهای دیگر (مانند اقتصاد، سیاست و مذهب) که می‌تواند این نهاد را از انجام وظایف و تامین نیازها بازدارد، مهار گردد.

۵. گام برداشتن به سوی تکثیر قوا به جای تفکیک قوا

خدا را شاکریم که نظریه تفکیک قوا در حقوق اسلامی نیست والا نقد آن و فراتر رفتن از آن، آسان نمی‌نمود. زندان‌های تفکر حقوقی بسیارند مانند تمرکز فلسفی بر ماهیت پدیدارهای حقوقی و وفاداری بی قید و شرط به تقسیم ثابی؛ یکی دیگر از این زندان‌ها، تقسیم‌ها و اندیشه‌های ماندگار است که تفکر حقوقی به آسانی نمی‌تواند از آن رهایی یابد. یکی از این اندیشه‌های ماندگار، تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی و تفکیک قدرت عمومی به قوای سه گانه است. اما مردم سالاری به عنوان روش حکمرانی و حکومت اکثر، فقط با تفکیک قوا به قوای سه گانه یا تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی سازگار نیست. تحت تاثیر تجربه کشورهای مختلف، انسان‌ها دریافتند که تفکیک ساده و صوری قدرت عمومی برای صیانت و سلامت، به کارگیری قدرت عمومی کافی نیست و آدمیان دریافتند که باید با به هم پیوستن حرفهای یا قشری یا حزبی، قطب‌های جدیدی از قدرت را ایجاد کرد که دیگر نه اعمال حق شخصی و خصوصی است (حوزه حقوق خصوصی) و نه اعمال قدرت عمومی تفویض شده از سوی اکثر است، بلکه برای مهار قدرت لازم است که دائمًا نیرویی در میان اعداد بزرگ باقی بماند و آن، استعداد به هم پیوستن و ایجاد تشکل‌های غیررسمی و مردم نهاد است که یا به صنف خاصی (مثل کارگران یا مصرف‌کنندگان) یا به قشر یا گروه خاصی تعلق دارد و در چارچوب قوانین از حق اعتراض و نقد و مبارزه در رژیم خود استفاده می‌کند. نظام حقوقی و سیاسی را وقتی که بتوان اصلاح و مرمت کرد دیگر حاجتی به براندازی آن نیست و اگر یک نظام حقوقی و سیاسی در برابر هر حرف نو، مقاومت و پایداری کند، هر سخن ناصحانه و مشفقاته ای را باید

۱۶

حقوق
ملحق



براندازی بداند.

۶. سنت اسلامی و سیره پیشوایان شیعه

پرسش پایانی این است که آیا سنت اسلامی و سیره پیشوایان شیعه، تکثیر قدرت عمومی در جامعه و نیز استقلال قاضی و استقلال نهاد وکالت را مردود می‌داند یا این که حتی می‌توان شواهدی در تایید آن‌ها یافت. توجه به شواهد زیر مورد استدعاست:

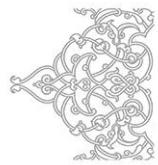
الف- به اختصار تمام اشاره می‌کنم که این که لزوم مشورت به عنوان یک رسم مربوط به بنای عقلاست که در قرآن و سنت بر آن تاکید شده است (پیش بردن امور عمومی از طریق دخالت دادن به فهم و تصمیم صاحبان درک و فهم)؛ عمل اصحاب در مشورت خواهی که مشورت دادن علی ابن ابیطالب (ع) به خلیفه دوم و استقبال او از این دخالت‌ها و کمک‌ها تا جایی که نویسنندگان اهل تسنن در آثار مختلف نگاشته‌اند که بارها مسلمانان این جمله را از خلیفه دوم شنیدند که «لولا علی لهلك عمر».

ب- فقیهان بزرگ اسلامی در مقام بررسی صفات قاضی، گفته‌اند که قاضی باید جمعی از عالمان را به مجلس قضا فرا بخواند تا هم بتواند در صورت نیاز با آنان مشورت کند و هم در صورتی که لغش یا خطایی از او سر برزند، او را آگاه کنند.^۶ فقیهان اسلامی برای اثبات این وظیفه و اولویت به سنت پیامبر اسلام (ص) و سیره خلفاً و صحابه استناد می‌کنند.

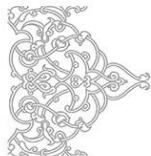
ج- روایات متعددی وجود دارد که پیشوایان شیعه (از جمله حضرت علی بن ابیطالب و حضرت امام باقر علیهم السلام) که در موارد بروز اختلاف حقوقی با دیگران به دادگاه می‌رفتند و به مانند افراد عادی حکم قاضی را در اختلاف خود لازم الرعایه و لازم الاتّبع می‌دانستند.

د- اینکه عدالت به عنوان غایت دستگاه قضایی و رسیدگی قضایی دانسته شده است.

۶. برای نمونه سرخسی در کتاب مبسوط (ج ۱۶، ص ۷۰-۷۲) همین وظایف را برای قاضی توضیح می‌دهد هرچند آن را الزامی نمی‌داند و می‌گوید، انجام مشورت در مجلس قضا ممکن است که قاضی را از فصل خصوصت باز بدارد. برای ملاحظه دیدگاه‌های فقیهان دیگر اهل تسنن ر.ک؛ دکتر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۱۲.



مجموع آنچه گفته ایم، نشان می‌دهد که اولاً، در دیدگاه اسلامی، تمام قدرت، در دستان حاکمان نیست و مردم حق نظارت بر عملکرد حاکمان را دارند. ثانیاً، دستگاه قضایی باید استقلال نسبی داشته باشد و الا چگونه قاضی می‌تواند در صورت ضرورت، علیه علی بن ابیطالب، حکم صادر کند. در روایات، وارد شده است، که حضرت علی (ع) یک قاضی را فقط برای اینکه او را با لقب نامیده بود، سرزنش و برکنار کرد؛ همان نهاد مشورت خواهی حاکمان و دادرسان از عالمان امروز می‌تواند در چارچوب «نهاد و کالت» بروز یابد و در صورت از بین رفتن استقلال نسبی نهاد و کالت، دیگر کارکردهای اصلی خود را از دست می‌دهد؛ نه می‌تواند به خوبی از حقوق موکل خود دفاع کند و نه می‌تواند با نقد رویه قضایی به جهت گیری قضایی عادلانه و کارآمد کمک کند. فراوان می‌توان در خصوص سنت اسلامی و سیره پیشوایان شیعه نگاشت که مجالی دیگر را می‌طلبد، اما در اینجا بنا داشتیم، اثبات کنیم که حقوق اسلامی با الگویی از حکومت سازگار است که در آن، قدرت در قوای حاکم منحصر نگرددیده، بلکه از طریق نظارت عمومی و نقد اندیشمندان و روزنامه‌نگاران و سیاستمداران و گروههای گسترده غیر دولتی به چندگانگی قطب‌های قدرت، بدون رسیدن به بی‌هنگاری منجر می‌شود و دستگاه قضایی برای آنکه بتواند کارکردهای خود را در جهت اجرای عدالت و نظارت بر اجرای قوانین و عملکرد حاکمان و کارمندان دولت به خوبی انجام دهد، باید دارای استقلال نسبی باشد و نیز نهاد و کالت برای اینکه بتواند کارکردهای خود را به درستی انجام دهد، هرچند که باید تحت نظارت باشد، اما باید دارای استقلال نسبی نیز باشد. بنا به مراتب فوق صدور حکم مقتضی، در جهت رد خواسته و بی حقی خواهان (آنان که به دنبال از بین بدن استقلال نهاد و کالت از حکومت اند) مورد استدعاست. باید خاطرنشان کرد که این لایحه به دفاع از استقلال نسبی «نهاد و کالت» از منظر جامعه شناسی حقوقی پرداخته است و لوایح دیگر و کلای دیگر باید از دیدگاه تاریخی، روانشناسی قضایی، اقتصادی، حقوقی و فلسفی به لزوم استقلال این نهاد بپردازنند. پیام نهایی این لایحه، آن است که از دیدگاه جامعه شناسی حقوقی، تردیدی در این نیست که نهادهای اجتماعی بر سر تحقق بخشیدن به اهداف خود، باید دارای نوعی استقلال نسبی باشند.



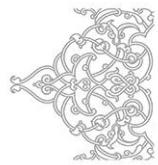
حکومت قانون، پیش نیاز شکوفایی تولید

دکتر سید محمود کاشانی^۱

حکومت قانون بزرگترین دستاوردهای تمدن بشری و زمینه‌ساز پیشرفت‌های علمی و شکوفایی اقتصادی در کشورهایی است که از آن برخوردار هستند. حکومت قانون، برتری قانون بر اراده اشخاص است و این که هر فردی با هر مرتبه و مقامی باید تابع قانون باشد. همچنین درباره آن گفته شده است تصمیم‌های دولتمردان باید در چارچوب اصول شناخته شده و به دور از روش‌های مستبدانه باشند. تجربه کشورهای پیشرفت‌های نشان می‌دهد احترام به حقوق مردم و قانون‌مند شدن رفتار دولتها در اداره کشور زمینه‌ساز شکوفایی تولید شده است. هر چند در کشور ما قانون اساسی به تصویب رسیده و رؤسای جمهوری سوگنهای مکرر به پاسداری از آن و پرهیز از خودکامگی در انجام وظایف خود یاد می‌کنند ولی حکومت قانون که والاترین شرافت ملی است در کشور ما از دست رفته و اقتصاد ایران و تولید از شکوفایی باز مانده‌اند.

۱- مصادره شرکت‌های بخش خصوصی

دولت موقت بازرگان که مأموریت اداره کشور تا تصویب قانون اساسی و نهادهای برآمده از آن را بر عهده داشت با تجاوز به حق مالکیت مردم که در اصول متمم قانون اساسی مشروطیت پذیرفته شده و هرگونه مصادره اموال مردم را ممنوع ساخته بود با امضای یک لایحه فریبکارانه به نام «حفظ و توسعه صنایع» در ۲۵ تیر ۱۳۵۸، شرکت‌های خصوصی و کارآفرین ۵۱ تن از مدیران کارдан و سهامداران آن‌ها را مصادره کرد. با این مصادره‌های شرکت‌های بخش خصوصی، ستون فقرات اقتصاد ایران در هم شکست



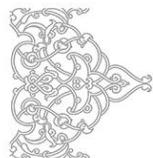
و مدیریت این شرکت‌ها به گردن دولت انداخته شد. در دوران نخست وزیری میرحسین موسوی نیز به استناد بند «ب» همین لایحه، گروه بزرگی از شرکت‌های دیگر بخش خصوصی به ناروا و با تخلف از اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی مصادره شدند. با اعتراض مدیران و سهامداران این شرکت‌ها، رئیس جمهور در ۱۷ مهر ۱۳۶۱ در نامه‌ای به شورای نگهبان درخواست اظهارنظر درباره لایحه حفاظت و توسعه صنایع و مصادره‌های شرکت‌های بخش خصوصی برپایه آن را کرد. شورای نگهبان نیز در اظهارنظر صریح خود به تاریخ ۲۴ مهر ۱۳۶۱ تصمیم‌های دولت موقت و مصادره‌های بعدی برپایه آن‌ها را خلاف شرع اعلام کرد. با این اظهارنظر قاطع، دولت وقت تکلیف داشت شرکت‌های مصادره شده را به سهامداران آن‌ها بازگرداند تا بخش خصوصی مدیریت آن‌ها را بر عهده گیرد و شکوفایی اقتصادی به کشور باز گردد. ولی اراده شومی که به دنبال دولتی کردن و زمین‌گیر کردن اقتصاد ایران بود با تخلف از اصول قانون اساسی مشروطیت و جمهوری اسلامی، این مصادره‌ها را ادامه داد و کشور ما گرفتار اقتصاد شکست‌خورده دولتی شد. با در هم شکستن بخش خصوصی نیرومند کشور ما، تولید دچار رکود شد و میلیون‌ها جوان ایرانی از کار شرافت‌مندانه باز ماندند که پیامدهای ناگواری برای اقتصاد ایران داشت.

۲- تجاوز به مقررات شهرسازی

با تأسیس مجلس شورای ملی در سال ۱۲۸۵ خورشیدی و تصویب قانون اساسی و متمم آن، شهرداری‌ها در همه شهرهای کشور تأسیس شدند و گام به گام مقررات شهرسازی و معماری به تصویب رسیدند و قوانین کشور ما در این زمینه همسنگ قوانین کشورهای اروپایی و ایالات متحده امریکا گردیدند. نخستین طرح جامع شهرسازی تهران در سال ۱۳۴۹ از سوی مهندسان مشاور تنظیم شد و به تصویب شورای عالی شهرسازی رسید که در آن محدوده قانونی شهرهای تهران، ری و شمیران و سقف‌های تراکم ساختمانی برای محدود ساختن جمعیت این شهرها با توجه محدودیت منابع آب و دیگر الزامات زیست‌محیطی پیش‌بینی گردید. در سال ۱۳۷۱ با توجه به آسیب‌هایی که به فضای سبز شمیران و دست‌اندازی‌هایی به تراکم‌های ساختمانی انجام شده بود شورای عالی شهرسازی که رئیس آن شادران سراج‌الدین کازرونی بود تراکم ساختمانی در شمیران را از ۱۰۰ درصد به ۸۰ درصد هر پلاک ثبتی کاهش داد.

با این حال در دوران هشت ساله ریاست جمهوری احمدی‌نژاد و روحانی، شهرداری-

۲۰



ها دست به تراکم فروشی و تجاوز به مقررات شهرسازی زدند و بخش بزرگی از سرمایه‌های ملی را که می‌بایست در دسترس تولید، صنعت و کشاورزی کشور باشند به ساخت-وسازهای ویرانگر محیط‌زیست شهرها کشیدند. این رئیسان جمهوری و وزیران کشور آنان تکلیف داشتند با منحل کردن هر شورای شهری که در آن‌ها تراکم فروشی شود از تخلف شورای شهر و شهردار از مقررات شهرسازی پیشگیری کنند. ولی با سکوت خود زمینه‌ساز ادامه یافتن تجاوز به مقررات حساس شهرسازی شدند که در هیچ کشور متمدنی نمونه‌ای از آن وجود ندارد.

تجاوز دیگر احمدی‌نژاد به مقررات شهرسازی، مُلغی کردن تراکم‌های ساختمانی طرح جامع تهران و شمیران مصوب سال‌های ۱۳۴۹ و ۱۳۷۱ بود که در آن‌ها سقف تراکم‌های ساختمانی در منطقه‌های گوناگون محدود شده بود. طرح جامع شهر با در نظر گرفتن سقف جمعیت‌پذیری، محدودیت منابع آب شهر، پیشگیری از افزایش جمعیت و بzechکاری و دیگر ضوابط شهرسازی به تصویب می‌رسد. از همین‌رو بر پایه ماده ۷ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، شهرداری در صدور پروانه ساختمانی مکلف به رعایت آن است و برای ساکنان شهرها که با گرفتن پروانه‌های ساختمانی، ساختمان‌های خود را در ارتفاع قانونی و محدود بنا کرده‌اند حقوق مُكتسبه‌ای را به وجود می‌آورند. ولی محمد سعیدی کیا وزیر مسکن و شهرسازی احمدی‌نژاد در سال ۱۳۸۶ طرح جامع دیگری را در شورای عالی شهرسازی با حضور وزیران احمدی‌نژاد به تصویب رساند که با تجاوز به حقوق مکتبه ساکنان این شهرها، تراکم ساختمانی را به پنج طبقه افزایش داد. طرح تفصیلی غیرقانونی این طرح جامع نیز در سال ۱۳۹۱ در دوران وزارت مسکن علی نیکزاد به تصویب اعضای کمیسیون ماده ۵ رسانده شد. سودجویان نیز با تخریب ساختمان‌هایی که تا ۱۰۰ سال دیگر دوام داشتند راه ساخت‌وسازهای پنج طبقه و بیشتر را در پیش گرفتند و همین امر بهای زمین و ساختمان‌ها را به شدت افزایش داد. از سوی دیگر در دولتهای احمدی‌نژاد و روحانی، وزیران وزارت‌خانه غیرقانونی «راه و شهرسازی» علی نیکزاد و محمد اسلامی^۲ با تجاوز به محدوده شهرهای تهران، ری و

۱. در این زمینه نگاه کنید به مقاله آقای سید احمد کاشانی نماینده دوره یکم و دوم مجلس شورای اسلامی زیر عنوان «وزارت‌خانه‌های غیرقانونی و وزیران بی‌تخصص»، مورخ ۲۸ مرداد

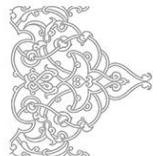




شمیران که در طرح جامع سال ۱۳۴۹ ثبیت شده بود و در خارج از محدوده شهرهای دیگر کشور، برجسازی‌هایی را با پایمال کردن هدف‌های قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران که در ماده یک این قانون آمده است، با نام‌های موهوم «مسکن مهر» و یا «مسکن ملی» انجام داده‌اند. این برجسازی‌ها نیز در زمین‌های منابع طبیعی که از منابع آب برخوردار نبوده و دولت‌ها حق تصرف در آن‌ها را نداشته‌اند به شهرهای بزرگ و کوچک تحمیل شده‌اند.

در همه این سال‌ها حسن روحانی و وزیران او صداوسیما را با تخلف از اصل ۱۷۵ قانون اساسی به کنترل خود درآورده و با راه انداختن تبلیغات برای این برجسازی‌ها در بیرون از محدوده قانونی تهران، به افزایش جمعیت شهرها و ناهنجاری‌های خطرآفرین دامن زده‌اند. اعتراضات دائمی به این تصمیم‌های ضد民یه‌نی نیز در صداوسیما بازتاب ندارند. در سال‌های پیش از انقلاب، شهرداری‌ها قوانین شهرسازی را در صدور پروانه‌های ساختمانی با دقت فراوان اجرا می‌کردند و هرگونه ساخت‌وساز غیرمجاز یا فراتر از پروانه ساختمانی را با تصمیم‌گیری در کمیسیون ماده ۱۰۰ تخریب می‌کردند و کمترین اجازه ساخت‌وساز در بیرون از محدوده شهرها را نیز نمی‌دادند. ولی در پی تراکم فروشی‌های مُحرمانه، جمعیت شهرهای تهران، ری و شمیران از ۱۲ میلیون تجاوز کرده که بزرگترین خطر برای امنیت ملی کشور ماست. ولی وزیران موسوم به راه و شهرسازی که به برج‌سازی‌ها در بیرون از محدوده شهرها دامن می‌زنند این تهدید بزرگ را نادیده می‌گیرند و برنامه‌های خطرآفرین خود را با تبلیغات در صداوسیما ادامه می‌دهند.

نه دولت احمدی‌نژاد و نه دولت روحانی به هیچ عنوان حق تصرف در زمین‌های دولتی بیرون از محدوده شهرها و واگزاری آن‌ها را به برجسازان نداشته‌اند. هرگونه معامله اموال دولتی در صورتی که دارای مجوز قانونی باشد باید با رعایت ماده ۷۹ و ۸۲ قانون محاسبات عمومی کشور و با برگزاری مزايدة عمومی در هر مورد انجام شود. بنابراین واگزاری زمین‌های دولتی زیر عنوان جعلی «اجاره ۹۹ ساله» و یا شعار حذف بهای زمین از مسکن هیچ جایگاهی در قانون محاسبات عمومی کشور ندارند و تصرف غیرقانونی در اموال دولتی هستند که بر پایه ماده ۵۹۸ قانون مجازات جرم و قابل پیگرد شناخته می‌-



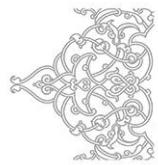
شوند. ولی نمایندگان مجلس‌هایی که پای‌بند به قانون اساسی نیستند برای برداشتن موانع قانونی از پیش‌پای دولتها، یک بار قانون موهوم «ساماندهی مسکن» را در سال ۱۳۸۶ تصویب کردند و در سال ۱۳۹۹ در یک طرح دو فوریتی دیگر با عنوان «جهش تولید و تأمین مسکن»!^۵! که هر دو در یک اتفاق فکر برنامه‌ریزی شده‌اند همین هدف را دنبال کردند. من در دو مقاله تفصیلی که در روزنامه «اعتماد ملی»^۶ آبان ۹۰ ۱۳۸۶ و روزنامه «اعتماد»^۷ ۱۳۹۹ انتشار یافت با نقد بخش‌های گوناگون لایحه ساماندهی مسکن و این طرح دو فوریتی، وارد شدن مجلس به قلمرو وظایف قوه مجریه را مغایر با اصل تفکیک قوا و اصل ۵۷ قانون اساسی اعلام کردم. روشن است که تصویب این‌گونه طرح‌ها که دخالت مجلس در قوه مجریه و خلاف اصل تفکیک قوا هستند نمی‌توانند تجاوز به قوانین لازم‌الاجرای کشور را برطرف کنند. شگفت‌انگیز است که احمدی‌نژاد و روحانی شعارهای گوناگون سر داده‌اند ولی با تجاوز به مقررات شهرسازی و پاییمال کردن حقوق مردم امنیت ملی کشور را به خطر افکنده‌اند. قطعاً این قانون‌شکنی‌ها همسو با منافع ملی کشور ما نیستند.

در حالی که کمبود برق در شهرهای کشورآشکار شده و مردم را گرفتار کرده است نمایندگان مجلس با تحقیق و تفحص‌های نمایشی، ریشه‌های بحران‌ها را نادیده می‌گیرند. بحران آب نیز در پیش است تا آن جا که مدیرعامل شرکت مهندسی آب و فاضلاب کشور، آذیر خطر بی‌آبی در ۳۰۴ شهر پر جمعیت کشور را به صدا درآورده و اعلام کرده است:

«از بین ۳۰۴ شهر در گیر با تنفس بی‌آبی، وضع ۱۰۱ شهر به مرحله قرمز رسیده است». (روزنامه اطلاعات، ۱۴ تیر ۱۴۰۰).

۳- دور کردن سرمایه‌های ملی از دسترس تولید

دامن زدن به ساخت‌وسازها در شهرها و تجاوز به مقررات شهرسازی در سه دهه گذشته و برج‌سازی‌های غیرقانونی با برچسب‌های مجعلو «مسکن مهر» و «مسکن ملی» با همه‌پیامدهای ویرانگر زیست محیطی آن‌ها مانند آلودگی هوای گسترش بزرگواری و بیماری‌ها، سرمایه‌های ملی را از دسترس تولید و اشتغال پایدار دور کرده‌اند. مجلس‌هایی که نمایندگان مدافعان حقوق مردم و قانون اساسی به آن‌ها راه نمی‌یابند نیز در قانونگزاری های خود به کمک دولتها برای تجاوز به مقررات شهرسازی شتابه‌اند. در همین راستا



در طرح دو فوریتی با عنوان شگفتانگیز «جهش تولید و تأمین مسکن» با تخلف از قانون پولی و بانکی کشور، بانک‌ها را ناگزیر کرده‌اند ۲۰ درصد از امکانات خود را برای پرداخت وام‌های بانکی در ظاهر به مقاضیان خرید آپارتمان و در واقع به برج‌سازانی که زمین‌های دولتی به ناروا و با تخلف از قوانین لازم‌الاجرای کشور در اختیار آنان گزارده شده است پرداخت کنند. این وام‌های تکلیفی نیز سرمایه بانک‌ها را از دسترس تولید دور می‌کند و به تورم دامن می‌زنند. نه مجلس و نه شورای پول و اعتبار کمترین صلاحیتی ندارند بانک‌ها را که دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند و باید وظایف خود را در چارچوب قانون پولی و بانکی کشور و آزاده انجام دهنده ملزم کنند سپرده‌های مردم و سرمایه‌های خود را برای ساخت‌وسازهای موسوم به مسکن ملی که تجاوز به حقوق ساکنان شهرها و امنیت ملی کشور هستند وام بدهنند. ولی دست‌اندر کاران این برج‌سازی‌های افسارگسیخته که شیرازه شهروها را نابود کرده‌اند با پهله گرفتن از امکانات تبلیغاتی خود شعارهای فربیکارانه‌ای سر می‌دهند و ادعا می‌کنند که مسکن، «پیشران تولید» است. و حال آن که این ساخت‌وسازها سرمایه‌های ملی را دفن می‌کنند و تولید صنعتی، کشاورزی و رشته‌های سودمند دیگر را به رکود می‌کشنند.

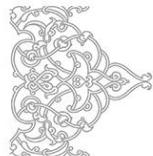
از سوی دیگر کاهش دائمی ارزش پول ملی، دارندگان سپرده‌های بزرگ نقدی را برای حفظ قدرت خرید پول خود به سوی خرید کالاهایی که ارزش ذاتی دارند به ویژه املاک و واحدهای مسکونی کشانده و همین امر بهای املاک و اجاره‌بها را در شهرها به شدت افزایش داده است. ولی دولت روحانی که خود عامل کاهش ارزش پول ملی است، به دستاویز کمبود مسکن و سرپناه، سرمایه‌های بانک‌ها را با روش‌های غیرقانونی به سوی برج‌سازی‌های موسوم به مسکن ملی برد و به شیوه دیگری به تورم و کاهش ارزش پول ملی دامن می‌زند. این در حالی است که در کشورهای پیشرفته، دولتها جمعیت شهروها را به گونه دائمی کنترل می‌کنند و مانع از افزایش جمعیت شهرها و کشور می‌شوند تا ساختمان‌های موجود پاسخ‌گوی نیازهای شهروندان باشند. بانک‌ها نیز سپرده‌های مردم را گردآوری و به سوی فعالیت تولیدی سودمند و اشتغال‌زا هدایت می‌کنند. در کشور ما نیز هنگامی که قانون تأسیس بانک ملی ایران در ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۶ به تصویب رسید هدف از آن در ماده یکم این قانون چنین آمده است:

«دولت مکلف است برای پیشرفت امور تجارت و فلاحت و صناعت، بانکی

موسوم به بانک ملی ایران تأسیس نماید که مرکز آن در تهران است.».

۲۴

ملحق
حقوق



ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ نیز در همین راستا بانک‌ها را از خرید و فروش کالا به منظور تجارت و معاملات غیرمنقول ممنوع کرده است. بانک‌هایی هم که پس از بانک ملی ایران تأسیس شدند سپرده‌های مردم را در راستای پرداخت وام‌های بازرگانی به صنایع، کشاورزی و مؤسسات تولیدی اختصاص دادند و همین امر زمینه‌ساز شکوفایی تولید و گسترش بخش خصوصی نیرومند و اشتغال جوانان در کشور ما در سال‌های پیش از انقلاب بود. ولی در سه دهه گذشته بانک‌ها نیز با خرید تراکم ساختمانی از شهرداری تهران به سوی ساخت‌وسازها و معاملات غیرمنقول رفته‌اند که گزارش رسمی از آن داده نمی‌شود.

به هر حال با دور ساختن سرمایه‌های بانک‌ها از دسترس تولیدکنندگان، گروه بزرگی از واحدهای تولیدی از فعالیت باز مانده و به تعطیلی کشیده شده‌اند که گزارش زیر بخشی از این واقعیت را نمایان ساخته است:

«بر اساس آمار رسمی، تعداد ۸۵۲۱ واحد غیرفعال در شهرک‌های صنعتی کشور وجود دارند که ۵۶/۹ درصد آن‌ها به دلیل کمبود نقدینگی با توقف تولید روبرو شده‌اند». (روزنامه اطلاعات ۲۲ خرداد ۱۴۰۰).

۴- کسر بودجه نجومی دولت روحانی

اصل ۵۲ قانون اساسی دولتها را مکلف به تنظیم بودجه متوازن و تقدیم لایحه آن برای تصویب به مجلس کرده است. ولی سال‌هاست دولتها در کشور ما با سوء مدیریت و ریخت‌وپاش سرمایه‌های ملی دچار کسری بودجه شده‌اند. به گزارش خبرگزاری «ایسنا» به نقل از رییس کمیسیون اقتصادی مجلس روز ۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۰:

«کسری بودجه سال ۱۴۰۰ دولت روحانی، ۳۵۰ هزار میلیارد تومان برآورد شده است». هر چند مجلس لایحه بودجه سال ۱۴۰۰ دولت را رد کرد ولی از آن جا که نمایندگان مدافعان حقوق مردم در آن حضور ندارند سپس تسلیم فشارها شد و همین بودجه نامتوازن با کسری بودجه نجومی را تصویب کرد که نمونه روشن تخلف از قانون اساسی است. در این اوضاع و احوال دولت روحانی برای انجام تعهدات خود به روش‌های غیرقانونی دیگری دست می‌یابد. به گزارش وزیر اقتصاد و دارایی:

«در سال ۱۳۹۹ حدود ۳۵ هزار میلیارد تومان در بازار سرمایه، واگذاری

اموال و دارایی‌های دولت انجام شده است... همچنین با انتشار اوراق مالی



اسلامی، با عرضه انواع اوراق در بازار پول و سرمایه، ۲۰۲ هزار میلیارد تومان تأمین مالی صورت پذیرفته است...»). (روزنامه اطلاعات، ۱۸ خرداد ۱۴۰۰).

واگذاری اموال دولت نیازمند مجوز قانونی است و این واگذاری‌ها از سوی دیگر با تخلف از مواد ۷۹ و

۸۲ قانون محاسبات عمومی که در هر مورد برگزاری مزايدة عمومی را الزامی کرده‌اند انجام شده‌اند. از سوی دیگر دولت برای انجام تعهدات خود به استقراض‌های غیرقانونی روی می‌آورد. بر پایه اصل ۸۰ قانون اساسی:

«گرفتن و دادن وام و یا کمک‌های بدون عوض داخلی و خارجی از طرف دولت باید به تصویب مجلس شورای اسلامی باشد».

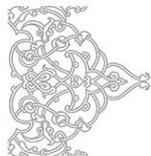
گرفتن هرگونه وام نیازمند تقدیم یک لایحه مستقل است که رقم وام و چگونگی بازپرداخت و نرخ بهره و محل مصرف آن باید به تصویب مجلس برسد. ولی دولت روحانی در سال ۱۳۹۹ با عرضه انواع اوراق مالی با برچسب اسلامی، ۲۰۲ هزار میلیارد تومان استقراض کرده است. این اوراق عموماً به بانک‌ها تحمیل می‌شوند و نقدینگی را افزایش می‌دهند و به تورم سالانه نیز دامن می‌زنند و ارزش پول ملی را نیز کاهش می‌دهند. بنده «ب» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ تأکید کرده است:

«هدف بانک مرکزی ایران، حفظ ارزش پول ملی و موازنۀ پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات بازرگانی و کمک به رشد اقتصادی کشور است».

ولی این استقراض‌ها با عناوین فریبکارانه که دولت را بدھکار و بانک مرکزی را به گونه‌ای غیرمستقیم درگیر بازپرداخت آن‌ها می‌کند، ارزش پولی ملی را با انواع دیگر ریخت-وپاش‌های دستگاه دولتی که فرصت پرداختن به آن‌ها در این نوشته نیست به گونه‌ای فاجعه‌آمیزی کاهش داده‌اند. من در یک مقاله تفصیلی در مجله کانون وکلای دادگستری اصفهان که در شماره ۱۲۶ آن در مرداد ۱۳۹۸ به چاپ رسید به ریشه‌های کاهش ارزش پول ملی پرداخته‌ام. هر چند در انتخابات ریاست جمهوری، نامزدها شعار تولید دادند و در صداوسیما هم این شعار به عناوین گوناگون تکرار می‌شود ولی با از دست رفتن حکومت قانون که پیش‌نیاز شکوفایی تولید در کشور است چرخ‌های تولید به حرکت در نخواهند آمد و پیامد مستقیم آن نیز بیکاری نسل جوان، گسترش اعتیاد، بزهکاری و دیگر رفتارهای ضد اجتماعی خواهد بود.

۲۶

ملحق
حقوق

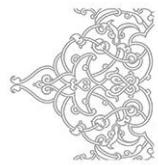


تحلیلی بر کارکردهای اجتماعی کانون و کلای دادگستری

دکتر وحید قاسمی^۱

چکیده

مطالعه حاضر به بررسی کارکردهای اجتماعی کانون و کلای دادگستری (به عنوان یکی از اولین نهادهای حرفه‌ای و صنفی در ایران) می‌پردازد. هرچند کانون و کلای دادگستری در اساس یک نهاد حقوقی است و وظایف حرفه‌ای و صنفی خاص خود را دارا می‌باشد، اما به دلیل کنشگری حقوقی در فضای اجتماعی دارای کارکردهای اجتماعی و فرهنگی نیز می‌باشد. علاوه بر این، فعالیت‌های حقوقی و حرفه‌ای کانون و کلای دادگستری دارای پیامدهای اجتماعی است که در بسیاری موارد از موقعیت حقوقی محض فراتر می‌رود. به هر حال، در این پژوهش، این کارکردها مورد بررسی قرار گرفته‌اند. بر مبنای نتایج پژوهش، کارکردهای اجتماعی کانون و کلای دادگستری عبارت‌اند از: توسعه حقوق شهروندی، تقویت عدالت اجتماعی، توسعه سرمایه اجتماعی، فرهنگ‌سازی حقوقی، و کارکردهای اقتصادی-اجتماعی. در این پژوهش کارکردهای اجتماعی و کلا به صورت محض بررسی نشده است، بلکه آنان نیز به عنوان زیرمجموعه‌هایی از کانون و کلای دادگستری مورد بررسی قرار گرفته‌اند. هرچند کنشگری و کلا نیز به صورت فردی ممکن است پیامدهای اجتماعی داشته باشد، اما در این نوشتار، هدف ما بررسی کنشهای حرفه‌ای و کلا در ذیل ساختار نهادی کانون و کلا دادگستری بوده است.

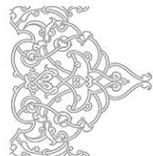


مقدمه

کانون وکلای دادگستری، قدیمی‌ترین نهاد مدنی و غیردولتی در ایران است که به موجب لایحه‌ی استقلال کانون وکلا در سال ۱۳۳۱ شکل گرفته و به عنوان نهادی با شخصیت حقوقی و مستقل به وجود آمد. این نهاد قبل از این تاریخ نیز فعالیت‌هایی داشته است، اما در این سال جنبه‌ی عمومی و رسمی به خود می‌گیرد (شمس، ۱۳۹۷). با وجود اینکه کانون وکلای دادگستری همانند دیگر نهادهای مدنی صنفی، از زمان شکل‌گیری، بیشترین وظایف را در حوزه حرفه‌ای بر عهده داشته است، اما در برخی موارد کارکرهای اجتماعی هم داشته است. به طور کلی، می‌توان از دو جنبه به این مساله نگریست؛ جنبه اول، بسترهای اجتماعی است که کانون وکلای دادگستری در آن شکل گرفته و گسترش پیدا کرده است. کانون وکلا در «اجتماع» است که معنا پیدا می‌کند و بنابراین، نمی‌تواند خارج از این بستر فعالیت کند. بنابراین، تحت تأثیر برخی مؤلفه‌های اجتماعی قرار می‌گیرد. علاوه بر این، کانون وکلای دادگستری همانند هر نهاد مدنی دیگری، دارای تاریخی اجتماعی است و بر مبنای تحولات اجتماعی و سیاسی است که تحول پیدا می‌کند.

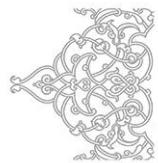
بر همین مبنای است که کانون وکلا پس از وقوع انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ (به عنوان تحولی سیاسی، اجتماعی و فرهنگی) دچار تحولات بنیادی می‌شود. جنبه دوم، پیامدهای اجتماعی کنش‌های حقوقی کانون وکلای دادگستری است. کانون وکلای دادگستری از لحاظ حرفه‌ای در امور حقوقی فعالیت دارد، اما این فعالیتها می‌توانند پیامدهای مثبت یا منفی اجتماعی داشته باشد. به عنوان نمونه، تلاش برای عدالت در بعد کلان آن، که وظیفه‌ای حقوقی برای کانون وکلای دادگستری و به طور خاص وکلا است، امری اجتماعی قلمداد می‌شود و تحقق یا عدم تحقق آن بدون شک دارای پیامدهای اجتماعی گسترده‌ای است.

به هر حال، این مسئله مشخص است که «وکالت» تنها امری حقوقی نیست، بلکه دارای ابعادی اجتماعی نیز می‌باشد. دلیل اصلی این مسئله، کنشگری کانون وکلای دادگستری به طور عام و وکیل به طور خاص در بستر اجتماعی است. وکیل به طور روزمره با مسائل اجتماعی برخورد می‌کند و از دل همین مسائل اجتماعی است که مسائل و مشکلات حقوقی شکل می‌گیرند و به «وکالت» نیاز پیدا می‌شود. چنین مسائلی از



چند جنبه می‌توانند کانون و کلای دادگستری را تحت تأثیر قرار بدهند. در جنبه‌ی اول، عدم موقیت اجتماعی و اخلاقی و کلا در صحنه اجتماعی، وجهه و مشروعيت کانون و کلای دادگستری را مخدوش می‌کند. اگرچه رفتار اجتماعی یک وکیل به عنوان رفتار و کنشی فردی به نظر می‌رسد، اما در حقیقت این امر، رفتاری اجتماعی است که هم محیط اجتماعی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و هم در چارچوب ساختار و کلای دادگستری تفسیر می‌گردد. در جنبه دیگر، مسئله‌ی حقوق شهروندی (ساعده، ۱۳۹۰) مطرح می‌شود. حقوق شهروندی اساساً امری اجتماعی-حقوقی است که بخشی از آن در ارتباط با وکلا، امر «وکالت» و کانون و کلای دادگستری قرار دارد. خدشه وارد شدن به حقوق شهروندی در اثر مواجهه نادرست و کلا (هرچند این امر بسیار محدود هم باشد) می‌تواند به اعتبار و مشروعيت کانون و کلای دادگستری که یکی از نهادهای بنیادی حفظ و صيانت از حقوق شهروندی است، خدشه وارد نماید. علاوه بر این برخی مسائل اجتماعی دیگری از جمله عدالت، اخلاق حرفه‌ای، رویه‌های حقوقی و قضایی، آسیب‌های اجتماعی، دعوا و برخوردهای فیزیکی، مالکیت و... هم دارای جنبه‌های حقوقی هستند و هم ماهیتی اجتماعی دارند. این تعاملات ماهیتی و محتوایی در نهایت می‌تواند ایده‌ی «کارکردهای اجتماعی کانون و کلای دادگستری» به عنوان مهم‌ترین نهاد مدنی مرتبط با امر وکالت در ایران را شکل بدهد.

کارکردهای اجتماعی کانون و کلا را می‌توان به‌طور کلی زیرمجموعه‌ای از «مسئولیت اجتماعی کانون و کلا» قلمداد نمود. مقصود از مسئولیت اجتماعی این است که چون سازمان‌ها تأثیر عمده‌ای بر سیستم اجتماعی دارند. باید طوری عمل کنند که در اثر آن به جامعه زیانی نرسد (الوانی و همکاران، ۱۳۷۷: ۳۳۰). پورتر^۲ (۲۰۱۶) معتقد است نهادها و انجمان‌های حقوقی باید مسئولیت اجتماعی داشته باشند و نسبت به بحران‌ها و رخدادهای ناخواهایند اجتماعی حساس باشند. این انجمان‌ها باید عدالت اجتماعی را مدنظر داشته باشند و بی‌طرفی را همیشه سرلوحه کار خودشان قرار بدهند. علاوه بر این نیاز است نسبت به اتفاقاتی که حقوق بنیادین انسان‌ها را تهدید می‌کنند، واکنش نشان بدهند. همچنین موضع‌گیری صریح انجمان‌های حقوقی در برابر فساد اقتصادی و سیاسی یکی



دیگر از کارکردهای بالقوه‌ی انجمن‌های حقوقی است. این مساله در کانون وکلای دادگستری عموماً ذیل موسسه معاخذت تعریف شده است. رئیسی (۱۳۹۷)، ریاست کانون وکلای دادگستری اصفهان در این زمینه چنین می‌گوید: «از آنجا که کانون وکلا نهادی مدنی است و ارتباط مستقیم با حقوق مردم دارد، خود را صاحب رسالتی اجتماعی می‌داند، رسالت اجتماعی حمایت و صیانت از حقوق مردم که از جمله آن ارائه خدمات ویژه حقوقی به افراد بی‌بضاعت در چهارچوب موسسه معاخذت است». بنابراین، مسئولیت اجتماعی کانون وکلای دادگستری در ارتباط مستقیم با حقوق شهروندی و صیانت اجتماعی قرار می‌گیرد.

با مدنظر قرار دادن این مسائل، در ادامه به مرور و بررسی مهم‌ترین کارکردهای اجتماعی کانون وکلای دادگستری پرداخته می‌شود. لازم به ذکر است که این کارکردها بر مبنای مصاحبه با برخی وکلای دادگستری و تحلیل مضمونی مقالات و نوشته‌های به نگارش درآمده در زمینه ارتباط وکالت، وکیل و کانون وکلا به مسائل اجتماعی استخراج شده‌اند.

کارکردهای اجتماعی کانون وکلا

همان‌طور که ذکر گردید، کانون وکلا به عنوان یک نهاد، علاوه بر کارکردهای حرفه‌ای و صنفی، دارای کارکردهای اجتماعی و فرهنگی دیگری است که ماهیت اجتماعی و فرা�صنفی این نهاد را نشان می‌دهد. البته لازم به ذکر است که کارکردهای حرفه‌ای و صنفی کانون وکلا نیز در برخی موارد دارای انگاره‌های اجتماعی هستند. در ادامه به بررسی مهم‌ترین کارکردهای اجتماعی کانون وکلا پرداخته می‌شود.

الف) توسعه حقوق شهروندی

در نظریه‌های شهروندی تعریف متعارف و نسبتاً مورد اجماع از شهروندی وجود دارد. هسته‌ی مشترک تمامی تعاریف-که با محوریت دو مقوله کلیدی حق / وظیفه همراه است-شهروندی را مفهومی به هم پیوسته از حقوق و وظایف مدنی سیاسی اجتماعی می‌داند که به مثابه نوعی پایگاه، شأن و عضویت اجتماعی به تمامی افراد جامعه اعطای شده است و فارغ از تعلقات طبقاتی، نژادی، قومی، مذهبی، اقتصادی همگان را یکسان و برابر فرض گرفته و آن‌ها را واجد حق برخورداری از تمامی امتیازات، منابع و مزایای حاصله از

۳۰



جامعه می داند و نهایتاً مسئول، مکلف و موظف به مشارکت در جامعه ای که در آن زندگی می کنند، محسوب می نماید (منوچهری و نجاتی حسینی، ۱۳۸۵: ۵). یکی از کارکردهای اجتماعی کانون وکلا به عنوان مهمترین نهاد حقوقی در ایران، قاعدها توسعه حقوق شهروندی در ابعاد مختلف آن است.

کانون وکلا از جنبه های گوناگون بر توسعه حقوق شهروندی در جامعه ایرانی می تواند تأثیرگذار باشد. اولین کارکرد کانون وکلا در این زمینه - که مرتبط با کارکرد اجتماعی وکالت است - دفاع از حقوق شهروندی متهمان از طریق حق برخورداری آنان از وکیل در فرآیندهای کیفری است. حق داشتن وکیل تحت عنوان اصل بهره مندی از وکیل یکی از اصول دادرسی عادلانه است و رعایت آن عدالت را تأمین می کند. دادرسی های کیفری زمانی می تواند در مسیر درست حرکت نماید که کلیه معیارهای دادرسی های عادلانه در تمام مراحل از جمله تحقیقات مقدماتی که مبنا و اساس دادرسی ها است، لازم الاجرا باشد. مطابق این حق متهمان می توانند در تمامی مراحل دادرسی از حضور وکیل در کنار خود استفاده کنند؛ به گونه ای که در صورت ناتوانی مالی آنان، دولت مکلف است امکانات حضور وکیل رایگان را برای آنان فراهم کند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲: ۶۶). بنابراین حق دسترسی به وکیل یکی از بنیادی ترین حقوق شهروندی است که تنها در قالب نهاد وکالت تحقق پیدا می کند.

علاوه بر حق دسترسی به وکیل، کانون وکلا می توانند از طرق دیگر نیز توسعه حقوق شهروندی را تحقق ببخشد. پیگیری حقوق زیست محیطی و حقوق فرهنگی شهروندان از جمله این موارد هستند. امروزه حفاظت از محیط زیست، یکی از مهمترین دغدغه های جامعه ای بین المللی محسوب می شود. اغراق نیست اگر مسئله آب و محیط زیست و گرمای زمین را سه مسئله عمده ای جهانی بدانیم که دغدغه همه ای جوامع را شامل می شود. در کشور ما نیز این سه مسئله در وضعیت بحرانی هستند. تنوع اسناد زیست محیطی در سطح ملی، منطقه ای و بین المللی گویای اهمیت حفاظت از آن است (فیروزمند، ۱۳۹۵: ۱۰۶). کانون وکلا می تواند در چند جنبه پیگیر حقوق زیست محیطی باشد؛ اول، دسترسی عمومی به اطلاعات زیست محیطی به عنوان یکی از اصول دسترسی آزاد به اطلاعات. دوم، حق مشارکت زیست محیطی و سوم، طرح دعاوی علیه افراد، گروه ها و نهادهایی که محیط زیست را به عنوان یک حق عمومی را به خطر می اندازند. به طور کلی در حوزه محیط زیست اقداماتی گوناگون برای تحقق اهداف مربوط به حق شهروندان در دسترسی به



اطلاعات زیست محیطی صورت گرفته است که می‌توان به اصل ۱۰ اعلامیه ریو، دستورالعمل‌های صادر شده در چهارچوب اتحادیه اروپا و کنوانسیون آرهوس آشارة کرد. البته لازم به ذکر است که اعلامیه استکلهلم نیز در اصل ۲۰ خود به طورکلی به موضوع تشویق و تسهیل و جریان آزادانه تازه‌ترین اطلاعات و انتقال تجربیات برای حل مسائل محیط‌زیست توجه کرده است (مولایی، ۱۳۸۵: ۱۴). همچنین می‌توان به کنوانسیون لوگانو^۳ و کنوانسیون پاریس^۴ اشاره کرد. کنوانسیون پاریس که مربوط به حفاظت از مناطق دریایی آتلانتیک شمال شرقی است در این خصوص تصريح بیشتری دارد و ماده ۹ خود را به حق دسترسی به اطلاعات اختصاص داده است (تفییب‌زاده، ۱۳۸۵: ۱۳۵ به نقل از فیروزمند، ۱۳۹۵: ۱۱۲).

در اصل ۱۰ اعلامیه ریو^۵ نیز به موضوع مشارکت شهروندان در فرآیندهای زیست-محیطی به عنوان یک حق در قالب سه بعد مشارکت در تصمیم‌سازی، مشارکت در تدوین سیاست‌ها، و مشارکت در تهییه هنجارهای الزام‌آور زیست‌محیطی اشاره شده است (فیروزمند، ۱۳۹۵: ۱۱۷ - ۱۱۹).

همین مساله در مورد حقوق فرهنگی شهروندان که به نوعی در ارتباط مستقیم با حقوق زیست‌محیطی قرار دارد، صادق است. در عرصه عملی، کانون وکلا می‌تواند به عنوان یک نهاد از حقوق زیست‌محیطی و حقوق فرهنگی شهروندان حفاظت کند. حق داشتن محیط‌زیست و آب و هوای سالم، جلوگیری از تخریب محیط‌زیست توسط افراد و نهادهای مختلف، جلوگیری از تخریب منابع و آثار تاریخی و فرهنگی، پیگیری سرقت آثار باستانی و... از جمله مواردی هستند که کانون وکلا می‌تواند در آن‌ها نقش‌آفرینی نماید. همچنین کانون وکلا می‌تواند از طریق وکلا، وکالت سازمان‌ها و نهادهای حافظ محیط-زیست و میراث فرهنگی کشور را قبول کرده و در راستای حفظ این حق نقش‌آفرینی نماید. علاوه بر حقوق فرهنگی و زیست‌محیطی، کانون وکلا می‌تواند از طرق مختلف از حقوق افراد و گروه‌های به‌حاشیه‌رانده شده که عموماً توان چندانی برای دفاع از حقوق

3. Aarhus Convention

4. Lugano Convention

5. Paris Convention

6. Rio Declaration



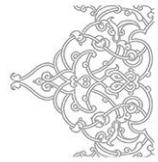
خودشان ندارند، حمایت و حفاظت کند. مبارزه حقوقی با خشونت علیه زنان در ابعاد گوناگون، حمایت از حقوق کودکان و تلاش برای نهادینه کردن حقوقی این مسئله در قوانین، تلاش برای مبارزه با کودک آزادی در خانواده و در محیط اجتماعی و حمایت حقوقی از مبارزات در این زمینه و دفاع از حقوق کودکان از طریق مدنظر داشتن حقوق آنان در اختلافات حقوقی زوجین از جمله مواردی هستند که کانون وکلا در راستای صیانت از حقوق شهروندی این گروهها و افراد می‌تواند نقش‌آفرینی کند.

به طور کلی، کانون وکلا می‌تواند در جنبه‌های مختلف سبب توسعه حقوق شهروندی و نهادینه شدن آن گردد؛ دفاع از حقوق موکلین در راستای تحقق عدالت، دفاع و صیانت از حقوق زیست‌محیطی، حقوق فرهنگی و حقوق اقتصادی شهروندان، دفاع از حقوق گروه‌های به حاشیه‌رانده شده مانند کودکان کار، زنان بی‌سرپرست، زنان مورد خشونت واقع شده و... از جمله مصادیق توسعه حقوق شهروندی توسط کانون وکلا است.

ب) تقویت سرمایه اجتماعی

سرمایه‌ی اجتماعی شامل مجموعه دارایی‌های بالقوه و بالفعل افراد است که با قرارگیری در شبکه بادوامی از روابط و تعاملات نهادینه شده، موردنیزیرش قرار گرفته و شناخته شده، افراد را دارای توانمندی‌هایی برای رفتار اقتصادی و اجتماعی می‌کند. سرمایه‌ی اجتماعی ناشی از تعهدات و وظایف و مسئولیت‌های اجتماعی است که تحت شرایطی قابل تبدیل به سرمایه‌ی اقتصادی است (بوردیو^۷، ۱۹۹۷ به نقل از توسلی و موسوی، ۱۳۸۴). بوردیو معتقد است که میزان سرمایه‌ی اجتماعی افراد به چند عامل مرتبط است. اول، گسترده شبکه تعاملات اجتماعی افراد است؛ دوم، مقدار منابع سرمایه‌ای که افرادی که یک فرد با آنان در تعامل است. پژوهش‌های متعدد انجام شده در ایران بیانگر این است که فرسایش سرمایه‌ی اجتماعی در ایران در حال رخدادن است و این امر می‌تواند فروپاشی اجتماعی و فرهنگی جامعه ایرانی را به دنبال داشته باشد. کانون وکلا به عنوان یک نهاد می‌تواند به تقویت سرمایه‌ی اجتماعی در سطوح مختلف کمک نماید؛ همان‌طور که در وضعیت موجود نیز تا حدودی در همین مسیر حرکت کرده است.

اولین کارکرد کانون وکلا در جهت تقویت سرمایه‌ی اجتماعی، داوری حقوقی است.



کانون و کلامی تواند از طریق و کلا به حل و سازش بین طرفین دعاوی کمک نمایند که این امر می‌تواند سبب کاهش مراجعات به نظام قضایی شود. توسعه دیالوگ و گفتگو در جامعه یکی از پیامدهای مثبت داوری حقوقی توسط وکلا است که هم پیامدهای مثبتی برای کانون و کلام (برای نمونه تقویت مشروعيت اجتماعی کانون و کلام و افزایش اعتماد نهادی شهروندان به کانون و کلام) دارد و هم سرمایه اجتماعی را در سطح کلان تقویت می‌کند. کاهش میزان انتقام‌جویی در جامعه یکی دیگر از پیامدهای اجتماعی داوری حقوقی است. داوری حقوقی می‌تواند فرهنگ گذشت، صلح و فدایکاری را افزایش بدهد (در تقابل با تحکم موجود در حکم دادگستری که ممکن است فرد را به سمت انتقام بکشاند). این مسائل در مفصل‌بندی با یکدیگر، تعامل و همیاری اجتماعی را افزایش داده و تقویت می‌نماید که امری مهم برای تقویت سرمایه اجتماعی است.

تقویت همیاری یکی دیگر از کارکردهای کانون و کلام است که می‌تواند سبب تقویت سرمایه اجتماعی شود. پوتنام^{۱۳۸۰} (یکی از مهم‌ترین نظریه‌پردازان سرمایه اجتماعی) هنجارهای همیاری را مولدهای جزء سرمایه اجتماعی قلمداد می‌کند و حتی آن را ملاک سرمایه اجتماعی می‌داند. کانون و کلام از طرق مختلف می‌تواند همیاری اجتماعی را بهبود ببخشد و حس مدارای اجتماعی را تقویت نماید. کمکرسانی حقوقی و غیرحقوقی در هنگام بروز بحران‌های اجتماعی مانند زلزله، سیل، بیماری‌های همه‌گیر و... از جمله فعالیت‌هایی است که کانون و کلام در راستای تقویت همیاری می‌تواند انجام بدهد. و کلام می‌تواند از طریق درخواست مجازات‌های جایگزین اجتماعی مانند خدمات فرهنگی، اجتماعی و... به کاهش زندانیان کمک نماید. زندان اساساً سبب تضعیف پیوندهای اجتماعی مثبت می‌شود و این کنش و کلام می‌تواند عملی در راستای تقویت پیوندهای اجتماعی باشد. علاوه بر این، و کلام می‌تواند برای تحقق جنبه‌های انسانی احکام صادرشده (برای نمونه تلاش وکیل برای رضایت و صلح طرفین در زمینه اعدام) تلاش نمایند که سبب افزایش همیاری اجتماعی می‌شود.

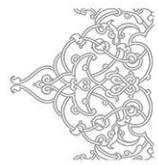
یکی دیگر از کارکردهای کانون و کلام در راستای تقویت سرمایه اجتماعی، تعامل نهادی است. همان‌طور که ذکر گردید، داوری و کلام سبب بهبود وضعیت تعامل، مدارای



اجتماعی، گذشت و فدایکاری می‌شود که این مسئله تقویت کننده‌ی سرمایه اجتماعی است. فراتر از این، کانون و کلام می‌تواند در ارتباط نهادی با سازمان‌هایی مانند صداوسیما و آموزش‌وپرورش باشد که این امر هم می‌تواند در جهت فرهنگ‌سازی حقوقی کمک کند و هم می‌تواند با تقویت تعامل نهادی، سرمایه اجتماعی را بهبود ببخشد. سرمایه اجتماعی درون‌گروهی و کلا احتمالاً بالا باشد، اما به نظر می‌رسد که سرمایه اجتماعی برون‌گروهی آنان چندان مطلوب نباشد که تعامل نهادی و گروهی می‌تواند این وجه از سرمایه اجتماعی که از آن تحت عنوان سرمایه اجتماعی مثبت (پوتنام ۱۳۸۰) یاد می‌شود، بهبود بخشد. چنین تعاملی می‌تواند هم سبب بهبود مشروعیت اجتماعی کانون و کلام شود و هم سبب تقویت اعتماد نهادی شهروندان به کانون و کلام گردد. حضور فعال و مؤثر و کلام در انجمان‌ها و نهادهای مدنی غیردولتی سبب می‌شود که هم شبکه‌های روابط و کلام افزایش پیدا کند و هم وجهه‌ای مثبت از وکلا در جامعه شکل بگیرد. علاوه بر این، عدالت محوری و کالت و اطمینان شهروندان از پیگیری حقوق آنان از سوی وکلام می‌تواند باعث شود فرمی از اعتماد نهادی در میان شهروندان نسبت به وکلام شکل بگیرد.

تقویت قانونمندی و شفافیت در جامعه یکی دیگر از کارکردهای کانون و کلام در جهت تقویت سرمایه اجتماعی است. بحث مشروعیت قانون و اعتماد شهروندان به کارآمدی آن در تحلیل سرمایه اجتماعی از اهمیت اساسی برخوردار است (تولسی و موسوی، ۱۳۸۴). وکلام می‌تواند در این زمینه نقش آفرینی مثبتی داشته باشند. وکلام می‌تواند با القاء کارآمدی قوانین به موكلين خودشان و اطمینان‌بخشی به آنان در این زمینه که قانون برخورد یکسانی با همه افراد و گروههای اجتماعی دارد، به قوانین مشروعیت بخشنده و قانونمندی در جامعه را تقویت کنند. علاوه بر تقویت قانونمندی، وکلام می‌تواند شفافیت در جامعه را بهبود ببخشد که این امر برای تقویت سرمایه اجتماعی، حیاتی است. تقویت شفافیت اجتماعی از طریق حل دعاوی و روشن نمودن جنبه‌های مختلف آن، و تقویت شفافیت اقتصادی از طریق مشاوره‌های حقوقی و کلام در زمینه فعالیت‌های اقتصادی شرکت‌ها و افراد از جمله فعالیت‌های وکلام در این زمینه است که می‌تواند منجر به تقویت شفافیت و به‌تبع تقویت سرمایه اجتماعی گردد.

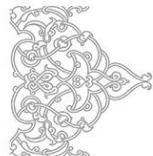
به هر حال، سرمایه اجتماعی وکلام در صورتی که تقویت شود، می‌تواند سودمندی‌های فراوانی هم برای وکلام و هم برای جامعه ایرانی داشته باشد. برای نمونه، سرمایه اجتماعی بالا سبب مشروعیت اجتماعی بالاتر، اعتماد نهادی بیشتر، و اعتبار بخشی قوی‌تر به



وکلامی شود که همین امر می‌تواند سرمایه‌گذاری خارجی در ایران را تسهیل نماید. یکی از عوامل ضعف سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، هراس سرمایه‌گذاران از خلاهای قانونی و حقوقی در ایران و ناتوانی آنان برای پیگیری حقوق اقتصادی خودشان است. در صورتی که اعتبار وکلا در حد مطلوب باشد (که بخشی از آن نتیجه سرمایه اجتماعی بالا است) سرمایه‌گذاران خارجی اطمینان بیشتری از پیگیری مسائل حقوقی خودشان توسط وکلا در صورت مورد تهدید واقع شدن سرمایه خودشان پیدا می‌کند و اشتیاق بیشتری برای سرمایه‌گذاری در ایران خواهد داشت. این مساله فراتر از سودمندی‌های سرمایه اجتماعی وکلا برای جامعه ایرانی است. کاهش آسیب‌های اجتماعی از جمله طلاق، قتل، ناامنی، دعوا و... از طریق حل وفصل دعاوی با ایجاد امنیت‌خاطر در طرفین دعوا جهت پیگیری کامل حقوق آنان از مجاری قانونی، جلوگیری از دست زدن شهروندان به انتقام از طریق تحقق داوری و فرآیند صلح و سازش توسط وکلا، تحقق آرامش روانی شهروندان از طریق آگاهی‌بخشی وکلا در زمینه مسائل حقوقی به آنان از جمله سودمندی‌های سرمایه اجتماعی بالای وکلا است. در صورتی که وکلا دارای سرمایه اجتماعی پایینی باشند، تحقق این مسائل به سختی امکان‌پذیر است. در واقع، مسئله این است که وکلا در هر حالت حرفه حقوقی خودشان را انجام می‌دهند، اما اگر سرمایه‌ی اجتماعی بالایی داشته باشند، پیامدهای اجتماعی مثبت حرفه حقوقی آنان بسیار بیشتر است.

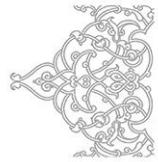
ج) تقویت عدالت اجتماعی

تقویت عدالت اجتماعی یکی دیگر از کارکردهای اجتماعی کانون وکلا در سطح کلان است. هدف عدالت اجتماعی، مشخص کردن ترتیبات نهادی‌ای است که به هر شخص اجازه می‌دهد تا به طور کامل به سلامت اجتماعی کمک نماید. به نظر هایک^۹ دست یافتن به عدالت اجتماعی مستلزم آن است که آحاد جامعه به گونه‌ای سازمان‌دهی شوند که بتوان آنچه را که در جامعه تولید می‌شود به سهم‌های خاصی میان افراد یا گروه‌ها تقسیم نمود. به عبارت دیگر جامعه باید به سازمان هدفمند تبدیل گردد تا بتوان آرمان عدالت اجتماعی را تحقق بخشید (غنى‌زاد، ۱۳۷۲: ۴۵ به نقل از هزارجریبی، ۱۳۹۰: ۴۴). کانون وکلا از طریق عملکرد وکلا می‌تواند در این زمینه نیز نقش‌آفرینی مثبتی داشته باشد.



عادالتِ ترمیمی فرمی از عدالت است که وکلا بیشتر از فرم‌های دیگر می‌توانند آن را تحقق ببخشند و به تقویت عدالت اجتماعی در سطح کلان کمک نمایند. عدالت ترمیمی، عدالتی است که تلاش می‌کند تا بین منافع بزهديده و جامعه و نیاز به بازپذیری اجتماعی بزهکار، توازن و تعادل ایجاد نماید و می‌کوشد تا ترمیم و بهبود وضعیت بزهديده را در حد امکان عملی ساخته و در این مسیر تمام اشخاصی را که به نحوی در حادثه مجرمانه نفعی دارند (مانند بزهديده، بزهکار، وابستگان آن‌ها، نمایندگان جامعه و مقامات عدالت کیفری) جهت مشارکت فعال و سازنده برای ایجاد چنین توازنی گرد هم آورد (رأیت، ۲۰۰۲ به نقل از عباسی، ۱۳۸۲: ۹۸). وکلا می‌توانند چنین نقشی را بر عهده داشته باشند. در قانون آیین دادرسی کیفری ظرفیت‌هایی هرچند محدود پیش‌بینی شده است. وکلای طرفین به دلیل اعتمادی که طرفین به وکلا دارند، می‌توانند نقش بسیار مهمی در فرآیند صلح و سازش میان اصحاب دعوا داشته باشند. تحقیقات جرم‌شناسی نشان داده مجرمی که در فرآیند ترمیمی مسئولیت عمل ارتکابی‌اش را می‌پذیرد و متعهد می‌شود خسارت‌ها را جبران کند، نرخ تکرار جرمش به مراتب کمتر از مجرمی است که کمتر از او حبس می‌شود، زیرا در صد انتقام بشدت پایین می‌آید، چون این فرد کسی است که تقصیر خودش را می‌پذیرد و حاضر است جبران خسارت کند (فرجی‌ها، ۱۳۹۶).

به طور کلی کانون وکلا می‌تواند در جنبه‌های گوناگون به تقویت حس عدالتمندی در جامعه و تقویت عدالت اجتماعی کمک نماید. تقویت حس عدالت در میان شهروندان با پیگیری احراق حق در جنبه‌های مختلف، تلاش برای عادلانه و منصفانه‌تر شدن فرآیند دادرسی کیفری، نظارت بر عملکرد قضات و نظام قضایی و تلاش برای اصلاح و عدالت-محورتر کردن، کاهش مجازات‌های فرآقانوی توسط نهادهای مختلف به دلیل اطمینان از پیگیری وکیل، کمک به کشف حقیقت از سوی وکلا و کاهش سردرگمی اجتماعی، جلوگیری از ضایع شدن حق افراد مختلف و ممانعت از پیامدهای اجتماعی آن (مثلًاً ممانعت از صدور حکم اعدام برای متهم اعتراف کننده به قتل به صورت غیرواقعی؛ به دلیل پیامدهای اجتماعی و خانوادگی آن و عدم تحقق عدالت) از جمله فعالیت‌هایی است که کانون وکلا از طریق وکلا دادگستری می‌تواند در راستای تحقق عدالت اجتماعی انجام بدهد.



یکی دیگر از کارکردهای اجتماعی کانون و کلا، فرهنگ‌سازی حقوقی در جامعه است. بسیاری از مسائل اجتماعی، اقتصادی، و فرهنگی که به نوعی با فرآیندهای حقوقی پیوند دارند، در جامعه ایران به خاطر فقرِ سواد حقوقی مردم و شهروندان اتفاق می‌افتد. بسیاری از شهروندان در جامعه ایرانی اساساً آگاهی چندانی از حقوق شهروندی خودشان ندارند؛ سواد آنان در زمینه حقوق اقتصادی بسیار پایین است؛ و در زمینه حقوق اجتماعی، فرهنگی و زیستمحیطی نیز جامعه ایرانی دچار بحرانِ سواد است. ریشه این مساله را می‌توان در عدم فرهنگ‌سازی حقوقی در جامعه ایرانی جستجو نمود. کانون و کلای دادگستری در این زمینه می‌تواند نقش بسیار پررنگی داشته باشد. نهادهای حقوقی دولتی عموماً تلاش چندانی در این زمینه انجام نداده‌اند و به نظر می‌رسد کانون و کلا به دلیل مشروعيت اجتماعی بالاتر، توان اجتماعی بیشتری برای فرهنگ‌سازی حقوقی داشته باشد. مسائلی مانند مهریه، طلاق، چک، مالیات و... از جمله مسائلی هستند که در بسیاری مواقع به دلیل ضعف سواد حقوقی شهروندان، از یک مسئله حقوقی تبدیل به معضلی اجتماعی می‌شوند که پیامدهای منفی بسیاری در دیگر جنبه‌های زندگی آنان پیدا می‌کند. کانون و کلا می‌تواند به فرهنگ‌سازی در زمینه‌های فوق از طرق مختلفی مانند برگزاری کارگاه‌های آموزشی، تهیه و انتشار مطالب مختلف در زمینه، تهیه برنامه‌های آموزشی با کمک نهادهای دیگر مانند صداوسیما و... پرداخته و آگاهی حقوقی شهروندان را از مسائل مختلف حقوقی افزایش دهد. در این وضعيت قدرت تشخیص افراد و سواد حقوقی آنان افزایش پیدا کرده و مسائلی اجتماعی ناشی از معضلات حقوقی فوق کاهش پیدا می‌کند.

۵) کارکردهای اقتصادی - اجتماعی

یکی دیگر از کارکردهای اجتماعی کانون و کلا در سطح کلان، کارکردهای اقتصادی- اجتماعی است. این کارکردها عموماً اقتصادی هستند، اما پیامدهای اجتماعی گسترده‌ای دارند. بر همین اساس از آن‌ها تحت عنوان کارکردهای اقتصادی-اجتماعی یاد شده است. کانون و کلا می‌تواند در سه بعد کارکرد اقتصادی-اجتماعی داشته باشد: دولت، جامعه، افراد. در سطح دولت و کلان، کانون و کلا می‌تواند سبب کاهش بار اقتصادی دولت شود و هزینه‌های اقتصادی جاری دولت را به صورت چشمگیری در زمینه‌های حقوقی، اجتماعی و اقتصادی کاهش دهد. قبل از هر چیز، کانون و کلا درآمدزایی اقتصادی برای دولت، از طریق مالیات (ماده ۳ قانون مالیات) و سهم اقتصادی نظام قضایی از هزینه‌های



دادرسی، دارد. کانون وکلا از طریق توسعه صلح و سازش و داوری، مشاوره‌های حقوقی و فرهنگ‌سازی حقوقی باعث کاهش میزان پرونده‌های ورودی به دادگستری می‌شود که همین امر کاهش بار اقتصادی دولت و هزینه‌های مالی و اجتماعی (برای نمونه هزینه‌های مرتبط با نگهداری مجرمین در زندان) را به دنبال دارد.

در سطح جامعه و میانی، کانون وکلا می‌تواند سبب تقویت فرهنگ اقتصادی در جامعه شود. همان‌طور که ذکر گردید، ریشه بسیاری از مسائل و مشکلات حقوقی-اقتصادی در جامعه، عدم سواد حقوقی شهروندان و فرهنگ اقتصادی پایین آنان است. کانون وکلا با بهبود سواد حقوقی شهروندان از یک طرف، و فرهنگ‌سازی حقوقی-اقتصادی از طرف دیگر، سبب انسجام اجتماعی بیشتر می‌شود و توسعه اجتماعی را تقویت می‌نماید. تقویت حقوق مالکیت از طریق پیگیری حقوقی مسائل مرتبط با آن از سوی وکلا و شفافیت در این زمینه، تقویت فرهنگ مالیاتی در جامعه از طریق شفافیت و جدیت وکلا در دعاوی مرتبط با امور مالیاتی، تقویت آگاهی بر حقوق کار از طریق از طریق شفافیت و جدیت وکلا در دعاوی مرتبط با کارگران و کارفرمایان، کاهش تنش‌های شغلی و کاری بین گروه‌های مختلف (کارگران، کارفرمایان، کشاورزان، نهادهای مرتبط با امور کشاورزی و...) از طریق مدیریت و حل و فصل دعاوی مرتبط، از جمله کارکردهای کانون وکلا و خود وکلا در زمینه تقویت فرهنگ اقتصادی در جامعه ایرانی است.

در نهایت در سطح خرد، کانون وکلا می‌تواند سبب کاهش هزینه‌های مالی و روانی شهروندان شود و آرامش ذهنی آنان را سبب گردد. بسیاری از شهروندان هنگام بروز مسائل و مشکلات حقوقی-اقتصادی دچار سردرگمی‌های روانی و ذهنی می‌شوند و فشارهای درونی منفی زیادی را تجربه می‌کنند که علاوه بر هزینه‌های مالی، هزینه‌های روانی نیز برای آنان به دنبال دارد. این امر بدون شک پیامدهای اجتماعی منفی را نیز به دنبال دارد. به هر حال، کانون وکلا می‌تواند از طرق مختلف سبب کاهش این هزینه‌های مالی و روانی در میان شهروندان گردد. جلوگیری از هزینه‌های مالی موکلین با اطمینان-خاطر به عدم برق بودن آنان، کاهش اضطراب روانی، مالی و اجتماعی در اثر سازش و صلح بین طرفین، کاهش هزینه‌های مالی شهروندان با پیگیری و مشخص نمودن مسیر صحیح دعاوی از جمله کارکردهایی است که کانون وکلا می‌تواند در راستای کاهش هزینه‌های مالی و روانی شهروندان انجام بدهد.



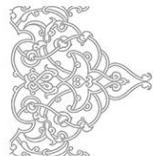
بحث نهایی

کانون و کلای دادگستری یکی از قدیمی‌ترین نهادهای غیردولتی در ایران است که هم‌زمان با فعالیت‌های حرفه‌ای و صنفی خویش، کارکردهای اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی زیادی در جامعه داشته است. این کارکردها هم پیامدهایی مثبت برای خود کانون و کلای داشته است، هم دولت و ساختارهای سیاسی از آن نفع برده‌اند و هم جامعه و گروه‌های اجتماعی از آن سودمند شده‌اند. توسعه حقوق شهروندی، فرهنگ‌سازی حقوقی، تقویت عدالت اجتماعی، تقویت سرمایه اجتماعی و کارکردهای اقتصادی-اجتماعی از جمله مهم‌ترین کارکردهایی هستند که کانون و کلای دادگستری و کلای زیرمجموعه این نهاد دارا هستند. این کارکردها به صورت مستقیم جامعه و فرآیند توسعه اجتماعی آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد و پیامدهای مثبتی برای آن دارد. تقویت عدالت اجتماعی، توسعه حقوق شهروندی، تقویت سرمایه‌ی اجتماعی و فرهنگ‌سازی حقوقی مسائلی هستند که به طور مستقیم با توسعه اجتماعی سروکار دارند و تقویت آن‌ها، فرآیند توسعه اجتماعی در ایران (به بر اساس شواهد در وضعیت مطلوبی قرار ندارد) را تسريع می‌کند. بنابراین، کانون و کلای دادگستری در کنار کارکردهای حرفه‌ای و صنفی، کارکردهایی اجتماعی دارد که می‌توان آن‌ها را ذیل توسعه اجتماعی قرار داد. این مساله تنها به جامعه محدود نمی‌شود، بلکه هم‌زمان ساختارهای سیاسی و حکومتی نیز از این کارکردها بهره‌مند می‌شوند. برای نمونه می‌توان به کارکردهای اقتصادی کانون و کلای دادگستری برای دولت و کاهش بار اقتصادی دولت در جنبه‌های گوناگون اشاره نمود. فراتر از این، کارکردهای اجتماعی کانون و کلای دادگستری برای خود این نهاد نیز سودمندی‌های فراوانی دارد. هرچند در وضعیت فعلی نیز به نظر می‌رسد کانون و کلای دادگستری یکی از نهادهایی است که بیشترین مشروعيت را دارا می‌باشد، اما تحقق کارکردهای اجتماعی فوق الذکر می‌تواند این مشروعيت اجتماعی را به میزان زیادی افزایش بدهد. علاوه بر این، توسعه سرمایه اجتماعی برون‌گروهی و کلای باعث خواهد شد که اعتماد نهادی شهروندان به این نهاد بیشتر شود. همچنین اعتماد نهادهای دیگر در اثر تقویت تعاملات نهادی به کانون و کلای دادگستری تقویت خواهد شد. به طور کلی، تقویت کارکردهای اجتماعی می‌تواند نهادمندی کانون و کلای دادگستری را تقویت نماید و موقعیت آن در جامعه و ساختارهای کلان

۴۰

محله سبز
حقوق

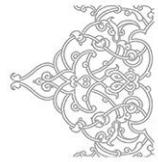
شماره ۱۵۱ / شهریور ۱۴۰۰



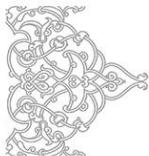
اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی را بهبود ببخشد. پیش‌نیاز این کارکردها بدون شک استقلال کانون وکلای دادگستری به عنوان یک اصل بنیادی است. بدون داشتن استقلال، عملاً نمی‌توان چنین کارکردهایی برای کانون وکلای دادگستری در نظر گرفت. کارکردهای اجتماعی فوق الذکر زمانی اتفاق خواهند افتاد که کانون وکلای دادگستری وابسته به هیچ نهاد دیگری نباشد و به صورت مستقل عمل نماید.

منابع

- شمس، عبدالله (۱۳۹۷). *تاب آیین دادرسی مدنی: دوره‌ی پیشرفت* (جلد اول). تهران: نشر دراک
- ساعد، محمد جعفر (۱۳۹۰). *اخلاق حرفه‌ای وکالت و رابطه آن با حقوق شهروندی*. مجله مدرسه حقوق (کانون وکلای دادگستری اصفهان). شماره ۶۳۰
- الونی، سید مهدی، و قاسمی، احمد، (۱۳۷۷). *مدیریت و مسئولیت‌های اجتماعی سازمان*. تهران: انتشارات، مرکز آموزش مدیریت دولتی.
- رئیسی، لیلا (۱۳۹۷). *نشست خبری ریاست کانون وکلای دادگستری اصفهان*. اصفهان: کانون وکلای دادگستری اصفهان.
- منوچهری، عباس؛ نجاتی حسینی، محمود (۱۳۸۵). *درآمدی بر نظریه شهروندی گفتگویی در فلسفه سیاسی هایرماس*. نامه علوم اجتماعی. ۲۸: ۲۹ - ۱.
- قاری سید فاطمی، محمد (۱۳۸۲). *حقوق بشر در جهان معاصر*. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- فیروزمند، لیلا (۱۳۹۵). *حقوق بین‌الملل محیط‌زیست: اصل مشارکت و حق دسترسی آزاد به اطلاعات*. مجله کانون وکلای دادگستری مرکز. ۲۳۵: ۱۲۵ - ۱۰۵
- مولایی، یوسف (۱۳۸۶). *نسل سوم حقوق بشر و حق به محیط‌زیست سالم*. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. ۴: ۲۹۶ - ۲۷۳
- توسی‌ی، غلام عباس و موسوی، مرضیه (۱۳۸۴). *مفهوم سرمایه در نظریات کلاسیک و جدید با تأکید بر نظریه‌های سرمایه اجتماعی*. نامه علوم اجتماعی، شماره ۲۶: ۳۲ - ۱.
- پوتنام، رایرت. (۱۳۸۰). *دموکراسی و سنت‌های مدنی*. ترجمه محمدعلی دلفروز، تهران: وزارت کشور.
- هزارجریبی، جعفر (۱۳۹۰). *بررسی احساس عدالت اجتماعی و عوامل مؤثر بر آن* (مطالعه موردی شهر تهران). *جامعه‌شناسی کاربردی*. دوره ۳۳. شماره ۳: ۶۲ - ۴۱.



- عباسی، مصطفی (۱۳۸۲). عدالت ترمیمی، دیدگاه نوین عدالت کیفری. *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*. دوره ۵. شماره ۱۲۹. ۹ - ۸۵.
- فرجی‌ها، محمد (۱۳۹۶). نشست تخصصی نقش وکیل دادگستری در پیشگیری از جرم و آسیب‌های اجتماعی. تهران: کمیسیون آموزش کانون وکلای دادگستری مرکز.
- Porter, P. (2016). *The Effectiveness of Bar Associations in Conflict & Crisis*. Queen's University Belfast / Ulster University: Lawyers, Conflict and Transition project.



بررسی دو رأی متعارض دادگاه تجدیدنظر

درباره امکان انقال رسمی عرصه مشاعی آپارتمان

امیر رفیعی^۱

مقدمه

گسترش زندگی شهرنشینی و محدود بودن فضای شهری، در روزگار معاصر باعث شده، گرایش و تقاضای افراد جامعه برای زندگی آپارتمانی، همواره روی به افزایش داشته باشد. که طبیعتاً همین امر، انگیزه‌ی کافی را نیز برای سرمایه‌گذاری و مشارکت شهروندان، در ساخت و عرضه‌ی مجموعه‌های آپارتمانی ایجاد کرده است. شکل گیری بازار تقاضا و عرضه و پیدایش مسائل متنوع حقوقی، پیرامون پدیده‌ی آپارتمان، قانونگذار را بر آن داشته تا برای تنظیم روابط بین اشخاص، بیوسته در پی چاره جویی و تصویب قوانین و آیین نامه‌ها باشد، که برای نمونه می‌توان به قانون تملک آپارتمان‌ها (مصوب ۱۳۹۳) و آیین نامه‌ی اجرایی قانون پیش فروش ساختمان (مصوب ۱۳۹۳) اشاره کرد. با این حال نباید انتظار داشت، پاسخ همه‌ی چالش‌های حقوقی، آشکارا در منابع نوشته آمده باشد، که در این صورت دیگر نیازی به دانش حقوق نخواهد بود. یکی از موضوعاتی هم که درباره آن صراحتاً تعیین تکلیف نشده، ولی با دقت در سایر قوانین و بهره گیری از علم حقوق، امکان چاره اندیشی وجود دارد، حالتی است که خریدار واحد آپارتمانی، به جای الزام به اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی برای واگذاری قانونی شش دانگ واحد خریداری شده، درخواست انتقال رسمی قدرالسّهم مشاعی از عرصه را می‌نماید، به این علت که فروشنده بنا به هر دلیلی، در عمل قادر به تکمیل و پایان ساختمان نیست. در این



یادداشت کوشش خواهد شد با بررسی دو پرونده قضایی که دارای موضوع و شرایط مشابه هستند، ولی در شعب متفاوت دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، متنه‌ی به صدور آرای متعارض گردیده اند، پاسخی سازگار با قوانین و در راستای عدالت به این پرسش داده شود.

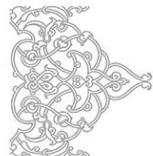
گزارش پرونده

آقای ر.م مالک رسمی ششدانگ قطعه زمینی به مساحت تقریبی یک هزار متر مربع بوده است، در بخش پنج ثبتی اصفهان. او که به شغل ساختمان سازی نیز می‌پرداخته، ظاهراً این پلاک ثبتی را مناسب برای احداث مجموعه آپارتمان و کسب درآمد می‌بیند. از همین روی، اقدام به جذب مشتری برای پیش فروش واحدهایی می‌کند که قرار است در آینده بسازد. و در سال ۱۳۹۳ موفق می‌شود برای ساخت و تحويل بیست و سه واحد مسکونی، با خریداران جداگانه، قراردادهای پیش فروش ساختمان به صورت عادی تنظیم نماید. نامبرده در تمام قراردادهایش موظف می‌شود واحدهای احدهایی را در سال ۱۳۹۴ تحويل دهد. هر چند خریداران به کلیه‌ی تعهدات مالی و قراردادی خود عمل می‌کنند، ولی فروشنده نمی‌تواند واحدهای مسکونی را در موعد مقرر تکمیل و تحويل نماید. در همین اثنا، آقای ر.م که طلبکاران دیگری نیز داشته و در ادای دیونش به آنها اهمال می‌ورزیده، در نتیجه‌ی پیگیری‌های قضایی و حکم‌های محکومیت صادره، جلب و زندانی می‌شود. مضار بر این، پلاک ثبتی مورد اشاره نیز به کرات در رهن و توقیف حقوق طلبکاران قرار می‌گیرد. پیش خریداران که حقوق مالکیت و منافع مالی خود را در معرض تضییع و نابودی قطعی می‌بینند. ابتدا در پرونده‌های رهنی و توقیفی، اقدام به طرح دعاوی اعتراض ثالث اجرایی نموده و طی دادنامه‌های متعدد، موفق به رفع همگی توقیف‌ها می‌شوند. بلاfacسله هم اقدام به اخذ دستور موقت جهت جلوگیری از هرگونه نقل و انتقال رسمی و یا توقیف دیگرباره ملک مورد نزاع می‌کنند و همزمان دادخواست الزام به انجام تعهدات قراردادی را نیز به طرفیت پیش فروشنده طرح می‌نمایند، (که آن تعهدات عبارت بوده است از تکمیل و احداث ساختمان موضوع قرارداد، اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی، سپس انتقال رسمی موضوع معامله) و به رغم محکومیت وی و قطعیت دادنامه‌ها، همچنان از انجام تعهدات استنکاف ورزیده. بنابراین خواهان‌ها از طریق اجرای احکام

۴۴

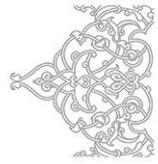
ملحق سیزده
حقوق

شماره ۱۵۱ / شهریور ۱۴۰۰



حقوقی، اقدام‌های لازم را در جهت إعمال ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی انجام می‌دهند، که شعبه مرجوع الیه نیز به منظور اینکه عمل توسط شخص دیگری انجام شود یا هزینه آن از محکوم علیه مطالبه گردد، موضوع را به کارشناس رسمی ارجاع و هزینه‌های تکمیل واحدهای آپارتمانی، ارزیابی و اعلام می‌گردد. با توجه به اینکه دستور وقت‌های صادره، تامین کننده‌ی دائمی حقوق مالکان نبوده، و از طرف دیگر پیشرفت کار تکمیل و پایان ساختمان نیز بسیار دشوار می‌نموده، (چرا که متعهد و متخلّف اصلی، پیش از این، با گرفتن وجه و دارای ایشان به پشتونه قرارداد اولیه، چیزی برایشان باقی نگذاشته بوده است). سرانجام در سال ۱۳۹۸ همه‌ی بیست و سه خریدار به اتفاق نظر می‌رسند، که هر کدام جداگانه اقدام به طرح دادخواست به طرفیت آقای ر.م نمایند با عنوان الزام به تنظیم سند رسمی قدرالسّهم مشاعی عرصه ملک، به میزان آپارتمان خریداری شده با جلب نظر کارشناس رسمی. پس از ثبت دادخواست، همه‌ی پروندها به یکی از شعب دادگاه عمومی حقوقی اصفهان ارجاع شده و آن شعبه نیز با توجه به هم ریشه و دارا بودن منشاء یکسان و همچنین دلایل ارائه شده شبیه به هم، اقدام به اخذ تصمیم‌های مشابه در کلیه‌ی دعاوی نموده، که برای نمونه یکی از آنها به تلحیص نقل می‌شود.

رأی دادگاه بدوى: «مستند دعوى عبارتست از رونوشت برابر با اصل شده سند عادى مورخه ۱۳۹۳ که دلالت بر پیش فروش آپارتمان از جانب خوانده به خواهان دارد. با توجه به دفاعیات بلاوجه خوانده و عدم تعرض وی به مستند دعوى و با توجه به احراز مالکیت ثبتی خوانده به موجب استعلام ثبتی و با التفات به عدم شمول مقررات قانون پیش فروش ساختمان بر روایط طرفین به جهت رسمی نبودن قرارداد و با عنایت به اینکه نظریه کارشناس منتخب در باب میزان سهام متعلق به خواهان از تعرض طرفین مصون مانده است دعوى خواهان را مقررون به واقع تشخیص و به استناد مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۱۰، ۱۹۸ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی خوانده را به حضور نزد یکی از دفاتر اسناد رسمی و انتقال میزان ... حبه مشاع از پلاک ثبتی به خواهان محکوم می‌نماید.» خوانده از تمامی آرای صادره، تجدیدنظر خواهی می‌کند. متعاقباً پروندها به شعب متعدد دادگاه‌های تجدیدنظر استان اصفهان ارجاع و آرای متنوع ولی با استدلال‌های مشابه در تایید یا رد حکم بدوى صادر گردیده است. که در اینجا به آوردن یک رأی موافق و یکی نیز مخالف با دادنامه بدوى، بسنده خواهد شد.



رأي دادگاه تجدیدنظر موافق با شعبه بدوى: «تجدد النظر خواهی وارد نیست زیرا آقای ر.م شش دانگ یکدستگاه آپارتمان را واگذار نموده که اصالت مبایعه نامه مصون از تعرض باقی مانده و حسب نظریه کارشناسی میزان آپارتمان مذکور نسبت به کل ساختمان مقدار ... جبه مشاع بوده، با عنایت به اینکه انتقال مبيع از آثار عرفی قراردادهای صحیح واگذاری است لذا با این وصف رای به شرح استدلال‌های مندرج در آن خالی از ایجاد است که با رعایت اصول و موازین قانونی صادر شده است و از حیث مقررات شکلی نیز ایجادی به نظر نمی‌رسد.»

رأي دادگاه تجدیدنظر مخالف با شعبه بدوى: «تجدد النظر خواهی وارد است زیرا بر اساس تصویر مصدق سند عادی مورخ ۱۳۹۳ تجدیدنظر خوانده اقدام به پیش خرید یکدستگاه آپارتمان نموده که هر چند بر اساس قدرالسهم از آپارتمان در عرصه نیز مالک مشاعی می‌باشد ولی انتقال رسمی عرصه به صورت مشاعی در حقوق سایر مالکین ایجاد خلل می‌نماید، فلذًا قبل از طرح دعوى الزام به اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و سپس الزام به انتقال رسمی آپارتمان متنازع فيه، دعوى قابلیت استماع را نداشته لذا ضمن نقض دادنامه مورد تجدیدنظر خواسته، قرار رد دعوى خواهان را صادر و اعلام می‌نماید.»

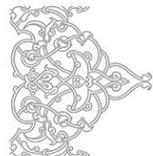
بررسی رویدادهای پرونده

(الف) دادخواست

فروشنده با عنایت به قرارداد پیش فروش آپارتمان، موظف است پس از اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی، نسبت به انتقال سند رسمی شش دانگ، به نام هر یک از خریداران واحدهای آپارتمانی اقدام نماید. ولی او از انجام تکاليف قراردادی خود ابا کرده، خریداران نیز به شرحی که گذشت تمام مسیرهای قانونی را برای اجبارش جهت اجرای قرارداد، سپری کرده‌اند و تنها پس از آنکه هیچ راهی برای انتقال رسمی شش دانگ واحدهای مسکونی نبوده، خواهان انتقال رسمی قدرالسهم مشاعی از زمین با جلب نظر کارشناس، شده‌اند. بنابراین دادخواست مطروحه و عنوان خواسته با توجه به دلایل ارائه شده، خالی از ایجاد به نظر می‌رسد.

(ب) رأي دادگاه بدوى

در صدر اصل ۱۶۷ قانون اساسی چنین آمده: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد.» بخش نخست ماده ۳ قانون آینین دادرسی مدنی هم



تاكيد نموده: «قضات دادگاهها موظفند موافق قوانين به دعاوى رسيدگى كرده، حكم مقتضى صادر و يا فصل خصومت تمايند.» حال باید بررسی کرد که آیا رأى صادره همسو با اين قوانين آمره بوده است یا نه؟ با توجه به اينکه خواسته، مستند به قرارداد خصوصی و عادي بين طرفين بوده که از تعرض خوانده نيز مصنون مانده، لذا ابenda قاضی، قرارداد را با ماده ۱۰ قانون مدنی تطبیق داده و از آنجایی که در مخالفت صريح با قانون نبوده، نافذش دانسته و بقای تعهدات قراردادی را طبق ماده ۱۹۸۳ قانون آيین دادرسی مدنی استصحاب کرده. پس از آن با استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک، مالکیت رسمي خوانده نیز برای ايشان محرز گردیده و با ارجاع امر به کارشناس رسمي، مقدار حصه مشاعی خواهان از ششданگ عرصه نیز مشخص شده است. سپس با استناد به اصل لزوم قراردادها که در ماده ۲۱۹۵ قانون مدنی آمده و همچنین با توجه به ماده ۲۲۰ آن قانون که می‌گويد: «معاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.» خوانده را ملزم به انتقال قدرالسهم مشاعی در حق خواهان نموده است. به نظر می‌رسد قاضی با استنباط صحيح از روح قوانین و برداشت درست از قواعد عمومی معاملات، حکمی شايسته و موافق با قوانين، داده است. زيرا اگر انتقال سند را منوط به اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکيکي می‌نمود، با عنایت به وقایع پيش گفته، در عمل و عالم واقع، هرگز خريదاران به حقوق مالکانه ی خود دست نمی‌يافتند. اما لازم به يادآوري است اگرچه حکم صادره به مقتضای عدالت بود، ولی نباید فراموش کرد که ايشان کوششی نکرده تا حکم دعوا را در قوانین مدونه بیابد تا با استناد به آن، نیازی به استدلال نداشته باشد. چون قانون تملک آپارتمان‌ها تکليف را به صراحت روشن کرده و در آغاز ماده ۱۰ می‌گويد: «هر کس آپارتمانی را خريداری می‌نماید به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خريداری خود در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد مشاعاً سهيم می‌گردد.» به همين دليل نيكوت آن بود که قاضی به جای تلاش شايسته برای يافتن اسباب توجيهي، جهت برقراری عدل و داد، نخست همت خويش را مصروف انجام تکليف خود در پيشگاه قانون اساسی می‌كرد، زيرا همانگونه که گفته شد «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد.»

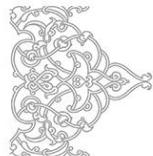
ب) راي دادگاه تجدیدنظر موافق با شعبه بدوى

دادگاه تجدیدنظر تقریباً همه استدلال‌های شعبه بدوى را تکرار کرده، و در پایان با

استناد به ماده ۳۵۸ قانون آيین دادرسی مدنی ضمن رد تجدیدنظرخواهی، رأى تجدیدنظر



خواسته را تایید نموده است. باید در نظر داشت، تجدیدنظرخواهی، که یکی از روش‌های عادی اعتراض به آراء می‌باشد، دارای آثاری و از جمله اثر انتقالی است. «اثر انتقالی تجدیدنظر بدین مفهوم است که به وسیله تجدیدنظر، اختلاف از دادگاه نخستین به دادگاه تجدیدنظر، با تمامی مسائل موضوعی و حکمی که داشته است، منتقل می‌شود. در حقیقت، با توجه به اینکه تجدیدنظر، دوباره قضاوت کردن امر و بازبینی رأی دادگاه نخستین است، دادگاه تجدیدنظر باید علی القاعده، همه مسائل موضوعی و حکمی مربوط به دعوا را با توجه دقیق به ایرادات و اعتراضات تجدیدنظر خواه و البته پاسخ تجدیدنظر خوانده، بررسی و اگر لازم باشد مورد رسیدگی دوباره قرار دهد.» (آینین دادرسی مدنی، ج ۲، ص ۳۴۸). با توجه به مطالب گفته شده، از آنجایی که دادگاه تجدیدنظر وظیفه دارد تمامی مسائل موضوعی و حکمی را دوباره مورد بررسی و رسیدگی قرار دهد، همان ایرادهایی که در مورد رای دادگاه بدوى مطرح شد، عیناً به مرجع تجدیدنظر نیز وارد است. در اینجا بررسی خواهیم کرد، وقتی که مرجع پژوهش با رای صادره موافق است ولی از لحاظ تطبیق موضوع با قوانین، نظر دادگاه نخستین را نمی‌پذیرد، از لحاظ قانونی چه تکلیفی دارد؟ قانون آینین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ صراحتاً پاسخی به این سوال نداده و در این ارتباط ساكت است. شاید تصور گردد این مساله از مصاديق ماده ۳۵۱ قانون آینین دادرسی مدنی باشد که گفته: «چنانچه دادگاه تجدیدنظر در رای بدوى غير از اشتباهاتی از قبیل اعداد، سهو قلم، مشخصات طرفین و یا از قلم افتادگی در آن قسمت از خواسته که به اثبات رسیده اشکال دیگری ملاحظه نکند ضمن اصلاح رأى، آن را تأیید خواهد کرد.» ولی این استنباط درست به نظر نمی‌رسد. زیرا اگرچه موارد ذکر شده در ماده، به صورت تمثیلی و قابل توسعه است، ولی این گسترش و تعمیم باید در راستای اراده ی قانونگذار صورت پذیرد که در ماده مذکور صرفاً دربرگیرنده ی موارد سهو قلم و سبق لسان ارکان دادگاه خواهد شد، نه جایی که به علت کوتاهی قاضی در مراجعه به منابع، انطباق صحیح رای با قانون و یا اساساً دستیابی به قانون، صورت نگرفته است. پس با این اوصاف و چنانچه استدلال فوق مورد پذیرش قرار گیرد، در صورتی که رأى اصداری توسط دادگاه بدوى، منطبق با مواد قانونی مورد استناد در آن نباشد، دادگاه تجدیدنظر مجاز نیست برای حل تعارض از قاعده بیان شده در ماده ۳۵۱ قانون آ.د.م (یعنی اصلاح و تأیید رأى) استفاده کند. لازم به یادآوری است هرچند قانون آینین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ در این رابطه اجمال دارد ولی در امور کیفری برای حل



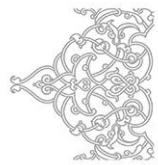
تعارض موجود، بین رای و مواد استنادی دادگاه نخستین، هیچ گونه ابهامی نیست و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در ماده ۴۵۷ تکلیف دادگاه تجدیدنظر را اینگونه روشن نموده: «اگر رأی تجدیدنظر خواسته از نظر تعیین مشخصات طرفین یا تعیین نوع و میزان مجازات، تطبیق عمل با قانون، احتساب محکوم به یا خسارت و یا مواردی نظیر آن، متضمن اشتباهی باشد که به اساس رأی، لطمه وارد نسازد، دادگاه تجدیدنظر استان، رأی را اصلاح و تذکر لازم را به دادگاه نخستین می‌دهد.» همانگونه که مشاهده می‌گردد راهکار نویسنده‌گان قانون آیین دادرسی کیفری چنان است که اگر اشتباهی در تطبیق عمل با قانون، اتفاق افتاد، دادگاه تجدیدنظر موظف به اصلاح و در عین حال تذکر به دادگاه نخستین است. حال باید دید، در چنین شرایطی که قانون یا قاعده خاصی در قانون آیین دادرسی مدنی یافت نشد، آیا امکان توسل به قانون آیین دادرسی کیفری و اعمال مقررات آن در دادرسی حقوقی وجود دارد یا خیر؟ پاسخ این سؤال را با گرفتن مفهوم موافق (قياس) از نظریات آقای محمد آشوری (آیین دادرسی کیفری، ج ۱، صص ۱۹ و ۲۰) بیان خواهیم کرد. با توجه اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی در صورت عدم دستیابی به حکم دعوا در قوانین باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند. بنابراین، وقتی که امکان توسل به منابعی، خارج از قوانین موضوعه ماهوی ایران وجود داشته باشد، بدون تردید، برای رفع مشکل و اتخاذ تصمیم در قوانین شکلی دادرسی مدنی، توسل به قوانین آیین دادرسی کیفری از سوی قاضی حقوقی امکانپذیر است، که البته رعایت شرایط زیر هم ضروری می‌باشد:

- ۱- عدم تکافوی مقررات آیین دادرسی مدنی
- ۲- کلیت قواعد آیین دادرسی کیفری که قاضی حقوقی قصد مراجعه و اعمال آن را دارد.

۳- مغایر نبودن این قواعد با سایر مقررات موجود آیین دادرسی مدنی.
بنابراین دیدگاه می‌توان، خلاً موجود در قانون آیین دادرسی مدنی را با توسل به قانون آیین دادرسی کیفری و قواعد آن، جبران کرد و باعث زدودن ابهام از قانون، در موارد سکوت یا اجمال شد.

ج) رأی دادگاه تجدیدنظر مخالف با شعبه بدوى

اصل ۱۶۶ قانون اساسی می‌گوید: «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.» همین توجه به ضرورت و



اهمیتِ مستدل و مستند بودن آرای دادگاهها بوده که قانون نظارت بر رفتار قضات، در بند اول ماده ۱۵۰ به آن پرداخته و برای مرتكبین صدور رأی غیر مستند یا غیر مستدل، محکومیت به یکی از مجازاتهای انتظامی درجه چهار تا هفت را، در نظر گرفته است. با ذکر این مقدمه، اکنون باید بررسی کرد دادگاه تجدیدنظر که اقدام به نقض دادنامه بدوي و صدور قرار رد دعوى نموده، مستند قانونی و استدلالش چه بوده است. با مطالعه و دقت در رای صادره آشکارا مشخص می‌گردد، که اولاً دادگاه تجدیدنظر هیچ گونه مستند قانونی برای تأیید و تحکیم نظرش نیاورده، دیگر اینکه بدون هیچ استدلالی برای نقض دادنامه نخستین صرفاً به بیان این جمله بسنده کرده است که «انتقال رسمی عرصه به صورت مشاعی در حقوق سایر مالکین ایجاد خلل می‌نماید.» نگارنده بر این عقیده است که جمله فوق الذکر صرفاً یک گزاره اخباری است که مرجع پژوهش طرح نموده و به هیچ عنوان مصدق قاعده حقوقی نمی‌باشد. برای روشن تر شدن موضوع نخست لازم است تعریف منطقی استدلال بیان گردد. «استدلال عبارت از تنظیم و تأثیف یک سلسله قضایاست برای کشف قضیه ای مجھول. بدین طریق که ذهن، بین چند قضیه یا حکم ارتباطی دقیق و منظم برقرار می‌سازد، تا از پیوند آنها نوزادی که نتیجه نامیده می‌شود، زاده شود و بدین ترتیب نسبتی مشکوک و مبهم به نسبتی یقینی و محقق و صریح تبدیل یابد.» (منطق صوری، صص ۲۹۸ و ۲۹۹). این تعریفی است که از استدلال در حالت کلی بیان می‌شود. اما «در رویکرد منطقی به حقوق، برای معتبر بودن یک استدلال کافی است که نتیجه یا تصمیم قاضی محصول منطقی برآمده از قاعده حقوقی (=کبری) و وقایع پرونده (=صغری) باشد، و برای درست بودن این استدلال معتبر، باید مطابق با واقع نیز باشد.» (منطق حیرانی، ص ۲۷). با ذکر این مقدمات، حالا بررسی خواهیم کرد که آیا رای دادگاه تجدیدنظر دارای ملزمات استدلال معتبر هست یا خیر؟ به همین منظور لازم است ابتدا کبری، صغیری و نتیجه‌ی این رأی مجزا و تفکیک گردد و سپس مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در راستای این هدف، ساختار منطقی و چارچوب استدلالی رای مورد بحث، به شرح ذیل خواهد شد:

- انتقال رسمی عرصه به صورت مشاعی در حقوق سایر مالکین ایجاد خلل می‌نماید.
(کبری = قاعده حقوقی)

- تجدیدنظرخوانده بر اساس قدرالسهم از آپارتمان، در عرصه نیز مالک مشاعی می‌باشد. (صغری = وقایع پرونده)



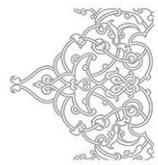
- قبل از طرح دعوی الزام به اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و سپس الزام به انتقال رسمی آپارتمان متأثر فیه، دعوی قابلیت استماع را نداشته، [دادگاه] قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. (نتیجه = تصمیم قاضی)

نخست باید دقت کرد آنچه قاضی به مثابه قاعده حقوقی در رأی آورده، آیا با واقعیت نیز مطابق است؟ همانگونه که پیش از این آورده شد، ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها می‌گوید: «هر کس آپارتمانی را خریداری می‌نماید به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود در زمینی که ساختمن روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمن دارد مشاعاً سهیم می‌گردد.» از طرف دیگر در ماده ۲۲ قانون ثبت آمده: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مذبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مذبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت.» باید توجه داشت ملک موضوع پرونده، دارای سند رسمی ششدانگ است، یعنی در دفتر املاک ثبت شده. طبق ماده ۲۲ قانون ثبت (مصوب ۱۳۱۰) هم دولت فقط کسی را که ملک به اسم او، در دفتر املاک ثبت شده مالک خواهد شناخت. در ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمانها (مصطفی ۱۳۴۳) نیز صریحاً گفته شده خریدار آپارتمان، به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خود، در زمین مشاعاً سهیم می‌گردد. که نتیجه منطقی این مقدمات، لامحاله چنین خواهد بود: لزوم قانونی انتقال و ثبت رسمی قدرالسّهم عرصه مشاعی در دفتر املاک به نام خریدار آپارتمان، در همین جا یادآوری نکاتی درباره قانون تملک آپارتمانها ضروری است.

۱- این قانون، در زمرة قوانین خاص است، یعنی در پی ایجاد ضرورت و نیاز اجتماعی، مقرر اقدام به وضع قانونی مختص احکام و تکالیف راجع به پدیده آپارتمان نموده.

۲- قانون مذبور، از لحاظ تاریخ تصویب موخر بر قانون ثبت است.

۳- قانونگذار در مقام بیان جزئیات و خصوصیات مرتبط با مساله آپارتمان‌ها بوده، ولیکن هیچ گونه سخنی اعم از صریح یا ضمنی به میان نیاورده است مبنی بر اینکه انتقال رسمی عرصه به صورت مشاعی در حقوق سایر مالکین ایجاد خلل می‌نماید. به علاوه، قرینه ای هم (خواه لفظی یا معنوی) در متن آن قانون و آین نامه‌ی اجرایی اش وجود ندارد، که نشان از تقيید ماده ۲۲ قانون ثبت، درباره انتقال رسمی عرصه مشاعی آپارتمان‌ها باشد. با این توضیحات به نظر می‌رسد که دیگر به وضوح مشخص باشد، آنچه دادگاه به عنوان یک قاعده حقوقی آورده، در واقع تنها یک گزاره‌ی اخباری است، که در آن احتمال

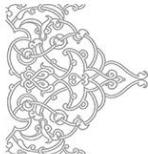


صدق و کذب، به نسبت برابر وجود دارد.

از سوی دیگر باید دانست در تعریف قیاس گفته‌اند که «عبارت از مجموع چند قضیه است که هرگاه مسلم فرض شوند، قضیه‌ای دیگر بالذات از آنها حاصل آید. و به عبارت دیگر قیاس مجموع قضایایی است که هرگاه آنها را قبول کنیم ناچار باید نتیجه آنها را نیز قبول کنیم.» (منطق صوری، ص ۳۱۲) طبق این تعریف، نتیجه مقدماتی که در رأی دادگاه تجدیدنظر آمده علی الأصول اینگونه باید می‌شد: «دعوای الزام به انتقال رسمي عرصه به صورت مشاعی، بر اساس قدرالسهم از آپارتمان، قابلیت استماع ندارد.» ولی باعث شکفتی است که آن مرجع حتی به مقدمات استدلالی خودش نیز پای بند نبوده و به یکباره با خروج از موضوع، اینگونه استنتاج و تصمیم گیری نموده: «قبل از طرح دعوای الزام به اخذ پایان کار و صورت مجلس تفکیکی و سپس الزام به انتقال رسمي آپارتمان متنازع فيه، دعوای قابلیت استماع را نداشته!» قضات محترم دادگاه پژوهش، اگر التفات و دقت بیشتری نسبت به خواستهٔ صریح و منجز خواهان در دادخواست بدوى، فرموده بودند، که آشکارا خواستار الزام به تنظیم سند رسمي قدرالسهم مشاعی عرصه ملک، به میزان آپارتمان خریداری، با جلب نظر کارشناس شده، به احتمال زیاد چنین تصمیمی اتخاذ نمی‌کردند. در حقیقت باید گفت موضوع رأی، مورد ادعای خواهان دعوای نخستین نبوده و با سهل انگاری دادگاه تجدیدنظر، رأی با چنان اوصافی، صادر گردیده است.

نتیجه

چنانچه خریداری که با قولنامه عادی آپارتمانی را مالک شده است، نتواند در عمل فروشنده را ملزم به اخذ پایان کار، صورت مجلس تفکیکی و انتقال رسمي ششدانگ واحد مورد معامله نماید، با عنایت به ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها که خریدار آپارتمان را، به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خود، در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد، مشاعاً سهیم می‌داند، و توجه به ماده ۲۲ قانون ثبت که اشعار می‌دارد دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده مالک خواهد شناخت، از لحاظ قانونی منع برای انتقال رسمي عرصه به صورت مشاعی به نام خریدار، بر اساس قدرالسهم از آپارتمان وجود ندارد.



منابع

- آیین دادرسی کیفری، محمد آشوری، ۲ جلد، چاپ چهاردهم، تهران: سمت، ۱۳۸۸.
- آیین دادرسی مدنی، عبدالله شمس، ۳ جلد، چاپ سی و چهارم، تهران: دراک، ۱۳۹۳.
- منطق حیرانی در باب استدلال حقوقی، حسن جعفری تبار، چاپ اول، تهران: فرهنگ نشرنو، ۱۳۹۹.
- منطق صوری، محمد خوانساری، ۲ جلد، چاپ پنجم و یکم، تهران: دیدار، ۱۳۹۷.



دلائل نقض آراء صادره در کمیسیون‌های

ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در مراجع تالی و راه

کار رفع این علل

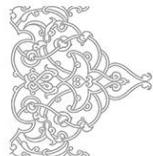
صابرعلی انصاری^۱

چکیده

مقاله پیش رو بررسی علل نقض آراء صادره شده در کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در مراجع تالی مرتبط با این کمیسیون‌ها می‌باشد و این مقاله بر گرفته از پایان نامه تحت عنوان «حقوق طرفین دعوا در کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و نقد و بررسی آراء صادره در این خصوص» می‌باشد که توسط نگارنده این مقاله تحقیق، نگارش، ارائه و مورد توجه قرار گرفته شده، می‌باشد. لذا با توجه به اهمیت موضوع بالاخص کاربردی بودن پایان نامه مختصری از مطالب آن در قالب مقاله موجود ارائه می‌گردد.

نظر به اینکه قانون شهرداری که چارچوب ارائه خدمات به شهرها و مردم بوده و علاوه بر آن، قوانین زیادی که بالغ بر ۲۰ قانون بطور مستقیم یا غیر مستقیم با شهر و شهرسازی و شهرداری مرتبط می‌باشد به گونه‌ای که قانون شهرداری در اجرا با این قوانین احاطه شده است. آنچه در نقد و بررسی آراء صادره در مراجع بدوى و سپس نقض این آراء در مراجع تجدید نظر و یا دیوان مشاهده شده و در آن پایان نامه بطور مفصل آمده دیدگاه و انتظار قانونگذار و تضادی است که بین مجری قانون یعنی شهرداری در نگرش و نوع استفاده از ماده ۱۰۰ قانون شهرداری وجود دارد. یعنی قانونی که جهت

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



جلوگیری از تخلف می باشد در اجرا بستری برای همان تخلفات شده و با اجرای این قانون، تخلف متخلف مباح و قانونی می گردد و این یعنی جمع نقیضین و محال می باشد و علت این تفاصیل این است که در صد زیادی راه تخلف بطور غیر مستقیم و به علت نحوه ای استفاده ناصحیح از قانون بوده و دلیل آن ابهامی است که در خود قانون نهفته است کما اینکه قانون باید صریح، بدون ابهام و غیر قابل تفسیر مضاعف باشد و این نقیصه در مقاله بطور مفصل شرح داده خواهد شد.

کلید واژه ها: شهرداری-ماده صد-کمیسیون-دیوان عدالت اداری-تखلف-رأی-

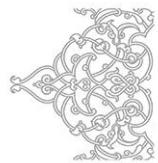
طرفین دعوا

مقدمه:

با توجه به رواج شهرنشینی و تبدیل روستاهای به بخش و بخش به شهر و شهر به کلان شهر و بالاخص مهاجرت روز افرون به شهرها و اجرای طرحهای شهرسازی و دغدغه مردم برای داشتن محل کسب و مسکن دلخواه که پیش روی آنان قرار گرفته است و مضافاً اینکه در دهه های اخیر در کشور ما مسکن به عنوان کالائی سرمایه ای تبدیل شده و اشخاصی از این راه بواسطه خرید و فروش، اجاره مسکن و محل کسب در صدد بدست آوردن منافع بیشتر می باشند و درجهت نیل به این هدف و منافع مورد نظر هنگام ساخت و ساز اقدام به تخلف می نمایند و متولیان امور شهری نیز بنا به دلائلی و تا مراحلی، از این تخلف چشم پوشی می کنند تا بتوانند در مراحل بعدی از قبیل این تخلفات و با عنوان جریمه تخلف و با استناد به قانون شهرداری و ماده ۱۰۰ آن که ماده ای خاص بوده و اشخاص مبتلا به آن می باشد مترصد درآمد مورد نظر دستگاههای تحت مدیریت خود را دنبال می نمایند. اما رسالتی که قانونگذار برای این ماده تعریف کرده همانا جلوگیری از بروز تخلف و مضافاً برخورد با تخلفات در حوزه ساخت و ساز با استفاده از قوه اجرائی این ماده که کمیسیونی به همین نام می باشد و دارای اعضائی مشخص است که مصوبات آن پس از طی مراحلی لازم لا جرا خواهد بود.

(۱) ماده ۱۰۰ قانون شهرداری

قانون شهرداری که مصوب سال ۱۳۳۴ بوده و در سنت های مختلف از جمله در سال ۱۳۴۵ اصلاح و ماده ۱۰۰ به اضافه و کمیسیونی مشخص است که از سه



عضو شامل: نماینده وزارت کشور به انتخاب وزیر کشور، نماینده وزارت دادگستری به انتخاب وزیر دادگستری و نماینده انجمن شهر به انتخاب آن انجمن شهر که بعداً به شورای اسلامی شهر تغییر نام یافت پیش بینی گردید و همچنین نماینده شهرداری به انتخاب شهردار که صرفاً ملزم به حضور در جلسه چهت دفاع از ادعای شهرداری بوده اما حق رأی نخواهد داشت و جلسات این کمیسیون با حضور سه عضو دارای حق رأی یعنی نماینده وزارت کشور، نماینده دادگستری و نماینده شورای اسلامی شهر و حضور بدون حق رأی نماینده شهرداری رسمیت داشته و مصوبات آن با اکثریت آراء یعنی حداقل دونفر از سه نفر دارای حق رأی تصویب می‌گردد گرچه باید تمام اعضاء ذیل مصوبات را امضاء نمایند در غیر اینصورت رأی کمیسیون از نظر شکلی دارای اشکال بوده و در صورت اعتراض این خود یکی از دلائل نقض رأی بدوى در مرجع بالاتر خواهد شد. این ماده در سالهای ۱۳۴۷ و ۱۳۵۲ و ۱۳۵۶ مورد اصلاح و تغییر قرار گرفت در حال حاضر دارای ۱۱ تبصره می‌باشد که هر کدام از این تبصره‌ها اختصاص به عنوان و مورد خاصی است که بطور مختصر شامل موارد زیر می‌باشد.

تبصرة ۱: درمواردی است که ساخت بنا بدون مجوز بوده و یا رعایت اصول سه گانه بهداشتی، شهرسازی و فنی نشده باشد و اتخاذ تصمیم در قلع بنا و لزوم پیگیری اجرا توسط شهرداری می‌باشد.

تبصرة ۲: درموراد اخذ جرمیه تخلف در صورت عدم اجرای تخریب می‌باشد.

تبصرة ۳: درموراد جرمیه محل‌های تجاری، صنعتی و اداری تخلف ساخت غیر از ضوابط در پروانه است.

تبصرة ۴: درموراد اخذ جرمیه بنای بدون پروانه با رعایت اصول سه گانه در اراضی آمده است.

تبصرة ۵: در خصوص اخذ جرمیه عدم احداث پارکینگ یا غیر قابل استفاده پارکینگ می‌باشد.

تبصرة عزجهت الزام رعایت طرح‌ها و برهای معابر توسط اشخاص دارای پروانه یا بدون پروانه آمده است.

تبصرة ۷: وظیفه نظارت مهندسین ناظر و مأموران شهرداری بر عملیات اجرائی ساختمان را بیان می‌کند.

تبصرة ۸: وظیفه دفاتر اسناد رسمی جهت اخذ گواهی پایان ساخت یا گواهی عدم

خلاف ساخت تصویب شده است.

تبصره ۹: در مورد عدم شمول ماده ۱۰۰ بر ساخمان قبل از تصویب قانون و یا قبل از طرح جامع شهر می‌باشد.

تبصره ۱۰: درموداراء صادره از کمیسیون بدوى ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و مرجع تجدیدنظر این آراء بیان شده است.

تبصره ۱۱: در خصوص آئین نامه ارزش معاملاتی ساختمان و الزام به روزرسانی این آئین نامه ارزش معاملاتی در هرسال می‌باشد.

۲) قوانین مرتبط با ساخت و ساز ساختمانی و شهرداری

از جمله قوانین مرتبط با شهر و شهرسازی و شهرداری در کنار قانون شهرداری علاوه بر قوانین کلی مثل قانون مدنی، قانون آئین دادرسی مدنی، قانون مجازات اسلامی، قانون تجارت می‌توان به قانون مسئولیت مدنی، مقررات ملی ساختمان، قوانین و مقررات شهرداری، قانون و مقررات نظام مهندسی و کنترل ساختمان، قانون نظام مهندسی و معماری ساختمان، قانون نوسازی و عمران شهری و موارد دیگری از قوانین که مستقیم یا غیر مستقیم در ارتباط می‌باشد اشاره کرد.

۳) انواع تخلفات از نظر ماده ۱۰۰ قانون شهرداری

از جمله تخلفاتی که منجر به صدور رأی در کمیسیون ماده ۱۰۰ می‌گردد علاوه بر تخلف ساخت غیر مجاز و بدون پروانه ساختمان موارد تخلف تراکم اضافی، تخلف عدم احداث پارکینگ و یا غیر قابل استفاده بودن پارکینگ، تخلف عدم رعایت ارتفاع، تخلف عدم رعایت مبلمان شهری و نما آت، و بسیاری دیگر از تخلفات که بیان آنها خارج از کمیت این مقاله می‌باشد ولی آنچه به عنوان تخلف عمده از نظر قوانین باید مد نظر قرار گرفته شود پس از تخلف ساخت بدون مجوز تخلفات عدم رعایت اصول فنی، پهداشتی و شهرسازی می‌باشد که قانون گذار در این موارد اکیداً دستور اجرای تخریب و بازگشت به وضع سابق را مصوب نموده است.

۴) دلائل نقض آراء در کمیسیون تجدید نظر ماده ۱۰۰ و دیوان عدالت اداری با



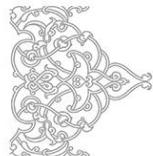
استناد به آراء صادره

در ابتدا آنچه که محقق را برآن داشته در خصوص ماده ۱۰۰ قانون شهرداری اقدام به مطالعه و تحقیق نماید علاوه بر اشکالات عدیده ای که مبتلا به مردم در این خصوص می باشد، وجود آراء متعدد نقض تصمیمات کمیسیون ماده ۱۰۰ در مراجع عالی است که خود از عدد نظریه وجود اشکال در ماده ۱۰۰ و چرخه اداری و رویه قضائی آن می باشد. لذا در این قسمت تعدادی از آراء مربوطه را مورد نقد قرار داده و در ادامه نکات و دلائل علل نقض بیان خواهد شد.

اولین نمونه از این آراء رأی هیات عمومی دیوان عدالت اداری در کلاسه پرونده: ۲۳۲/۸۲ شماره دادنامه : ۱۶۸ تاریخ : ۱۳۸۳/۴/۲۸ را مورداستناد قرار میدهیم که قانونگذار رسیدگی و اتخاذ تصمیم و صدور رای قطعی درباره تخلفات ساختمانی موضوع تبصره های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری را بشرح مقرر در تبصره ۱۰ آن ماده به کمیسیونهای بدوى و تجدیدنظر محول کرده است . و این رأی دلیل و صراحتی است که مراجع رسیدگی کننده به تخلفات ساختمانی حق و اجازه هیچگونه توافق و یا کسر از میزان جریمه و یا اعطاء اختیارات خود به اشخاص و مراجع دیگری را ندارند.

دومین رأی، نقض دادنامه صادره به شماره ۱۹۹۶ کلاسه پرونده ۱۵۵۰/۴/۸۱ تاریخ ۱۳۸۱/۱۶/۱۹ که در شعبه ۴ دیوان عدالت اداری و با موضوع شکایت و خواسته: اعتراض رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ صادر شده و در خصوص اعلام شکایتی به خواسته اعتراض به رأی شماره ۸۰۴۲۵ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۰ صادره از کمیسیون تجدیدنظر ماده ۱۰۰ شهرداری برابر مفاد شکوئیه با توجه به محتويات پرونده و ملاحظه مستندات ابرازی و توضیحات موجه با التفات به اينکه تحریب و تعطیل محل کسب زیان فاحش و غیرقابل جبرانی به شاکی وارد می سازد و از نظر معیشتی نیز در مضيقه قرار می گیرد در نتيجه اعتراض را موجه تلقی و مستنداً به تبصره های ۲ و ۳ ماده ۱۰۰ و تبصره ۱۰۰ ماده ۱۰۰ و تبصره ۲۴ ماده ۵۵ ضرورت به رد استدلال شهرداری در لایحه شماره ۳۱۷/۲۱۸۷۶ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۲ حکم به ورود شکایت و نقض رأی معتبر عنه و الحاله به کمیسیون هم عرض صادر و اعلام شده است.

توضیح و نقد رأی: چنانچه می بینیم در این رأی کاملاً قاعده عدالت و انصاف در کنار قاعده لا ضرر مبنای نظر شعبه دیوان و دادرس محترم بوده و استدلالهای شهرداری که مبنای صدور رأی هر آنچه بوده نادیده گرفته شده و پرونده به کمیسیون هم عرض



احاله شده است تا رأى مورد نظر شعبه دیوان و مساعد به خواست معتبرض صادر گردد. همینطور چنانچه در رأى صادره در شعبه سی ام دیوان نیز می‌بینیم و متعاقباً در ادامه مطالب خواهد آمد در این رأى در قسمتی قاعده تسليط یعنی حق مالک در استفاده از مایملک و همینطور قاعده لاضر یعنی حفظ استحکام بنا با عدم تخریب قسمت غیر مجاز و همچنین عدم داشتن ضرر برای دیگران در قسمت ساخت غیر مجاز و نهایتاً قاعده عدالت و انصاف را می‌توان از فحوای رأى و یا مفهوم آن در کرد. اما آنچه قابل تأمل است اینکه این مطالب یعنی رعایت عدالت و انصاف در حفظ سرمایه‌های انسانی و ملی، اگر چه باعث و مشوقی برای متخلّفين می‌باشد اما باید سعی بر جلوگیری از تخلّف را مد نظر قرار داد تا اینکه بخواهیم با متخلّف برخورد کرده و یا با عدالت و انصاف با وی مماسات داشته باشیم و اگر اینگونه عمل شود موارد تخلّف به کمترین حد ممکن نزول خواهد کرد.

آنچه از فحوا یا منطق مواردی از آراء نقض شده در دیوان عدالت اداری استنباط می‌گردد و قابل تأمل است قانونگذار باید خمامت اجرای لازم در صدور آراء غیر قانونی در کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ را قید و از بروز اینگونه تخلّفات جلوگیری نماید. با اینکه کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری جهت رسیدگی به تخلّفات ساختمانی و رعایت انضباط شهرداری شکل گرفته است، اما بسیار پیش می‌آید به دلایلی مانند عدم داشتن تخصص لازم، عدم آشنائی با قانون و عدم بی‌طرفی کامل تصمیماتی خارج از صلاحیت خود و یا مغایر با قانون و حقوق مکتبه شهروندان گرفته می‌شود و موجب تضییع حقوق آنان خواهد شد. که در اینگونه تصمیمات‌خلاف کمیسیون ماده ۱۰۰ ظرف مهلت‌های مقرر در ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی و تشکیلات دیوان عدالت اداری موارد قابلیت‌شکایت خواهد داشت.

اما در پی صدور آراء خلاف قانون و اعتراض به این آراء چه در کمیسیون تجدید نظر و جه در مرجع بالاتر یعنی دیوان عدالت اداری و رسیدگی و صدور رأى در شعب این دیوان که در مواردی این آراء متناقض بوده و در پی اعتراض به این آراء لاجرم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ورود و اقدام به صدور رأى وحدت رویه نموده که نمونه آن به شرح زیر است.

رأى شماره ۵ - ۲۵۹/۹۰ - ۱۳۹۲/۲/۱۳ شماره دادنامه : ۱/۲۵ شماره دادنامه :

۹۷ کلاسه پرونده ۲۵۹/۹۰ مرجع رسیدگی کننده : هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ،



موضوع شکایت و خواسته : اعلام تعارض در آراء صادر شده از شعب دیوان عدالت اداری که پیرو طرحدادخواستی مبنی بر اعتراض به آراء قطعی شده در مورد بالکن موجود در واحدهای تجاری که به صورت «تیپ واحد» با سایر واحدهای تجاری تعییه شده و با اخذ پایان کار کلی توسط سازمان عمران و نوسازی شهرک اکباتان به خریداران تمییک شده است. متعاقباً کمیسیون مذکور بدون ارجاع امر به کارشناس، وجود بالکن مذبور را مغایر با مقررات شهرسازی یا فنی و یا بهداشتی (بدون تعیین آنها) دانسته و حکم به اعاده به وضع سابق و قلع بنا صادر کرده است. علی رغم این که معلوم نیست احراز این امر بر چه مبنای استوار بوده است. با ارجاع امر به شعبه ۳۳ دیوان موضوع منجر به صدور دادنامه می‌شود و چنین استدلال می‌شود.

با توجه به بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان اعتراض نسبت به آراء کمیسیون به لحاظ این که متنضم اثبات نقض قوانین و مقررات و یا مخالف باشد مشاهد نشده، رد می‌شود، این در حالی است که در کلیه موارد مشابه از جمله مورد دیگری که توسط شعبه ۳۳ موضوع رسیدگی واقع شده به نقض آراء صادر شده توسط کمیسیون مذبور حکم داده شده است. لذا همانگونه در احکام شعب مذکور استدلال شده، ضمن این که بعضًا حاکمیت قوانین شهرداری بر واحدهای تجاری موصوف مورد تردید واقع شده احداث آنها طبق ضوابط طرحهای تفصیلی دارای کاربری تجاری با تراکم ۱۰۰٪ تشخیص داده شده و نیز بیان شده شهرداری استنادات بر مزاد بودن تراکم را ارائه نکرده است. از طرفی نظر به این که مغایرت بنای متنازع فيه با مقررات تبصره ۱ ماده ۱۰۰ از لحاظ اصول شهرسازی و فنی و معماری که هدف اصلی مقررات مذکور است، بر اساس نظریه کارشناسی استوار نبوده و با التفات به این که دلیل و مدرکی دال بر ضرورت قلع و تخریب بنا ارائه نشده و در نتیجه ضرورت آن احراز نشده، به علاوه در خصوص قدمت بنا هیچ گونه تحقیقی به عمل نیامده آراء صادر شده را مواجه با اشکال تلقی و حکم بر نقض آنها صادر و به کمیسیون هم عرض ارجاع شده تا با رعایت مراتب فوق طبق مقررات مجدد رسیدگی شود. اینک با عنایت به این که حقوق مکتبه اشخاص در معرض تهدید و تضییع قرارگرفته بدوان استدعا ای ارجاع امر به یکی از شعب دیوان جهتصدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از تخریب و قلع بنا می‌شود، زیرا که در حال حاضر چندین خانواده از محلهای مذکور ارزاق و اعشه می‌نمایند که جبران آنها در آینده متعدد است. ثانیاً: تقاضای طرح موضوع در

۶۰

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به استناد ماده ۴۳ قانون دیوان مورد استدعا است.

محل رسید
حقوق

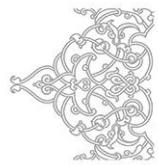


توضیح‌آغازنچه می‌بینیم در رسیدگی به اینگونه آراء صادره در کمیسیون‌های بدوى یا تجدید نظر ماده ۱۰۰ و طرح این آراء در دیوان نکات بسیار مورد امعان نظر قرار می‌گیرد و در موارد بسیاری آراء‌های دانی نقض و یا دستور رسیدگی مجدد صادر می‌گردد.

رأی صادره در این خصوص در شعبه سی و سوم دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۸۹۰۹۹۸۰۹۰۰۲۷۸۶۸ با موضوع دادخواستی به خواسته اعتراض به رأی تجدیدنظر شماره ۱۳۸۸/۵/۳۱ - ۸۸۰۵۸۸۵ کمیسیون ماده صد، به موجب دادنامه شماره ۱۳۸۹/۱۱/۳۰ - ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۰۴۸، مفاداً شکایت مبنی بر نقض رأی تجدیدنظر شماره ۱۳۸۸/۵/۳۱ - ۸۸۰۵۸۸۵ کمیسیون ماده صد با توجه به مجموع مدارک و دلایل ابرازی شاکی و مفاد لایحه جواییه طرف شکایت طی شماره ۱۲۵۱ - ۱۳۸۹/۸/۵ و سایر مندرجات پرونده شکایت مطروح را وارد دانسته زیراولاً: استناد کمیسیونهای ماده صد قانون شهرداریها به تبصره ۱ ماده صد قانون در مواردی است که احداث بنا با یکی از مقررات شهرسازی یا فنی یا بهداشتی مغایرت داشته باشد و حال آن که در رأی معتبرض عنه معلوم نیست که احداث بنا مستحب است که این مقدار از تغییرات مذکور مغایر نباشد. ثانیاً: برابر تبصره دوم ماده صد قانون مرقوم، صدور حکم به تحریب فرع بر احراز ضرورت آن توسط کمیسیون مذکور است و حال آن که نحوه احراز این ضرورت با توجه به کلیه مندرجات این پرونده معلوم نیست.

ثالثاً: شاکی مدعی است، محلی که رأی به قلع آن داده شده از ابتدای ساخت مکان تجاری موجود بوده و در این رابطه هیچ گونه تحقیقی در جهت ارزیابی دلایل مدعی و قدمت بنا صورت نپذیرفته است. بنابراین ضمن نقض رأی مورد اعتراض مستنداً به مواد ۱۴، ۱۳، ۷ و ۱ قانون دیوان عدالت اداری به وارد دانستن شکایت شاکی در حد طرح مجدد در کمیسیون هم عرض با رعایت مفاد این دادنامه حکم صادر و اعلام شده است.

از موارد آراء صادره در خصوص موضوع، رأی شعبه بیست و نهم دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۸۹۰۹۹۸۰۹۰۰۲۴۲۰۶ با موضوع دادخواستی و به خواسته اعتراض به رأی شماره ۱۳۸۸/۱۰/۷ - ۸۸۱۱۶۶ کمیسیون ماده صد، به موجب دادنامه شماره ۱۶۴۵ - ۱۳۸۹/۱۱/۳۰، مفاداً به این شرح اقدام به صدور رأی نموده است. نظر به این که حسب مفاد لایحه جواییه پلاک ثبتی شماره ۲۳۹۵/۵۸۴۴۳۴/۸۳ ملکی که طبق ضوابط طرحهای تفصیلی دارای کاربری تجاری با تراکم ۱۰۰٪ است و با انضمام به تجاری قبلی موجود در محل به مساحت ۶۵/۸۶



مترمربع افزایش یافته است، بنابراین مستنبط از لایحه مذکور این است که منطقه دارای وصف تجاری بوده و بر همین اساس اجازه احداث مغازه اولیه قبل از افزایش مذکور تفویض شده است. بنابراین با توجه به منطق و مدلول بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و این که مغایرت بنای اضافه شده مذکور با مقررات تبصره یک ماده صد از لحاظ اصول شهرسازی و فنی و معماری اعلام نشده است. علی‌هذا شکایت مطروح وارد تشخیص و با نقض رأی صادر شده به وارد دانستن شکایت و ضرورت رسیدگی مجدد حکم صادر می‌شود.

مورد بعد رأی صادره در شعبه بیست و هفت میوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۱۶۸۳۷ با موضوع دادخواستی به خواسته اعتراض به رأی شماره ۸۹۰۴۳۹ - ۱۳۸۹/۴/۶ کمیسیون ماده صد، به موجب دادنامه شماره ۸۹۰۴۳۹ ۱۰/۱۵ - ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۲۷۰۱۰۱۹ مفاداً به شرح ذیل به صدور رأی مبادرت کرده است. در خصوص شکایتی به خواسته نقض رأی شماره ۱۳۸۹/۴/۶-۴۹۰۴۳۹ کمیسیون بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداریها با توجه به محتویات پرونده و لایحه طرف شکایت که به شماره ۸۷۹ - ۱۳۸۹/۱۰/۶ ثبت دفتر لوایح این شعبه شده است و با ملاحظه و مذاقه در پرونده استنادی خوانده و با عنایت به این که شاکی اظهار کرده از زمان حاکمیت قوانین شهرک به صورت بالکن در داخل مغازه وجود داشت و ملک خارج از محدوده قانونی و حریم شهر واقع در شهرک می‌باشد و به موجب تبصره ۴ قانون تعاریف محدوده حریم شهر و روستا و شهرک و نحوه تعیین آنها مصوب ۱۳۸۴/۱۰/۲۸ هرگونه ساخت و ساز در شهرکها تابع ضوابط و طرحهای مصوب قانونی آنها است طرف شکایت در لایحه مذکور اعلام کرده شاکی هیچ گونه دلیل و مدرکی قانونی جهت اثبات ادعای طرفین ارائه نکرده است و استناد شاکی به آین نامه صحیح نیست، زیرا آین نامه مربوط به اراضی خارج از محدوده قانون و حریم شهرها است و حال آن که ملک موصوف داخل در محدوده قانونی شهر تهران است. آنچه از مفاد پرونده استنبط می‌شود و ملک موصوف یعنی بالکن جزء از بنا بوده و عوارض مربوط به آن توسط فروشنده پرداخت شده و در زمان احداث شهرک اکباتان خارج از شهر بوده و مقررات مربوط به خود حاکم بوده و در حاکمیت قوانین شهرک ملک موصوف احداث شد. اکنون در صلاحیت رسیدگی کمیسیون حداقل شک وجود دارد و از سوی دیگر ضرورت قلع و تخریب محرز نیست.

۶۲

بنابراین دعوای مطروح را وارد تشخیص و به استناد مواد ۷ و ۱۴ قانون دیوان عدالت



اداری رأی معارض^{نه} نقض و مقرر می دارد کمیسیون همعرض با در نظر گرفتن مراتب فوق الاشعار وفق مقررات قانونی مجدداً به موضوع رسیدگی نماید.

در پی صدور این آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با حضور رؤسا، مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی، با اکثریت آراء مبادرت به صدور رأی نموده و نکات به شرح ذیل را بیان می کند.

اولاً: تعارض در آراء محرز است. ثانیاً: با عنایت به ماده صد قانون شهرداری و تبصره های آن، مالکان اراضی واقع در محدوده شهرها مکلفند با اخذ پروانه از شهرداری مربوط و رعایت مراتب مندرج در آن، اقدام به احداث ساختمان با مساحت و کاربری مذکور در پروانه نمایند. بنا به جهات اشاره شده در آراء و این که اقدام مالکان به افزایش سطوح تجاری بیش از میزان مذکور در پروانه صادر شده پس از صدور گواهی پایان کار و بدون اخذ جواز مجدد از شهرداری و جاهت قانونی ندارد و رأی قطعی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری در این خصوص وفق مقررات صادر شده است، بنابراین دادنامه های شماره ۱۱۱۸/۱۱/۳۰ - ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۱۳۱ و ۱۳۸۹/۱۱/۳۰ - ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۱۱۳۱ شعبه سی و سوم دیوان عدالت اداری و شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۰۳۵۹ - ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۳۱۰۰۳۵۹ - ۱۳۹۰/۲/۳۱ شعبه سی و یکم دیوان عدالت اداری صحیح و موافق مقررات می باشد. و این رأی را به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتّبع اعلام نموده است.

در ادامه جهت تکمیل مطلب آراء دیگری که در شعب دیوان عدالت اداری صادر و متناقض بوده و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اقدام به صدور آراء وحدت رویه نموده است به عنوان نمونه آرده و مورد بررسی قرار می گیرد.

طبق رأی به شماره ۵۷۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۳ و به کلاسه پرونده ۱۶/۹۱ با موضوع شرایط صدور رأی قلع یک ساختمان در شعبه سی و دوم دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۱۶۵۵ با موضوع دادخواستی ارجاع شده به خواسته نقض رأی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری مستقر در شهر اسفراین به موجب دادمه شماره ۱۶۵۵/۱۳۹۶/۶/۵-۹۰۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۱۶۵۵، مبادرت به صدور رأی به شماره ۱۰۹۷-

۶۳

۹/۵/۱۳۹۰ ثبت دفتر لوایح این شعبه شده است و با عنایت به این که

اولاً: در رأی صادر شده به احداث بنا بدون مجوز اشاره نشده است در حالیکه صدور



پایان کار با احداث بنا بدون مجوز تعارض دارد.

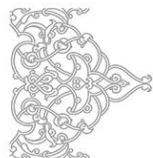
ثانیاً: کمیسیون در صدور رأی جریمه خود بدون تعیین مبنا و منشاء حکم جریمه که بر اساس سال ساخت بعد از اخذ نظریه کارشناس مربوطه و ارزش معاملاتی تعیین شده در آن سال صورت می‌گیرد مباردت به صدور حکم کرده که فاقد وجاهت قانونی است.

ثالثاً: کمیسیون در صدور رأی قلع بنا می‌باید مغایرت بنای احداث شده را با یکی از اصول سه گانه مذکور در تبصره یک ماده صد احراز می‌کرد که در این قسمت نیز به صورت محمل و بدون استناد، حکم صادر شده است، بنابر این دعوای مطروح را وارد تشخیص و به استناد مواد ۱۴ و ۷ قانون دیوان عدالت اداری رأی معتبرض به را نقض و مقرر می‌دارد کمیسیون هم عرض با در نظر گرفتن مراتب فوق، طبق مقررات قانونی مجدداً به موضوع رسیدگی کند.

نمونه دیگری از صدور رأی در شعبه بیست و نهم دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده شماره ۱۵۱۴۷ ۹۰۰۹۹۸۰۹۰۰۰ ۱۳۹۰/۱۱/۱۰، مفاداً به شرح زیر به صدور رأی مباردت و نظر به این که رأی مورد اعتراض با توجه به دلایل و جهات مقید شده در آن وفق مقررات قانونی صادر شده و شاکی دلیل و یا مدرکی که موجبات نقض آن را فراهم آورد ارائه نکرده است و بر کیفیت رسیدگی نیز ایراد و اشکالی مشهود نیست شکایت مطروح را غیر وارد تشخیص و به رد آن حکم صادر نموده است.

در پی صدور این آراء متناقض در شعب مختلف دیوان هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با حضور رؤسا، مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی، با اکثریت آراء به شرح زیر به صدور رأی مباردت نموده است.

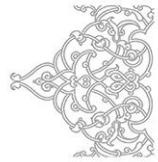
اولاً: تعارض در آراء محرز است. ثانیاً: مطابق تبصره ۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، در مواردی که عملیات ساختمانی بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه انجام شده باشد، کمیسیون موضوع این قانون با احراز این که اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی در ساختمان احتمالی رعایت نشده است، می‌تواند قلع تأسیسات و بناهای خلاف مشخصات مندرج در پروانه را طی تشریفاتی مورد حکم قرار دهد. با توجه به مراتب، رأی کمیسیون مبنی بر قلع تأسیسات احتمالی باید متضمن اعلام عدم رعایت اصول سه گانه مذکور در ساختمان احتمالی باشد و چون در پرونده‌های موضوع تعارض، رأی کمیسیون متنضم ذکر جهات یاد شده نبوده است و شعبه ۳۲ دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره



۱۳۹۰/۶/۵ - ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۱۶۵۵ رأی مذکور را به جهت یاد شده نقض و حکم به وارد بودن شکایت صادر کرده است، این رأی صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود و به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتّباع است.

نمونه بعدی آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شامل رأی کلاسه پرونده: ۸۷/۹۶۰ با موضوع اعلام تعارض آراء صادره از شعبه ۳۰ دیوان عدالت اداری. تاریخ رأی یکشنبه ۶ اردیبهشت ۱۳۸۸ شماره دادنامه: ۴۹/۸۸

شعبه سی ام دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۸۰/۸۶ موضوع شکایت به خواسته اعتراض به رأی شماره ۱۰۱/۲-۲-۱۳۸۶/۳/۲۷ مورخ ۱۲۸۵ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱ چنین رأی صادر نموده است، نظر به اینکه اهل شهرداریها می‌توانند از ادامه عملیات ساختمانی بدون پروانه و یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از اینکه عملیات ساختمانی در زمین محصور یا غیر محصور واقع باشد، جلوگیری نمایند و از طرفی به استناد تبصره ۷ ماده صد قانون یاد شده مهندس ناظر و ماموران شهرداری را مکلف به جلوگیری به موقع در صورت وقوع تخلف نموده و حتی تعقیب جزایی آنان لازم دانسته است و شهرداری این تکلیف خود را انجام نداده و عملاً موجبات تخلف را فراهم آورده است. ثانیاً با عنایت به نظریه مورخ ۱۳۶۳/۲/۱۱ شورای عالی قضایی و نظریه شماره ۷/۴۵۸۹ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۷ اداره حقوقی تخریب بنای مسقف تجویز نگردیده و کلمه «می‌تواند» در صدر ماده صد موید این است که کمیسیون ماده صد تکلیف و الزامی برای صدور رأی تخریب بنا ندارد و طبق تبصره ۲ ماده صد می‌تواند رأی دیگری غیر از تخریب صادر نماید و چون تعطیل و اعاده به وضع سابق مستلزم تخریب و جمع آوری تاسیسات موجب تزلزل و عدم استحکام به قسمتهای دیگر ساختمان (که با مجوز ساخته شده) و مستلزم ایجاد خسارت جبران ناپذیر به سازنده بناء خواهد بود که این امر نیز مورد نظر قانونگذار نمی‌باشد و در وضع موجود و بحران شدید مسکن ثمره‌ای جز هدر رفتن نیروی انسانی و مادی و مصالح ساختمانی ندارد. ثالثاً: با توجه به تبصره‌های ماده صد قانون شهرداری لزوم حکم به تخریب در صورتی است که اصول سه گانه شهرسازی – فنی- بهداشتیاً سویمالک رعایت نشده باشد که از طرف شهردار یا هم‌لیق انکنندگان بر عدم رعایت اصول مذکور ارائه نگردیده است و در واقع رأی صادره، متکی بر مبانی قانونی اصدر



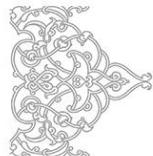
نیافته است. فلذا با عنایت به موارد معنونه دعوی مطروحه را وارد تشخیص و ضمن نقض رأی مورد شکایت رسیدگی مجدد به کمیسیون همعرض محول می‌شود.

شعبه سی ام دیوان در رسیدگی به پرونده کلاسه ۱۱۷۹/۸۶ موضوع شکایت به خواسته نقض رأی شماره ۴۴۳ مورخ ۱۳۸۶/۸/۶ کمیسیون تجدیدنظر ماده صد قانون شهرداری مبنی بر قلع مستحدثات به جهت ساخت غیر مجاز در کاربری کشاورزی و بدون رعایت استحکام و مقاوم سازی به شرح دادنامه شماره ۱۸۸۰ مورخ ۱۳۸۷/۷/۱۷ چنین رأی صادر نموده است، با عنایت به اینکه شاکی ایراد و اعتراض موثر و موجهی که اساس رأی را متزلزل و مخدوش و در نتیجه موجبات نقض آن را فراهم نماید، ارائه نکرده و نسبت به دعاوى مطروحه دلیلی ابراز ننموده و از نظر شکلی نیز ایراد و اشکالی به رأی وارد نیست و در نحوه رسیدگی و رعایت تشریفات تخلفی از مقررات قانونی مشهود و ملحوظ نمی‌باشد و شکایت به کیفیت مذکوره وارد نیست. علیهذا حکم به رد آن صادر می‌نماید.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آراء به شرح زیر مبادرت به صدور رأی نموده اند.

الف- تعارض در مدلول دادنامه‌های فوق الذکر محرز بنظر می‌رسد. ب- علاوه بر اینکه احداث بنا در محدوده قانونی شهر و حریم آن منوط به ارائه سند مالکیت رسمی و یا مدارک مثبت ازن مالک است، اساساً احداث بنای مسکونی در اراضی کشاورزی قبل از تغییر کاربری آنها توسط مرجع ذیصلاح قانونی مجوزی ندارد. بنابراین دادنامه شماره ۱۸۸۰ مورخ ۱۳۸۷/۷/۱۷ شعبه سی ام دیوان عدالت اداری مبنی بر رد اعتراض شاکی نسبت به رأی قطعی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در حدی که مفید این معنی است، موافق اصول و موازین قانونی می‌باشد. و این رأی را به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذیربط در موارد مشابه لازم‌الاتّباع دانسته است.

توضیح: در این موارد از آراء صادره در کمیسیون‌های ماده صد که مبنای مراحل بعدی از نظر اعتراض و درخواست تجدیدنظر خواهی می‌باشد چنانچه مستفاد می‌گردد بعضاً آرائی صادر شده که یا مستندات قانونی لازم را دارا نمی‌باشد و یا از نظر شکلی با قوانین مربوطه مغایرت دارند که لازم است در خصوص انتخاب افراد در کمیسیون چه از نظر فرد مطلع و چه از نظر تعداد و حتی حضور طرف دعوای شهرداری یا فردی مطلع از ضوابط



و قوانین مثل کارشناس حقوقی یا وکیل فرد به نمایندگی از طرف ایشان و همینطور دیگر افراد مرتبط با مراحل ساخت و ساز و نظارت بر آن همچون مهندس ناظر و یا شخصی به نمایندگی آنان در کمیسیون حضور داشته باشد تا در ابتدای امر تصمیمات و آراء مستدل، مستند و بر طبق قوانین و ضوابط صادر و باعث ختم رسیدگی گردد نه اینکه با نقایص فوق سیر اعتراض و شکایت مجدد و درخواست تجدید نظر و صرف هزینه و وقت برای طرفین ایجاد شود.

(۵) نکات استخراجی از آراء دیوان عدالت اداری که بیشترین علت نقض آراء صادره در مراجع دانی بوده به شرح ذیل می‌باشد.

۱-۵) عدم رعایت مواعده چهارگانه «مهلت یک هفته‌ای از جانب شهرداری و مهلت ۱۰ روزه جهت ارائه توضیحات ذی‌نفع و مهلت یک ماهه جهت اخذ تصمیم توسط کمیسیون و مهلت حداقل دو ماهه برای قلع و قمع بنا» از طرف شهرداری و کمیسیون ماده ۱۰۰ (مستند به تبصره ۱ ماده صد) در رسیدگی می‌باشد و همینطور سلب حق پاسخگوئی یا دفاع از ذینفع و یا عدم رسیدگی دقیق به مدارک یا عدم توجه به اظهارات مالک و صدور رأی برخلاف واقعیت و یا عدم تحويل اخطاریه‌ها یا عدم ابلاغ واقعی تخلفات ساختمانی به دلیل استنکاف مالک از دریافت ابلاغ و یا نحوه ارائه یا عدم رعایت نحوه ابلاغ تخلفات ساختمانی و آراء کمیسیون‌ها به ذینفع(ها).

۲-۵) رعایت نشدن ضوابط شهرسازی در تطبیق تخلف با مقررات مربوطه و یا رسیدگی به پرونده‌های تخلفات ساختمانی خارج از محدوده و حریم شهری

۳-۵) صدور حکم حاکی از عدم ضرورت دستور به قلع و تخریب در موارد زیر چنانچه حکم به قلع یا تخریب ضرورت داشته است و یا بالعکس شامل: احداث ساختمان بدون پروانه یا مغایرت با اصول فنی، شهرسازی، بهداشتی و ایمنی ساختمان که حکم به قلع قمع ضرورت دارد و یا امکان اصلاح و رفع عیب بنایی که به صورت غیرمستحکم ساخته شده و قابل اصلاح می‌باشد ولی حکم به قلع و قمع صادر شده است. و یا عکس آن یعنی تغییر کاربری ملک برخلاف مفاد پروانه و عدم صدور حکم تخریب و اعاده به وضع سابق و در ازاء تعیین جریمه و پرداخت آمده است. همینطور مواردی مثل استنکاف از پرداخت جریمه و عدم صدور حکم تخریب(موضوع تبصره ۲ ماده ۱۰۰) و در آخر احداث بنا در ملک غیر، کاربری غیرمجاز، یا در حریم که دستور تخریب لازم و ضروری می‌باشد.



۴-۵) مد نظر قرار دادن قاعده عدالت و انصاف نسبت به مردم چه افراد خاص شامل شاکی و متضرر از حکم و چه عوام در یک منطقه مسکونی و رعایت حال آنان در استفاده از امکانات خدمات عمومی

۵-۵) ابطال مصوبه کمیسیون ماده ۱۰۰ به دلیل عدم رسمیت جلسه کمیسیون ماده صد به جهت ایرادات شکلی مربوط به ترکیب کمیسیون یا رأی صادره توسط اعضاء و یا رد الزام انجام تهدیاتی علاوه بر رأی کمیسیون ماده صد و یا لزوم تعییت کمیسیونهای هم عرض از آراء قطعی دیوان عدالت اداری که البته طبق قانون تشکیلات دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ موارد شکایت و اعتراضی از طرف دیوان به کمیسیون صادر کننده رأی ارجاع و آن کمیسیون موظف به تامین نظر دیوان می‌باشد.

۶-۵) ضرورت احراز شرایط و نحوه شمول تبصره یک ماده صد برای صدور رأی تحریب از لحاظ اصول شهرسازی یا فنی یا بهداشتی.

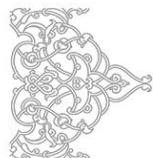
۷-۵) ذی نفع بودن شخص فاقد سند مالکیت همچون مستاجر مغازه و یا هسایگان یک ملک در اعتراض به تخلف ساختمانی و آراء کمیسیونهای ماده ۱۰۰

۸-۵) لزوم احداث و استفاده از ساختمانها مطابق با پروانه ساختمانی مربوطه یا تغییر و تایید تبدیل در بنا مثل تبدیل دو واحد به حالت اولیه (دوبلکس) و یا رد اعتراض به تبدیل و استفاده تجاری از ساختمان مسکونی و همینطور عدم توجه به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و تبدیل مجدد ساختمان مسکونی به تجاری مرتبط با تخلفات ساختمانی و ماده ۱۰۰ این قانون و یا تائید لزوم رعایت برهای اصلاحی ملک مطابق پروانه ساختمانی.

۹-۵) ابطال بخشنامه خلاف ضوابط طرح تفصیلی شهر یا صلاحیت کمیسیون ماده ۹۹ در رسیدگی به تخلفات ساختمانی بناهای الحاقی به محدوده شهر و عدم صلاحیت رسیدگی کمیسیون ماده ۱۰۰ به این امور و یا تائید قلع و تحریب اعیانی احداثی در کاربری زارعی و فاقد کاربری.

۱۰-۵) رد شکایت واحد دولتی علیه واحد دولتی دیگر به دیوان عدالت اداری یا عدم رسیدگی به اعتراض ادارات دولتی به آراء کمیسیون ماده ۱۰۰ در دیوان عدالت اداری را رد دخالت ادارات دیگر در امور ساخت و ساز املاک واقع در محدوده و حریم شهر.

۱۱-۵) رد صلاحیت کمیته ثبت اعیانیهای دارای رأی تحریب از کمیسیون ماده صد و یا رد طرح مجدد پرونده ای که قبلًاً موضوع همان پرونده با رأی دیوان عدالت اداری قطعیت یافته (بر مبنای اعتبار امر مختوم).



(۱۲-۵) شرایط تعیین ارزش معاملاتی ساختمانها و لزوم اعمال ارزش معاملاتی ساختمان بر اساس ارزش تاریخ وقوع تخلّف یا ردّ تجدید ارزش معاملاتی ساختمانها به دفعات در طول سال و یا ردّ استفاده از ارزش بهره برداری بجای ارزش معاملاتی برای جرائم کمیسیونهای ماده صد و یا ضرورت احراز وقوع ملک در داخل محدوده و استفاده از ارزش معاملاتی سال احداث در تعیین جریمه، مراعات نشدن ارزش معاملاتی سال احداث اعیانی‌ها در برقراری جرایم و یا برقراری جریمه مازاد بر سقف جریمه مقرر در قانون به جای برقراری جریمه مقطوع زیرا مراجع رسیدگی کننده حق و اجازه هیچگونه توافق و یا تغییر از میزان جریمه را ندارند.

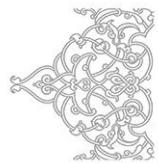
۶) راه حل حذف علل نقض آراء بدوى در مراجع تالى

در پایان مقاله نظرات کارشناسی و اجرائی در نقد علل صدور آراء قابل نقض در مراجع تالى و راه کار منع صدور آراء ضعیف یا دارای نقض قانونی به شرح ذیل و بصورت فهرست وار ارائه می‌گردد.

(۱) قطعاً کمیسیون ماده ۱۰۰ باید از جنبه درآمد زائی برای شهرداری خارج گردد تا شهرداری از چشم داشت از این منبع مالی دست برداشته و در انجام وظیفه خود که همانا نظارت و تلاش برای اخذ مجوز پروانه ساختمان میباشد معطوف گردد. و در این راه باید این ماده و کمیسیون آن از حالت برخورد با تخلّف به الزام جلوگیری از بروز تخلّف را مد نظر قرار دهد.

(۲-۶) در خصوص هیأت و اعضاء کمیسیون ماده ۱۰۰ باید به گونه ای افراد انتخاب گردند که علاوه بر متخصص در امور قانونی و شهرداری دارای تحصیلات و تخصص ساخت و ساز را نیز دارا بوده و همینطور تعداد اعضاء از سه نفر دارای حق رأی بهینج نفر که شامل نماینده شهرداری با داشتن حق رأی و نماینده طرف دعوای شهرداری که می‌تواند از نمایندگان مهندسین ناظر و یا نماینده ای از طرف پیمانکاران و مجریان باشند ارتقاً یابد. مضافاً اینکه باید جلسه رسیدگی با حضور خود متخلف به عنوان طرف دعوا جهت توضیح و دفاع از خود صورت بگیرد.

(۳-۶) در خصوص کمیسیون تجدید نظر طبق قانون آئین دادرسی مدنی باید هیأت یا کمیته یا کمیسیون تجدید نظر از نظر علم و تخصص و تجربه به مراتب بالاتر از



کمیسیون بدوی باشد تا بتوان به رأی صادره در این کمیسیون با دیده قابل قبول به آن نگریسته شود.

۶-۴) در خصوص اعتراض به رأی، چنانچه رأی بدوی در موعد ده روزه از آن درخواست تجدید نظر نگردد قطعی تلقی خواهد شد پس می‌توان در دیوان نسبت به آن اعتراض کرد و یا رأی قطعی تجدید نظر شده نیز به همین منوال خواهد بود و این اعتراض فقط در صورت تخلف از قانون قابل رسیدگی می‌باشد. پس چه بهتر قبل از ارائه اعتراض نسبت به اجرای مرّ قانون و رعایت ضوابط دقت لازم صورت گرفته شده و پیشنهاد می‌گردد با احداث دفاتر استانی دیوان این موارد بررسی گردد که اگر نقض قوانین مشهود باشد در همین مرحله رأی نقض و به کمیسیون تجدید نظر ارسال تا رأی تابع قانون و در چهارچوب اعلامی شعبه استانی دیوان اقدام گردد.

۶-۵) از جمله موانع و مشکلات عدم رعایت و نظارت بر تخلفات ساختمانی به دلیل ازدیاد تخلفات و پروندهای ارسالی به کمیسیون ماده ۱۰۰ طبق آمار ارائه شده می‌باشد. لذا باید با اصلاح قانون اقدام به نظارت دقیق و بیشتر و بصورت میدانی و مستمر و همینطور بازدید و بازرسی اتفاقی بر ساخت و سازهای ساختمانی انجام تا ارجاع پرونده تقلیل یافته، که در نتیجه این اقدام و برنامه ریزی، من بعد صدور دستور نسبت به پرونده متخلّف سریعتر و اجرای احکام زودتر انجام می‌گردد.

۶-۶) لزوم تصویب «قانون جامع شهری و شهرسازی و نظارت بر ساخت و ساز و اماکن» ضرورت داشته تا در قالب این قانون جامع و دارای مدیریت مستقل از شهرداری و یا معافونت دارای اختیار تمام از مدیریت شهری و تعامل این مدیریت با دیگر دستگاه‌های همعرض می‌تواند بسیاری از معضلات و مشکلات موجود را مرتفع و حل نماید.

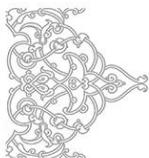
۶-۷) از جمله الزامات در حوزه مدیریت شهری و تجمیع مدیریت‌های متعدد همچون مدیریت آب، برق، گاز، تلفن، فاضلاب، نوسازی، خدمات شهری، فرهنگی ورزشی شهری بسیار ضروری است.

نتیجه:

بنا بر مطالعه و تحقیق انجام گرفته و دلائل متعدد در نقض آراء کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و نتایج بدست آمده اینکه اولاً این ماده از قانون و کمیسیون ماده ۱۰۰ و چرخه اجرائی و عملکرد آن توان و ظرفیت جلوگیری از بروز تخلف را نداشته

۷۰

محل رسید
حقوق



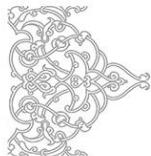
بلکه خود مستمسکی است برای تخلّف چه از طرف شهرداری و چه از طرف مردم و دوم اینکه قانون خودکفایی مالی شهرداری مصوب ۱۳۶۵ و عدم جایگزین منابع مالی لازم برای شهرداری‌ها خود باعث روی آوردن مدیران شهری به اموری همچون فروش تراکم، کوتاهی نسبت به ممانعت از تخلّف و زمینه ساز آن و اخذ جرائم خروجی از کمیسیون ماده ۱۰۰، عدم اجرای مدیریت کلان و قوی و آینده نگر برای شهر و موارد دیگری که در قالب راه حل حذف علل صدور آراء قابل نقض در متن مقاله بیان گردید. اما آنچه لزوم آن قطعی است تصویب مقررات مدون با عنوان «قانون جامع شهری و شهرسازی و نظارت بر ساخت و ساز و اماکن» با مدیریت مستقل و دارای اختیارات تمام در مجموعه شهرداری است. ولی باید راهکار فوری رفع مشکلات فعلی و قبل از تصویب قانون مستقل پیشنهادی اندیشیده شود تا بتوان در کوتاه مدت مشکلات موجود را مدیریت کرد و این راه کار می‌تواند با ایجاد یک واحد مدیریت مستقل ساخت و ساز و کنترل ساختمن در چارتفعلی سازمان شهرداری هایجاد و با هماهنگی و تعامل، زمینه همکاری و رسیدن بهوحقدت رویه بین مسئولین ذی ربط اعم از شهرداری و استانداری، دستگاه‌های نظارتی و نظام مهندسی، شورای شهر، معتمدان محلی جهتمشارکت و همکاری شهروندان ایجاد نمود. که این مدیریت می‌تواند هماهنگ با دیوان عدالت اداری واعضای کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ باشد و اگر چنین باشد بسیار بجاست با ایجاد شعبه‌ی استانی دیوان عدالت اداری در مرکز استانها و کلان شهرها مراوده تنگاتنگ بین آنان برقرار شود و در صدور دستور و اجرا و نظارت از هدررفت فرست جلوگیری گردد. لذا در صورت اینگونه اصلاحات و رفع اشکالات موجود می‌توان از بروز تخلّف و صدور آراء بی شمار که عمدتاً این آراء دارای اشکالات قانونی می‌باشد و در مراجع تالی مورد نقض قرار گرفته و باعث ایجاد مشکل می‌گردد جلوگیری بعمل آید. و در انتهای به عنوان مهمترین نتیجه گیری از مقاله نگاشته شده لزوم بازنگری اساسی در ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و تبصره‌های آن ضرورت واقعی داشته و اگر واقعاً بخواهیم از تخلفات ساختمنی جلوگیری و از صدور انواع رأی بالاخص آراء قابل نقض جلوگیری گردد فقط اصل ماده ۱۰۰ و تبصره‌های ۱، ۷، ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ کفایت کرده و تبصره‌های ۲ تا ۶ ضرورتی در وجود آنها نخواهد بود. مضافاً اینکه باید بودجه‌ای ثابت برای شهرداری‌ها با طرح‌های مولدا مقرر نمود تا اتکای شهرداری به خروجی ماده ۱۰۰ و جرایم آن منفک گردد.

منابع:



با توجه به اینکه اصلی ترین منبع این مقاله پایان نامه ذکر شده در چکیده می‌باشد لذا منابع استنادی در آن پایان نامه بدون درج در متن مقاله و بصورت فهرست وار در این قسمت ذکر می‌گردد.

- ابراهیمی، جهانبخش، «رسیدگی به تخلفات ساختمانی و نحوه رسیدگی آن در حقوق ایران»
- استاذزاده، سعید، «مجموعه قوانین شهرداری ها»
- بشیری، بهنام؛ میرکاظمی، سیدجلال؛ یوسفی، میثم؛ میرزائی، امیرحسین؛ زمانی کیا، بهنام؛ خمسه، سعید؛ بشیری، قاسم، «حقوق کاربردی راهنمای مراجعین به دیوان عدالت اداری، شهرداری، تامین اجتماعی، مالیات عوارض، تعزیرت، اعتراض به کمیسیون ماده ۱۰۰ و ۷۷ شهرداری و.....»
- پورسلیم بناب، جلیل، ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در رویه قضائی
- تارنمای شهرداری تهران و شهرداری اصفهان
- تارنمای دیوان عدالت اداری و تارنمای قوه قضائیه و نظریه‌های اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «ترمینولوژی حقوق»
- خلیفه، عزت الله، «رسیدگی به تخلفات ساختمانی توسط کمیسیون‌های ۹۹ و ۱۰۰ قانون شهرداری»
- دفتر تدوین و ترویج مقررات ملی ساختمان، «قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان»
- صمدی قوشچی؛ زید الله: کتاب تخلفات ساختمانی در نظام حقوقی ایران
- عباس زاده، عبدالرضا، کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، سری منابع آموزشی شهرداریها، بهار ۱۳۸۹، نشر استاتیرا داده
- عمید، حسن فرهنگ لغت چاپ اول ۱۳۶۳
- عارف خیابانی، محمد، «رویه‌های قضائی تخلفات در شهرداری» منبع نوآندیشان
- قربانی، فرج الله، «مجموعه قوانین و مقررات شهرداری»
- کاتب‌زیان، دکترناصر «قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی»
- کامیار، غلامرضا: حقوق شهرسازی
- مجموعه شیوه نامه‌های آئین نامه اجرائی مصوب سال ۱۳۷۵ و آئین نامه اجرائی ماده ۳۳ قانون نظام مهندسی مصوب ۱۳۸۶
- موسوی مقدم، محمد، «ماده صد قانون شهرداری در رویه قضائی»
- کمانزروdi کجوری، موسی؛ حسینی، فرشته: «دوره پنحاحام، رانت زمین و مسکن و وقوع تخلفات ساختمانی در شهر سندج»



تفاوت ضامن و ظهرنویس

«واکاوی یک پرونده»

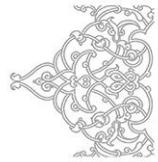
دکتر محمد خاکباز^۱

مقدمه

ضامن و ظهرنویس دو شخص متفاوت در سند تجاری هستند. ظهرنویسی در اسناد تجاری به دو منظور صورت می‌گیرد: ظهرنویسی انتقالی و ضمانتی. وقتی دارنده اول، سند تجاری مانند چک را امضاء می‌کند و چک در تصرف شخص دیگری است دلالت بر انتقال دارد. چون منطقی نیست شخص بتواند از خودش ضمانت کند و هنگامی که شخص ثالث آن را امضاء می‌کند و چک در تصرف شخص دارنده اول است امضای آن شخص ثالث اصولاً دلالت بر ضمانت دارد. مگراینکه خودش بتواند اثبات نماید که امضای او بابت انتقال سند بوده است. اگرچه در قانون صدور چک کنونی، مساله اختلاف در ماهیت ظهرنویسی چک‌های صیاد منتفی است،^۲ ولی قبل از این قانون، اختلاف نظر در اینکه امضای پشت چک، دلالت بر انتقال داشته یا بابت ضمانت بوده است، در بین حقوقدانان موجود بوده است. در پرونده موضوع این مقاله که دعواهی مطالبه وجه چک از ظهرنویس بوده بابت چکی می‌باشد که مربوط به قبل از تصویب قانون جدید صدور چک است. همچنین دفاعیات وکیل پرونده مرتبط با مباحثی، چون مرور زمان بوده که مطالعه و تمرین آن برای وکلاء، قضات و دانشجویان حقوق مفید خواهد بود:

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری البرز، دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

۲. زیرا کد ملی انتقال دهنده درسیستم ثبت می‌شود بنابراین اگر امضای شخصی پشت چک باشد ولی کد ملی او درسیستم ثبت نشود به طور قطعی می‌توان گفت که او ضامن است.



الف- گردشکار پرونده

آقای محمدرضا چک شماره ۳۴۳۸/۲۷۷۷۹۸۰ عهده بانک تجارت به مبلغ ۴۱ میلیون و ششصد هزار تومان را در وجه خانم زهره صادر می‌نماید. بعد از آن آقای حمیدرضا به عنوان ضامن، پشت چک را امضاء نموده است. خانم زهره چند ماه بعد از تاریخ چک از بانک، گواهی عدم پرداخت شماره ۹۶۰۰۲۹۰ را اخذ می‌نماید. صادرکننده چک که شخصی دارای بدھی‌های فراوان و متواری بوده ولی ضامن در دسترس است. خانم زهره (دارنده) نیز به عنوان خواهان چاره‌ای جز طرح دعوا عليه حمیدرضا (ضامن) ندارد. پرونده به شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی ارجاع شد. دادگاه یاد شده همان ابتدا با دیدگاهی غیر مثبت به موضوع نگریسته و دعوای خواهان را غیروجه تشخیص داده و تقاضای خواهان مبنی بر تامین خواسته و توقيف اموال را مردود شناخته است. زیرا مواعد مندرج در مواد ۳۱۵ تا ۳۱۷ ق.م درباره طرح دعوا رعایت نشده است. وکیل خواهان در مقام دفاع ابراز داشته که این مواعد به صراحة مواد یاد شده، مخصوص ظهرنویس است نه ضامن. ولی با دفاعیات وکیل خواهان و اوضاع و احوال موجود، در نهایت به نفع خواهان رای صادر شده است. در دفاعیات وکیل خواهان در لایحه می‌خوانیم :

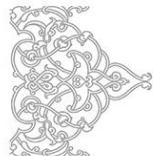
دلیل اول- خوانده دعوی اقدام به امضای پشت چک بابت ضمانت از صادرکننده آن کرده است. دلیل آن هم این است که اگر خوانده دعوی، ظهرنویس (انتقال گیرنده) بوده باید چک در تصرف خود او باقی می‌ماند. حال آنکه در تصرف موکل است و تصرف، دلیل مالکیت هر مالی است (ماده ۳۵ ق.م و قاعده فقهی ید).

دلیل دوم- مواعد یاد شده در مواد ۳۱۵ و ۳۱۷ ق.ت طبق صراحة آن مواد مشمول ظهرنویس است نه ضامن و رای وحدت رویه ۱۳۷۴/۲/۱۲-۵۹۷ هم در تاکید بیشتر به حکم قانون مقرر داشته است که آنها شامل «ضامن شخص ظهرنویس می‌گردد نه ضامن صادرکننده»

دلیل سوم- وقتی مطالبه وجه چک توسط موکل که حق مسلم قانونی و مشروع

۷۴

ملحق سیزده
حقوق



وی به عنوان ستم دیده و خواهان است؛ رد شود، عملًاً با تضييع كننده حق موكل، همکاری شده است و این خلاف مبانی قرآن و هدف دادرسی اسلامی یعنی حمایت از مظلوم و محکوم کردن ظالم است (آیه ۲ سوره مائدہ : تَعَاوَنُوا عَلَى الْبَرِّ وَ التَّقْوَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدُونَ : یکدیگر را برانجام کارهای خیرو پرهیز کاری یاری نمایید و برگناه و تجاوز یاری ندهید).

دلیل چهارم - به فرض محال اگر ایراد مرور زمان در این دعوا صحیح باشد، این ایراد به فرموده حقوقدانان ابزاری در دست خوانده است و دادگاه تا قبل ایراد خوانده در رعایت اصل بی طرفی و رعایت حق ماهوی اشخاص نمی‌باشد به آن استناد کند. درقه نیز عنوان خاصی برای مرور زمان یافت نمی‌شود بلکه مبنای آن نظم عمومی است. (مرحوم دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ش ۱۶۷ تا ۱۶۴، صفحه‌های ۲۲۴ تا ۲۲۹). نظر به تمام مراتب فوق و در راستای احقيق حقوق موکل تقاضای صدور حکم بر محاکومیت خوانده وفق دادخواست دارم.

با تجدید احترام

وکیل خواهان، محمد خاکباز

علی ایحال، تقاضای تامین خواسته خواهان پذیرفته نشد ولی در نهایت با دفاعیات یاد شده و عدم حضور خوانده (ضامن) در جلسه دادرسی، رای دادگاه به شرح زیر بر محاکومیت خوانده صادر گردید :

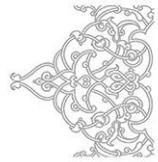
رای دادگاه

خواهان : زهره (دارنده چک)

خوانده : حمیدرضا (ضامن چک)

خواسته : مطالبه وجه چک از ضامن

«درخصوص دادخواست خانم زهره با وکالت آقای محمد خاکباز به طرفیت آقای حمید رضا به عنوان ظهernoیس به خواسته مطالبه مبلغ ۴۱۶.۰۰۰۰۰ ریال بمحض یک فقره چک به شماره ۳۴۳۸/۲۷۷۷۹۸ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱۲ عهده بانک تجارت با احتساب خسارات دادرسی و تاخیر تادیه با توجه به محتویات پرونده از جمله فتوکپی مصدق چک، گواهینامه عدم پرداخت وجه آن، نظریه اینکه وجود سند مذکور در دید خواهان ظهور در اشتغال ذمّه خوانده درقبال او دارد و خوانده با وصف ارائه لایحه (از ناحیه خواهان) ایراد و دفاع موثری بر بی اعتباری دعوا خواهان و ابراء ذمّه خویش به عمل نیاورده است، دعوا متروکه



مصنون از هرگونه تکذیب و تعرض مانده است بنا به جهت مذکور، دادگاه ذمه خوانده را در قبال خواهان مشغول دانسته؛ دعوى مطروحه را وارد تشخيص و با استناد به ماده ۳۱۳ و ۳۲۰ قانون تجارت و تبصره الحقی به ماده ۲ قانون چک و مواد ۵۱۵، ۵۱۹، ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی و مستندًا به رای وحدت رویه ۵۹۷ مورخ ۱۳۷۴/۲/۱۲ حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۴۱۶۰۰۰۰۰ ۴۱۶۰۰۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و هزینه دادرسی مبلغ ۱۴۰۶۱۶۳۸ ریال و حق الوکاله و کیل طبق تعریفه قانونی و نیز پرداخت خسارت تاخیر تادیه از تاریخ مندرج در چک تا زمان پرداخت محکوم نموده، بر اساس شاخص بانکی که میزان آن هنگام اجرای حکم محاسبه خواهد شد درحق خواهان صادر و اعلام می‌نماید. رای صادره حضوری بوده، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ در دادگاههای تجدیدنظر استان البرز تجدیدنظر پذیر است.»

رئیس شعبه سیزدهم دادگاه حقوقی کرج

سید محمد رضا ولیعهدی

نتیجه:

۱. تشخیص ضمانت از ظهرنویس در چک، از مسائل مهم و سرنوشت ساز جهت طرح دعواهی مطالبه وجه چک است. اگرچه در چکهای تابع قانون صدور چک جدید، این مساله که امضای پشت چک دلالت بر ظهرنویسی یا ضمانت دارد اصولاً متفقی است ولی در چکهای تابع قانون قبلی صدور چک، این مساله مهم است.
۲. مبنای مرور زمان نظم عمومی است و مبنای فقهی ندارد. زیرا در فقه، عنوان مستقلی برای مرور زمان وجود ندارد. ایراد مرور زمان در برگشت زدن چک و طرح دعواهی آن، ابزاری دفاعی در دست خوانده است تا به آن استناد نماید ولی در موردی که خوانده چنین ایرادی را مطرح نکرده، دادگاه نمی‌بایست راساً به آن استناد نماید. بلکه حکم بر محکومیت خوانده صادر می‌نماید. حتی اگر مشمول مرور زمان شده باشد. چنان که در پرونده بالا چنین حکمی صادر شده است.
۳. رویکرد قانونگذار همواره در راستای اعتبار نهادن به اسناد تجاری خصوصاً چک است پس شایسته است تا وکلاء و قضات در مواردی که استحقاق دارنده چک بر طبق موازین عدالت و انصاف آشکار شد قانون را به گونه‌ای تفسیر و اجرا نمایند که حکم بر محکومیت امضاء کنندگان آن از جمله صادر کننده، ضامن، ظهرنویس صادر گردد.



مداخله قضایی در روند مطالبه

ضمانت نامه بانکی با رویکرد قضایی

نادر گودرزی^۱

امروزه پوشش ریسک یکی از جنبه‌های مهم تجارت داخلی و بین المللی است. غفلت از ریسک و بی توجهی به چگونگی پوشش دادن آن، علاوه بر لطمہ زدن به سودآوری موسسات تجاری و مالی، در برخی مواقع، اصل سرمایه را نیز با مخاطره جدی مواجه می‌سازد. برای جلوگیری از این پیشامد، سال‌ها است که ابزارهای پوشش ریسک در کنار سایر ابزارهای پولی و مالی، فعالیتهای مالی را تسهیل کرده و در برابر مخاطرات گوناگون حفظ می‌نماید. ضمانت نامه بانکی از جمله مهمترین این ابزارها است که در تجارت بین المللی و همچنین نظام داخلی نقش مهمی در جلوگیری از این پیشامد ایفا کرده است. ضمانت نامه ریسک‌هایی را پوشش می‌دهد که ممکن است بر اثر عدم ایفای تعهدات یکی از طرفین یک رابطه تجاری یا مالی به وقوع بپیوندد.

به طور کلی «ضمانت نامه» قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادر کننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (ضممون عنه) در مقابل ذی نفع (ضممون له) تعهد می‌کند بدون هیچ گونه قید و شرط، عندالمطالبه یا در سررسید معین، مبلغ معینی وجه نقد بابت موضوع خاصی که مربوط به ضممون عنه است، به ذی نفع یا به حواله کرد او پردازد. ضمانت نامه‌ها غالباً توسط بانک‌ها و گاهی هم موسسات اعتباری صادر می‌شود و هدف از صدور آنها جبران خساراتی است که ممکن است از بابت عدم انجام نوع تعهد مندرج در هر یک از آنها متوجه ذی نفع آن گردد.

در رابطه عادی و معمولی بین طرفین قرارداد در ضمانت نامه‌های بانکی، معمولاً وجه

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



ضمانت نامه هنگامی قابل مطالبه است که حسب مفاد قرارداد، مضمون عنه از اجرا و ایفای مفاد قراردادی خود قصور ورزیده و تخلف کرده باشد ولی همانند هر قرارداد دیگری این امکان وجود دارد که ذی نفع، مِن غیر حق ایفای تعهدات طرف مقابل را درخواست کند. سهولت دسترسی و وصول وجه ضمانت نامه، ممکن است این وسوسه را در ذی نفع ایجاد کند تا بدون اینکه حقی نسبت به آن داشته باشد، وجه ضمانت نامه را مطالبه کند و مطالبه وجه ضمانت نامه به گونه ای غیرمنتظره و غیر منصفانه و ناروا ضرر زیادی را برای مضمون عنه در پی خواهد داشت.

امروزه ضمانت نامه بانکی به عنوان یکی از ابزارهای متداول در قراردادهای داخلی و بین المللی است. ضمانت نامه در واقع نوعی وثیقه شخصی است که برای تضمین و امنیت بخشیدن به تعهدات قراردادی صادر می‌شود. این گونه وثائق هنگامی به کار می‌آید که تعهدات مزبور اجرا نمی‌شود یا به طور کامل و مطلوب تحقق نمی‌یابد. با توجه به اینکه ضمانت نامه‌ها، معمولاً به صورت عندالمطالبه هستند و ورود محاکم برای ممانعت از پرداخت نیازمند مبانی حقوقی است.

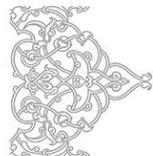
علیرغم اهمیتی که موضوع مداخله قضایی در روند مطالبه ضمانت نامه بانکی در نظام بانکی و تجاری جامعه‌ی امروز دارد، این بخش مورد توجه مولفان قرار نگرفته است. هر چند تنها در زمینه ضمانت نامه بانکی کتب و مقالاتی به رشتہ تحریر درآمده، اسانید علم حقوق صرفاً در بخش‌هایی از تالیفات خود به صورت مختصر به این موضوع پرداخته‌اند، ولی تاکنون به طور مستقل، پژوهشی در خصوص این موضوع صورت نگرفته است. در ایران خلا قانون موجب شده است که حقوق دانان برای توجیه این نهاد قانونی دست به دامان عرف تجاری بین المللی شوند و گاهی گره کار را در نهادهای سنتی بجوینند.

یکی از مسائل برای همه‌ی طرفین ضمانت نامه این است که متن سند مذکور از حیث ماهیت ضمان یعنی استقلال یا تبعی بودن آن، شفافیت لازم را داشته باشد. اشاره به قرارداد پایه در متن ضمانت نامه نیز ایجاب ناپذیر است. نام طرفین قرارداد، شروط مقدم، مدت اعتبار، تمدید مدت و تاریخ خاتمه‌ی آن، مقررات مربوط به مبلغ ضمانت نامه و کاهش تدریجی آن، فورس مازور، تهاتر، انتقال دادگاه صالح و قانون حاکم نیز از جمله‌ی مفاد مشترک ضمانت نامه‌های بین المللی هستند. مقاله (شهریاری نیا، ۱۳۸۲) موارد فوق را

۷۸

مورد بررسی قرار داده است.

محل رسید
حقوق



(۱) برخی معتقدند که ضمانت نامه بانکی همان گونه که از نام آن پیداست ماهیتا نوعی ضمانت است و لذا از انواع و اقسام عقد خسارت مندرج در قانون مدنی است که احیاناً کارکردهای متفاوتی نیز می‌تواند داشته باشد؛^۲ (۲) برخی دیگر معتقدند که صدور ضمانت نامه عمل یک طرفی و ایقاع است نه عقد؛^۳ (۳) عقیده برخی نیز برآن است که ضمانت نامه بانکی نهادی نوپاست که هر چند ممکن است برخی آثار و احکام نهادهای دیگر را داشته باشد ولی جای دادن آن در بکی از نهادهای موجود حقوقی به طور کامل امکان پذیر نیست؛^۴ (۴) بالاخره عده ای نیز آن را نوعی تعهد به نفع ثالث می‌دانند. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۴۶)

ضمانت نامه‌های بانکی ماهیت قراردادی دارند. صدور آنها به تقاضای متعهد اصلی یا مضمون عنه و بر مبنای قراردادی است که میان او و بانک منعقد می‌گردد. شباخت این قرارداد با ضمان عقدی باعث شده است که برخی دادگاهها آن را تابع قواعد ضمان بدانند. (غمامی، ۱۳۷۸، ۱۲۸)

از میان طرفداران نظریه‌ی عقد بودن ضمانت نامه‌های بانکی، برخی به معنی عام ضمان و برخی دیگر به معنی خاص آن نظر دارند.

طرفداران نظریه ضمان عقدی عمدهاً چنین استدلالی می‌کنند که ضمانت نامه، اعم از بانکی و غیر بانکی، سندی است حاکی از قرارداد ضمان؛ به این معنی که این سند معرف و دلیل وجود قراردادی است که قبل از امضا شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانت نامه صدور یافته است.

طرفداران این نظریه معتقدند که در صدور ضمانت نامه، بانک ضامن به صورت یک جانبی و یک طرفی در مقابل مضمون له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را با بت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت نامه، قبولی و رضای مضمون له شرط نیست و تعهد ضامن به تنها یکی او را ملتزم می‌سازد. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۶۲)

عبارت «صدر ضمانت نامه بانکی» که در عرف بانکی مرسوم و متداول گشته به نوعی این توهمندی را تقویت می‌کند که صدور ضمانت نامه عملی یک طرفه بوده است که از طرف بانک انجام می‌شود، بدون اینکه نیاز به عمل دیگری از طرف اشخاص دیگر (مضمون له و مضمون عنه) داشته باشد. منتها باید توجه داشت که صدور ضمانت نامه فقط ارائه برگ و گواهی ضمان است ولی روابط قراردادی طرفین در قرارداد دیگری که مبنای صدور ضمانت نامه می‌گردد، متبادر و متجلی می‌شود، در قرارداد مذکور حقوق و



تعهدات طرفین صریحاً تعیین و مشخص شده است. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۸۶)

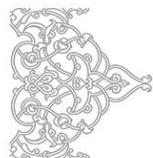
ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی

اکثر حقوقدانان معتقدند ضمانت نامه‌ی بانکی با توجه به اصل حاکمیت اراده در ظرف ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گنجد. پس جز در مواردی که قانون مانع در راه نفوذ قراردادها ایجاد کرده است، اراده‌ی اشخاص بر سرنوشت پیمان‌های ایشان حاکم است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۴۴) طرفداران این نظریه بر این باورند که: «در ضمانت نامه بانکی انتقال دین صورت نمی‌پذیرد و تعهد ضامن ناظر به تادیه آن و تامینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود ولی ضمان نیست و به این عنوان صحیح و معتبر نمی‌باشد ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت». (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۷۱) در مقابل نیز این نظریه مطرح شده است که اوضاع و احوال و مسائلی که پیرامون ضمانت نامه‌های بانکی است به گونه‌ای می‌باشد که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های رایج حقوق مدنی نمی‌دهد؛ اما با توجه به وضع و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، که مبنای آن اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها است، ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنای قابل تحلیل است. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۸۸) بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

تقسیم ضمانت نامه بر حسب شرایط پرداخت

ضمانت نامه را می‌توان با توجه به شرایط پرداخت به سه دسته تقسیم کرد، معمولاً در حالت کلی ضمانت نامه‌ها مطلق‌اند و به محض ارائه باید پرداخت شوند. اما گاهی برای پرداخت، ارائه یک سند الزامی است، مثلاً حکم یا قراردادگاه به نفع ذی نفع، گواهی شخص ثالث مبنی بر استحقاق ذی نفع و یا حتی گواهی کتبی خود ذی نفع مبنی بر خطای پیمان کار. (مرادی و همکارانف، ۱۳۹۱، ۲۷۱) ماده ۸۴۴ لایحه قانون تجارت نیز موید همین نظر است، این ماده می‌گوید: «ذی نفع می‌تواند با ارائه ضمانت نامه مبلغ آن را مطالبه کند، مگر آن که در ضمانت نامه زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود». پرداخت ضمانت نامه هم می‌تواند به صورت مطلق و هم به صورت مشروط باشد.

۸۰



در این باره ماده ۸۵۲ لایحه می‌گوید: «انقضای اعتبار ضمانت نامه مستقل ممکن است در تاریخ مشخصی باشد یا به تحقق شرط معینی موکول شود». (مرادی و همکاران، ۱۳۹۱، ۲۷۷) زمانی که اجرای مفاد ضمانت نامه منوط به کاستی و قصور ضمانت خواه در اجرای تعهدات است با یک ضمان تبعی مواجه هستیم. اما مقصود از ضمانت نامه با درخواست موجه یک ضمان تبعی نیست، زیرا نیازی به صحیح بودن درخواست مطالبه وجه وجود ندارد و فقط کافی است انگیزه و دلیل مطالبه ذکر شده باشد. تنها تفاوت میان این دو قسم ضمانت نامه و ضمانت نامه عندالمطالبه این است که ذی نفع باید علاوه بر مطالبه ضمانت نامه این مطلب را که ضمانت خواه در اجرای تعهدات خویش قصور کرده را به بانک اعلام نماید. این شیوه و اعلام دلایل، ضمانت خواه را از مشکلاتی که سبب مطالبه ضمانت نامه شده آگاه می‌سازد و رجوع بعدی وی به ذی نفع را تسهیل می‌نماید. بنابراین از آن جا که درخواست مطالبه به همراه ارائه صرف دلایل بدون اثبات هیچ نکته ای کفایت می‌کند، از دید ذی نفع تفاوتی بین ضمانت نامه عندالمطالبه و این ضمانت نامه وجود ندارد. (سلطانی، ۱۳۹۳، ۲۷۳) با توجه به موارد بالا به نظر می‌رسد که ممکن است در ضمانت نامه مطلق و عندالمطالبه حتی قصور و تخلفی از طرف بانک صورت نگرفته باشد و ذی نفع صرفاً با تقاضای خود به بانک مبلغ مندرج در آن را دریافت دارد. (محبی، ۱۳۸۴)

أنواع ضمانت نامه‌های بانکی از حیث نوع تضمین مندرج در آنها

- ۱- ضمانت نامه حسن انجام کار
- ۲- ضمانت نامه شرکت در مناقصه یا مزايدة
- ۳- ضمانت نامه استرداد پیش پرداخت
- ۴- ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان
- ۵- ضمانت نامه تعهد پرداخت
- ۶- ضمانت نامه متقابل
- ۷- ضمانت نامه گمرکی
- ۸- سایر ضمانت نامه‌ها

ضمانت نامه‌های بانکی علاوه بر پوشش ریسک‌های مختلف که در بالا به آن اشاره شد می‌توان برای پوشش بسیاری دیگری از انواع خطرات که در مبادلات تجاری و بین



المللی وجود دارد مورد استفاده قرار گیرد. ضمانت نامه‌های قضایی که یکی از مهم ترین انواع آنها ضمانت نامه رفع توفیق کشتی می‌باشد را می‌توان از این گروه برشمرد.

اصول حاکم بر ضمانت نامه بانکی

در مورد اصول حاکم بر ضمانت نامه بانکی و تعداد و شرایط آنها، اتفاق نظر وجود ندارد. هر چند که به نظر می‌رسد اصولی که از آنها نام برده می‌شود، بیشتر از اعتبارات استنادی به ضمانت نامه بانکی راه یافته‌اند.

۱- استقلال ضمانت نامه

ضمانت نامه‌های بانکی، نخست در قراردادهای فروش بین المللی و برای تضمین تعهداتی که انجام آن به عهده فروشنده است و نیز تعهد پرداخت ثمن از طرف خریدار به کار رفته است. در مراحل بعدی این ضمانت نامه‌ها به لحاظ همین ویژگی استقلال نسبت به قراردادهای پایه، در قراردادهای داخلی و برای تضمین انواع تعهدات قراردادی یا قانونی به کار گرفته شدند (کاشانی، ۱۳۷۴، ۱۶۸).

در هر حال ذی نفع محق به مطالبه وجه ضمانت نامه است، تنها استثنای اصل استقلال، تقلب یا سوءاستفاده از حق است که در این حالت ذی نفع حق ندارد ضمانت نامه را من غیر حق مطالبه کند و لذا اگر ذی نفع با تقلب در معامله اصلی، ضمانت نامه را مطالبه نماید، می‌توان مانع از پرداخت ضمانت نامه شد. رسیدگی به هر یک از این موارد محتاج رجوع به قرارداد اصلی است، منتهی احراز آنها موکول به رسیدگی قضایی است زیرا خلاف توافق طرفین بر استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی است. به عبارت دیگر وقتی پای اصول حقوقی به میان می‌آید، قاعده استقلال ضمانت نامه کنار می‌رود و ضمانت خواه و گاه بانک ضامن می‌تواند با استناد به مفاد قرارداد اصلی، جلوی پرداخت را بگیرد (محبی، ۱۳۸۴، ۲۴۵)

۲- وصف تحریدی

تحرید در لغت به معنای تنها ساختن، تنها یی و کناره گیری، برهنه کردن آمده است. (عمید، ۱۳۷۹، ۵۴۱) در عالم حقوق تحرید تجربه‌ای است که هر چند قانونگذار به طور

۸۲

محل رسید
حقوق

شماره ۱۵۱ / شهریور ۱۴۰۰



صریح به آن اشاره نکرده است، اما در دکترین و رویه قضایی به طور ویژه مورد توجه و بحث قرار گرفته است. نویسنده‌گان ابتدا یک عنصر مشترک را در بعضی از مسائل خاص استخراج کردند که آن را تحرید نامیدند و بر این اساس تحرید، به معنای مکانیسمی شناخته شد که به واسطه‌ی آن یک تعهد دارای استقلال وسیع و جدا از انگیزه طرفین می‌شود و به گونه‌ای که عمل حقوقی قبلی که از آن نشات گرفته است، مجزا می‌گردد و یک موجودیت و اعتبار مستقل می‌باشد. به عبارتی دیگر تعهد خودش را از علتش که همان توافق اراده طرفین است رهایی می‌بخشد. به واسطه‌ی نیازهای عملی پذیرش تعهدات مجرد در بعضی از قلمروهای حقوقی لازم و ضروری بوده است و به گونه‌ای که امروزه تعهدات مجرد در حقوق تجارت و به طور خاص در اسناد تجاری جایگاه ویژه ای یافته‌اند.

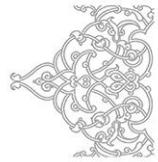
(ولیپور، ۱۳۹۴، ۹)

۳- وصف اسنادی ضمانت نامه بانکی

وصف اسنادی یا ماهیت اسنادی ضمانت نامه‌های بانکی در راستای اعتباربخشی هر چه بیشتر به این سند در عرصه روابط تجاری و برای جلوگیری از ورود شروط کلی، مبهم و غیر قابل ارزیابی به متن این سند، مقرر می‌دارد که هر شرطی که در سند برای پرداخت وجه ضمانت نامه ذکر می‌شود، باید همراه با بیان و تعیین اسنادی باشد که آن را احراز و اعلام می‌کنند. در واقع حقوق حاکم بر ضمانت نامه‌ها، حتی در ضمانت نامه‌های عندالمطالبه و مستقل، واجد شرطی برای پرداخت را منتفی و ممنوع نمی‌دانند ولی لازم می‌داند که به جای اوصاف و شرایط کیفی که معیاری برای ارزیابی نداشته یا فهم‌های متفاوتی از معیارها عرضه نماید، شرایط کمی با تعیین اسنادی که طریقه احراز آنها نیز صراحتاً مشخص شده، وجود داشته باشد. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۹۹)

منع قضایی پرداخت ضمانت نامه بانکی؛ مبانی؛ قلمرو و آثار

در دهه‌های اخیر، تجارت بین الملل با مشکلی به نام «تقلب و سوء استفاده از ضمانت نامه بانکی» رو به رو بوده است چرا که این اعتبارنامه‌های تجاری برخلاف هدف غایی خود مورد استفاده قرار گرفته‌اند. به طور مثال پیمان کاری که برای حسن انجام تعهدات خود ضمانت نامه ای به نفع کارفرما از بانک اخذ کرده است به ناگاه متوجه می‌شود که به



رغم مطلوب کار و پایان گرفتن آن کارفرمای دغل مبلغ ضمانت نامه را در مهلت مقرر وصول کرده است.

رویه غالب در این گونه موارد آن است که معهده اصلی از دادگاه دستور منع پرداخت ضمانت نامه را تحصیل می‌کند. لیکن، بانکها صدور چنین دستورهایی را منافی اعتبار خود در کشورهای گوناگون می‌دانند. معیار سوء استفاده از ضمانت نامه بستگی به درجه استقلال آن از قرارداد پایه دارد، در صورتی که تعهد بانک را التزامی فرعی و تبعی و وابسته به تعهد پایه بدانیم، سوء استفاده از ضمانت نامه به سادگی و با ارجاع به قرارداد مبنا، قابل مقابله است. لیکن، اگر تعهد بانک، ابتدایی و مستقل و متنزع از قرارداد پایه باشد، احراز سوء استفاده مشکل می‌شود (غمامی، ۱۳۷۸، ۱۳۶)

مطلوبه وجه ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه اساسا برای این صادر و ارائه می‌گردد که تضمین و تامینی برای ذینفع باشد تا بتواند ضمانت خواه را ودار به اجرای تعهدات قراردادی اش نماید و در صورت عدم اجرا، بتواند خسارت وارد به خود را از محل ضمانت نامه مطالبه و وصول نماید و لذا قاعدهتا مطالبه وجه ضمانت نامه موکول به تخلف ضمانت خواه از اجرای تعهدات مورد تضمین است. ضمانت نامه بانکی بر خلاف اعتبار اسنادی، ماهیتی تضمینی دارد و لذا در اغلب اوقات بی‌آنکه مطالبه ای صورت گیرد عمر سند منقضی می‌شود. اما از زمانی که ذینفع تصمیم به دریافت وجه سند می‌گیرد، آثار ضمانت نامه به شکل قابل توجه تری بروز پیدا می‌کند. زمانی که یک ضمانت نامه بانکی مطالبه می‌شود، بانک باید در صورت صحیح بودن مطالبه، نسبت به پرداخت وجه سند اقدام کند. شناخت قواعد یک مطالبه صحیح به بانک کمک می‌کند تا در صورت عدم رعایت شرایط مقرر، از پرداخت وجه امتناع کند کما اینکه به ذی نفع اجازه می‌دهد تا با تقاضای صحیح پرداخت وجه ضمانت نامه، از حقوق خود محافظت نماید. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۱۷۰)

نحوه مطالبه ضمانت نامه

مطلوبه باید به نحو روشن و به گونه ای صورت گیرد که قصد منجز ذی نفع در تمایل به دریافت وجه را نشان دهد. این مطالبه باید مطابق قرارداد و به وسیله مناسب به بانک



ضامن ابلاغ شود تا منشا اثر باشد. همچنین لازم است مطالبه به شخص صادرکننده ضمانت نامه و در محل صدور سند یا محلی که بین طرفین معین شده ارسال شود.

۱- مطالبه منجز و مفهوم آن

پرداخت ضمانت نامه نیاز به مطالبه دارد و بانک نمی‌تواند بدون این درخواست، وجه آن را بپردازد. مطالبه وجه ضمانت نامه به طور ضمنی بدین معناست که شرایط مقرر در تعهد پایه رعایت نشده است (سلطانی به نقل از استفلت از کتاب تخلف از قرارداد) و اصولاً ضرورتی به بیان علت مطالبه جز در صورت قید موضوع در سند ضمانت نامه وجود ندارد.

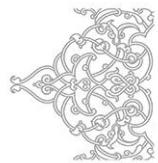
۲- وسیله مطالبه

مسلم است که مطالبه باید به طریقی به بانک ابلاغ شود، اگر نه ارزشی ندارد. وقتی در ضمانت نامه وسیله مطالبه ذکر شده باشد استفاده از یک ابزار مشابه فاقد اثر است. به طور مثال اگر در ضمانت نامه پیش بینی شده که مطالبه با ارسال نامه سفارشی صورت گیرد و ذی نفع در خلال مدت اعتبار ضمانت نامه اقدام به ارسال نما بر به بانک نماید، در حالیکه نامه سفارشی حاوی دستور مطالبه پس از خاتمه اعتبار ضمانت نامه به بانک می‌رسد، مطالبه به درستی صورت نگرفته است. در واقع، وقتی وسیله مطالبه در سند ضمانت نامه مشخص شده، این وسیله موضوعیت داشته و استفاده از شیوه‌های دیگر برخلاف قصد و اراده طرفین است و نمی‌توان به آن ترتیب اثر داد.

در فرض سکوت ضمانت نامه در خصوص وسیله مطالبه، درخواست پرداخت وجه به هر وسیله ای حتی به صورت شفاهی (مسعودی، ۱۳۹۱، ۱۷۵) البته با رعایت قانون حاکم بر ضمانت نامه امکان پذیر است. با وجود این و با توجه به مشکلات اثبات مطالبه غیرکتبی، قاعده‌تا ذی نفع ترجیح می‌دهد این کار را به صورت مکتوب و مثبت انجام دهد.

۳- مخاطب مطالبه

به عنوان یک قاعده عمومی، تقاضای پرداخت وجه ضمانت نامه از شخصی به عمل می‌آید که آن را صادر نموده است و لذا تقاضا و اسناد پیوست باید در اقامتگاه صادرکننده به وی ارائه شود. در استناد بین المللی عموماً از « محل صدور ضمانت نامه»، به عنوان



محلى که تقاضا باید در آنجا ارائه شود نام برد شده است. مطابق بند ۱ قسمت (الف) ماده ۱۴ «مقررات یکنواخت ضمانت نامه‌های عندهالمطالبه» مطالبه باید در محل صدور ضمانت نامه یا هر محل دیگری که در سند معین شده به عمل آید. (تذهیبی، ۱۳۷۸) بند ۲ ماده ۱۵ کوانسیون آنسیترال نیز همین معنا را بیان می‌کند.

تمامی بانک‌ها دارای شعب مختلف در داخل یک کشور و شهرهای آن هستند. همچنین بسیاری از بانک‌ها شعب یا شرکت‌های فرعی در کشورهای دیگر تاسیس می‌کنند. مقصود از شرکت فرعی شرکتی است که سیاست‌های راهبری آن توسط شرکت مادر تعیین شده و تحت کنترل آن است. گفته شد که تقاضای پرداخت باید به صادر کننده ضمانت نامه ارائه شود. در جایی که صادرکننده ضمانت نامه، شرکتی فرعی با شخصیت حقوقی مجزاست، تردیدی نیست که مطالبه باید نزد همان شرکت به عمل آید و ارسال تقاضا به یکی دیگر از شرکت‌های فرعی گروه کفايت نمی‌کند.

- مهلت مطالبه ضمانت نامه و زمان تحقق آن

ضمانت نامه باید در چارچوب شرایط مقرر در آن مطالبه شود. لذا درخواست پرداخت وجه نمی‌تواند قبل از آغاز اعتبار یا پس از خاتمه اعتبار ضمانت نامه صورت پذیرد. خاطر نشان می‌سازد در برخی ضمانت نامه‌ها، زمان آغاز اعتبار ضمانت نامه همزمان با صدور سند نیست. تعیین زمان مطالبه ضمانت نامه، ارتباط مستقیمی با مدت اعتبار ضمانت نامه دارد و لذا ضروری است؛ ۱- انواع روش‌های تعیین این مدت و متعاقباً مهلت مطالبه بررسی شود شناخت. ۲- تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت نامه برای تعیین دقیق مهلت مطالبه کافی نیست؛ باید لحظه تحقق مطالبه را نیز تعیین کرد.

۱- مهلت مطالبه ضمانت نامه

مدت اعتبار ضمانت نامه و در نتیجه مهلت مطالبه بر اساس نحوه تعیین مدت سند، متفاوت است. این مدت عموماً معین است و طبیعی است که مطالبه باید پیش از انقضای اعتبار سند صورت گیرد (الف). اما در مواردی نیز ضمانت نامه در این خصوص ساكت است و در اینجا تعیین مهلت مطالبه ضمانت نامه تأمل بیشتری طلب می‌کند (ب)

۲- زمان تحقیق مطالبه

ملاک بودن زمان دریافت تقاضای پرداخت توسط بانک هنگامی که ذی نفع یا بانک ضامن تقاضای پرداخت وجه را پیش از انقضا یا اعتبار ضمانت نامه به ضامن مستقیم یا مقابل ارسال می کند، اما این تقاضا پس از اتمام مدت اعتبار ضمانت نامه به اشخاص اخیر واصل می شود، این پرسش مطرح می شود که آیا تقاضای پرداخت وجه را باید داخل در مهلت قلمداد نمود یا خیر. مطابق آنچه در خصوص بحث تشکیل قراردادها در حقوق ایران مطرح است، در مبادله اراده بین طرفین، اعلام یا ارسال - که خود کاشف از تحقیق قطعی اعلام است موضوعیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱۸۴ به بعد). در حوزه حقوق خصوصی، اصل بر آن است که اعلام اراده در مهلت مقرر کفایت می کند و لزوم آگاهی طرف مقابله از اعلام اراده ظرف همان مهلت، تنها در صورت اراده صریح یا ضمنی طرفین بر آن قابل دفاع است.

تقلب در ضمانت نامه بانکی

۱- معنای تقلب

تقلب به مفهوم عام طیف وسیعی از موضوعات حقوقی و کیفری را تشکیل می دهد. اکنون موضوعات حقوقی مرتبط با تقلب با عناوین خاصی مانند تدلیس، غش در معامله، ورشکستگی به تقلب، تقلب نسبت به قانون، سوء عرضه خطاب می شوند و موضوعات کیفری مرتبط با تقلب با عناوینی مانند کلاهبرداری، جعل، استفاده از سند مجعل عنوان می شوند.

ولی با این حال، خواه در حقوق اعتبارات استنادی و خواه در حقوق ضمانت نامه های بانکی برای تبیین مفهوم استثناء تقلب به ندرت به حقوق عام تقلب رجوع و استناد می شود و استناد به مفهوم عام تقلب در حقوق اعتبارات استنادی و ضمانت نامه های بانکی گمراه کننده و نادرست تلقی می گردد زیرا در حقوق عام تقلب، واژه «تقلب» معادل کلاهبرداری یا حداقل مفهومی نزدیک به آن است که جهت احراز وقوع آن نیاز به احراز عنصر روانی یعنی سوء نیت مرتكب است و همین شرط و شرایط دیگر آن نشان می دهد که تجانس دقیقی بین این تقلب و استثناء تقلب در ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات استنادی وجود ندارد در حالی که تقلب در مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات استنادی مفهوم



مستقل و خاصی در مقابل مفهوم عام تقلب دارد.

تقلب در ضمانت نامه بانکی

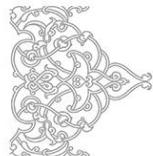
در ضمانت نامه مستقل برخلاف اعتبارات اسنادی، اولاً در خصوص ضمانت نامه‌های قابل وصول به صرف درخواست، از آن جا که این نوع ضمانت نامه سندی به جز درخواست ساده ذی نفع وجود ندارد، تقلب طبیعتاً در قالب تقلب در رابطه با قرارداد مطرح می‌شود؛ ثانياً در خصوص سایر اشکال ضمانت نامه‌های مستقل و همچنین در اعتبار اسنادی تضمینی نیز به خاطر این که استناد لازم برای وصول وجه آنها، ارزش ذاتی ندارند لذا عمدۀ بحث تقلب روی رابطه پایه متمرکز است و از این رو گفته می‌شود که در ضمانت نامه‌های بانکی در مقایسه با اعتبار اسنادی، تقلب از طریق استناد ساختگی یا متقلبانه، اهمیت کمتری دارد.

اثبات تقلب در عمل با سه مشکل برخورد می‌کند:

۱. اولین مشکل به کوچکی و تضییق مفهوم تقلب برمی‌گردد. برای بانک و مشتری (مضمون عنه) مطلوب است که به تقلی استناد کنند که ناشی از شرایط اجرای قرارداد پایه و اصلی است، ولی اصل استقلال تعهدات بانک از قرارداد پایه و اصلی، چنین ارجاعی را ممنوع می‌کند.
۲. در ضمانت نامه اولین درخواست و عندالمطالبه، تقلب باید آشکار باشد.
۳. تقلب، بانک را از تعهدات خود بری نمی‌سازد مگر در جایی که تقلب از شخصی ناشی و توسط وی اعمال شود که بانک مستقیماً در مقابل وی متعهد است. بنابراین در ضمانت نامه متقابل، بانک باید تقلب بانک اولیه را ادعا کرده و نشان دهد. (مسعودی، ۱۳۹۱)

سوء استفاده از حق و منع پرداخت ضمانت نامه

مشخص کردن حدود و شرایط عدم اجرای ضمانت نامه به وسیله خامن واجد اهمیت اساسی برای تضمین کارایی و اثرگذاری آن است. هنگامی که وجه ضمانت نامه مطابق ترتیبات مقرر در آن مطالبه شده تنها دلیلی که می‌تواند عدم پرداخت مبلغ را توجیه کند «مطالبه آشکارا ناروا» است. این قاعده در تمامی کشورهایی که صادرکننده ضمانت



نامه هستند پذیرفته شده و نمی‌توان مانع پرداخت ضمانت نامه با دلایلی که ممکن است بعداً اثبات شود گردید. مساله مطالبه آشکارا ناروا، تقریباً مهمترین بحث مطروحة در خصوص ضمانت نامه‌های بین‌المللی است و بر اساس همین قاعده تاکنون پرداخت بسیاری از ضمانت نامه‌هایی که به نفع طرفهای آمریکایی توسط طرف ایرانی بعد از وقوع انقلاب اسلامی و در پی اختلافات عمیقی که بین ایران و آمریکا ایجاد شده بود، سبب شد مساله شرایط و امکان منع پرداخت ضمانت نامه مورد توجه جدی تری قرار گیرد (سلطانی، ۱۳۹۳، ۳۰۳).

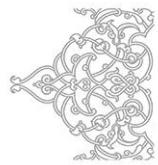
ضمانت نامه مستقل اگرچه از قرارداد پایه استقلال دارد اما ماهیت ضمان را نیز به همراه دارد. غایت و هدف نهایی هر ضمانتی، پوشش ریسک موضوع قرارداد است. اینکه اراده طرفین بر جدا کردن و مستقل ساختن ضمانت نامه از قرارداد پایه تعلق گرفته بدليل اقتصادی است که یک ضمانت نامه کاملاً کارا را طلب می‌کند و گرنم در نظر طرفین نیز تردیدی نیست که هدف این ضمان جبران کردن خسارات ناشی از عدم اجرا یا اجرای نامناسب رابطه فرعی تحت پوشش است. بنابراین، اگرچه ضمانت نامه بانکی از نظر حقوقی نسبت به قرارداد پایه مستقل است اما از نظر اقتصادی هدفی جز تضمین حسن اجرای تعهدات پایه ندارد.

در موارد زیر می‌توان مطالبه وجه ضمانت نامه را به عنوان تقلب یا سوء استفاده آشکار، ارزیابی و توصیف نمود:

۱- مطالبه وجه ضمانت نامه توسط ذی نفع مبنی بر و به دلیل عدم اجرای قرارداد پایه و اصلی نباشد بلکه به دلیل صرفاً سیاسی که بین دو کشور متبع طرفین قرارداد تعارض ایجاد کرده باشد.

۲- مطالبه وجه ضمانت نامه در نتیجه غصب اموال صادر کننده (مضمون عنه) توسط مقامات عمومی کشور خارجی (کشور متبع ذی نفع ضمانت نامه) باشد. بدین توضیح که با غصب و ضبط اموال مضمون عنه در نتیجه تصمیم مقامات عمومی کشور متبع ذی نفع، طبعاً صادرکننده قادر به اجرای تعهدات قراردادی خود (به ویژه در قراردادهای پیمانکاری) نخواهد بود.

۳- ذینفع هنگامی وجه ضمانت نامه را مطالبه کند که تعهدات ضمانت شده به طور کامل و خوب اجرا شده، خود وی نیز به این امر اذعان داشته آن را گواهی کند. یا اینکه حسن اجرای تعهدات توسط یک وکیل (نماینده)، متصدی یا حتی با بازرگانی اهل خبره



گواهی شده باشد و اجرای آن تعهدات مورد تردید و مشکوک نباشد.

۴- هر چند که به دلیل استقلال روابط حقوقی، بطلان قرارداد پایه و اصلی اثری بر روی ضمانت نامه نمی‌گذارد مع هذا در برخی موارد (مطلوبه وجه ضمانت نامه در هنگامی که بطلان قرارداد پایه و اصلی توط رای دادگاه یا رای داور یا با توافق و تراضی طرفین اعلام شده باشد) می‌تواند یک تقلب را تشکیل دهد. ولی در عین حال هر نوع مطالبه وجه ضمانت نامه بعد از بطلان قرارداد پایه و اصلی، نشانه‌ای از مطالبه متقلبانه یا سوءاستفاده نیست. مثلاً قرارداد پایه و اصلی می‌تواند به دلیل نقض تغییرات جدید آیین نامه‌ها و مقررات کشور صادرکننده باطل شود و طبیعی است که وارد کننده (ذی نفع ضمانت نامه) باید بتواند خود را در مقابل تغییر مقرراتی که شناختی از آنها ندارد، حمایت کرده و حقوق خود را حفظ کند.

در حقوق ایران رویه قضایی مرز دقیق بین ضمانت نامه مستقل و تبعی ترسیم نکرده است و برخی دادگاهها حکم به پرداخت فوری ضمانت نامه داده اما برخی دیگر قرارداد پایه را نیز مورد بررسی قرار می‌دهند. به علاوه به محض آن که ضمانت خواه منع پرداخت ضمانت نامه را در قالب دستور موقت درخواست می‌نماید، دادگاه، در صورت جمع شدن شرایط عمومی صدور دستور موقت تردیدی در جلوگیری از پرداخت نمی‌نماید. بنابراین، مساله مطالبه آشکارا ناروای ضمانت نامه هیچگاه در حقوق داخلی ایران مطرح نشده است، زیرا ضمانت نامه بانکی از استقلال کافی برخوردار نبوده و بنابراین راههای ساده تری جهت منع ساخت پرداخت وجه آن وجود داشته است. بی‌شک، این رویه فاقد مبنای حقوقی مستحکم است و دادگاه باید تا زمانی که سوءاستفاده ذینفع از حق خویش آشکار نیست، دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت نامه صادر کند.

شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رای شماره

۹۵۰۹۹۷۲۱۶۰۲۰۱۱۰۹ مورخ ۱۳۹۵/۹/۱۶ خود، تقاضای صدور دستور

موقعت خواهان را مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه توسط خوانده که مربوط

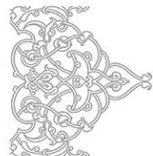
الزام ایشان به انجام تعهدات قراردادی است، با این استدلال رد کرده است:

«نظر به این که برابر ماده ۳۱۰ قانون آیین دارسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب

در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در اموری که تعیین و تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی نفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می‌نماید. در حالی که در این پرونده

فوریت مورد نظر قانون گذار احراز نمی‌گردد و صرف ضبط ضمانت نامه بانکی با توجه

۹۰



به داشتن اختیارات قراردادی و با توجه به فلسفه ضمانت نامه‌ها که دارای مدت اعتبار محدود می‌باشند، موجب غیر قابل جبران ماندن ضرر واردہ به خواهان «بر فرض حتمی بودن ضرر» نمی‌گردد با رسیدگی تناظری دعوای خواهان قابل اثبات و خسارات احتمالی نیز قابل جبران خواهد بود. بر این اساس دادگاه شرایط پذیرش درخواست دستور موقت را فراهم ندانسته مستندا به مواد ۳۱۰ و بعد از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قرار رد درخواست دستور موقت صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره مستقلا قابل اعتراض، تجدیدنظر و فرجام نبوده به همراه اصل دعوا قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

دعوای موضوع رای موصوف بر این مبنای استوار بود که خواهان دادخواستی جهت الزام خوانده به ایفای تعهد (مالی) مبنی بر تقاضای صدور حکم الزام خوانده به انجام تعهدات قراردادی و دستور موقت مبنی بر عدم ضبط یک فقره ضمانت نامه بدین شرح بیان نموده است: حسب اظهارات و مستندات تقدیمی خواهان اقدام به انعقاد قرارداد با موضوع خرید کود شیمیایی نموده و تقریباً ده درصد مبیع را نیز تحويل خریدار نموده ولی از آن به بعد علیرغم آمادگی خواهان جهت تحويل مابقی مبیع و انجام سایر تعهدات قراردادی و مکاتبات عدیده شرکت خواهان با خوانده موید این امر می‌باشد که شرکت خوانده بدون عنز از ایفای تعهدات قراردادی خودداری نموده است، نظر به این که اجرای قرارداد با تحويل ده درصد از مبیع توسط خواهان به خوانده شروع شده است و ضمانت نامه تودیعی تاکنون از جانب خوانده تمدید شده است. لذا قرارداد مورد اشاره به قوت خود باقی بوده و طرفین ملزم به اجرای آن می‌باشند. فلذا تقاضای صدور حکم بر الزام خوانده به انجام تعهدات قراردادی از محضر دادگاه مورد استدعااست، بدوا با توجه به وجود یک فقره ضمانت نامه بانکی در ید خوانده و احتمال ضبط ضمانت نامه از سوی ایشان که این امر موجب خسارت به خواهان خواهد شد، تقاضای صدور دستور موقت مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه تا صدور حکم نهایی را دارد.

- مصادیق مطالبه ناروای ضمانت نامه

مطالبه ناروای ضمانت نامه و سوء استفاده از حق، منبعث از ثبوت قطعی و آشکار عدم ذی حقی ذینفع مطابق قرارداد پایه است. بی حقی ذینفع می‌تواند اشکال متفاوتی به خود بگیرد و ممکن است به جهت شرایطی همچون اجرای ناقص قرارداد به وسیله ذینفع



(الف) یا عدم امکان اجرای قرارداد توسط طرف دیگر - ضمانت خواه - به علت عملکرد ذینفع محقق شود (ب) گاهی نیز قرارداد به طور کامل توسط ضمانت خواه اجرا شده و با این وجود باز هم ضمانت نامه مطالبه می‌شود (ج) در برخی موارد نیز مطالبه ذینفع هیچ ارتباطی با تعهد پایه ندارد. (د) بر این اساس مناسب است برخی از فروضی که ممکن است نشان دهنده فقدان حق ذینفع نسبت به مطالبه ضمانت نامه باشد را به طور مختصر مورد بررسی قرار دهیم.

۱- اجرای ناقص قرارداد به وسیله ذینفع

ممکن است ضمانت خواه اجرای قرارداد را متوقف کند به طور مثال با این استدلال که ذینفع از واریز پیش پرداخت امتناع نموده یا یکسری از تعهدات اصلی خود را اجرا نکرده است. شکی نیست که چنین ادعاهایی نمی‌تواند مورد توجه قرار گیرد و الا اصل استقلال زیر پا گذاشته خواهد شد. با این وجود، می‌توان سوء استفاده از حق ذینفع را حتی در جایی که ضمانت خواه کلیه تعهدات خود را انجام نداده احراز کرد، مشروط بر اینکه فقدان آشکار حق ذینفع به واسطه عدم انجام تعهداتش معلوم باشد.

۲- عدم امکان اجرای قرارداد پایه به علت عملکرد ذینفع

گاهی ممکن است اجرای تعهد نه به جهت قصور ضمانت خواه یا عامل خارجی بلکه در اثر عملکرد شخص ذینفع غیرممکن شده یا به تأخیر افتاده باشد. در این حالت نیز ذینفع مستحق دریافت وجه ضمانت نامه نبوده و در صورت وضوح این امر، مطالبه ضمانت نامه می‌تواند آشکارا ناروا محسوب گردد.

۳- اجرای کامل مفاد قرارداد پایه توسط ضمانت خواه

در جایی که اجرای کامل و صحیح قرارداد اصلی مشاهده می‌شود دیگر دلیلی برای مطالبه ضمانت نامه وجود ندارد، زیرا خطری که ضمانت نامه قصد پوشاندن آن را داشته دیگر وجود ندارد.

۴- مطالبه غیر مرتبط با تعهد پایه

همان گونه که بارها اشاره شد ضمانت نامه برای پوشش یک خطر خاص و معین است و بنابراین ذینفع نمی‌تواند آن را وسیله‌ای برای اعمال فشار به ضمانت خواه جهت اجرای قرارداد دیگری قرار دهد. لذا ذینفع نمی‌تواند در حالیکه چند ضمانت نامه از یک پیمانکار به مناسبت قراردادها و تعهدات مختلف در اختیار دارد، اقدام به مطالبه همه آنها نماید.

ضمانت اجرای مطالبه ناروا

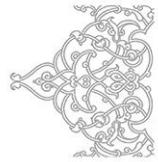
ضمانت اجرا به این معنا است که مجازات یا دیگر مکانیزم‌های اجرایی که نسبت به اطاعت از قانون، قواعد و مقررات ایجاد انگیزه می‌کند و همچنین بخشی از حقوق که به منظور اطمینان از اجرا از طریق وضع مجازات نسبت به نقض یا اعطای پاداش نسبت به رعایت آنها در نظر گرفته شده است.

۱- ابطال ضمانت نامه بانکی

به جهت اصل استقلال و عدم قابلیت استناد به ایرادات، ضمانت خواه یا بانک خامنی‌توانند به بطلان قرارداد پایه استناد کرده و پرداخت وجه را منوع سازند. تردیدی نیست در جایی که بطلان قرارداد اصلی ثابت نشده هیچ اثری بر ابطال احتمالی بار نیست. بنابراین ایراداتی مانند بطلان قرارداد پایه، فسخ قرارداد پایه و یا اجرای آن به گونه‌ای کامل از سوی پیمانکار و نیز ادعای تهاهنر یا انتقال طلب، از سوی بانک صادرکننده ضمانت نامه قابل استناد نخواهد بود (زنگبازی، ۶۹، ۱۳۹۴). این همان اصل برائت است که قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۳۵۶ پذیرفته.

- ضوابط ابطال ضمانت نامه

مدت تعهد بانک بابت ضمانت نامه‌های صادره حداقل تا سرسید ضمانت نامه می‌باشد و در صورتی که قبل از سرسید ضمانت نامه، درخواستی مبنی بر ابطال ضمانت نامه از طرف ذی نفع و با امضای صاحبان امضای مجاز کتبای بانک واصل گردد، بانک می‌باشد نسبت به ابطال ضمانت نامه اقدام و مراتب ابطال را به ذی نفع ابلاغ و به



ضمانت خواه اطلاع دهد. در «بخشنامه شماره م ب ۲۵۸۸/۶/۲۵ مورخ ۱۳۸۶» بانک مرکزی به مدیران عامل بانکهای دولتی و غیردولتی آمده است: «ضمانت نامه‌های بانکی از مهمترین ابزارهای جدید مالی در شبکه بانکی کشور محسوب می‌شوند. در این ارتباط عملکرد و رویه مورد عمل سامانه بانکی کشور در خصوص خاتمه و یا ابطال ضمانت نامه بانکی بر مبنای ارائه اصل ضمانت نامه، همواره از موضوعات مورد استعلام و طرح شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی (عموماً به عنوان ضمانت خواه) نزد بانک مرکزی بوده است، چرا که چنانچه به هر دلیل اصل ضمانت نامه به بانک ضامن ارائه نشود، بانک ضامن از آزادی سازی و استرداد وثائق توفیقی ضمانت خواه ممانعت به عمل می‌آورد. استرداد وثائق و سپرده نقدی و برگشت حساب‌های مربوطه نیازمند ارائه اصل ضمانت نامه، تقلیل نامه‌ها و تمدیدنامه‌ها (در صورت وجود) به بانک خواهد بود.»

طبق بخشنامه مذکور بانک مرکزی در صورت تحقق هر یک از شرایط ذیل، ضمانت نامه‌های صادره بانکی باطل می‌گردد و آزادسازی وثائق، نیازمند ارائه اصل ضمانت نامه به بانک نخواهد بود:

- ۱- اعلام کتبی ذی نفع مبني بر ابطال ضمانت نامه
- ۲- انقضای سرسید مدت اعتبار ضمانت نامه
- ۳- ارائه سند یا اسنادی که نشانگر حصول شرایط خاص در متن ضمانت نامه باشد.

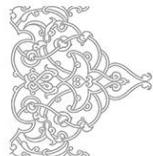
خطاط نشان می‌نماید بانک در مواجه با این اسناد تنها مسئول انطباق استاد با شرایط مندرج در ضمانت نامه است و مسئولیت‌های ناشی از قبیل جعل، اصالت نداشتن و ... را عهده دار نمی‌باشد.

بانک بایستی نسبت به اخذ تعهدنامه از ضمانت خواه با مضمون ذیل به منظور آزادسازی وثائق ضمانت خواه بدون دریافت اصل ضمانت نامه اقدام نماید: «چنانچه در آینده مشخص شود که ضمانت خواه با عدم ارائه اصل ضمانت نامه به هر نحوی از انجاء قصد سوء استفاده از آن را داشته است و منافع این بانک به خطر افتاد، ضمانت خواه عهده دار جبران ضرر و زیان وارد بوده و بانک محق به استیفاء حقوق تضییع شده به هر نحو و کیفیت است.»

ماده ۳۳ دستورالعمل ریالی ناظر بر ضمانت نامه بانکی (جدید) بیان داشته: «چنانچه "ختمه اعتبار" ضمانت نامه منوط به وقوع رویدادی گردد، لازم است اسناد و مدارک

۹۴

محل رسید
حقوق



رویداد منجر به "خاتمه اعتبار"، در متن ضمانت نامه مشخص شود». بانک موظف است حداقل ظرف مدت پنج روز کاری بعد از ارائه اسناد و مدارک، ظاهر اسناد و مدارک ارائه شده را با مفاد ضمانت نامه تطابق داده و در صورتی که ظاهر اسناد و مدارک ارائه شده را مطابق تشخیص دهد، با رعایت مفاد این دستورالعمل، ضمانت نامه را باطل نماید (پورمتین، ۱۳۹۵، ۵۸).

۲- انحلال ضمانت نامه

در مواردی که یک عقد به طور صحیح واقع می‌شود و سپس به دلیل حادث شدن یکی از اسباب قانونی انحلال می‌یابد و آثار حقوقی اش زایل می‌شود، بطلان مصدق نمی‌یابد، زیرا انحلال مذبور یا به واسطه توافق اراده انشایی طرفین عقد ایجاد می‌شود که مصدق بارز آن اقاله است و یا با اعمال اراده یک جانبه یکی از متعاقدين مبنی بر انحلال توافق، که این حق را به موجب خیارات قانونی به دست آورده است و یا آن که انحلال عقد بدون دخالت اراده متعاقدين و در اثر تحقق یکی از سبب‌های قانونی صورت می‌گیرد که "انفساخ" نامیده می‌شود.

آیین دادرسی منع قضایی پرداخت ضمانت نامه بانکی

ضمون عنه در روابط قراردادی خود با بانک و ذی نفع دارای چنان اختیاری نیست که بتواند دستور عدم پرداخت وجه ضمانت نامه را بدهد و در صورت صدور چنین دستوری، بانک ضامن هیچ تکلیفی در مقابل آن ندارد.

همچنین پرداخت وجه ضمانت نامه توسط بانک به ذینفع آن، در مواردی که مطالبه به طور ناروا صورت گیرد، می‌تواند تبعات منفی زیادی برای مضمون عنه در پی داشته باشد، علاوه بر اختلال و آشفتگی امور مالی وی، استرداد آنچه که ناروا پرداخت شده است نیز مستلزم طی یک ساز و کار پیچیده دادرسی خواهد بود که احتمال عدم حصول نتیجه، به خصوص در ضمانت نامه‌های بانکی بین المللی، بر مشکلات موضوع و ریسک آن می‌افزاید. برای مضمون عنه مطلوب ترین و ساده ترین راه آن است که به محض آگاهی از مطالبه ناروا و متقلبانه وجه ضمانت نامه، و یا اینکه اگر به خاطر مشکلاتی که در روابط مالی و حقوقی وی با ذینفع ایجاد شده است، چنین امری را از جانب وی محتمل



دانست، با توصل به دادگاه صالح صدور قرار منع موقت پرداخت وجه ضمانت نامه را تقاضا کند.

دادرسی فوری

دادرسی فوری یک دادرسی استثنائی است که در موارد خاصی انجام می‌گیرد. در این گونه موارد اگر دادگاه بخواهد از راه دادرسی اختصاری متدالو در دادگاهها عمل کند، نه تنها به نتیجه مطلوبی نمی‌رسد بلکه ممکن است خسارت جبران ناپذیری نیز متوجه خواهان شود. از این رو خواهان مورد درخواست خود را از راه دادرسی فوری تعقیب می‌کند تا بدون رعایت تشریفات به درخواست او رسیدگی شود و تصمیم عاجلی اتخاذ گردد.

۱- مفهوم و شرایط صدور قرار دستور موقت

دستور موقت نهادی است که به منظور توقیف عملیات اجرایی یا بازداشت خواسته و فراهم نگه داشتن زمینه اجرای حکم نهایی صادره توسط دادگاه، صادر می‌شود. از آنجایی که دستور موقت مربوط به قوانین داخلی کشورها بوده و از کشور به کشور دیگر متفاوت است، لذا آنچه که مورد بررسی قرار می‌گیرد قوانین و قواعد مربوط به دستور موقت در قانون آیین دادرسی مدنی ایران است. چنانچه در قانون فوق الذکر، مواد ۳۱۰ الی ۳۲۵ در پی بیان شرایط و ویژگی‌های این نهاد تنظیم گردیده است.

صدر قرار دستور موقت و اجرای آن، در اغلب موارد برای طرفی که قرار علیه او صادر می‌شود تنگناها و سختی‌های فراوانی را ایجاد می‌نماید و خسارات نسبتاً قابل توجهی را به بار می‌آورد. این در حالی است که تا آن زمان حتی دعوا نیز اقامه نشده است. پس قرار در صورتی باید صادر شود که امر از اموری باشد که تعیین تکلیف آن فوریت دارد. از سوی دیگر رد درخواست و صادر نشدن قرار دستور موقت می‌تواند موجب شود که زمینه اجرای حکمی که خواهان پس از مدت‌ها و صرف هزینه‌های قانونی به دست می‌آورد از بین برود. پس در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد باید قرار دستور موقت، به درخواست ذی نفع صادر شود؛ اما در قانون معیار فوریت مشخص نگردیده است (شمس، ۱۳۸۱،

(۱۵۶)

۹۶

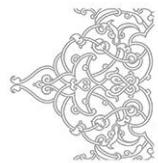
۲- دستور موقت در ضمانت نامه‌های بانکی

از منظر حقوقی ارتباط بین ضمانت نامه و قرارداد، پیچیدگی هایی دارد که بررسی آن را مهم جلوه می‌دهد. از یک سو وصف تبعی ضمانت نامه ارتباط و پیوست آن را با یک قرارداد، لازم و ضروری می‌نماید به گونه ای که بدون وجود این قرارداد، ضمانت نامه معنا و مفهومی نخواهد داشت و از طرف دیگر وصف استقلالی ضمانت نامه، اقتضای آن را دارد که ضمانت نامه پس از صدور، از سرمنشاء و مبنای اصلی خود جدا شده و حیاتی مستقل داشته باشد. چنانچه در حال حاضر اکثر قوانین موجود نیز بر این امر صحه گذارده اند. لذا تعارض میان این دو آشکار به نظر می‌رسد و آنچه مهم است تلاش در جهت ایجاد ارتباط میان این دو به گونه ای که تبعیت ضمانت نامه از قرارداد اصلی و پایه، تعارض و منافاتی با استقلال آن از قرارداد نداشته باشد و همه این مفاهیم در جای خود و به درستی تحلیل و بررسی شوند. ضمانت نامه‌ها در قراردادهای مختلفی اعم از قراردادهای فروش کالا یا خدمات امکان حضور دارند و صرف نظر از نوع قراردادهای یاد شده، ضمانت نامه‌ها در یک چیز مشترک هستند و آن عبارت است از اینکه ضمانت نامه برای این صادر و ارائه می‌شود که اجرای تعهدات قراردادی توسط ضمانت خواه را تعهد و تضمین کند.

- سازوکار دستور موقت در ممانعت از پرداخت وجه ضمانت نامه بانکی

محاکم قضایی ایران تمایلی به پذیرش اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه و اصلی ندارند و لذا درخواست صدور دستور موقت و قرار منع پرداخت وجه ضمانت نامه را در چارچوب نظام حقوقی حاکم و آیین دادرسی مدنی و قواعد آن و همانند بقیه دعاوی قابل بررسی می‌دانند.

در قانون آیین دادرسی مدنی حسب ماده ۳۱۰، در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذینفع دستور موقت صادر می‌نماید. بدین صورت پس از درخواست متقاضی، دادگاه صالح در خصوص فوری بودن یا فوری نبودن موضوع اظهارنظر نموده (ماده ۳۱۵ همان قانون) با لحاظ اینکه دستور موقت تاثیری در اصل دعوا ندارد (ماده ۳۱۷)، دادگاه با اخذ تامین مناسبی از خواهان مبادرت به صدور دستور موقت می‌نماید (ماده ۳۱۹)، و چنین دستوری می‌تواند قبل از ابلاغ نیز اجرا شود (ماده ۳۲۰) و متقاضی دستور موقت در صورتی که قبل از ماهیت، طرح دعوا نموده باشد، باید طرف



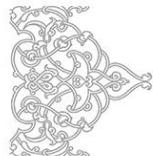
۲۰ روز از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به تقدیم دادخواست خود به دادگاه صالح اقدام نماید، در غیر این صورت به درخواست طرف، از دستور موقت رفع اثر می‌شود (ماده ۳۱۸) و نهایت آنکه قبول یا رد درخواست طرف، از دستور موقت رفع اثر می‌شود (ماده ۳۱۸) و نهایت آنکه قبول یا رد درخواست صدور دستور موقت مستقلاً قابل اعتراض، تجدیدنظر و فرجام نیست ولی ضمن تقاضای تجدیدنظر نسبت به اصل رای می‌توان نسبت به آن نیز اعتراض نمود (ماده ۳۲۵ همان قانون).

شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور در رای شماره ۱۹/۷۳/۴۷۹ مورخ ۱۱/۱۰/۷۳ خود، اعتراض به دستور موقت صادره از شعبه ۳۳ دادگاه حقوقی یک تهران مبنی بر منع خوانده از ضبط ضمانت نامه را با این استدلال رد کرده است:

«اعتراض تجدیدنظر خواه به نحوی نیست که بر اساس استدلال دادگاه صادرکننده دستور موقت مبنی بر منع مشارالیه از ضبط ضمانت نامه‌های صادره مورد نظر خلل وارد آورد و به ویژه که فوریت امر از سوی مرجع رسیدگی محرز و خسارت احتمالی نیز از سوی مدعی تامین شده است».

دعوای موضوع رای موصوف بر این مبنای استوار بود که شرکت خواهان جهت اجرای طرح شبکه جمع آوری گاز با شرکت خوانده قراردادی امضا نمود، ولی شرکت خوانده با فسخ پیمان، در صدد ضبط ضمانت نامه‌های حسن انجام کار برآمد. شرکت خواهان با طرح دعوا ادعا نمود که در صورت اجرای این امر علاوه بر تحمل ضرر جبران ناپذیر مالی، از حیث شهرت و اعتبار نیز به شرکت لطمه وارد می‌گردد و لذا تقاضای صدور حکم به بطalan قرارداد پیمان و صدور دستور موقت مبنی بر منع خوانده از ضبط ضمانت نامه‌ها را نمود. شعبه ۳۳ دادگاه حقوقی یک تهران نیز مبادرت به صدور دستور موقت مبنی بر «منع خوانده از ضبط ضمانت نامه‌های حسن انجام کار نمود» (بازگیر، ۱۳۷۸، ۱۰۰)

مالحظه می‌گردد که دادگاه به اصل استقلال ضمانت نامه توجهی نداشته و به صرف احراز فوریت امور و آن هم با استناد به اینکه: «با ضبط ضمانت نامه ضرر مالی و حیثیتی به شرکت وارد می‌گردد» ذینفع را از مطالبه وجه ضمانت نامه ممنوع ساخته است و چنین رویه و روشی اشتباه به نظر می‌رسد که باید اصلاح شود. معادل دیدن ضمانت نامه بانکی با یک سند عادی از این جهت که در صدور دستور موقت نسبت به هر دو، فقط فوریت امر باید احراز شود و خسارت احتمالی نیز حسب نظر دادگاه در صندوق دادگستری تودیع شود نادیده انگاشتن نقش مهم و غیر قابل انکار ضمانت نامه بانکی به عنوان یک سند

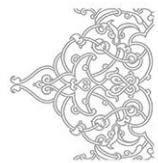


تجاری مهم است. به نظر می‌رسد که برای صدور دستور موقت یا باید دلایل غیر قابل انکار و غیر قابل ردی برای توجیه ذینفع بودن و حقانیت خواهان در صدور دستور موقت وجود داشته باشد، به این معنا که متقاضی صدور دستور موقت بتواند قصد ذینفع بر مطالبه متقلبانه و من غیر حق ضمانت نامه را به اثبات برساند. یا اینکه به نحوی اثبات کند تعهداتی که برای تضمین و توثیق آنها ضمانت نامه صادر و تسلیم شده تماماً و به خوبی توسط وی انجام شده یا عدم انجام آنها مستند به فعل ذی نفع بوده است، یا اینکه دادگاه برای صدور دستور موقت، خسارت احتمالی سنگینی حداقل تعیین کند تا تقاضاهای واهی صدور دستور موقت کاهش یابد و تنها در صورتی که خواهان خود را محق دانسته و مشروع خود را در معرض خطر و تضییع می‌بیند، چنین درخواستی بنماید و در عین حال حقوق ذینفع نیز در مقابل درخواست واهی صدور قرار دستور موقت، حفظ و رعایت گردد.

قانون حاکم و مراجع حل اختلاف

در بسیاری موارد، مساله قانون حاکم و صلاحیت دادگاه در ضمانت نامه‌ها به فراموشی سپرده می‌شوند. برخلاف قراردادها که معمولاً در بردارنده روش‌های حل و فصل اختلافات هستند، بسیاری از ضمانت نامه‌هایی که صادر می‌شوند، چنین جزئیاتی را بیان نمی‌کنند و لذا در صورت بروز اختلاف، دادگاه در درجه اول باید قانون حاکم و قابل اعمال را مشخص کند و به مساله صلاحیت رسیدگی نماید. در مورد ضمانت نامه‌ها بهتر است که به این اطمینان دست یابیم که قانون حاکم و صلاحیت قابل اعمال در مورد ضمانت نامه، همان‌هایی هستند که در مورد قرارداد پایه و اصلی نیز اعمال می‌شوند. چرا که در این صورت دعاوی و اختلافات ناشی از هر دو، بر اساس یک قانون و در یک مرجع قضایی و یا داوری رسیدگی می‌شوند.

البته این مسائل در حقوق داخلی کمتر مطرح می‌شوند چرا که در حقوق داخلی، قانون حاکم یکی است و چندگانگی وجود ندارد تا مساله انتخاب یکی مطرح شود. در مورد صلاحیت نیز حسب اصول و مقررات آیین دادرسی مدنی به راحتی می‌توان مرجع صالح را باز شناخت. ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ به بیان یک قاعده کلی می‌پردازد که به موجب آن دعاوی باید در محل اقامت خوانده طرح گردند. جدا از این اصل کلی، طبق ماده ۱۳



همان قانون، در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد. خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد باید در آنجا انجام شود. پس در موضوع ضمانت نامه، خواهان به نحو تخيیری می‌تواند در محل اقامات خوانده طرح دعوا کند و یا در محل تنظیم قرارداد موضوع ضمانت نامه یا محل اجرای آن (که هر دو محل اخیر محل اقامات بانک ضامن و در واقع محل صدور ضمانت نامه) هستند.

۱- قانون حاکم

در ضمانت نامه‌های داخلی، موضوع قانون حاکم مطرح نمی‌شود زیرا دستور دهنده و ذی نفع و بانک صادر کننده در قلمرو یک کشور اقامات دارند و مانند همه شهروندان تابع قوانین داخلی همان کشور هستند. چنان که گفته شد مساله تعیین قانون حاکم، در مورد دو ضمانت نامه‌های بین المللی بیشتر مطرح می‌شود. در این نوع ضمانت نامه‌ها، وجود دو نوع ضمانت نامه پایه و متقابل فرض می‌شود و همان گونه که اشاره شد، ضمانت نامه متقابل از ضمانت نامه پایه مستقل است (مسعودی، ۱۳۹۱، ۲۱۱).

بنابراین قراردادها و تعهدات ناشی از ضمانت نامه در اکثر نظامهای حقوقی، تابع قانونی است که مورد توافق طرفین قرارداد واقع می‌شود و این قانون را اصطلاحاً قانون منظور طرفین می‌نامند. این قاعده از اصل حاکمیت اراده نشات می‌گیرد. (الماسی، ۱۳۷۰، ۲۰۴) لذا قانون حاکم بر ضمانت نامه پایه و ضمانت نامه متقابل می‌تواند قوانین گوناگون باشد. استقلال ضمانت نامه متقابل از ضمانت نامه پایه و قرارداد پایه به این نتیجه می‌رسد که انتخاب قانون حاکم برای رسیدگی به اختلافات احتمالی، به اراده ی طرفین بستگی دارد. در صورتی که قرارداد ضمانت نامه متقابل چنین قانونی را پیش بینی نکرده باشد قانون محل اقامتگاه یا مرکز امور بانک صادر کننده ضمانت نامه متقابل بر این ضمانت نامه حاکم می‌باشد (کاشانی، ۱۳۷۴، ۱۷۹). مقررات متحده‌الشكل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه نیز به همین قاعده استناد کرده است.

۲- مرجع رسیدگی و حل و فصل اختلافات

در خصوص مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از ضمانت نامه و در رابطه بین بانک ضامن و ذینفع، اساساً اصل حاکمیت اراده اقتضا دارد که طرفین می‌توانند دادگاه‌های هر کشوری را که تمایل داشته باشند جهت رسیدگی به اختلافات فعلی یا احتمالی آینده خود، تعیین نمایند و یا اینکه رسیدگی به اختلافات خود را قبل و یا پس از وقوع اختلاف در صلاحیت انحصاری داور دانسته و داوری ارجاع دهند.

در صورتی که طرفین در این خصوص تعیین تکلیف نکرده باشند، هر یک از طرفین می‌تواند با ملاحظه و توجه به عوامل ارتباط در دادگاهی که آن را برای رسیدگی به دعوای خود صالح می‌داند، طرح دعوا نماید و در این صورت دادگاه با توجه به مقررات آیین دادرسی مدنی کشور خود نسبت به موضوع، رسیدگی و صلاحیت یا عدم صلاحیت خود را جهت رسیدگی به دعوا اعلام خواهد نمود و لذا تعیین صلاحیت یا عدم صلاحیت، موضوعی است که در صلاحیت دادگاه بوده و با توجه به قوانین داخلی نسبت به آن تعیین تکلیف می‌شود.

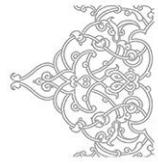
و اما در خصوص داوری، طرفین قراردادهای بین المللی معمولاً تمایل دارند که رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادها را در صلاحیت داور و یا هیات داوران منتخب خود قرار دهند. داوری به چند دلیل برای طرفین قرارداد مطلوب تر است.

۱- طرفین قرارداد بین طریق می‌توانند مطمئن باشند که اختلاف و دعواه آنها توسط قضات منتخب و مورد اعتماد خود آنها حل و فصل می‌شود.

۲- تجار معمولاً یک تصمیم قاطع و نهایی را ترجیح می‌دهند و رای داوری یک رای نهایی است. ولی رای دادگاه ممکن است مورد پژوهش خواهی قرار گرفته حتی مجدداً در دادگاه بالاتر دیگری رسیدگی شود و مدت زمان زیادی از این جهت صرف می‌شود.

۳- داوری کاملاً خصوصی و غیرعلنی است و در یک دادگاه علنی رسیدگی نمی‌شود و در موضوعات حساس و مهم، این مساله یک ویژگی منحصر به فرد است.

۴- کنوانسیون‌های بین المللی، شناسایی و اجرای آراء داوری را تسهیل کرده‌اند و لذا اجرای بین المللی آنها ساده و آسان گردیده است. (جنیدی، ۱۳۷۶)



هزینه دادرسی

تشخیص نوع خواسته از حیث مالی بودن یا غیر مالی بودن و بهای آن در دعاوی مالی، از حیث میزان هزینه‌های دادرسی، صلاحیت مراجع رسیدگی و قابلیت تجدیدنظر یا فرجام خواهی از حکم، از اهمیت بسیاری برخوردار است. دعوا از جمله توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در مراجعته به مراجع صالح در جهت به قضاؤت گذاردن وجود یا فقدان آن و ترتیب آثار قانونی مربوطه است. دعوا، در این مفهوم، اگرچه با ماهیت حق مورد ادعا اشتباه نمی‌گردد اما در عین حال، علی الاصول ارتباطی بین مفهوم آن و حق ماهوی وجود ندارد به نحوی که خصوصیات این حق در دعوا منعکس می‌گردد. بنابراین چنانچه حق ماهوی، که فی الواقع یا حسب ادعا تضییع یا انکار شده، حق مالی باشد دعوای به وجود آمده مالی و چنانچه حق مزبور غیر مالی باشد دعوا غیر مالی خواهد بود (شمس، ۱۳۸۱، ۳۸۷).

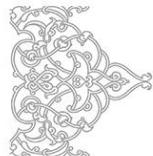
بنابراین در تشخیص دعاوی مالی از غیر مالی در وهله اول باید حق مالی را از حق غیر مالی تفکیک نمود: «حق مالی آن است که اجرای آن مستقیماً برای دارنده ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد، مانند حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارنده آن ارزش پولی دارد و یا حق طلب...». حق غیر مالی آن است که اجرای آن، منفعتی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد ایجاد ننماید، مانند حق بتوت، حق زوجیت و امثال آن (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱)

۱- دستور موقت و خسارت احتمالی

یکی از موارد اخذ تامین در مرحله دادرسی و قبل از آن رد دادرسی فوری است. صدور دستور موقت بدون رسیدگی ماهوی ممکن است موجب خساراتی شود؛ بنابراین اخذ تامین، تضمینی برای جبران خسارت است و از سوء استفاده‌های احتمالی از این تاسیس جلوگیری می‌کند. دادگاه وقتی دستور اخذ تامین را صادر می‌نماید که بخواهد دستور موقت صادر کند و صدور دستور موقت منوط به احراز فوریت صدور دستور از طرف دادگاه صالح است. برخلاف تامین خواسته، در دستور موقت نوع تامین معین نشده و دادگاه بعد از تعیین میزان تامین می‌تواند نوع تامینی را که مناسب بداند اخذ کند. اگر دعوای اصلی رد شود، خواهان مسئول جبران خسارت ناشی از اجرای دستور موقت است و خوانده می‌تواند

۱۰۲

محل رسید
حقوق



برای مطالبه خسارت از تامین در مهلت معین اقامه دعوی نماید و الا تامین به خواهان مسترد می‌گردد. (خالقیان، ۱۳۹۳، ۱۷۵) دستور موقت ممکن است وسیله سوء استفاده قرار گرفته سبب ورود خسارت گردد. از این رو قانون گذار به دادگاه اجازه داده است تا در هر مورد با توجه به اوضاع و احوال، پیش بینی کند که امکان دارد از دادرسی فوری و صدور دستور موقت خسارتی متوجه طرف گردد، از درخواست کننده، تامین بخواهد چنان که ماده ۳۱۹ آین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «دادگاه مکلف است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از خواهان تامین مناسبی اخذ نماید. در این صورت صدور دستور موقت منوط به سپردن تامین می‌باشد». ترتیب این تامین نیز مانند تامین خواسته است. دادگاه پس از اخذ تامین مبادرت به صدور دستور موقت می‌کند. (صدرزاده، ۱۳۸۲، ۲۳۱)

۲- دعوی ابطال

باید بهای خواسته در دادخواست تعیین شود. بهای خواسته از نظر هزینه دادرسی و قابلیت تجدیدنظرخواهی و فرجام اهمیت بالایی دارد. «بهای خواسته از نقطه نظر هزینه دادرسی و امکان تجدیدنظرخواهی، همان مبلغی است که در دادخواست قید شده است، مگر این که قانون ترتیب دیگری معین کرده باشد» (ماده ۶۱ قانون آین دادرسی مدنی). بنابراین اصل بر اختیار خواهان در تعیین میزان بهای خواسته است و جز در مواردی که قانون ترتیب خاصی مقرر کرده است یا برای خوانده در زمینه تقویم خواسته حقی قائل شده باشد، خواهان در نحوه تقویم خواسته اختیار کامل دارد.

- نتیجه گیری

ضمانت نامه بانکی یکی از ابزارهای رایج بانکی است که در روابط حقوقی و قراردادی حقوق داخلی و بازارگانی بین المللی به عنوان مهم ترین وسیله برای پوشش ریسک محسوب می‌شود.

در ابتدا نوعی ابهام و پیچیدگی ماهوی در ضمانت نامه‌های بانکی وجود داشت به طوری که اطلاق عنوان ضمانت نامه و واژه‌های مشابه آن در سراسر جهان باعث شده بود ضمانت نامه‌های بانکی، ابرازی با ماهیت تبعی طلقی شوند. اما به تدریج با افزایش روابط



قراردادی میان کشورهای مختلف و در پی انعقاد این قراردادها نیاز به ابزار تضمینی که به راحتی و با ارائه استناد مشخصی قابل نقد شدن باشد، احساس شد و این نیاز، زمینه ساز تولد ابراز جدیدی گردید که امروزه با عنوان ضمانت نامه‌های مستقل بانکی شناخته می‌شوند.

در حقوق ما ضوابط و مقررات حاکم بر ضمانت نامه بانکی توسط قوانین موضوعه تشریع و مقرر نگردیده، بلکه فقط اصل جواز صدور آن توسط بانک‌ها در قانون پولی و بانکی کشور و قانون عملیات بانکی بدون ربا بیان شده است و در فقدان نصوص قانونی، عرف و رویه بانکی، عمدۀ ضوابط حاکم بر این گونه ضمانت نامه‌ها را مشخص و معین کرده است.



گنبده سخنرانی ها





دکتر جعفر کوشایی

ما به کلان شهر اصفهان آمدیم که در یونسکو به عنوان "شهر خلاق" ثبت شده است. شاید از خودتان بپرسید خلاق برای یک شهر یعنی چه؟ چرا اصفهان خلاق شده است؟ در تعریف خلاق آمده است "شهری که از نوآوری و توان مندی‌های شهرهای توسعه پایدار شهری بهره می‌برد". موسیقی، معماری و نقاشی در اصفهان زبانزد است. ما به شهری آمدیم که در موسیقی، نقاشی و معماری، واقعاً حرفی برای گفتن دارد.

این شهر با ۱۷ شهر خواهرخواندگی دارد. چرا خواهرخواندگی؟ چون در فرانسه، شهر مونث است. به خاطر همین خواهرخوانده می‌شود. شما به خاطر دارید، آخرین شهری که اصفهان خواهرخوانده آن شد چه شهری است؟ علت خواهرخواندگی این شهر با شهرهای دیگر دنیا این است که مردمان اصفهان از توانمندی‌های خاصی برخوردارند و این خلاقیت در تبادل انسانیت قرار می‌گیرد. خوشحالم که امروز اصفهان هستم و در جمع خواهران و برادران اصفهانی هستم. از خدمات هیات مدیره تشکر فراوان دارم و از مقامات قضایی و انتظامی تشکر می‌کنم که در این نشست حضور پیدا کردند.

ما از پیشکسوتان خودمان صحبت می‌کنیم؛ ما از مرحوم کشاورز، آقای مندنی پور (که ریاست اسکودا را داشتند)، آقای جندقی و آقای شهبازی نیا که از اساتید محترم ما هستند، تشکر و قدردانی می‌کنیم ولی توقع ایجاد اتحاد و انسجام بیشتر را نیز داریم. اتحاد برای چه؟ جهت تقابل با حاکمیت؟ خیر. برای تعامل با حاکمیت؟ بله. هر تعاملی؟ خیر. من به صراحة خدمت جناب آقای رئیسی (رئیس قوه قضائیه) عرض کردم، تعامل باب تفاعل است، آنان همکاری می‌کنند، همه همکاری می‌کنیم. راه ما، راه بسیار سختی است. چرا؟ من در تاریخ ملاحظه کردم؛ در قدیم، اولین مدرسه و کلا، در آتن تشکیل شد. زمانی مدرسه تشکیل شد که در آن وکیل تربیت نمایند، کشیش‌ها با آن مخالفت نمودند و بیان داشتند: "مگر و کلا چکار می‌کنند؟ و کلا خیلی حرف می‌زنند و می‌خواهند دخالت کنند". جالب است کشیش‌هایی که با وکلا مخالف بودند، وقتی وارد قضایا شدند، متوجه گردیدند

۱. رئیس اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.



که اتفاقاً کار وکالت خیلی خوب است و به همین خاطر بسیاری از کشیش‌ها وکیل شدند. در نظام ما نیز به همین شکل است. زمانی که برخی مسؤولین، خودشان دچار مشکل می‌شوند و به وکیل مراجعه می‌نمایند، می‌گویند چقدر وکیل خوب است.

در راهروی دادسرای کارکنان دولت، بسیاری از مسؤولین که دچار مشکل شده اند، با خود یک وکیل به همراه دارند. شاید قبلاً اعتقادی به وکیل نداشته‌اند ولی پیدا کردند. اساساً، شاخص و وسیله سنجش عدالت، وکالت است. شما برای شاخص عدالت هر کشور، می‌باشید ببینید، وکالت در چه مرحله‌ای است. ما از مجلس یا دولت، گلایه‌ای نداریم چون آنها کار خودشان را انجام می‌دهند، ما نیز کار خودمان را. ما نباید اهدافمان را گم کنیم. هدف ما با مسؤولین دستگاه قضا (من جمله آقایان دکتر حبیبی، دکتر درخشند و جناب اصفهانی) یکسان است. هدف همه ما ارتقای سطح علمی و عملی است. به گونه‌ای که وقتی یک قاضی رای صادر می‌کند، اگر دادنامه‌وی در جایی به چاپ رسید، خودش از رای اش خجالت زده نشود. می‌باشید مستدل و مدلل و موجه باشد. حال چه کسی می‌تواند به قاضی کمک نماید تا رایی مستدل و مدلل و موجه صادر نماید؟ کسی که هم رشته خود قاضی باشد. اشکالی ندارد مجلس نیز طرح‌هایی را ارائه نماید. ما دفاع می‌کنیم، از حقوق عامه نیز دفاع می‌کنیم. اما من یک سوال دارم؛ ما تا الان چکار کردیم؟ ما هر یک به عنوان وکیل، قاضی، پلیس، استاندار، وزیر و رئیس جمهور و رئیس قوه چکار کردیم. من خدمت آقای رئیسی عرض نمودم شما سند تحول نوشته‌ید، ولی سند لازم نیست چون ما قانون داریم. قانون اگر اجرا شود هیچ مشکلی ندارد. البته ممکن است ما در فهم و برداشت از قانون، اختلاف داشته باشیم. "اختلاف امتنی، رحمه". این رحمت است که ما با هم اختلاف داریم. من واقعاً شاهد هستم.

از آبان ماه که مسؤولیت اتحادیه را به عهده گرفتم، هدفم این بود که شان و جایگاه نهاد وکالت در نظام جمهوری اسلامی مشخص شود. جناب حبیبی استحضار دارید چند درصد از وکلای ما جانباز و ایشارگر هستند و بسیاری از وکلای ما کارهای شایسته‌ای را انجام می‌دهند که من از نزدیک شاهد آن هستم. بسیاری از وکلا بسیار فرهیخته و خیر هستند. اما چرا بایستی ما باهم دیگر تقابل داشته باشیم؟ من در مجلس رفتم و به آقایان من جمله جناب خاندوزی عرض کردم، چالش اصلی در بحث وکالت این است که ما شاید شغل وکالت را از نظر اینکه وکیل چه کارهایی می‌کند، نمی‌شناسیم. وکیل هنرمند است؛

در دفاع، در احیای حق، در ابطال باطل. اگر به خوبی تربیت شود و به خوبی آموزش

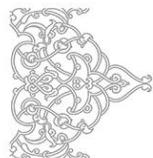


بییند، می‌تواند به شکل مناسب و مطلوب دفاع نماید.

امروز ما ۲۵ کانون و کلا داریم. ۲۵ رئیس کانون داریم. اعضای محترم هیات مدیره، اعضاً محترم شورای اجرایی، همه سخت کوشانه در حال کار کردن هستند و من شاهدم که قصد ایجاد هیچ تقابلی را ندارند. من تاکنون به هفت استان سفر نموده و با رؤسای دادگستری این استان‌ها گفتگو نمودم؛ مشاهده نمودم که تعامل وجود دارد.

اگر هم یک یا دو مورد اختلاف نیز وجود دارد می‌تواند با تفاهم نامه‌ها و کارگروه‌ها حل شود. اما ما یک دغدغه جدی داریم و آن این است که بعضی افراد، بنا دارند که به نهاد و کالت حمله کنند. من در این مدت به عنوان مسؤول اتحادیه، در هر جایی که حضور پیدا کردم (نzd رئیس جمهور، رئیس قوه قضائیه و همچنین اعضای مجلس) عرض کردم که وجود نهاد و کالت به نفع حاکمیت است. اجازه ندهیم اشخاصی به شکل مغضبانه به این نهاد حمله کنند. این اشخاص ممکن است از درون ما نیز باشد و شاید هم از بیرون. ما باید بصیرت صنفی داشته باشیم. یعنی بدانیم که امروز در کجا قرار داریم و هدف ما چه هست؟ هدف ما این است که مردم ما آزادی‌های مشروع داشته باشند و حقوق عامه برای مردم احیا شود. ما و کلا با سوگندی که یاد کردیم در کارهای تخصصی با قوه قضائیه و قوه مقننه کمک و همکاری می‌نماییم. من به ریاست کمیسیون قوه قضائیه مجلس، عرض نمودم که هر طرح یا لایحه‌ای در کمیسیون قوه مطرح می‌شود برای ما نیز بفرستند تا اظهارنظر و کمک نماییم. در ملاقاتی که اخیراً با یکی از مسئولین داشتم، ایشان مطرح نمود که و کلا باید بسیار فعالتر از اکنون باشند و خودشان را در عرصه‌های ملی و بین‌المللی بیشتر نشان دهند. ما امروز داریم همین کار را می‌کنیم. فرهیخته ترین انسان‌ها در هر کشوری، قصاصات و وکلا هستند. زیرا هر دو با حق طرف هستند.

من واقعاً خوشحالم از اینکه اتحادیه، امروز سرپا و سربلند است. با احترام به همه سلاطیق و همه افکار و عقاید، اذعان دارم که ما در چارچوب قانون حرکت می‌کنیم. ما امروز در اصفهان جمع شده ایم که بگوییم سیاست گذاری در آینده چیست؟ اولین سیاست ما بحث اتحاد و اتفاق در سایه همدلی و همفکری است. اگر از یکدیگر گله‌ای داریم اشکالی ندارد اما در مسائل اساسی باید یکی باشیم. مصالح عالیه نهاد و کالت را باید در نظر بگیریم. این میراث که به ما رسیده است باید حفظ گردد. می‌بايست با کسانی که کج اندیشه‌ی و لج بازی می‌کنند و می‌خواهند از درون این کشتی را که همه داخلش نشسته ایم، سوراخ نمایند، مقابله نماییم. اجازه نمی‌دهیم در سیاست اول ما که بحث اتحاد



است کسی رخنه کند. اما سیاست دوم ما این است که در درون نظام و با نظام حرکت می‌کنیم. ولی در درون نظام و با نظام به معنای این نیست که ما صرفاً توجیه گر باشیم. توجیه نمی‌کنیم ولی هرجا ایراد بود، به آن متذکر می‌شویم.

اگر هم ایراد گرفتیم از ما خرده نگیرید چون ما مسائل را از دریچه وکالت می‌بینیم و شما از دریچه قضاوت به آن نگاه می‌کنید و ایشان نیز از دریچه نیروی انتظامی می‌بینند. این اشکالی ندارد. اما اگر یک وکیل هم بخواهد تخطی نماید، آنجا ما هم مقابله می‌کنیم. یعنی ما خود نظارتی داریم. من به آقای رئیسی و آقای دکتر مصدق هم عرض نمودم که ما خود انتظامی داریم و اجازه نمی‌دهیم که شما بر ما نظارت کنید، در حالی که ما خودمان توانایی نظارت بر خویش را داریم. ما دادسرای انتظامی داریم. من کارگروه انتظامی در اتحادیه ایجاد نمودم. همه دادستان‌های انتظامی را جمع کردم. آنان از طریق فضای مجازی، همفکری می‌کنند تا رویه‌ای واحد ایجاد نمایند. همچنین در بحث سیاست انتظامی خودمان، کارگروه برای بازرگانی در جهت سیاست بازرگانی خودمان تاسیس نمودیم. ما سیاست داریم. اینطور نیست که ما اجازه دهیم در کارهایمان دخالت کنند. چون ما توان داریم. اگر ما از وکیل متخاطی حمایت نمی‌کنیم ولی حامی وکیل مظلوم هستیم، در قالب همین سیاست است.

چون ما یک اتحادی داریم و آن اتحادیه است. انتخاباتی که قبلاً انجام شد، از آنهایی که در آن شرکت نمودند، سپاسگزار هستیم و حتی از کسانی هم که به دلیل شرایط سخت فعلی نتوانستند شرکت نمایند نیز متشکر هستیم. من از آقایان حبیبی، خشنودی و اصفهانی و جناب سرهنگ محمدی که تا آخر در این همایش نشستند و به سخنرانی‌ها گوش نمودند، سپاسگزارم و این به معنای تفاهم است. این یعنی ما در یک جبهه هستیم. من سابق بر این، قاضی بوده ام و درس طلبگی خواندم و خارج از کشور رفتم و در دانشگاه‌ها همه دوره‌ها را گذراندم و در همین پکیج که دارم، قابلیت‌ها و ظرفیت‌ها را می‌بینم. ما ظرفیت‌های خوبی در وکالت داریم و از آن استفاده می‌کنیم. چه اشکالی دارد که شما در کمیسیون جهش تولید مطابق فرمایش رهبر معظم، تولید را جهش دهید، اما وکیل که جزو تولید نیست. جناب آقای خاندوزی، جناب آقای کریمی نماینده اراک و جناب آقای بدی نماینده اردبیل متوجه هستند که عقلاً و منطقاً، ما خروج موضوعی داریم. چطور در بحث موافع تولید ما را موضوع بحث قرار می‌دهید؟ اگر قرار باشد که ما در هر سال مطابق شعار همان زمان، نمایش دهیم که تولید را جهش دهیم یا موافع زدایی



و پشتیبانی نماییم، اشکالی ندارد، ولی این امر باید در موضوع خودش انجام گردد.
به عنوان مثال، در صادرات قالی و زعفران جهش ایجاد کنید یا واردات را کاهش داده
و صادرات را افزایش دهید. ولی وکیل که جزء تولیدات نیست! خوشبختانه آینده ما آینده
روشنی است چون نگاه ما، نگاه خوبی است. امیدوارم با همین سیاستی که داریم حرکت
کنیم و ان شاء الله به مقصد برسیم. قصد ما اجرای عدالت است و دفاع از حقوق مظلوم
مردم. آقای دکتر خشنودی، بسیاری از مباحث و مصادیق گمشده و مغفول مانده حقوق
عامه را مطرح نمودند به درستی هم بیان داشتند. اما حقیقتاً، با کسانی که مسبب تضییع
حقوق عامه بودند چگونه برخورد کردید؟ در سال ۱۳۷۱ مرحوم آیت الله یزدی دادگاه‌های
عام را تشکیل داد و دادسرا را حذف نمود و در سال ۱۳۸۱ مرحوم آیت الله شاهرودی
مجدداً دادسرا را احیا کرد. آیا آن چند سالی که دادسرا وجود نداشت، حقوق عامه تضییع
نگردید؟ کجا تعقیب شد؟ کجا محاکمه شد؟ کسی عذرخواهی کرد؟ از حقوق عامه کسی
دفاع کرد؟ با وجود این بنتزین‌های نامناسب و آلودگی‌ها و خودروهای بی کیفیت و مردمی
که مورد حمله و هجمه قرار گرفتند، چه کسی باید از آنان دفاع نماید؟ آیا اجاره می‌دهید
که وکیل از آنان دفاع کند؟ پس از آن، وکیل را تحت تعقیب قرار نمی‌دهید؟

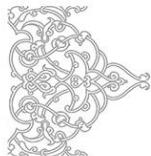
اجازه دهیم که قانون اساسی کشورمان که پیمان همه ما هست، ظهرور پیدا کند و
اجرا شود. خداوند مرحوم آیت الله بهشتی را رحمت کند. ایشان در مورد تدوین قانون
اساسی زحمت بسیاری را متحمل شدند و اصول آن را مدیریت نمودند. بر روی اصل ۱۶۸
که در بحث هیات منصفه می‌باشد، بسیار زیاد وقت گذاشتند و کار کردند. واقعاً، قانون
اساسی یک پیمان است و همه ما باهم متحدهستیم که قانون اساسی را رعایت کنیم.

من خدمت آقای دکتر روحانی رئیس جمهور محترم، عرض نمودم که شما به عنوان
رئیس جمهور در بحث نظارت بر اجرای قانون اساسی چه اقدامی انجام داده اید؟ مطابق
اصل ۳۷ قانون اساسی که ما را به عنوان وکیل مردم تعیین نموده و مردم حق دارند ما را
انتخاب نمایند و اینکه نهایتاً ما را در ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی می‌برید، لذا شما به عنوان
رئیس جمهوری که از ما پروانه و کالت اخذ نمودید، خواهشمندم یک حرکتی در این راستا
بنمایید. هم اکنون یک رسمی شده، هر وقت ما ایرادی می‌گیریم، آنها نیز ایراد می‌گیرند.
ما غصه داریم، شما هم غصه دارید. آیا باید با هم غصه بخوریم؟

اینگونه که نمی‌شود. ما باید راهکار ارائه دهیم. راهکار این است که به ما و کلا اجازه
و جرات دهید که شجاعانه دفاع کنیم. در یکی از سریال‌های تلویزیونی بیان می‌داشت:
"وکیلی که حق اعتراض ندارد، وکیل نیست". ما باید حقوق و تکالیف خود را بشناسیم.

به امید روزی که ایرانی سربلند داشته باشیم.

۱۱۰



دکتر محمدرضا حبیبی^۱

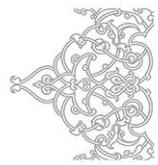
اوایل خداداده هستیم. لذا ابتدا درود بر ارواح طیبه شهداء می‌فرستیم. خصوصاً شهداءی عملیات پر افتخار بیت المقدس که موجب آزادی خرم‌شهر گردیدند و این روزها یادآور رشادت‌های این عزیزان است که هرچه امروز داریم اعم از امنیت و استقلال و غیره نتیجه فدایکاری این شهداء است. همچنین در آستانه ۱۴ خرداد سالروز رحلت حضرت امام خمینی(ره) قرار داریم که جای دارد درود بر روح بلند و ملکوتی این مرد بزرگ بفرستیم و آرزوی طول عمر با عزت و سلامتی برای مقام معظم رهبری و آرزوی سربلندی و افتخار روزافزون برای ملت عزیز و شریف ایران داشته باشیم.

به عزیزانی که از اصفهان یا استان‌های دیگر در این گردهمایی شرکت نمودند اعم از اساتید محترم و کلای محترم و مسئولین گرانقدر نیروهای انتظامی و نظامی و امنیتی و همکاران گرامی قضایی خصوصاً آقای دکتر خشنودی معاون محترم دادستان کل که از محض ایشان استفاده نمودیم، خوشامد می‌گوییم.

آنچه باید در این جلسه علمی گفته می‌شد، دوستان دیگر، در این نشست خوب، بیان داشتند و من هم انصافاً، مطلبی فراتر از آن چه اساتید و عزیزان از ابتدا تاکنون، فرمودند، جهت عرض کردن ندارم. ضمن اینکه، جلسه نیز اقتضای اطلاعه ندارد. با این حال اینجانب نیز با استفاده از فرمایشات شما بزرگواران، نکاتی را به عنوان مسؤول دستگاه قضایی استان، خدمت دوستان عزیز بیان می‌دارم؛

اولاً، توقع این است، دوستان و هیات مدیره محترم اسکودا، در چنین نشست‌هایی که با زحمات شما دوستان با چنین سطح و ترکیبی برگزار می‌گردد، تعدادی از افراد نخبه در زمینه حقوق را دور هم جمع کنید و با برنامه ریزی، چالش‌ها و آسیب‌ها و مشکلات و نقاط ضعف و قوت را دسته بندی نموده و تبیین نمایید و سپس برای آن، برنامه ریزی کنید. شایسته است برای این موارد، متصدی و کارگروه تعیین گردد و بر روی این موارد کار شود تا در جلسات بعدی که در سال‌های آتی برگزار می‌گردد، این موضوعات پیگیری

۱. رئیس کل دادگستری استان اصفهان.



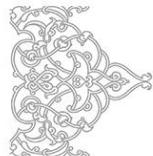
شود و به نتیجه برسد. ضمن اینکه می‌بایست در جلسات بعدی، گزارش ارائه گردد و مشکلاتی که برای حل آنها کارگروه و ضرب الاجل تعیین شده مورد تبیین و بررسی قرار گیرد و تخمین زده شود که چه تعداد از این موارد به نتیجه رسیده و چه تعداد فاقد نتیجه مطلوب بوده است و علت این عدم حصول هدف چه بوده است.

اینکه برای تشکیل چنین نشست هایی، تا این حد زحمات کشیده شود ولی هر کسی از منظر کاری و صنفی خودش مسائلی را مطرح نماید و به مصادیق آن اشاره کند، نتیجه بخش نیست و باید این مسائل در جای خودش مطرح بشود تا اگر دستگاهی یا فردی یا صنفی، مورد انتقاد قرار می‌گیرد، او نیز بتواند از خود دفاع کند. فرقی نمی‌کند که این شخص یا دستگاه، جمعی علمی باشد یا مجلس یا دولت و یا دستگاه قضایی.

این موارد باید به جای خود گفته شود و دفاع شود. با این حال ما اینجا می‌نشینیم و صرفاً روی مشترکات صحبت می‌کنیم و صرفاً از مشکلات مشترک حرف می‌زنیم، در حالی که می‌بایست با همکاری یکدیگر در جهت حل این مشکلات، متقابلاً هم اندیشه و چاره جویی کنیم. البته همانطور که رئیس محترم کانون وکلای اصفهان، اشاره نمودند، ما همیشه در جلسات با این بزرگواران، روی همین مسائل برنامه ریزی نمودیم و مطمئناً با حضور جناب دکتر کوشان، که هم سابقه قضایی و دانشگاهی دارند و هم در حرفه وکالت فعالیت نموده اند، و عزم و انگیزه ایشان را در دیدارهای قبلی، مشاهده نمودم، قطعاً در رسیدن به این هدف، موفق خواهیم بود.

مسلمانه جهت اخذ نتیجه مطلوب، نیاز به یاری و کمک متقابل شما و کلا و همکاران ما در دستگاه قضایی، داریم و ما هم آماده هرگونه کمک و همکاری در این زمینه هستیم. نکته دوم این است که با تکیه بر فرمایشات شما بزرگواران، اعتقاد اینجانب و قاطبه قضات بر این است که هیچ تقابلی مابین دستگاه قضایی و نهاد وکالت وجود ندارد و این واژه غلط تقابل بین وکلا و قضات به شکل نادرست، مصطلح و ترویج شده است.

برای این ادعای خود نیز دلیل دارم. کافی است که به متن سوگند قضات و وکلا دقت نمایید. شالوده و چکیده‌ی هر دو سوگند یک مطلب را می‌رساند و آن اجرای عدالت، احراق حق و کشف حقیقت است. این موارد در هر دو متن سوگند قضات و وکلا آمده است و هر دو صنف قبل از ورود به عرصه کار و حرفه خود، با لفظ جلاله و در برابر کلام الله مجید به خدای قادر متعال سوگند یاد می‌کنند. بنابراین هر دو به دنبال یک هدف هستند. با این هدف مشترک، به هیچ عنوان تقابلی بین این دو وجود ندارد. من بارها



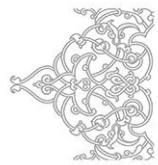
در جمع و کلا و همکاران قضایی تصریح نموده ام، دیدگاه ما این است که وکیل محترم، کمک حال قاضی در محکمه است. بالاخره همه چیز را همگان دانند و با این حجم زیاد مواد قانونی و گوناگونی قوانین موجود، ممکن است من قاضی، اطلاعات و اشراف بر یک موضوع قانونی از یک منظر متفاوت قانونی داشته باشم و همکار وکیل نیز به دلیل مطالعات متنوع دیگر، قوانین دیگری را در ذهن داشته باشد. این‌ها وقتی، با صحبت و مذاکره به یکدیگر پیوند خورد ما را به کشف حقیقت نزدیک تر می‌نمایند.

این درحالی است که در اذهان عمومی، به شکلی نمود خارجی پیدا کرده که ظاهرا تقابلی بین قاضی و وکیل وجود دارد. علت آن این است که یا من قاضی از سوگند خود در مسیر رسیدگی یا انجام وظیفه ام منحرف شده ام و یا شمای وکیل و بعضاً هر دوی ما از قسمی که یاد نموده ایم دور شده ایم. ریشه در همین موضوع است و ما باید در راستای حل این مساله چاره اندیشی کنیم نه اینکه رو در روی هم قرار بگیریم.

این امر لازم است که اگر در جایی مصادیق یا مسائلی از این قبیل وجود دارد، جهت رفع مشکل، شروع به نوشتمن و بیان آن در مجتمع و نشست‌ها نماییم تا نمود صحیحی از این دو نهاد در جامعه، شکل گیرد. اگر افرادی هستند که قانون و هنجار را بر نمی‌تابند یا به دنبال هنجار شکنی هستند و به حق خود قانع نبوده و چشم به حقوق دیگران دوخته اند، نباید این تصور در آنها ایجاد شود که می‌توانند در قاضی و دستگاه قضایی، اعمال نفوذ نمایند یا به وکلایی هر چند محدود، مراجعاً کنند تا بر خلاف سوگندشان به دنبال کشف حقیقت و اجرای عدالت نباشند. این قبیل مصادیق هم در دستگاه قضایی هم در بین وکلا هر چند محدود و کم، دیده شده است.

این افراد، به دنبال پرونده‌هایی هستند که از طریق نفوذ یا اخذ رای تضمینی از مسیر سوگند خود منحرف شوند. لذا نباید این احساس تقابل بین مردم جامعه ایجاد گردد و نمود خارجی پیدا کند و این چهره نازیبا در اذهان عمومی شکل گیرد. این مسائل باید در جلسات و نشست‌ها حل گردد. البته کار بسیار دشواری است. زیرا تعداد این افراد هم در بین ما قضات و هم در مجموعه شما وکلا، بسیار کم است ولی همان تعداد اندک نیز با توجه به حساسیت کار، می‌تواند بسیار بیشتر از کارهای خوبی که انجام می‌شود، نمود خارجی پیدا کند و خودش را نشان دهد.

برای حل این مشکل، در قدم اول می‌بایست من قاضی و شمای وکیل، خودسازی و خود کنترلی داشته باشیم. این امر لازم است که من قاضی در اولین پرونده‌ای که



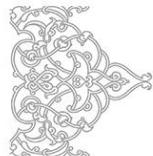
رسیدگی می‌کنم به سراغ قسمی که یاد نموده ام بروم. همچنین شما و کیل برای اولین موکلی که مراجعته می‌نماید، در بدو امر، سوگندی که یاد نموده اید را در نظر بگیرید و اگر حرف وی جانب حق بود از او دفاع نمایید؛ حال اینکه نظر قاضی پرونده چه باشد و آیا به نتیجه بررسی یا خیر بحث دیگری است. شما و کیل با وجود خود و علمی که کسب کرده اید باید ذی حق بودن موکل خود را در ابتدای امر، احراز کنید. انصافاً، چند درصد از ما قضات یا شما و کلا، حاضر هستیم که اینگونه عمل کنیم؟

مسلمان کار دشواری است. راه حل دوم، نظارت جدی درون سازمانی است. من بارها خدمت عزیزان عرض نمودم، ما اگر در دستگاه قضایی نظارت داشته باشیم همان ابتدا که از تخلفات مطلع شدیم، جلوی آن را می‌گیریم. نمی‌گوییم برای قضات و وکلا دام پهنه نماییم و به گونه ای عمل کنیم که قاضی و وکیل در چاه بیفتند و به دستانشان دستبند بزنیم، بلکه دستگاه نظارتی درون سازمانی ما به گونه ای باشد که پیشگیری نماییم و نگذاریم قاضی یا وکیل ما و همچنین دادسرا و دادگاه انتظامی، به درون دام بیفتند. می‌باشد برنامه ریزی و نظارت به گونه ای دقیق باشد که به هیچ عنوان کار به این موارد نرسد. عزم شود که چهره همکاران زحمت کش در دستگاه قضایی و نهاد وکالت با وجود این محدود افراد ناشایست، مخدوش نگردد.

این افراد باید به عنوان یک غده سلطانی جراحی شوند و از هر دو نهاد جدا گردند. لذا می‌باشد این مورد به عنوان مشترکاتی که مورد قبول همگی ما می‌باشد در این جلسات مطرح گردد و برای آن برنامه ریزی شود. موضوع دیگر، بحث جا افتادن فرهنگ وکالت است. یکی از مشکلات اساسی کشور ما این است که مردم زمانی به وکیل مراجعته می‌نمایند که یا می‌خواهند دعوایی را علیه شخصی اقامه نمایند و یا دعوایی علیه آنان اقامه شده است.

هدف از تاسیس نهاد وکالت این نبوده، بلکه هدف اصلی این نهاد، ارائه مشاوره حقوقی و پیشگیری بوده است. ما باید در بین عموم، این امر را نهادینه کنیم که هر کس قبل از اینکه به بنگاه، جهت اجاره یا خرید ملک مراجعه کند یا قرارداد منعقد نماید یا هر اقدام حقوقی دیگر، حتماً در بدو امر با یک وکیل مشورت نماید.

این امر حتی برای دستگاه‌های دولتی و واحدهای بزرگ صنعتی نیز مصدق دارد. اگر این فرهنگ نهادینه شود، ما نه تنها وکیل و مشاور حقوقی زیاد نداریم بلکه کم هم هستند. این نحوه استفاده از وکیل و فرهنگ رایج، اشتباه است. به دلیل همین فرهنگ



غلط است که هر سال من و رئیس کانون وکلای اصفهان، بر سر تعداد ظرفیت کارآموزان و کالت، چانه زنی می‌نماییم. ایشان اذعان دارند، امکانات آموزشی کم است و ساختمان نداریم. همچنین دادگستری شما برای کارآموزان محدود و کم می‌باشد و چون بسیاری از وکلا، بیکار هستند، مفاسدی را به دنبال خواهد داشت.

بله اگر از این دیدگاه به قضیه نگاه کنید، اضافه کردن ظرفیت مشکل ساز می‌شود و تعداد وکلا نیز زیاد است. چون هنوز این فرهنگ در بین عموم جا نیافتاده است. از طرف دیگر نیز مرتبا تعداد پرونده‌های ورودی به دادگستری در حال افزایش می‌باشد. زیرا با نهادینه شدن این فرهنگ، مردم یاد می‌گیرند که برای همه امور مدنی و زندگی شخصی و مراودات اجتماعی خود از مشاوره حقوقی و کیل استفاده نمایند.

در نتیجه، هم کار برای وکلای عزیز وجود دارد و هم بار ما قضاط در دادگستری، کم و سبک می‌شود. اکثر پرونده‌های حقوقی و کیفری که وارد دادگستری می‌شود، ناشی از تنظیم غلط قراردادها، مبایعه نامه‌ها و قولنامه‌ها است که به دلیل عدم نظارت حقوقی می‌باشد. نکته دیگر که باید متذکر گردید، این است که به هرحال، قوانین ما قدیمی شده و باید تغییر کنند. همه ما در این زمینه اتفاق نظر داریم.

این وظیفه به عهده کانون‌های وکلا و اسکودا می‌باشد که باید برای آن برنامه ریزی کنند. زمانی که شما وکلا، به موقع، در این زمینه ورود پیدا نمی‌کنید و قانونی که نیاز به اصلاح دارد، تنظیم نمی‌نمایید، همچنین، هیچ مراوده ای با مجلس و قوه قضائیه ندارید، این مشکلات بر روی هم جمع می‌شوند و خود را نشان می‌دهند. مسلم، جمعیت زیاد شده و مسائل فرق کرده، تکنولوژی ترقی نموده و عنوانی مجرمانه و حقوقی و کیفری نیز تغییر کرده است. لذا این موارد نیاز به بحث و تغییر و اصلاح آیین نامه‌ها و مقررات دارند و وقتی اصلاح نشوند و از طرف دیگر آن افراد ناشایست، چه در دستگاه قضا و چه در نهاد وکالت، مسیر غلط را در پیش گرفتند و آرام آرام، این مشکل در جامعه نمود پیدا کرد.

در اینجا، به عنوان مثال، قوه قضائیه و مجلس ورود پیدا می‌کنند و سپس به دنبال نوشتن یک قانون و آیین نامه می‌روند، و موجب می‌شود که فریاد اعتراض شما وکلا، بلند شود و پس از آن، نهاد وکالت ورود پیدا کرده و مشاهده می‌کند که بعضی از قسمت‌های آن واقعا مشکل دارد. دلیل آن این است که آیین نامه یا مقررات، یک طرفه تنظیم شده است. افرادی آن را تنظیم نمودند که اطلاعاتشان از نهاد وکالت کم بوده است. در همین زمان است که همه مقابله هم می‌ایستند و برای هم‌دیگر صحبت می‌کنند. مسلم این



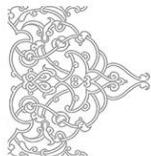
غلط است. به هر حال جلوی ضرر را هر زمان بگیریم نفع است. باید پیگیر باشیم. رئیس محترم کانون وکلای اصفهان، فرمودند که با نمایندگان مجلس و کمیسیون‌ها صحبت و مذاکره داشته‌اند. می‌بایست طرح‌ها و پیشنهادهایتان را ارائه دهید. زمان بگذارید و اقدام کنید. یک اقداماتی در بحث فرهنگ استفاده از وکیل شد ولی متناسبانه عقیم ماند و همکاری دوجانبه صورت نگرفت. خداوند آیت الله شاهروodi را رحمت کند.

در آن زمان اخذ وکیل جهت طرح دعاوی در دادگستری، الزامی گردید. ولی چون پخته نشده بود و راهکار ارائه نگردید و کار درست شکل نگرفت، به یک دفعه، این ایده به کلی از بین رفت. همچنین در بحث بنگاه‌های معاملاتی، الزامی گردید که در کنار متعاملین و مسؤول بنگاه، یک نفر مشاور حقوقی هم باشد. ولی چون آینه نامه ای برای آن نوشته نشد و حق الزحمه ای هم برای آن مشاور حقوقی، تعیین نگردید تا وکیل بتواند امورات خود را اداره کند، صرفاً تبدیل به یک پروسه شکلی شد و کارایی لازم را نداشت. لذا خواهشمندم این مسائل در نشست‌ها مطرح گردد و حل شود.

آخرین خواهش من این است که واقعاً دستگاه قضایی، دست نیاز به سمت شما و کلای عزیز دراز نموده است تا سند تحول اجرایی گردد. به هر حال قبول داریم که این سند به زحمت آمده شده و کارشناسی شده و بخشنی از آن را رئیس محترم قوه قضائیه با جدیت پیگیری نمودند و نمودها و اجرای آن را می‌بینیم. ولی هنوز خیلی از آن باقی مانده است و کمک بسیاری از دستگاه‌ها را می‌طلبد.

از همه مهم‌تر کمک و یاری نهاد و کالت و شما و کلای محترم را در بحث پیشگیری و توسعه فرهنگ صلح و سازش جهت کاهش ورودی پرونده‌ها به دستگاه قضایی و حقوق عامله که آقای دکتر خشنودی اشاره کردند و سایر موارد، نیاز دارد.

خواهشمندم به یکدیگر کمک کنیم، تا بتوانیم به یک مقصد و منزلگاه -که در شان نظام جمهوری اسلامی است و همچنین خواست مردم و دستگاه قضایی و نهاد و کالت می‌باشد- نائل شویم.



دکتر لیلا رئیسی^۱

کانون وکلای مقتدر، می‌تواند یک قوه قضائیه مقتدر بسازد و با وجود کانون وکلای مستقل و مقتدر، دلالان خدمات حقوقی که همانند زالو خون مردم را می‌مکند، نمی‌توانند سر برآورده و رشد قارچ گونه ای داشته باشند.

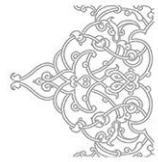
در سال‌های اخیر، حرفه‌ی وکالت با بیشترین مشکلات و معضلات رو برو بوده است. وکلا با استقلالی که به موجب قانون از آن برخوردار هستند، از بدنه‌ی حاکمیت و اصحاب قدرت و ثروت مستقل بوده و به همین دلیل، با ورود بی‌باقانه به رابطه‌ی میان دولت و ملت، از حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان در قبال دستگاه حاکمه، صیانت کرده و اجازه نمی‌دهند که حقوق ملت، اجیانا توسط سازمان‌ها و دستگاه‌های اداری حاکمیت، تضییع شده یا آزادی آنان توسط صاحبان قدرت محدود شود.

از سوی دیگر، همین وکلای محترم دادگستری، آن جا که احدي از ملت به دنبال دست درازی به اموال دولتی و تهدید منافع ملی باشد، مقتدرانه در حفاظت و حمایت از دولت حاضر شده و با دفاع از شخصیت‌های حقوقی دولت و حاکمیت در محاکم دادگستری، مانع از وارد آمدن آسیب به نفع عمومی و منافع دولت که بالاصاله متعلق به ملت است، گردیده و جابجا از حقوق عامه پاسداری نموده و از همین رو است که گفته می‌شود نهاد وکالت نمی‌تواند از دستگاه حاکمه مستقل نباشد و این در حالی است که برخی نه تنها این مفهوم را درک نمی‌کنند، بلکه سهواً یا عمدآً چنین القا می‌کنند که مگر وکیل و کانون وکلا تافته‌جدا بافته‌اند و نتیجه می‌گیرند که نهاد وکالت نیز باید تحت کنترل و مدیریت دستگاه حاکمه باشد.

نهاد وکالت ایجاد شده است که از حقوق مختلف افراد و جامعه دفاع نموده و مانع از تضییع حقوق آنها بشود.

وکیل با مطالبه‌ی اجرای قانون، نه تنها موکل خود را در پناه حمایت‌های قانونی قرار می‌دهد، بلکه به طور غیرمستقیم، حاکمیت را نیز به زیر چتر قانون برده و نمی‌گذارد هیچ

۱. رئیس کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، استاد دانشگاه.



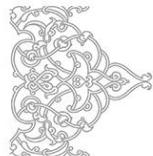
یک از مقامات یا مراتب حاکمیتی، خود را مبرای از قوانین بدانند و لذا وکیل، نقش خطیری در نهادینه کردن ضرورت و الزام به پاسخگویی در قبال مطالبات و حقوق شهروندان داشته و با این وصف، حقیقتاً می‌توان وکیل را عامل اصلی «گذار از حکمرانی سنتی به حکمرانی مطلوب» دانست.

وکلا قانونگذار نیستند ولی به دلیل مواجهه‌ی روزانه و ارتباط تنگاتنگ با قوانین و نظامات قانونی، گاه‌ها بیشتر از خود قانونگذار، به ضعف‌ها و قوت‌های قوانین آگاه بوده و به مشابه مرجعی اصیل، با تخصص و تجربه و در عین حال مشاوری امین برای دولتها در امر قانونگذاری به شمار می‌آیند که می‌توانند قانونگذاران را از خلاء‌ها و جنبه‌های تاریک قوانین که از چشم ایشان پنهان مانده و زمینه را برای سوء استفاده‌های متعدد فراهم کرده، آگاه ساخته و از این رو، تلاش وکلا در راستای قاعده مند سازی بیشتر نظامات سیاسی را باید کوششی در جهت استقرار هر چه بیشتر عدالت، حکومت قانون و کمک به احراق حقوق عامه دانست.

وکلا با ارائه‌ی مشاوره‌های حقوقی، خدمتی غیرمستقیم در زمینه‌ی آموزش همگانی مردم ارائه کرده که موجب پیشگیری از وقوع جرم و بروز آسیب‌های اجتماعی و اهتمام جدی‌تر به بهداشت قضائی همگانی می‌شود.

متاسفانه برخی، نه تنها به ایفای نقش مثبت و موثر وکلا در موارد گفته شده توجه جدی ندارند، بلکه نسبت به وکلا، اتهام‌های ناروایی وارد می‌کنند و حتی در موارد زیادی نیز در فیلم‌های سینمایی و دیگر آثار نمایشی، وکلا را در نقش‌های منفی و مجرمانه به تصویر می‌کشند. در نتیجه همین هجمه‌ها، شأن و جایگاه وکلا در موارد زیادی رعایت نمی‌شود. منع از اشتغال وکیل فرزانه زیلابی به موجب قرار نظارت قضائی نمونه‌ای از همین موارد است و حتی در مواردی جان و سلامتی وکلا بخطر می‌افتد، همانگونه که بارها شاهد جانباختن همکارانمان در راه دفاع از حقوق موکلانشان بوده ایم، که آخرین مورد باید از قتل مرحوم پریوش ظفری نام برد.

برخی به اشتیاه گمان می‌کنند وظیفه کانون وکلا صرفاً ایجاد اشتغال است. عده‌ای یا مفهوم امر خطیر تربیت وکیل را متوجه نبوده و یا آن را جدی نگرفته‌اند. تربیت وکیل یک پروسه بسیار مهمی است که قانونگذار مرحله به مرحله، آن را تدوین نموده و از نظر مقتن، بدون طی این پروسه، نمی‌توان به کسی که صرفاً دارای دانشنامه کی حقوق، حتی در مقطع دکتری باشد، عنوان وکیل را اطلاق نمود.



پروسه تربیت و کیل همانند تمام پروسه‌های سازنده‌ی دیگر، نیاز به زیرساخت و لوازمی دارد که اگر فراهم نباشد، امکان اجرا و تحقق آن نیز وجود ندارد. برخی به اشتباه، کانون‌های و کلا را بنگاه‌های اشتغال زایی معرفی نموده و بی توجه به موضوع مهم تربیت و کیل، مصر به حذف آزمون هستند.

این عده فراموش کرده‌اند که کار و کیل در ارتباط با جان، مال و حیثیت افراد است و با این سرمایه‌های انسانی نمی‌توان آزمون و خطا کرد.

برخی تلاش می‌کنند تا در ماهیت نهاد و کالت استحاله ایجاد کنند. نهاد و کالت یک نهاد غیرتجاری بوده و سوگندی که وکیل یاد می‌کند گویای این حقیقت است که وظیفه و رسالت اصلی وکیل، دفاع از حقوق افراد و نظارت بر اجرای صحیح قوانین بوده و در این راه، وکیل حق ندارد مصالح و منافع شخصی خودش را دخیل سازد.

از آن جا که بر اساس قواعد تجاری، کسب سود، مهم ترین هدف یک فعالیت اقتصادی و تجاری است، چنانچه وکالت یک امر تجاری خوانده شود، به این معنا خواهد بود که باید منافع مادی وکیل بر هر امری اولویت داشته باشد و بدیهی است که این مفهوم، با کارکرد اصیل و مورد انتظار از حرفه وکالت دادگستری، در تعارض فاحش قرار دارد.

عده ای مغرضانه در صدد القاء تلقی‌های ناصواب خود به اذهان و افکار عمومی هستند. برخلاف تخریب‌ها و سیاه نمایی‌ها، وکیل دادگستری، نه تنها به دلیل الزام قانونی حرفه‌ی خود، بلکه بر اساس مسئولیت‌های اجتماعی گسترشده‌ای که برای خویش قائل است، همواره بخش قابل توجهی از وقت و خدمات خود را به وکالت معاضدتی و تسخیری اختصاص می‌دهد و در راستای احراق حقوق عامه نیز بی هیچ چشم‌داشتی به فعالیت می‌پردازد.

اما عده ای بر اساس تصورات اشتباه، وکیل را با دستگاه پول ساز برابر دانسته و گمان می‌کنند که به محض اخذ پروانه وکالت، وکیل صاحب درآمدی غیر قابل شمار خواهد گردید و در کمال تعجب، این تصور غلط، به برخی از ارکان حاکمیتی مرتبط با حرفه‌ی وکالت دادگستری از جمله اداره امور مالیاتی نیز تسری پیدا کرده و در اقدامی تبعیض آمیز از سوی این نهاد، رفتاری متفاوت و کاملاً سختگیرانه با امور مالیاتی و کلا صورت می‌گیرد.

امروز شاهد طرح‌هایی هستیم که در مجلس شورای اسلامی با تلقی کانون‌های



وکلا به عنوان بنگاههای اقتصادی و وکلا به عنوان فعالان اقتصادی در حال تصویب می‌باشند. مسلماً در حرفه و کالت نمی‌توان با قواعد سودجویانه‌ی تجاری فعالیت نمود، چرا که در غیر این صورت، کسب سود اولویت اول و کیل شده و دفاع از حقوق موکل، در اولویت دوم قرار خواهد گرفت.

همین نگاه غلط موجب ایجاد وسوسه‌ای برای برخی از فارغ التحصیلان رشته حقوق شده و این افراد با وجود چنین وسوسه‌ای، دیگر قادر به چشم پوشی از آن درآمد خیالی نبوده و در نتیجه این افراد از سوی آن از دیگر فرصت‌های مناسب اشتغال غافل شده و از سوی دیگر ناخواسته با برخی جزیان‌های بپولیستی که به دنبال منافع موردي خودشان می‌باشند همراه شده و حتی نسبت به کانون‌های وکلا، اتهام انحصارگرایی نیز وارد می‌نمایند و همه این موارد نامطلوب نتیجه تلقی‌های نادرست از حرفه و کالت و تسری آن به افکار عمومی جامعه است.

تمام این تلقی‌های ناصواب، همانند قطعات یک پازل، موجب شکل گیری وضعیت بسیار ناصواب و ناخوشایندی برای حرفه و کالت و وکلای دادگستری شده است. امروزه وکیل دادگستری کسی است که در رسانه ملی احترامی نداشته، شأن و مصونیت او در موارد زیادی رعایت نمی‌شود. اعتماد افکار عمومی جامعه نسبت به او تضعیف شده، بعضاً در تامین حداقل‌های زندگی مانده و پدیده‌ی بیکاری گریبان او را گرفته، امنیت شغلی ندارد و کابوس نامنی همواره با اوست. آثار تنزل شان و تخریب جایگاه و حیثیت وکیل دادگستری، در نهایت به حقوق صاحبان اصلی نهاد و کالت که مردم هستند، آسیب وارد نموده و بعضاً موجب گرفتار شدن آن‌ها در وضعیتی که موسسات حقوقی غیرمجاز و دلالان سودجوی خدمات وکالتی ایجاد کرده‌اند، شده است.

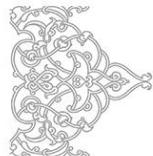
کانون وکلای مقتدر، می‌تواند یک قوه قضائیه مقتدر بسازد. نباید فراموش کنیم که در یک دادگستری مقتدر، فساد جایی ندارد و با وجود کانون وکلای مستقل و مقتدر، دلالان خدمات حقوقی که همانند زالو خون مردم را می‌مکند، نمی‌توانند سر برآورده و رشد قارچ گونه‌ای داشته باشند.

بهتر است به جای تلاش در جهت ایجاد استحاله در نهاد وکالت و تسری قواعد تجارت به آن، پتانسیلی که صرف نابودی حرفه و کالت می‌شود در راستای حفظ و تقویت نهاد مذکور، عنوان یک سرمایه اجتماعی و در جهت خدمت به مردم و رشد و توسعه

۱۲۰

کشور، هزینه گردد.

ملحق
حقوق



کانون‌های وکلا باید در کنار تلاش برای جلوگیری از هرگونه اقدام یا تصمیمی که موجب تضعیف نهاد وکالت می‌گردد، عاجلانه و هوشمندانه برنامه ریزی نموده و به طور منسجم، یک سلسله اقدامات خطیری را در دستور کار خود قرار دهند.

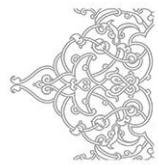
به عنوان نخستین گام، لازم است به منظور معرفی صحیح نهاد وکالت، کانون وکلا و وکیل و همچنین تبیین آثار مفید و موثر نهاد وکالت در زندگی فردی و اجتماعی مردم و تأمین مصالح کشور و جلوگیری از ادامه پروسه‌ی بی‌اعتماد کردن مردم نسبت به وکلا برنامه ریزی شده و اقدامات لازم و ضروری صورت پذیرد.

هر چند که به دلایل متعدد، آزمون وکالت نباید حذف شود و حرفه وکالت نیز نمی‌تواند تجاری تلقی گردد، اما نباید از معرض فارغ التحصیلان بیکار که کانون‌های وکلا در ایجاد آن هیچ گونه نقشی نداشتند، اما وجود این وضعیت بهانه‌ای شده است، تا در قوه مقننه طرح‌هایی مطرح و تصمیماتی گرفته شود که موجب ورود آسیب جدی به اساس حرفه وکالت، حق دفاع مردم و دستگاه قضایی کشور می‌گردد، غافل شد.

صرف مخالفت کانون‌های وکلا با این تصمیمات کافی نیست و بهتر است به عنوان گام دومی که اجرای آن ضروری به نظر می‌رسد، در اسرع وقت، با کمک نمایندگان فهیم و دلسوز، طرح ایجاد اشتغال برای این فارغ التحصیلان در سایر فرصت‌های شغلی رشته حقوق، به مجلس ارائه گردد، تا هم معرض این هموطنان عزیز حل شده و هم به این بهانه آسیبی به نهاد وکالت وارد نشود. البته که اشتغال‌زایی و ارائه طرح در این مورد وظیفه کانونها نیست، لیکن به نظر می‌رسد، در این شرایط این اقدام بهترین روش گرفتن بهانه از دست کسانی است که به بهانه ایجاد اشتغال بدنبال استحاله در ماهیت حرفه وکالت و تخریب آن می‌باشند.

ضرورت تحول در برخی از قوانین وکالت امری جدی است و کانون‌ها باید ابتکار این تغییر و اصلاح را خود به دست گرفته و نباید منتظر بمانند تا قوه قضاییه از طریق لایحه یا قوه مقننه با طرح‌هایی که مصالح نهاد وکالت در آنها دیده نشده است، دست به کار تغییر و اصلاح قوانین این حوزه شوند. به عنوان سومین گام لازم و ضروری، کانون‌ها باید در یک برنامه ریزی دقیق، پیشنهادات کارشناسی شده خود را در جهت تغییر و اصلاح قوانین حوزه وکالت کشور، متناسب با نیازها و ضرورت‌های این حوزه به مجلس پیشنهاد دهند.

۱۲۱ پدیده بیکاری وکلا جدی است و تبعات آن برای وکلا و دستگاه قضائی کشور نگران کننده بوده و لازم است که کانون‌های وکلا در قالب گام چهارم، با برنامه ریزی



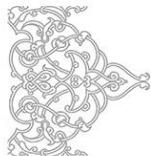
بلندمدت، پروژه‌ی اشتغال زایی برای وکلا را آغاز نمایند.

در این مورد کانون‌ها باید با تکیه بر تخصصی کردن وکالت و نیز ارائه آموزش‌ها و مهارت‌های لازم برای ورود و فعالیت وکلا به حوزه‌های جدید، تعامل با دستگاه‌های مختلف دولتی و بخش خصوصی برای بهره مندی هرچه بیشتر آنها از خدمات مختلف مشاوره‌ای و وکالتی وکلا و نیز فرهنگ سازی جهت اعتمادآفرینی و گسترش فرهنگ مراجعه به وکیل و استفاده از خدمات وکلا به ویژه در مرحله‌ی پیشگیری که تاکنون در کشور ما جامعه به دلیل عدم فرهنگ سازی، از این پتانسیل به طور جدی استفاده ای نکرده است، در این مورد اقدام نمایند.

علاوه بر تمام موارد مذکور، کانون‌ها نباید از تلاش در راستای اجباری شدن حضور وکیل در پرونده‌های مختلف، با هدف خدمت بیشتر به مردم و کمک به دستگاه قضایی کشور غافل شوند.

گام پنجم که کانون‌های وکلا باید توجه جدی به آن داشته باشند، مسئولیت‌های اجتماعی، از جمله کمک به حفظ حقوق عامه می‌باشد. حقوق عامه از دغدغه‌های جدی کانون‌های وکلا است

کانون‌ها در این مورد نیز باید برنامه ریزی دقیق و کاربردی داشته و در زمینه احیا و حفظ این حقوق که از موارد مصرح در قانون اساسی است باید برنامه بلندمدت داشته باشند.



دکتر محسن برهانی^۱

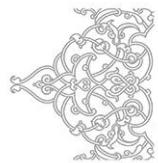
این یک سال و نیم اخیر که برای کانون‌های وکلا گذشت دوران بسیار سنگینی بود. مانند بازی‌های کامپیوتری که هر چه مراحل را جلوتر می‌رویم دشوارتر می‌شود. به یاد دارم اواخر دوره آقای دکتر امینی که صحبت می‌کردیم، می‌گفتیم با انجام این کارها دوره بعدی سبک‌تر می‌شود. در حالی که در دوره بعد از ایشان یعنی زمان آقای ملکی، کار سنگین‌تر از قبل شد.

من در مورد کانون‌های وکلا تأمل و مرور نمودم و به چند نکته نائل شدم؛ اختلاف و جنگی که در سال گذشته داشتیم در مورد آیین نامه بود و نحوه‌ی تفسیری که از آیین نامه وجود داشت و قرار بر این بود که داستان آیین نامه تمام شود، که در نهایت تعییر پیدا کرد. جدیداً ما با یک مغالطه اقتصادی مواجه هستیم که آقای دکتر قاسمی و سایر دوستان نیز به آن تصريح نمودند و آن مغالطه، مبنی بر انحصار و ایجاد مافیا در کانون‌های وکلا می‌باشد.

این ادعایی است که علیه کانون‌های وکلا مطرح می‌شود، که اینها انحصاری دارند و نمی‌خواهند این انحصار شکسته شود؛ چون اگر شکسته شود منافع مادی خودشان به خطر می‌افتد. بعضی افراد که ادبیات کوچه بازاری دارند و کالت را به تاکسی‌هایی تشبیه می‌کنند که در زمان بارندگی تعداد محدودی دارند و به همین دلیل، هر قیمتی را پیشنهاد می‌نمایند مردم می‌پذیرند. در حال حاضر، زمین بازی اینجا هست.

بستر و فضای جامعه به گونه‌ای است که علاوه براینکه مشکلات اقتصادی وجود دارد، همزمان نیز تعداد دانشجویان فارغ التحصیل حقوق بالا بوده است و لذا این‌ها نیز تلاش می‌کنند تا افکار عمومی دانشجویان فارغ التحصیل را با خود همراه نمایند. نکته ای که همیشه باید کانون‌ها در نظر بگیرند، این است که در حد مقطعی، مساله اصلی چیست؟

۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای مرکز.



در حال حاضر، به نظر می‌رسد، دعوا از قوه قضائیه خارج شده و توب در زمین مجلس افتاده است و البته در بعضی موارد هم کمک‌هایی از جانب قوه قضائیه به مجلس رسانده می‌شود. متأسفانه ما کانون‌ها یک نقطه قوت داریم و یک نقطه ضعف، که باید آنرا قبول کنیم. نقطه قوت کانون‌ها چیست؟

اکثریت قریب به اتفاق نخبگان حقوقی کشور به هر دلیلی وارد عرصه وکالت می‌شوند، یا به خاطر فیلترهایی است که در حوزه قضاوی وجود دارد یا مشکلاتی که آنجا برایشان فراهم کرده‌اند یا مشکلات و موانع دیگر که برای آنان ایجاد می‌شود. همین جا نیز یک نقطه ضعف داریم. آیا واقعاً کانون‌ها توانسته‌اند تجمیع نخبگان نمایند؟ آیا ما واقعاً داشته‌هایمان را به نحو احسن به کار گرفته‌ایم؟

سال گذشته وقتی داستان آیین نامه شروع شد، با زحمت جمعی از دوستان و همکاران دانشگاهی (مانند آقای دکتر نظری نژاد که خیلی هم در این زمینه فعالیت نمودند) مشاهده کردیم که چگونه برای اولین بار جمع کثیری از اساتید حقوق کشور در راستای دفاع از کانون وکلا گرد هم آمدند. آیا ما این تجمیع را در همه موارد انجام دادیم؟ آیا کانون‌های وکلا به تجمیع داشته‌های خود مانند داشته‌های در عرصه اساتید، وکلایی که روحانی هستند یا وکلایی که معمم هستند و وکلایی که در صنف‌ها و بخش‌های مختلف فعالیت دارند، پرداخته‌اند؟

این موضوع همزمان نقطه قوت و نقطه ضعف ما می‌باشد. ما باید مخاطبان مان را بشناسیم. در حقیقت ما سه دسته مخاطب داریم؛ اول وکلا، دوم مردم و سوم حاکمیت. به نظر می‌رسد ما در این سه زمینه هیچ برنامه‌ای نداریم. ما هیچ گاه، خود را پرزن特 نکرده‌ایم، از کارمان نگفته‌ایم و حتی درباره جایگاه صنف وکلا چیزی بیان ننموده‌ایم. ما معمولاً درگیر پاسخ دادن و عکس العمل هستیم و اقدام سایرین را پاسخ می‌دهیم. یعنی آن‌ها اقدامی انجام می‌دهند و ما تمام توان مان را جمع می‌کنیم که به آنها جواب دهیم. ما چه ابزاری داریم؟

ما وکلا، به عنوان، جمع نخبگی عجیب و یکی از قدیمی ترین صنوف و نهادهای مدنی در کشورمان هستیم. ما دو ابزار بیشتر نداریم؛ نوشتن و گفتن.

جمع نخبگی نیز، دو ابزار بیشتر ندارد. بسیاری از دوستان معتقدند این دو ابزار فایده‌ای ندارد. ما چرا بنویسیم؟ چرا بگوییم؟ چه اثری دارد؟ اتفاقاً این نامیدی در گفتار و نوشتار، آثار خود را باقی می‌گذارد. صراحتاً عرض می‌کنم سال گذشته مشاهده نمودیم،



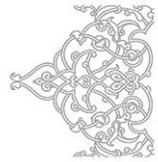
در برابر آن فضای سنگین و در عین حال بستر مناسبی که کرونا ایجاد کرده بود، در حقیقت چرخ و فلک و همه چیز با هم جمع شد، تا به راحتی، فاتحه‌ی کانون‌های وکلا خوانده شود. قطعاً دو ابزار خواندن و نوشتن، تاثیرگذار خواهد بود. اتفاق و بلایی که هم اکنون، برای کانون‌های وکلا در حال ایجاد کردن هستند، همان بلایی است که برای سردفتری پیش آورند.

بعضی از دوستان به خاطر دارند که یک مرتبه، در اواسط دهه ۸۰ اعلام نمودند، آقایان دانشجوی مقطع دکتری و خانم‌های دارای مدرک کارشناسی ارشد با معدل ۱۷ می‌توانند، تقاضای مجوز سردفتری دهنند و ما به آنها دفترخانه می‌دهیم! بعد از آن، چه سرانجام نامطلوبی رخ داد؟ چه افرادی به خاک سیاه نشستند؟

برخی، تمام سرمایه خود را جهت راه اندازی دفترخانه، صرف نمودند ولی مراجعه کننده‌ای نداشتند. لذا بایستی گفت و نوشت و توضیح داد. من یک تجربه شخصی را خدمتتان عرض می‌کنم. البته من بر خلاف شما عزیزان سابقه وکالت کمی دارم. زیرا ابتدا تا مدرک دکتری پیش رفتم و استاد دانشگاه شدم و پس از آن تصمیم به اخذ پرونده وکالت گرفتم. من تا زمانی که به عنوان وکیل، وارد دادگستری نشده بودم، بعضی از ابتدائیات را نمی‌دانستم. کسانی که می‌گویند دانشجوی لیسانس همه چیز را می‌فهمد و برای وکالت مناسب است باید این موارد نزد آنان بیان شود.

من تا زمانی که وارد دادگاه نشده بودم با خود سوال می‌کردم که چرا اصطلاح دادیار اظهارنظر به هیچ عنوان در قوانین کیفری نیامده است و برای من واژه‌ای بیگانه می‌باشد. تا اینکه بعداً متوجه شدم که دادستان چند دادیار را منصوب می‌کند تا به جای اینکه خودش، اظهار نظر نماید، دادیاران اظهارنظر این کار را انجام دهند. ما این مغالطه‌ها را نمی‌گوییم و نمی‌نویسیم. در یک مقطعي عزیزان شروع کردند و وارد این عرصه شدند، ولی متوقف شد. اتفاقی هم که در کسب و کار افتاد، این بود که گویا همه‌ی ما یک مرتبه، دور خوردیم. سریع یک اتفاق افتاد و دوستان در گیر این رخداد شدند.

ما سرمایه‌هایی که داریم نمی‌شناسیم، مخاطبانمان را هم مشخص نکرده‌ایم و برای آن برنامه‌ای هم نریخته‌ایم. این جمع نخبگی که هم اکنون حضور دارند و به عنوان عصاره‌ی وکلای کشور، شناخته می‌شوند، باید به این جنبه توجه نمایند. چون به این موضوع توجه نمی‌کنیم و صرفاً در مقام واکنش قرار می‌گیریم ثمره این کار ما این است که ما مرتباً متهمنم می‌شویم و باید مکرراً، در مقام دفاع از خود برآییم. حقیقتاً هم نباید از



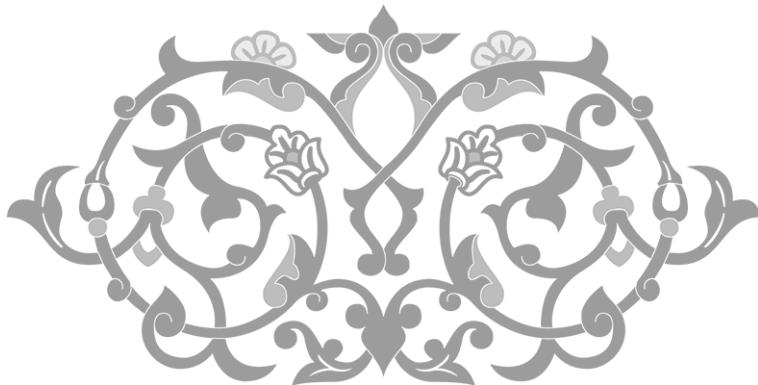
امثال دکتر کوشا و دکتر مالکی و دوستان دیگر انتظار داشته باشیم. چون هر کسی یک کارکردی دارد. آنطوری که من و شما می‌توانیم بنویسیم، این دوستان نمی‌توانند بنویسند. یک زمانی، عبارت "فشار از پایین و چانه زنی از بالا" مشهور شده و در ادبیات سیاسی ایران نیز وارد شده بود.

ما تا زمانی که این ادبیات را تولید نکنیم و از نخبگان موجود در کانون‌های وکلا-که هم اکنون، اکثریت آنان از اساتید دانشگاه‌ها هستند- استفاده ننماییم، نمی‌توانیم مشکلات را حل کنیم. آیا ما از این اساتید و نخبگان، جهت هم اندیشی و تجمیع، دعوت کرده ایم و از آن‌ها همیاری خواسته ایم؟ در یک مقطع کوتاهی این امر انجام شد.

پس ما اگر درباره‌ی مخاطبان، ابزار و سرمایه‌هایی که برای این قضیه در اختیار داریم، تأمل ننماییم، به نظر می‌رسد شاید آینده‌ی ما روش‌تر شود، فشارها کمتر گردد و ما بتوانیم در این مسیر پیروز شویم. ما معمولاً در نوشته‌هایمان صرفاً به سراغ اقداماتی که حاکمیت انجام داده است، رفته ایم. لذا به نظر می‌آید که به دلیل ننوشتن‌ها و نگفتن‌های ما، بعضی از اتهامات از جانب جامعه و مردم، به ناحق متوجه ما شده است. لذا این امر، نیازمند تأمل و تلاش بیشتر ما است تا بتوانیم مخاطرات را کاهش دهیم. همچنین امیدوارم با همکری شما دوستان بتوانیم این مسیر را تسهیل ننماییم.



پایسته‌های حرفه و کالت





آراء وحدت رویه

و نظریات مشورتی قوه قضائیه

شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۹۳/۳۷۹

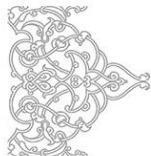
تاریخ نظریه مشورتی؛ ۲۲/۰۲/۱۳۹۳

در مورد دعوای تصرف عدوانی چنان‌چه از طریق شکایت کیفری موضوع پیگیری شود، تعقیب کیفری متهم منوط به احراز مالکیت شاکی می‌باشد. ولی چنان‌چه دعوای مزبور حقوقی پیگیری شود، احراز سبق تصرف شاکی و لحق تصرف مشتکی عنه برای رسیدگی کافی است و نیازی به احراز مالکیت نیست.

شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۹۲/۲۳۴۰

تاریخ نظریه مشورتی؛ ۷/۱۲/۱۳۹۲

در رسیدگی به شکایت تصرف عدوانی، دادگاه پس از احراز این که تصرفات متهم فاقد مجوز قانونی و عدوانی است ضمن صدور حکم به محکومیت متهم طبق ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵، مطابق قسمت اخیر همین ماده، حکم به رفع تصرف عدوانی نیز صادر می‌نماید حکم صادره در خصوص رفع تصرف عدوانی پس از قطعیت علیه هر کس که متصرف ملک مورد تصرف است به مرحله اجراء در می‌آید؛ زیرا در اجرای حکم رفع تصرف عدوانی، مقررات قانون اجرای احکام مدنی از جمله ماده ۴۴ آن قابلیت اعمال دارد و در حقیقت متصرف فعلی، قائم مقام متصرف عدوانی است.



شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۹۲/۲۲۴۳

تاریخ نظریه مشورتی؛ ۲۰/۱۱/۱۳۹۲

۱. در فرض سؤال که املاک روستائی زراعی سند تفکیکی ندارد و استناد نسق زراعی مشاعی به روستاییان داده شده است، کسی که نسق زراعی او تصرف شده می‌تواند به استناد همان سند رسمی زراعی خود و با ارائه سایر دلایل لازمه دعوای خلع ید علیه متصرف عدوانی اقامه کند و نیازی به طرح دعوای اثبات مالکیت ندارد و لذا عدم وجود سند تفکیکی مانع از استماع و رسیدگی ماهوی به این دعوا نیست.
۲. همان‌گونه که در بند ۱ تبیین گردید، رسیدگی به دعوای خلع ید یا رفع تصرف غاصبانه علیه متصرف عدوانی منافاتی با فحواتی رای وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۰۱/۱۰/۱۳۸۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور ندارد، زیرا سند رسمی زراعی مؤید ثبوت مالکیت دارنده سند رسمی نسق زراعی است.
۳. استناد نسق زراعی که در اجرای مقررات قانون اصلاحات ارضی که توسط مامورین دولتی صلاحیت‌دار و در حدود صلاحیت آن‌ها وفق مقررات قانونی تنظیم شده باشد در زمرة استناد رسمی محسوب و مشمول مقررات ماده ۷۳ قانون ثبت استناد و املاک می‌باشد.

شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۲۲۷۶

تاریخ نظریه مشورتی؛ ۱۱/۱۱/۱۳۹۱

نظر به این که تصرف عدوانی موضوع قسمت اخیر ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مشمول تعریف دعوا تصرف عدوانی ماده ۱۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی «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» می‌باشد لذا با توجه به مراتب فوق با احراز سبق تصرف شاکی و لحقوق تصرف عدوانی مشتکی عنه صدور حکم به رفع تصرف و محکومیت متهم بلاشکال است و ضرورتاً نیازی به سند مالکیت ندارد. ضمناً صرف تصرفات غاصبانه و عدوانی متهم از روی آگاهی می‌تواند دلیل سوءنيت وی تلقی شود.

۱۲۹



شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۲۰۹۳
تاریخ نظریه مشورتی؛ ۱۹/۱۰/۱۳۹۱

در فرض سؤال که فروشنده به لحاظ عدم پرداخت قسمتی از ثمن معامله یا به هر علت دیگری حاضر به تحویل آپارتمان موضوع مبایعه نامه به خریدار نیست، با احراز سبق تصرف شاکی و لحقوق مزاحمت متهمن اقدام خریدار به تصرف قهری آپارتمان مورد معامله حسب مورد مصدق بزه تصرف عدوانی موضوع قسمت اخیر ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی یا ماده ۶۹۱ آن قانون است. اقدام موجر به اخراج قهری مستاجر و تصرف عین مستاجر پس از انقضاء مدت بدون مراجعت و اقدام از طریق مراجع ذی صلاح قضائی نیز به دلایل فوق الذکر مشمول عنوان بزه تصرف عدوانی موضوع قسمت اخیر ماده ۶۹۱ قانون مجازات اسلامی است.

شماره نظریه مشورتی؛ ۷/۱۴۰۰/۳۷۹
تاریخ نظریه مشورتی؛ ۱۹/۰۵/۱۴۰۰

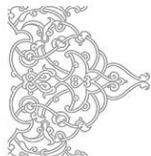
در زمان احداث ساختمان توسط شخص «الف» به دلیل تبعیت از ساختمان‌های مجاور و صحیح نبودن جانمایی پلاک‌ها بخشی از ساختمان در پلاک مجاور قرار می‌گیرد. پس از بررسی‌های صورت گرفته مشخص می‌شود که موضوع مشمول لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت واردہ به املاک مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب است. که چنانچه ساختمان «الف» در دو طبقه باشد، آیا میزان تجاوز و تعیین خسارت می‌باید با لحاظ فضای بالای زمین محاسبه شود یا صرفاً ملاک محاسبه عرصه و خود زمین است؟

پاسخ:

برابر ماده واحده لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت واردہ به املاک مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، متجاوز باید قیمت عرصه مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس پرداخت کند. بدیهی است کارشناس در تعیین قیمت عرصه به میزانی که تجاوز شده، کلیه عوامل و جوانب امر از قبیل تراکم را نیز مورد توجه قرار خواهد داد.

۱۳۰

ملحق سیزده
حقوق



جلوه‌های حقوق در ادبیات فارسی

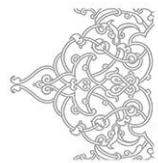
(قسمت دوم)

امیر رفیعی^۱

مولانا و حقوق (۲)

حضرت مولانا در مثنوی شریف اگرچه داستان‌ها آورده و بسیار قصه‌ها بیان کرده، که هر کدام روایتگر دیگرگونه حالی است اما آنچه برای سرایندهاش همواره نصب العین و غایت بوده، عبارت است از رسیدن و رساندن مخاطب به مغز و نفع حکایت. در واقع هر قصه مثنوی به مثابه‌ی پیراهنی بر تن فانوس است، که روشنایی را جلوه‌های گوناگون می‌دهد و آن حضرت با اشاراتش در اثنای داستان، به مقدار گنجایش و ظرفیت‌مان، «سیر حکمت به ما بگویید باز». دریایی معارف مثنوی، شامل ژرفاندیشی و دقت نظر در عرصه‌های متنوع دانش است که از جمله علم حقوق را نیز در بر می‌گیرد. یکی از همین بدایع و نکات حقوقی در ضمن داستان طوطی و بازرگان، در ابیاتی با بُن‌مایه‌ی کلامی آمده، که پس از ذکر آن ابیات و برگردان به نثر ساده، در ادامه به بررسی کلامی و حقوقی موضوع نیز خواهیم پرداخت:

زید پرآنید تیری سوی عمر / عمر را بگرفت تیرش همچو نمر
مدت سالی همی‌زایید درد / دردها را آفریند حق، نه مود
زید رامی آن دم اَرْ مُرد از وَجَل / دردها می‌زاید آنجا تا اجل
زان موالید وَجَع چون مُرد او / زید را زاوی سبب قتال گو
آن وَجَعها را بدو منسوب دار / گرچه هست آن جمله صنع کردگار
گزارش ابیات فوق به نثر امروزی چنین خواهد شد: اگر زید تیری به سوی عمرو پرتab نمود و آن تیر همچون پلنگ عمرو را شکار کرد و به مدت یک سال او درد می‌کشید،



مشخص است که دردها را خدا می‌آفریند نه انسان. با این حال حتی اگر زید پس از پرتاب تیر، به خاطر ترس و نگرانی ناشی از فعل ارتکابی اش همان لحظه بمیرد، دردی که بواسطهٔ تیر او بر عمرو، زاییده شده ادامه می‌یابد و آنگاه که به واسطهٔ آثار رنج و بیماری ناشی از اصابت تیر، عمرو بمیرد، زید را باید به عنوان «سبب مقدم در تأثیر» قاتل بدانی. همچنین آن رنج و بیماری را نیز باید به زید نسبت بدھی، هر چند همگی درد و امراض ساختهٔ کردگار است.

مولانا در این ایيات به موضوعی که بیان شد، از ساحت دو رشته علمی مستقل، یعنی علم کلام و علم حقوق پرداخته، سپس برداشت و نتیجه ناشی از این دو نوع دیدگاه را در اختیار خوانندهٔ نهاده است. پس به پیروی از ایشان، در یادداشت حاضر نیز نخست به بسط و گسترش موضوع «مبادرت و تولید» از دیدگاه متکلمین و در ادامه، به مبحث «جراحت منتهی به فوت» از منظر حقوق و قوانین جاری پرداخته خواهد شد.

متکلمین یا همان اندیشمندان اسلامی در دو دستهٔ بزرگ منقسم‌اند: معتزله و اشاعره. به عقیده معتزلیان، افعال یا بی‌واسطه از انسان صادر می‌شود که در آن صورت او «فاعلٍ مباشر» است و یا به وساطت فعلِ دیگر، که در این حالت «فاعلٍ بالتلّید» است. برای مثال در حرکت دست و چرخش کلید و سپس بازکردن قفل، فعل و عمل نخستین، بدون واسطه و فعلٍ مباشر است و عمل‌های بعدی که متعاقب و به واسطهٔ آن حصول می‌پذیرد تولید است. معتزله می‌گویند فعل مباشر و تولید، هر دو مستند به قدرت آدمی است و فرقی میان آنها در استناد به انسان وجود ندارد مگر از آن جهت که یکی بی‌واسطه و دیگری با واسطه در وجود می‌آید. اما اشعریان میان اعمال انسان فرقی نمی‌گذارند و همه آنها را رأساً فعل حق تعالیٰ و به ایجاد وی تصور می‌کنند و عقیده ایشان چنین است که همه کائنات بی‌واسطه به حق ارتباط دارند و به اراده او حصول می‌پذیرند. مولانا از لحاظ دیدگاه کلامی به اشاعره نزدیک است و در زمرة این نحله فکری برشمرده می‌شود و همانگونه که در پایان این ایيات نیز گفته، همهٔ افعال صادره از انسان را منتسَب به حق تعالیٰ می‌داند.

نکتهٔ حائز اهمیت و درخور توجه آن است که هرچند مولانا در مرحلهٔ اندیشه و اعتقادِ شخصی، از اشعریان پیروی می‌کند که در مواردی هم البته این نوع دیدگاهٔ فلسفی مورد انتقاد و مردود است. ولی چنانکه شایسته طرز تفکر و نگرش منشوری آن حضرت است، از جوانب و ساحت‌های مختلف، به هر مساله‌ای می‌نگرد و باور درونی اش باعث



نمی‌گردد، راه افراط پیش گیرد و مصلحت و نظم اجتماعی را فدای مَنْوِيَّات مکتبی‌اش یا همان اشعری گری بنماید.

مولانا در همین قضیه‌ی اخیر الذکر نیز وقتی قرار است درباره نفوسِ محقونه قضاوت کند، سخت محتاط می‌گردد و به کلی از سرِ رای خود بر می‌خیزد و آشکارا مسیر مورد اجماع فقیهان سنی و شیعه را اختیار می‌کند، مبادا حتی کمتر از ذره‌ای پای عقل را از مسیر انصاف و عدل که همانا برگرفته از کتاب خدا و سنت پیغمبر است دورتر نهاد، زیرا نیک می‌داند که: «علم فقهها ز شرع و سنت باشد» و سال‌ها در مدرسه فقه به تعلیم و تعلم این قوانین، جهد داشته و سینه را از هوای نفس پرداخته تا هرآنگاه که قرار است درباره نفوس و دماء خلق و مساله‌ای حساس مانند «جراحتِ متنه‌ی به فوت» حکم صادر کند، اگرچه اعتقاد اشعری‌وارش را در انتساب اعمال به پروردگار بروز می‌دهد، ولی در عمل، راه اعتدال و اعتزال را پیش می‌گیرد و به حکم «قولوا الحقَّ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ» معترف می‌شود که قاتل، همان فاعلِ مستقیم و بلاواسطه در ایراد جراحت متنه‌ی به قتل است، حتی اگر فاصله‌ی زمانی به نسبت زیادی نیز (فی المثل یک سال)، بین ایراد جرح و وقوع قتل بیفتند و هرچند شخص قاتل نیز در اثرِ عاملی مثل اضطراب و نگرانی، زودتر از مقتول بمیرد. البته مشروط بر آنکه علت تامه‌ی مرگ نیز درد و رنج زاییده از جراحت وارد باشد. این موضوع فقهی-حقوقی که مولانا در نیمه‌های قرن هفتم هجری قمری، ضمن داستان طوطی و بازرگان بدان پرداخته، همان مطلبی است که در میانه‌های قرن پانزدهم قمری و طی مواد متعددی از قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ خورشیدی، به صورت آمره در سرتاسر ایران زمین، مراجعات و اجرایش بدون استثناء، اجباری و الزامی گردیده است. چنانکه در ماده ۲۹۶ آن قانون آمده: «اگر کسی، عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعريف جنایات عمدى باشد، قتل عمدى محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه عمدى است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نیز محاکوم می‌شود.» سپس برای دفع دخل مقدار نیز در ماده ۴۹۳ همان قانون تأکید گردیده: «وجود فاصله‌ی زمانی، میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، مانع از تحقیق جنایت نیست مانند فوت ناشی از انتقال عامل بیماری کشنه، که حسب مورد موجب قصاص یا دیه است.» یقیناً ذکر همین دو ماده قانونی، گواهی عدل برای «دولتِ لطفِ سخن و طبعِ سلیم» جناب مولانا خواهد بود و می‌توان حدیث مفصل دانش و بینش آن گویای خاموش را از این مجمل نیز

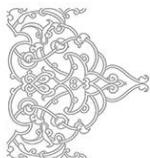


خواند.

اگرچه ظرف کوچک این نگارنده را گنجایش بحر بی کران حضرت مولانا نیست ولی آنچه به پیشگاهِ خوانندگان عرضه گردید، کشیدن جامی بود به قدر تشنگی این بندۀ کمترین؛ باشد که کامِ دل و جان شما را نیز شیرین گردانده باشد.
«ماجرای شمع با پروانه، تو / بشنو و معنی گُزین زافسانه، تو»

منابع

- جرایم علیه اشخاص، حسین میرمحمد صادقی، تهران، میزان: ۱۳۹۶.
- شرح مثنوی شریف، بدیع الزمان فروزانفر، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی: ۱۳۷۹.
- الفقه الجنائي في الإسلام، أمير عبدالعزيز، قاهره، دارالسلام: ۱۴۱۷ قمری.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه: ۱۳۹۹.
- مثنوی معنوی، جلال الدین محمد بلخی، تصحیح و مقدمه محمدعلی موحد، ۲ جلد، تهران، هرمس: ۱۳۹۶.



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^۱

در مجلات علمی متعددی که درسراسر کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله رامی توان 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، 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.

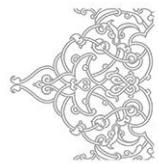
۱- مقایسه فروش عین مرهونه و فروش مبیع شرطی (بررسی مبانی فقهی و حقوقی مواد ۷۹۳ و ۴۶۰ قانون مدنی)

نویسنده: کریمی، فاطمه؛ الشریف، محمدمهری؛ نویسنده مسئول:

طباطبایی، سید محمد صادق؛

محله: مطالعات حقوقی، زمستان ۱۳۹۹ - شماره ۴

چکیده: قانون مدنی در دو ماده متفاوت، احکامی را بیان کرده است که از نظر نگارش بی‌شباهت به یکدیگر نیستند. ماده ۷۹۳ ق.م مقرر می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن» و طبق ماده ۴۶۰ ق.م «در بيع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». این دو ماده حاکی از منع تصرف است یکی در عین مرهونه و دیگری در



مبيع شرطی. حکم تصرفات ناقل در این دو ماده مبهم بوده و این ابهام پرسش‌هایی را در ذهن ایجاد می‌کند، از جمله این که فروش عین مرهونه و فروش مبيع شرطی چه حکمی دارد؟ آیا تفاوت‌های موجود در این دو ماده باعث تفاوت در حکم این دو عقد می‌شود؟ با تأمل در آثار فقهی و حقوقی می‌توان گفت علی‌رغم تفاوت‌های موجود در نگارش این دو ماده، این مواد به‌نوعی مکمل یکدیگر بوده و از مبنای و حکم واحدی پیروی می‌کنند. فروش اعیان مذکور، غیر نافذ و مراعی به رفع مانع (انتفاعی حق غیر) است. هدف این نوشտار مقایسه بیع نسبت به عین مرهونه و عین مبيع شرطی از جهت حکم وضعی و مبانی فقهی و حقوقی به منظور ارائه راهکار برای رفع ابهامات مواد مذکور است. در پایان نیز مواد پیشنهادی فاقد ابهام‌های مذکور ارائه شده است.

۲- جایگاه و قلمرو حقوقی مصوبات شورای پول و اعتبار

نویسنده مسئول: بنایی اسکویی، مجید؛ نویسنده: میرزایی، ویدا؛

محله: پژوهش حقوق عمومی، پاییز ۱۳۹۹ - شماره ۶۶

چکیده: شورای پول و اعتبار به عنوان یکی از مهم‌ترین ارکان بانک مرکزی، مسئولیت تنظیم مقررات و سیاست‌گذاری کلان بانکی و پولی کشور و نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری را بر عهده دارد. این شورا در راستای انجام وظایف خود مصوبات فراوانی را وضع کرده که برای شبکه بانکی الزام‌آور است. اما در مواردی این مصوبات با قوانین و مقررات جاری مغایرت داشته یا خارج از حدود اختیارات قانونی شورا بوده است. از این‌رو سوالات و ابهامات فراوانی در خصوص جایگاه و قلمرو حقوقی مصوبات شورای پول و اعتبار قابل طرح است. برای مثال، آیا مصوبات شورای فوق علاوه بر بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری برای سایر دستگاه‌های اجرایی الزام‌آور است؟ یا در صورت وضع مقرراتی مخالف قانون اساسی (وشرع) یا قانون عادی، تکلیف مجریان چیست؟ با توجه به عدم پیش‌بینی ارزیابی پیشین و پسین مصوبات فوق در قوانین و مقررات، به هنگام وقوع اختلاف و طرح دعوا، آیا دادگاه وظیفه ارزیابی و مآلًاً این حق را دارد که به چنین مصوباتی که هنوز ابطال نشده‌اند، ترتیب اثر ندهد؟ در این پژوهش سعی می‌شود ضمن پاسخ به سوالات و ابهامات مرتبط، اعتبار و جایگاه حقوقی مصوبات این نهاد شبه قانوننگذاری و همچنین گستره و قلمرو آن مشخص شود.



۳- نقدی بر نظریه قابلیت اعتراض ثالث به قرارها با نگاهی به رویه قضایی و حقوق فرانسه

نویسنده: رهنمایی کردآسیابی، جهانبخش؛ نویسنده مسئول: محمدی، سام؛
مجله: مطالعات حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۹، سال پنجم - شماره ۳

چکیده: قرارها، از مهمترین اقسام تصمیمات قضایی محاکم‌اند. پرسشی که همواره ذهن حقوقدانان را در مقام تحلیل نوع آرای قابل اعتراض ثالث، به چالش وامی دارد، این است که آیا «قرارها» نیز همانند «احکام»، از قابلیت اعتراض توسط ثالث برخوردارند یا خیر؟ کیفیت تدوین مقررات مربوطه، از زمان قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۲۹۰ تا قانون جدید آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و به کارگیری عبارت «هر گونه حکم و قرار» در قوانین گذشته و اصطلاح «هر گونه رای» در قانون جدید، به عنوان آرای قابل اعتراض، ضرورت احراز شرط خلل به حقوق ثالث برای پذیرش اعتراض، عناصر و ویژگی‌های حاکم بر «رای دادگاه» و سایر اصول حاکم بر آیین دادرسی، سبب شده است اندیشمندان حقوق، در مورد امکان یا عدم امکان اعتراض ثالث به قرارهای اعدادی، قرارهای نهایی یا قاطع و قرارهای تامینی و موقت، با اختلاف عقیده مواجه شوند. این مقاله با بررسی دیدگاه‌های متفاوت و استدلال‌های مرتبط، با نگاهی به رویه قضایی و حقوق فرانسه، به این نتیجه منتهی می‌شود که در حقوق ایران، با وجود اطلاق واژه رای در مواد ۴۱۷ و ۴۱۸ قانون آیین دادرسی در امور مدنی ۱۳۷۹، مقررات اعتراض ثالث، فقط احکام را در بر می‌گیرد و شامل هیچ‌یک از قرارها نمی‌شود.

۴- ارزش اثباتی اسناد راجع به ملک در جریان ثبتی

نویسنده مسئول: کریمی، عباس؛ نویسنده: کریمی، علی؛
مجله: مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۹، سال پنجم - شماره ۲

چکیده: هر ملکی که موضوع اظهارنامه ثبتی قرار می‌گیرد تا زمانی که در دفتر



املاک به ثبت نرسیده و سند مالکیت برای آن صادر نشده است، ملک در جریان ثبته است و دارای مراحل زیر است: ۱. ثبت اظهارنامه، ۲. نشر آگهی‌های نوبتی، ۳. انقضای مهلت اعتراض به آگهی‌های نوبتی و عدم وصول اعتراض، ۴. وصول اعتراض در مهلت، ۵. صدور رأی قطعی به نفع متقاضی ثبت یا معترض ثبته، ۶. انتشار آگهی تحدید حدود و ۷. تمام شدن مرحله تحدید حدود و حل اختلافات ناظر به این امر. با مرحله ثبت در دفتر املاک و صدور سند مالکیت، ملک از وصف در جریان ثبته خارج می‌شود. در این مقاله با بررسی قوانین و مقررات و نیز رویه‌های ثبته شد که در مراحل اول، دوم و چهارم، وضعیت ملک در جریان ثبته، ارزش اثباتی در حد یک اماره یا بخشی از یک اماره را دارد. در مراحل سوم و ششم نسبت به اصل مالکیت، ارزش اثباتی سند رسمی برای وضعیت املاک در جریان ثبته به اثبات رسید، درحالی‌که نسبت به حقوق ارتفاقی و حدود، همچنان این وضعیت ارزش اماره دارد. در مرحله چهارم (علاوه‌بر ارزش پیش‌گفته) و نیز مرحله پنجم، ارزش اثباتی آرای قضایی صادره در خصوص مورد حکومت دارد. مرحله هفتم همانند مرحله هشتم، به‌نظر می‌رسد ارزش اثباتی سند مالکیت رسمی نسبت به اصل مالکیت و نیز حدود و حقوق ارتفاقی وجود داشته باشد، اگرچه این ارزش مشروط به صدور سند مالکیت و مقید به آن است.

۵- بررسی لزوم انعکاس مفاد سند تجاری در خود سند

نویسنده مسئول: بزرگ پور، علی؛ نویسنده: معنوی عطار،
محمدجواد؛

مجله: پژوهش‌های حقوقی، تابستان ۱۳۹۹ - شماره ۴۲

چکیده: قانونگذاران به طرق متنوعی استناد تجاری همچون سفته، چک و برات را مورد حمایت قرار دادند. علت این امر تفاوت مهم استناد تجاری با استناد مدنی است. هدف اصلی این مقاله پاسخ دادن به این پرسش است که آیا برگه‌ای که به عنوان برگه‌ای اضافی به منظور ظهernویسی یا ضمانت، جدای از سند تجاری استفاده می‌گردد، از اعتبار برخوردار است یا خیر؟ در واقع مقاله پیش رو خواستار پاسخ‌دهی به ماهیت این نوع برگه است تا با استفاده از منابع موجود کشف گردد که ماهیت این برگه تجاری است یا مدنی و یا اینکه اصلاً هیچ‌گونه جنبه الزام‌آوری دارد یا خیر؟ برای مثال اگر یکی از طرفین تکالیف یا حقوقی را در برگه ضمیمه برای طرف دیگر سند مقرر کند، قدرت الزام‌آور این نوشته‌ها



به چه اندازه است. به نظر می‌رسد با توجه به وضع فعلی، شرایط قانونگذاری و رویکرد اتخاذ شده ضمیمی مقنن می‌توان ماهیت این برگه را حداقل در برخی امور تجاری تلقی کرد. در مقاله پیش رو سعی شده تا با توضیح و تشریح اعمال تجاری‌ای که ممکن است در سند درج شود، به ماهیت برگه ضمیمه پی ببریم.

۱۳۹

محل سپاه
حقوق

شماره ۱۵۱ / شهریور ۱۴۰۰



معرفی کتاب

مینا سالمی^۱

منطق و کالت

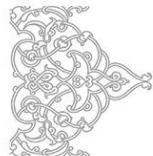
- سلمان کونانی، بهنام اکبری، دیبا امیرحشمتی
- با مقدمه مرحوم دکتر ایرج گلدوزیان و مرحوم بهمن کشاورز
- انتشارات مجد
- اولین چاپ ۱۳۹۷
- آخرین چاپ: چاپ سوم ۱۴۰۰

درباره نویسنده‌گان

دکتر سلمان کونانی نویسنده دو عنوان کتاب به نام‌های: سیاست جنایی «از گفتمان تا بر ساخت‌هایی ریزومیک شده و ناروا»، جرم شناسی محکومین «CC» و چندین عنوان مقاله با عنوان‌های: بایدها و نبایدهای حذف مجازات اعدام از جرایم مواد مخدر، تحلیلی جامعه مدار از سیاست اصلاح و درمان محکومان (زن و مرد) و روش‌های آن، تأملی بر سیاست جنایی ایران در حمایت از حق بر سلامت؛ مورد کاوی بیماری واگیردار کووید-۱۹ می‌باشد.

جناب آقای بهنام اکبری، وکیل دادگستری و محققی در حوزه حقوق کیفری است. از آثار وی می‌توان به کتابهای حقوق کیفری عمومی مواد مخدر، مبانی جرم انگاری در حقوق مالکیت فکری و آئین دادرسی کیفری در ۲ جلد اشاره کرد.

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



سرکار خانم دیبا امیر حشمتی و کیل دادگستری که از وی علاوه بر کتاب پیش رو چندین عنوان مقاله در مجلات داخلی منتشر شده است. عدالت ترمیمی؛ از گفتمان بین المللی تا روش‌های آن در حقوق ایران و کانادا، برهم کنش موازین حقوق بشر و سیاست جنایی امنیت گرا در افق قواعد حقوق بین الملل؛ با تأملی بر قانون میهن پرستی آمریکا از جمله آثار وی هستند.

درباره کتاب

همه ما در جریان دادرسی شاهد به کارگیری فنون خاصی از سوی وکلای طرف مقابل یا حتی قضات رسیدگی کننده به پرونده هستیم. از جمله فنون دفاعی که میتواند در روند رسیدگی به کار برد شود، ممکن است استدلال‌های مغالطه آمیز باشد که ذهن ما و مرجع رسیدگی کننده را از مسائل اصلی منحرف سازد. کتاب منطق و کالت (استدلال‌ها و کاربست اخلاق حرف ای در وکالت) در بردارنده مطالبی ارزشمند در خصوص نحوه استدلال در دفاع از دیدگاه اخلاق حرفه ای و تشخیص مغالطات و چرایی دوری از آنهاست و مطالعه آن میتواند کمک شایسته ای به همکاران محترم و قضات دادگاهها باشد. در واقع با تشخیص استدلال صحیح از غلط نه تنها زمینه دفاع بهتر فراهم خواهد شد بلکه گامی به سوی پیشرفت در اخلاق حرفه ای نیز برخواهیم داشت. کتاب منطق و کالت در پنج فصل به شرح زیر به رشتہ تحریر درآمده است:

فصل نخست: کلیات و چارچوب شناسی مفاهیم بنیادین منطق، استدلال حقوقی و مغالطه

مبحث اول: کاربرد منطق در حقوق و حرفه وکالت،

مبحث دوم: مفهوم استدلال حقوقی،

مبحث سوم: ممیزهای منطقی استدلال حقوقی،

مبحث چهارم: ممیزهای اخلاقی استدلال حقوقی، مبحث پنجم: مفهوم مغالطه.

فصل دوم: مغالطات مقام دفاع؛ شاخص‌های منطقی، بارقه‌های حقوقی

مبحث نخست: سازمان فکری مغالطات مقام دفاع و زمینه آنها در حرفه وکالت،

مبحث دوم: گونه شناسی مغالطات مقام دفاع (منحرف ساختن سخن، مزاح و مطابیه



انحرافی، ابهام پراکنی، توسل به مفهوم و معنای لفظی و ظاهری، تعویض محتوا و تغییر تعريف، انقلاب در نگرش و قضاوت، استثنای قابل اغماس، همسان پنداری رفتار سابق من قال و منتقد، انتظار تعیض در معیار قضاوت ، اتکا بر پیش فرض و تفکر قالبی، پذیرش و توجیه خطأ).

فصل سوم: وکلا؛ تکمیل کننده نظام حقوقی در راستای تثبیت و تحکیم فضای منطقی استدلال‌ها

مبحث نخست: ضرورت تعامل وکلا و ارکان نظام حقوقی در فرآیندهای حقوقی،
مبحث دوم: ضرورت تشریک مساعی وکلا و ارکان نظام حقوقی در راستای تطهیر تفکرات و استدلالات حقوقی.

فصل چهارم : توجیهات و مستندات ضرورت اجتناب وکلا از توسل به مغالطات در مقام دفاع

مبحث اول: توجیهات و مستندات فلسفی ضرورت اجتناب از مغالطات در مقام دفاع،
مبحث دوم: معارضه مغالطه و اخلاق حرفه ای در وکالت؛ گرانیگاه ضرورت اجتناب وکلا از مغالطات.

فصل پنجم: فنون استدلال پیروز و موفق در وکالت و مقام دفاع

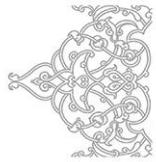
مبحث نخست: زمینه و گفتمان استدلال موفق در وکالت،

مبحث دوم: سطوح موردی شاخص‌های استدلال موفق و پیروزی آفرین در وکالت.



زنگ تفجیح





تئوری آشوب در حقوق

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

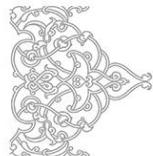
سالها قبل اسحاق نیوتون با قوانین خود ثابت کرده بود که طبیعت یک سیستم مکانیکی احتمالی یا چیزی شبیه یک جهان ساعت گرد است که اگر تمام قوانین فیزیکی طبیعت را بشناسیم هیچ چیز مبهم وغیرقطعی نخواهد بود و آینده مثل گذشته در چشمان ما روشن خواهد شد.

این نظریه در مغز پوک نویسنده این مقاله هم سفت و سخت جاگیر شده و بر همین اساس برای همه همیشه نصیحت دارد و همیشه هم دیگران را قضاوت می‌کند و با یقین کامل می‌داند که چرا فلانی در زندگی موفق است و چرا فلانی در زندگی دچار شکست شده است؟ همیشه هم افرادی احمق تر از خودش دور و برش دارد که با بستن آب استاد استاد به بند نافش حرفهای او را «در و گوهر» یافته و از اینکه مشمول فیوضات استاد هستند، خوشحالند و از محضر او تلمذ می‌کنند.

اما افسوس و صد افسوس که سالها بعد از نیوتون، دیوانه دیگری به نام ادوارد لورنزن (Edward Lorenz) پیدایش شد و همانگونه که نیوتون با کمک گالیله کاسه کوزه کلیسا را بر هم زده بود، آمد و نتیجه گیری نهایی نیوتون یعنی قابل پیش بینی بودن همه چیز را زیر سوال برد.

ادوارد لورنزن ریاضی دان و هواشناس آمریکایی بود که یک بار بعد از هزار و اندي جمله ای گفت که ماده تاریخی شد و مفتی مقتی از پیشگامان نظریه آشوب شد. او در سال ۱۹۶۱ میلادی گفته بود: «یک هواشناس به من گفت اگر تئوری تو درست باشد حتی یک بار بال زدن یک مرغ دریایی در نقطه ای از جهان ممکن است سرنوشت آب و هوای جهان را برای همیشه دگرگون کند. این بحث هنوز نهایی نشده، اما شواهد فعلی به نفع مرغان دریایی است.» این عبارت به مرور زمان تغییر کرد و چون پروانه از مرغ دریایی شاعرانه تر است به پروانه تغییر یافت و اسم این نظریه هم نظریه هم نظریه پروانه ای شد!

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



البته این ایده که پروانه ای می‌تواند باعث تغییری آشوبی در جهان شود برای نخستین بار در سال ۱۹۵۲ در داستان کوتاهی به نام «آوای تندر» اثر بردبری نیز مطرح شده بود. این نظریه در واقع می‌خواهد بگوید تغییر جزیی در شرایط اولیه می‌تواند در ایجاد عواقب بزرگتر نقش ایفا کند و از آن روز به بعد تلاش دانشمندان به این سمت و سو رفت که تلاش کنند تا رفتارهای ذاتاً غیر قابل پیش بینی را پیش بینی کنند. بر اساس این تئوری همه چیز به همه چیز ربط دارد. خفاش خوردن یک چینی باعث مرگ یک کشاورز در جرقویه می‌شود. بالا رفتن هورمون تستسترون یک آفریقایی و نزدیکی او با یک میمون باعث مرگ هزاران نفر در تایلند می‌شود.

لابد خواهید پرسید این تئوری چه ارتباطی با رفتارهای روزمره و یا علوم انسانی و یا حقوق دارد؟

مدتی قبل یکی از دوستانم تعریف می‌کرد که مادر زنی بداخلان و غرغرو داشت که مدام اطرافیان بویژه پدرزنش را که مقام و پست مهمی داشت، اذیت می‌کرد و هر بار که پدرزنش با وی در این خصوص درد دل می‌کرده، با بی خیالی تمام پاسخ می‌داده که این مشکل خود است. روزی در باغ در حالیکه با مادر خانمش تنها بوده متوجه می‌شود که مادر خانم در حال غرق شدن است. با بی تفاوتی کامل اجازه می‌دهد تا مادرزن غرق شود. از آن تاریخ به بعد ارشی به زنش می‌رسد و زنش مدام به بر و روی خود رسیده و زندگی و زنش زیباتر شده و پدر خانم هم به او محبت بیشتری می‌کند و همه دوستان از عوض شدن روحیه پدر خانم و اصلاح رفتار وی در محیط کار و برخورد خوب وی با مراجعین تشکر نموده و دوست من به اهمیت کار خودش پی برده و زمانیکه برای من این داستان را تعریف می‌کرد، می‌گفت حالا فهمیده ام که هیچگاه نباید به کسی بگوییم که این مشکل مشکل خود است، مشکل دیگران مشکل ما هم هست.

و یا دوست دیگری که وکیل بود از رفتار وکیل ثالثی گله مند بود و من به او گفتم این مشکل خود است. روزی در خیابان ترمز ماشینم از کار افتاد و از اتفاق همان وکیل ثالث جلو راه من قرار گرفته بود و می‌توانستم دخلش را در بیاورم و تقصیر را گردن نقص فی بیندازم ولی لحظه ای حماقتم گل کرد و فرمان را به سمت گارد ریل‌های جاده چرخاندم و آن وکیل جان سالم به در برد. سالها بعد همان وکیل در پرونده ای به طرز فجیعی مرا شکست داد، آنجا بود که فهمیدم مشکل دوستم مشکل من هم بوده است و من آن روز نمی‌دانستم.



هر چند شما با خواندن این چند سطر به ماهیت واقعی من پی برده اید ولی در این مقاله می خواهم بگویم که تئوری آشوب در حقوق هم ساری و جاری است. هیچ کس در مقام قضاوت یا وکالت حق ندارد نسبت به مشکل دیگران بی تفاوت بوده و شانه اش را بالا انداخته و بگویید مشکل خودت هست. مشکل دیگران مشکل ما هم هست.

اگر امروز ما در جایگاه بالایی قرار داریم خیلی به خود غرہ نشویم که این پست و جایگاه را در سایه تلاش و زحمت کسب کرده ایم. خیلی ها از ما بیشتر زحمت کشیده اند و در جایگاهی بسیار عقب تر از ما هستند.

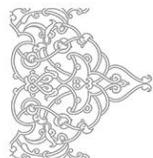
آدم های موفق معمولاً برای موفقیتشان رمز تراشی می کنند و همیشه چند واژه کلیشه ای و حال بر هم زن مانند تلاش، پشتکار، نا امید نشدن و ... را نشخوار می کنند و فکر می کنند اینها رمز موفقیتشان بوده ، غافل از اینکه اگر کمی با خودشان روراست باشند می بینند که اطرافشان آدم های زیادی هستند که همه صفت هایی که بلغور کردند، را بیش از آنها دارند ولی هیچ پخی نشندند.

اینجاست که تئوری آشوب به کمک ما می آید و به ما نهیب می زند.

مثالاً خطاب به من قاضی می گوید این وکیلی که امروز پیش تو پرونده دارد ، اگر به نظر تو ضعیف عمل کرده در جمع و جلو موکلش خرابش نکن زیرا اولاً معلوم نیست که نظر تو درست باشد . ثانیاً این وکیل که تو به چشم حفارت به او نگاه می کنی ، برای دختر کوچولویی که ظهر منتظرش هست یک قهرمان هست . با تحقیر او نانش را آجر نکن . اگر به او احترام گذاشتی او هم در خانه شاهانه رفتار می کند و دختر کوچولوی امروز پزشک معالج روزگار پیری ترا شاداب و سرزنه و با هوش تحويل می دهد تا تو در دوران پیری کمتر درد بکشی و بیشتر محبت ببینی .

به من وکیل می گوید قرار نیست بخاطر یک پرونده با وکیل و موکل طرف مقابل دشمن شوی و همه پل ها را خراب کنی . به وکیل طرف مقابل زنگ بزن و به او اطمینان خاطر بده که از جاده انصاف خارج نخواهی شد. انصافی که به خرج می دهی رزقت را بیشتر می کند نه کمتر .

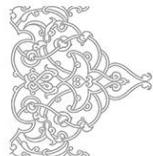
این تئوری حرف حسابش این است که دم همه ما به هم وصل است . اگر کسی را قضاوت می کنیم علتش وجود همان ضعف در خودمان است والا وقتی به قول پیامبر رحمت العالمین همه از یک گوهریم و مانند اعضاء یک پیکریم نادانی زیادی می خواهد نفهمیم که همه بر سر یک شاخه نشسته ایم .



کمی شعور کافی است تا بفهمیم که رشد دیگران رشد ماست و اگر می‌خواهیم رشد کنیم باید در صدد رشد دیگران باشیم.

چون از نظر مادی ممکن است نتوانیم به همه کمک کنیم، همان تئوری آشوب می‌گوید به اندازه کافی در جهان محبت وجود دارد که با خرج کردن آن، کسی ضرر نمی‌کند پس تا می‌توانیم به دیگران بدون چشمداشت محبت کنیم تا رشد کنیم و بدانیم که وقتی به کسی محبت می‌کنیم همان موقع کائنات حساب ما را پرداخت می‌کند و در نتیجه دیگر از کسی طلبی نداریم تا بعداً بر سر او منت بگذاریم که جواب خوبی مرا بدی داد.

کمی با خودمان خلوت کنیم حرشهای قشنگ تری این تئوری پدرسوخته می‌زند، فقط کافی است کمی با خودمان خلوت کنیم. و اگر اطراف کلیسای وانک خانه داریم و صدای ناقوس کلیسا را که خبر مرگ یک مسیحی را می‌دهد؛ بقول ارنست همینگوی نگوییم ناقوسها برای که به صدا در می‌آید؟ این صدای ناقوس مرگ من و توست.



البته این ایده که پروانه ای می‌تواند باعث تغییری آشوبی در جهان شود برای نخستین بار در سال ۱۹۵۲ در داستان کوتاهی به نام «آوای تندر» اثر بردبری نیز مطرح شده بود. این نظریه در واقع می‌خواهد بگوید تغییر جزیی در شرایط اولیه می‌تواند در ایجاد عواقب بزرگتر نقش ایفا کند و از آن روز به بعد تلاش دانشمندان به این سمت و سو رفت که تلاش کنند تا رفتارهای ذاتاً غیر قابل پیش بینی را پیش بینی کنند. بر اساس این تئوری همه چیز به همه چیز ربط دارد. خفاش خوردن یک چینی باعث مرگ یک کشاورز در جرقویه می‌شود. بالا رفتن هورمون تستسترون یک آفریقایی و نزدیکی او با یک میمون باعث مرگ هزاران نفر در تایلند می‌شود.

لابد خواهید پرسید این تئوری چه ارتباطی با رفتارهای روزمره و یا علوم انسانی و یا حقوق دارد؟

مدتی قبل یکی از دوستانم تعریف می‌کرد که مادر زنی بداخلان و غرغرو داشت که مدام اطرافیان بویژه پدرزنش را که مقام و پست مهمی داشت، اذیت می‌کرد و هر بار که پدرزنش با وی در این خصوص درد دل می‌کرده، با بی خیالی تمام پاسخ می‌داده که این مشکل خود است. روزی در باغ در حالیکه با مادر خانمش تنها بوده متوجه می‌شود که مادر خانم در حال غرق شدن است. با بی تفاوتی کامل اجازه می‌دهد تا مادرزن غرق شود. از آن تاریخ به بعد ارشی به زنش می‌رسد و زنش مدام به بر و روی خود رسیده و زندگی و زنش زیباتر شده و پدر خانم هم به او محبت بیشتری می‌کند و همه دوستان از عوض شدن روحیه پدر خانم و اصلاح رفتار وی در محیط کار و برخورد خوب وی با مراجعین تشکر نموده و دوست من به اهمیت کار خودش پی برده و زمانیکه برای من این داستان را تعریف می‌کرد، می‌گفت حالا فهمیده ام که هیچگاه نباید به کسی بگوییم که این مشکل مشکل خود است، مشکل دیگران مشکل ما هم هست.

و یا دوست دیگری که وکیل بود از رفتار وکیل ثالثی گله مند بود و من به او گفتم این مشکل خود است. روزی در خیابان ترمز ماشینم از کار افتاد و از اتفاق همان وکیل ثالث جلو راه من قرار گرفته بود و می‌توانستم دخلش را در بیاورم و تقصیر را گردن نقص فی بیندازم ولی لحظه ای حماقتم گل کرد و فرمان را به سمت گارد ریل‌های جاده چرخاندم و آن وکیل جان سالم به در برد. سالها بعد همان وکیل در پرونده ای به طرز فجیعی مرا شکست داد، آنجا بود که فهمیدم مشکل دوستم مشکل من هم بوده است و من آن روز نمی‌دانستم.



هر چند شما با خواندن این چند سطر به ماهیت واقعی من پی برده اید ولی در این مقاله می خواهم بگویم که تئوری آشوب در حقوق هم ساری و جاری است. هیچ کس در مقام قضاوت یا وکالت حق ندارد نسبت به مشکل دیگران بی تفاوت بوده و شانه اش را بالا انداخته و بگویید مشکل خودت هست. مشکل دیگران مشکل ما هم هست.

اگر امروز ما در جایگاه بالایی قرار داریم خیلی به خود غرہ نشویم که این پست و جایگاه را در سایه تلاش و زحمت کسب کرده ایم. خیلی ها از ما بیشتر زحمت کشیده اند و در جایگاهی بسیار عقب تر از ما هستند.

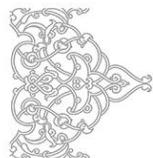
آدمهای موفق معمولاً برای موفقیتشان رمز تراشی می کنند و همیشه چند واژه کلیشه ای و حال بر هم زن مانند تلاش، پشتکار، نا امید نشدن و ... را نشخوار می کنند و فکر می کنند اینها رمز موفقیتشان بوده ، غافل از اینکه اگر کمی با خودشان روراست باشند می بینند که اطرافشان آدمهای زیادی هستند که همه صفت‌هایی که بلغور کردند، را بیش از آنها دارند ولی هیچ پخی نشندند.

اینجاست که تئوری آشوب به کمک ما می آید و به ما نهیب می زند.

مثالاً خطاب به من قاضی می گوید این وکیلی که امروز پیش تو پرونده دارد ، اگر به نظر تو ضعیف عمل کرده در جمع و جلو موکلش خرابش نکن زیرا اولاً معلوم نیست که نظر تو درست باشد . ثانیاً این وکیل که تو به چشم حفارت به او نگاه می کنی ، برای دختر کوچولویی که ظهر منتظرش هست یک قهرمان هست . با تحقیر او نانش را آجر نکن . اگر به او احترام گذاشتی او هم در خانه شاهانه رفتار می کند و دختر کوچولوی امروز پزشک معالج روزگار پیری ترا شاداب و سرزنه و با هوش تحويل می دهد تا تو در دوران پیری کمتر درد بکشی و بیشتر محبت ببینی .

به من وکیل می گوید قرار نیست بخاطر یک پرونده با وکیل و موکل طرف مقابل دشمن شوی و همه پلها را خراب کنی . به وکیل طرف مقابل زنگ بزن و به او اطمینان خاطر بده که از جاده انصاف خارج نخواهی شد. انصافی که به خرج می دهی رزقت را بیشتر می کند نه کمتر .

این تئوری حرف حسابش این است که دم همه ما به هم وصل است . اگر کسی را قضاوت می کنیم علتش وجود همان ضعف در خودمان است والا وقتی به قول پیامبر رحمت العالمین همه از یک گوهریم و مانند اعضاء یک پیکریم نادانی زیادی می خواهد نفهمیم که همه بر سر یک شاخه نشسته ایم .



کمی شعور کافی است تا بفهمیم که رشد دیگران رشد ماست و اگر می‌خواهیم رشد کنیم باید در صدد رشد دیگران باشیم.

چون از نظر مادی ممکن است نتوانیم به همه کمک کنیم، همان تئوری آشوب می‌گوید به اندازه کافی در جهان محبت وجود دارد که با خرج کردن آن، کسی ضرر نمی‌کند پس تا می‌توانیم به دیگران بدون چشمداشت محبت کنیم تا رشد کنیم و بدانیم که وقتی به کسی محبت می‌کنیم همان موقع کائنات حساب ما را پرداخت می‌کند و در نتیجه دیگر از کسی طلبی نداریم تا بعداً بر سر او منت بگذاریم که جواب خوبی مرا بدی داد.

کمی با خودمان خلوت کنیم حرشهای قشنگ تری این تئوری پدرسوخته می‌زند، فقط کافی است کمی با خودمان خلوت کنیم. و اگر اطراف کلیسای وانک خانه داریم و صدای ناقوس کلیسا را که خبر مرگ یک مسیحی را می‌دهد؛ بقول ارنست همینگوی نگوییم ناقوسها برای که به صدا در می‌آید؟ این صدای ناقوس مرگ من و توست.

