

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حتوفی

سال هفدهم، شماره ۱۶۲، مرداد ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسؤول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

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

دبیر این شماره: فاطمه محسنی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمدحسن عقیلی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، آرمان زینلی، مینا سالمی، ساراسادات شجاعی، سید حسین

طهماسبی، نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، فاطمه محسنی، امیر مقدم.

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حتوفی نیست.

نشریه مادرسه حتوفی در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

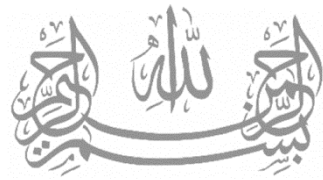
فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



شيوه نامه « مایه حقوق »

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



فهرست مطالب

سرمقاله؛ جمع پریشان(۱) ۴

مقالات

خطر و خاطره در باب متن گریبی مهدی شهیدی ۱۰

دکتر حسن جعفری تبار

متروپل: قتل عمد یا شبه عمد ۱۸

سید ابراهیم احمدی

مدت اعتبار نظر کارشناس در اجرای ثبت ۲۱

حسین نوری

دکتر سید وحید صادقی

حل و فصل اختلافات قراردادهای تحقیق و توسعه ۲۸

سپیده بارانی شیرزاد

بررسی بطلان یا عدم بطلان وجه التزامهای غیر متعارف در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی ۴۶

شیما نعیم

نقد رأی در حوزه حقوق مالکیت فکری ۶۲

زهرا محمدباقری

سیدمجتبی سیدباقری

نقدی بر ماده ۲۴ مکرر قانون اصلاح قانون قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ مجلس شورای اسلامی از سیاست پیشگیرانه غلط تا نقض حقوق شهروندی ۷۲

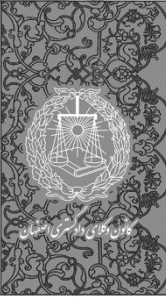
مهران بهمن

ماهنامه حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
هفدهم

شماره
۱۶۲



گزیده سخنرانی ها

بررسی ماهیت طلاق‌های به درخواست زوجه (۲) ۷۶

دکتر سعید بهاریان

بایسته های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی ۱۰۶

آراء منتخب قضائی ۱۰۸

سارا سادات شجاعی

هشدارها و آموزه‌های انتظامی ۱۱۱

فاطمه محسنی

نغمه فقیهیان

ادب وکالت ۱۱۵

احمد صالحی

صفحه ادبی «رُقعہ» ۱۱۸

فاطمه محسنی

گزیده مقالات کاربردی ۱۲۲

امیرمقدم

معرفی کتاب ۱۲۶

مهدی اعتمادیان

زندگینامه و پند استاد فقیه عالیقدر و مدوّن قانون مدنی استاد مرحوم سید محمد فاطمی قمی ۱۲۸

فاطمه محسنی

زنگ تفریح

دروغگو دروغگو ۱۴۲

سید محمود وحید حسینی زهانی



سرمقاله

جمع پریشان^۱

چراغ افروز چشم ما نسیم زلف جانان است
مباد این جمع رایا رب غم از باد پریشانی
«حافظ»

سخن از مطلوبیت کار گروهی، انجام و وحدت در تصمیم‌گیری و اجرانیت، که این امر به خودی خود مطلوب و ستوده است و انسان که «مدنی بالطبع» آفریده و نامیده شده، نیازی به استدلال برای پذیرش آن ندارد. همچنین است لزوم و وجوب هماهنگی در فکر و اقدام، آنگاه که اقدامات جداگانه، متصل و ناپوسته، نتیجه مطلوب نداشته و یا موجب سوء برداشت و سوء استفاده گردد.

اما با نگاهی گذرا به گذشته و حال نهاد وکالت، و وضعیت هماهنگی، یکپارگی و انجام در قالب تشکیلی واحد،

۱. سرمقاله‌های مرداد ماه ۱۴۰۱ و شهریورماه ۱۴۰۱ مجله «مدرسه حقوق»، مقاله‌ای است که توسط مدیرمسئول این نشریه برای سومین اجلاس «کنگره ملی وکلا» با عنوان «جوشن وکالت» نوشته شده است.

مفهوم دیگری باید؛

با تصویب لایحه قانونی استقلال وکلا، «وکیل عدلیه» پشت و پناهی قانونی یافت و «کانون وکلا» به عنوان نهادی که وظیفه‌دار پشتیبانی از این صنف بوده، پدید آمد. با افزایش جمعیت و امکان ایجاد کانون‌های وکلاد در مراکز استان‌ها، نیازمندی وکلا به انجام «امور صنفی»، با اقدامات منحصر در «کانون مرکز» جامه عمل نمی‌پوشید و لازم بود تا کانون‌های وکلای جدید در کشور، در راه انجام رسالت‌های خویش، هماهنگی و انجام بیشتری داشته باشند. این نیاز با طرح هوشمندانانه پیشگوتان جامعه وکالت و با نشیب و فرازهای چند به تشکیل «اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران» منتهی شد و از آن پس «اسکودا» وظیفه‌دار این مهم گردید.

وکلا، کانون‌های وکلا و اسکودا که تا آن تاریخ سابقه‌ای برای چنین کارگروهی در چنین سطحی نداشتند، بسیار سریع‌تر، چابک‌تر و وسیع‌تر از دیگر نهاد‌های مشابه دولتی، عمومی یا خصوصی راه خویش را یافتند و کمر همت به انجام وظایف خود بستند و ناملایمات طبیعی و غیرطبیعی در راه رسیدن به هدف مبارک خود را ایجاد وحدت روش و انجام بین وکلا و کانون‌های آنان را تحمل و سختی آن را بر خویش، هموار نمودند.

در مطلبی با عنوان «اسکودا و مشق کارگروهی» که در سرمقاله شماره ۳۰ مجله مدرسه حقوق در آذرماه ۱۳۹۸ پس از برگزاری انتخابات اسکودا در شیراز منتشر شد، به ضرورت اعمال قواعد و آداب کار جمعی و برخی لوازم و



ملزومات آن اشاره رفت. اما امروز ضرورت‌های موجود و بجهت‌های جدی به نهاد وکالت که از ناحیه خودی و غیر خودی، دانسته و گاه ندانسته، صریح و کنایی، غیر قانونی یا در قالب قانون و از سوی مراجع رسمی، غیر رسمی و نهاد‌های موازی برپیکر این «اولین نهاد مدنی مصوب با قانون خاص» وارد شده و می‌شود، وجود تشکیلی با تمام ویژگی‌های یک نهاد مدنی برای نهاد وکالت را ضرورتی اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. اگر تا پیش از این مشق کار جمعی محدود به نحوه‌ی انتخابات داخلی، هماهنگی قانون‌ها، منع در سالاری قانون مرکز، گریز از تک‌روی‌ها و یا رفع تکیه بر منافع استانی و مانند آن بود و تمرکز داشت، اما امروز وظیفه‌ی تشکل قانون‌ها، مشق واقعی در کارزاری است که خاکریز به خاکریز، نهاد وکالت را به عقب رانده و از کشور استقلال خویش به یکباره و برای همیشه بیرون خواهد ساخت.

دانه‌ها و خوشه‌های وکالت و قانون‌ها باید تاکنون با اجتماع خویش، خرمنی از توان خود در دفاع از استقلال نهاد وکالت و وکیل دادگستری و استقبال از هرگونه پیشنهاد و اقدامی را که با حفظ استقلال، موجب تأمین حقوق مراجعین به دستگاه قضائی است، فراهم آورده و از آن حراست کرده باشند.

اما اکنون «خرمن وکالت» را جوشنی باید تا آن را از حلمات به این نهاد حفظ کند. این امر ضرورتی بسیار بالاتر و بالاتر از مطلوبیت کار جمعی و هماهنگی در انجام امور داخلی قانون‌ها و وکلای رادار است. برای اثبات



وفاداری به قانون اساسی و الزامات استقلال نهاد وکالت که پیشگیری از تعدی احتمالی قوای حاکمه به حقوق مدافعین و مراجعین به دستگاه قضائی و اطمینان از مسیر دادرسی است، وکلای دادگستری و نهاد وکالت نیازمند آن است که در قالب یک نهاد یک صدا، یک توان و یک آهنگ، خویش را بازشناسند، ایستادگی کنند و ضمن آنکه حقوق خویش را پاس می‌دارد، به دفاع از حقوق شهروندان بپردازد.

این جوشن باید به اصطلاح فناوری روز کاملاً «هوشمند» باشد و جهات هوشمندی آن از سوی صاحب نظران و کارآزمودگان عرصه وکالت شناسایی، معرفی و اجرا گردد. در یک نگاه مختصر می‌توان این هوشمندی را در سه حوزه، مهم و مؤثر دانست و به منظور دستیابی به آن راهکارهایی ارائه کرد.

اتاسه حوزه:

- جوشن وکالت باید درون خود را بسازد و بیاراید و نقطه و دانه‌ای منفی که با تکثیر تواند خرمن وکالت را از درون تنی و دست اشاره بداندیشان و یا خرده گیران را بدان نشانه رود، از این خرمن دور سازد.
- هوشمندان در مقابل هر آنچه استقلال واقعی وکیل و نهاد وکالت را مورد تعرض قرار می‌دهد و آن را به هر نحوی از انحاء محدود می‌سازد، مقابله و تیرهای پرتاب شده به سمت استقلال را از آن دور سازد.
- هر پیشمادی را که بتواند بر اساس دستاوردهای روز جهانی و ملی در راستای خدمت نهاد وکالت و وکیل

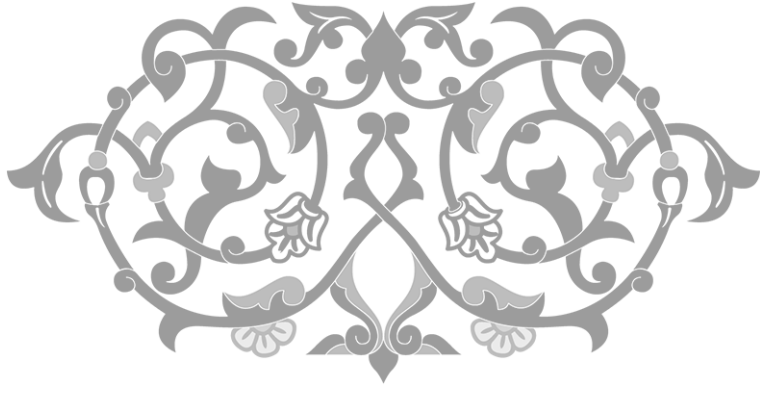


دادگستری به شهروندان و متداعمین با حفظ استقلال آن یاری رساند، باروی باز بپذیرد و از آن استقبال نماید، یار را از اغیار جدا سازد و هر نذرانهای مخالف نداند که این امر صفت نفاق است همچون کَلِّ صِحِّهِ عَلَیْهِمْ^۲. بسیارند آنانکه به قول سعدی در داستان بسیار زیبای خود به مهر آمده اند و نباید به قمر رانده شوند:

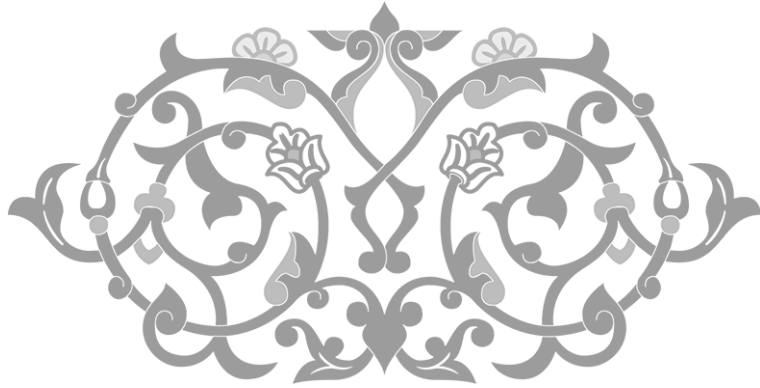
کنونت به مهر آدم پیش باز نمی دانیم از بداندیش باز

مدیرمسئول

۲. هر صدایی بشنوند بر زیان خویش پندارند. آیه ۴ / منافقون.



مقالات





خطر و خاطره

در باب متن گرایی مهدی شهیدی^۱

دکتر حسن جعفری تبار^۲


۱) این روزها آنقدر حال ایران نگران کننده است که بحث از هر چیز دیگر غیر از این حال، نه فقط ممکن است بی خیالی و بی مسؤولیتی به نظر برسد، شاید اساساً ممکن نیز نباشد. چنانکه شکسپیر می پرسد: آیا می توان آتش بر کف دست داشت و به کوه های پُربرف قفقاز فکر کرد؟

«کیست که بتواند آتش بر کف دست نهد و با یاد کوه های پُربرف قفقاز خود را سرگرم کند؟ یا تیغ تیز گرسنگی را با یاد سفره های رنگارنگ کُند کند؟ یا برهنه در برف دی ماه فروغلتد و به آفتاب تموز بیندیشد؟ نه، هیچ کس؛ هیچ کس چنین خطری را به چنان خاطره ای تاب نیاورد؛ از آنکه خیال خوبی ها درمان بدی ها نیست، بلکه صد چندان بر زشتی آنها می افزاید.»

با خودم این طور می اندیشیدم که آیا پرداختن به هر چیزی غیر از درد مشترکی که بالفعل گریبانگیر همه ما ایرانیان است، فرافکنی خطر به خاطره نیست؟ آیا ما با چنین فرافکنی خطری را که در آن آشکارا زندگی می کنیم با خاطره ای نیک فراموش نکرده ایم؟ با وجود این، از آنجا که یاد دکتر شهیدی و بیان خاطره او می توانست دو فونکسیون، و به

۱. این مقاله بازنویسی سخنرانی اینستاگرامی من است در بزرگداشت زنده یاد دکتر مهدی شهیدی که در تاریخ ۲۳ بهمن ماه ۱۴۰۰ ارائه شده است.

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران، وکیل پایه یک و عضو کانون وکلای دادگستری مرکز.



قول مولوی: دو نقش خدمت، در بر داشته باشد، پذیرفتم که در این جلسه حضور داشته باشم و مطالبی را بیان کنم: نخست، ادای حق استادی این استاد ماجد که البته در جای خود بسی محترم و نیکوست و دوم، هشدار یک خطر بزرگ در ضمن یادکردِ خاطره‌وی.

(۲) سی و سه سال پیش بود که افتخار آشنایی با استاد گرانقدر دکتر مهدی شهیدی را پیدا کردم: سال ۱۳۶۷ که برای نخستین بار به عنوان دانشجوی لیسانس وارد دانشگاه بهشتی شدم. آن روزها دکتر شهیدی برای من با آن قامت رعنا و چهرهٔ جذاب و فتوونیکی که داشت، و با آن صدای رسا و قاطع، سمبل تیپیکال یک حقوقدان عالم بود؛ کسی که برای هر مسألهٔ حقوقی پاسخی یکتا و کاملاً حقوقی دارد، بی آن که بخواهد آن را با شعارهای غیرحقوقی و اخلاقی و اقتصادی بیامیزد. دکتر شهیدی در پیشگفتار کتاب سقوط تعهدات به صراحت خواننده اش را دعوت کرده بود تا هنگام تحلیل یک مسألهٔ حقوقی، صرفاً با ابزار قانون و منطق و بی خلط آن با مسائل اجتماعی و اقتصادی به بررسی مسأله بنشیند. همو نیز بعدها در پیشگفتار کتاب تشکیل قراردادها و تعهدات نیز مخالفت خود را با تفاسیر مبتنی بر عدالت و انصاف اعلام کرد و آن را ناشی از سلاقی شخصی و ابتدایی و متکی بر پندارهای روزمره تودهٔ افراد عامی دانست و سبب بی ثباتی و عدم پیشرفت و تکامل انسان شمرد (ص ۲۴).

(۳) امروز این باور را که باید قانون را اجرا کرد نه احساس گنگ خود را از عدالت و انصاف «متن گرایی» یا «نص گرایی» می‌نامند؛ باوری که شاید نهایت جذابیت حقوق برای دانشجویان حقوق و قضات و وکلای حقوقی باشد. نص گرایی در پی آن است که بتوان حکم هر مسأله را صرفاً با ابزار قانون کاملاً روشن و بی هیچ تعارف به دست آورد. طیفی عظیم از حقوقدانان بر این مسلک اند و حقوق را با همین شکل قاطعش دوست دارند. این از آن روست که آنان چنین می‌اندیشند که اگر این ویژگی (= قطعیت) از حقوق گرفته شود، دیگر آبرویی برای حقوق باقی نمی‌ماند. مخالفان نص گرایی اما پاسخ یک مسأله را به شکلی مردّد و غیر قاطع می‌دهند و با عبور از ظاهر روشن و ریاضی وار قانون، خود را



در برهوتِ تفسیرهای دلخواهانه و عجیب یله می‌کنند. همین ویژگی پایبندی به قطعیتِ نص هست که همیشه حقوق دانان را همچون انسانهایی متبخت و مغرور و دانای کل تصویر می‌کند. بسیار پیش می‌آید که دانشمندان فیزیکی و زیست‌شناسی پاسخ مسأله‌ای را ندانند، اما حقوق دان تنها دانشمندی است که مدعی است برای هر مشکلی پاسخی در آستین دارد، و البته این ادعاش هم پُر بیراه نیست. فقط وقتی حقوقدان و قاضی و وکیل باشید، خواهید دانست که چقدر این اندیشه درست است، و چگونه می‌توان با قانون مدنی‌ای که فقط ۱۳۳۵ ماده قانونی دارد هر مشکل حقوقی را حل کرد. این همان چیزی است که به آن خودکفایی حقوق می‌گویند و همین خودکفایی است که غروری شگرف به حقوقدان می‌دهد، وقتی می‌بینند هر مسأله‌ای از پیش پاسخی روشن و دقیق در حقوق دارد. همین جاست که عقده‌ خدا گریبان حقوق را می‌گیرد؛ خدایی است که برای هر چیز حکمی آماده در گریبان دارد.

(۴) شکسپیر در یکی از آثار خود زندگی را به صحنه‌تئاتری تشبیه می‌کند که هفت پرده دارد و همه مردان و زنان بازیگران آن هستند. این هفت پرده عبارتند از: نوزادی، کودکی، نوجوانی، جوانی، میانسالی، پیری و کهن سالی. در پرده اول او نوزادی است که در دستان پرستارش می‌گیرد، و سپس در پرده دوم کودکی است که با بی میلی به مدرسه می‌رود. در پرده سوم، او نوجوانی است عاشق که ترانه‌های عاشقانه زمزمه می‌کند. آنگاه در پرده چهارم، سربازی است جوان که سوگند شرافت می‌خورد، و پس از آن در پرده پنجم میانسالی است قاضی با شخصیتی استوار و پرطمأنیه و گفتارهایی خردمندانه؛ کسی که از گذشته درس گرفته و دیگر سر آن ندارد که اشتباهات گذشته را باز تکرار کند. قهرمان داستان شکسپیر در پرده ششم پیرمردی است با عینکی بر روی بینی و جوراب‌هایی که بخوبی نگاهشان داشته. پرده پایانی اما چیزی نیست جز تکرار کودکی و فراموشی؛ بی لذت و بی هیچ چیز. مُراد من اکنون از نقل این قطعه شکسپیر پرده پنجم آن است که به حقوقدانی اشاره می‌کند که دارای گفتاری خردمندانه است. دکتر شهیدی نه فقط برای دانشجویانش که حتی برای همکارانش دارای



چنین چهره ای بود: پُر از یک خردِ چارچوب دارِ حقوقی، که می‌شود به او و پاسخ‌های حقوقی اش کاملاً اعتماد کرد و مطمئن بود که با عمل به آن توصیه حقوقی حتماً به شکلی کاملاً قانونی عمل شده است. به نظر من این قاطعیت و طمأنینه ای که استاد شهیدی داشت محصول فلسفه حقوقی بود که آگاهانه و هوشمندانه انتخاب کرده بود: او مختارانه و متأملاًنه تصمیم گرفته بود که در عرصه حقوق، نص گرا باشد و به مَرّ قانون عمل کند و، به خلاف تفسیرگرایان، با قانون بازی تفسیری نکند. وقتی کسی نص گرا شد، ضرورتاً به چنین طمأنینه ای بی نظیر دست می‌یابد.

(۵) اجازه بدهید بگویم تمام فلسفه حقوق در این دو حرف است: متن‌گرایی (= textualism) یا تفسیر‌گرایی (= interpretivism). سؤال جاودانه فلسفه حقوق این است که آیا باید به معنای ظاهری قانون بسنده کرد، یا باید آن را با توجه به اهداف قانون مورد تفسیر قرار داد؟ اگر خود را محدود به آنچه مَرّ قانون است بکنیم، پیرو تکسچوالیسم هستیم: نص‌گرایی یا متن‌گرایی یا ظاهر‌گرایی. امروزه به تکسچوالیسم اوریجینالیسم (= originalism) هم می‌گویند؛ اینکه به دنبال معنای اصیلی باشیم که هنگام وضع به قانون داده شده، گرچه اصطلاح اوریجینالیسم بیشتر در مورد قانون اساسی به کار می‌رود، و اصطلاح تکسچوالیسم در مورد قوانین عادی. گاه به تکسچوالیسم لیگالیسم (= legalism) هم می‌گویند. اما اگر بخواهیم فراتر از محدوده نص قانون برویم، آنگاه تفسیرگرا هستیم که می‌توان آن را به باطن‌گرایی نیز ترجمه کرد، در برابر ظاهر‌گرایی. دکتر شهیدی بارزترین نمونه اوریجینالیسم و تکسچوالیسم و لیگالیسم در ایران بود و در این امر جاودانه است، چنانکه دکتر کاتوزیان نیز همواره بارزترین چهره تفسیر‌گرایی در ایران باقی خواهد ماند.

(۶) اختلاف میان نص‌گرایان و تفسیرگرایان یک اختلاف جدی حقوقی است: آیا باید به ظاهر قانون قناعت کرد یا باید به باطن آن رسید؟ ماده ۳۸۷ قانون مدنی مثالی همیشگی برای تبیین این اختلاف است. در این ماده تلف مبیع قبل از



قبض از مال بایع است: شهیدی بر آن است که این ماده یک استثناست و فقط در بیع به کار می‌رود، آن هم فقط برای تلف مبیع. پس تلف ثمن عین معین قبل از تسلیم از مال مشتری محسوب نمی‌شود و بیع پابرجاست و باید فروشنده مبیع را به مشتری تسلیم کند. اما کاتوزیان به باطن قضیه رفته است و در این تأمل کرده که علی الاصول من باید فقط وقتی مکلف به دادن مالی به شما باشم که شما نیز مالی را به من داده باشید، و به عکس. پس مادام که کسی عملاً چیزی به دیگری نداده، چیزی را هم نباید از او دریافت کند، و این قاعده نه فقط در مورد تسلیم مبیع که در مورد تسلیم ثمن نیز جاری است، و اصلاً نه فقط در مورد بیع که در مورد هر قرارداد معوض دیگر نیز قابل اجراست.

(۷) اختلاف میان نص گرایان و تفسیرگرایان اختلافی فلسفی و کلامی و در عین حال تاریخی است و ریشه‌های آن به نزاع کلامی عمیقی بازمی‌گردد که میان معتزله و اشاعره در این سرزمین وجود داشته. اعتزالیان تفسیرگرایان قدیم بودند؛ کسانی که به تفسیر قرآن با معیار عقل خود باور داشتند، به خلاف اشاعره که تفسیر قرآن را کاری نادرست و عبث تلقی می‌کردند. اشاعره ظاهرگرا بودند، به این معنی که برای فهم قرآن کافی می‌دانستند که آن را فقط تلاوت کنی (از رو بخوانی) نه این که آن را با عقل خودت تفسیر کنی؛ تلاوت، نه تفسیر و اگر متن را تلاوت کردی، خواهی دانست که نیازی به هیچ تفسیری نیست. در نظر اشاعره باید به ظواهر آیات قناعت کنیم بی آن که بخواهیم وارد تفسیر آن بشویم. تلاوت یعنی قناعت به نقل، در حالی که تفسیر یعنی تقدم بخشیدن عقل خود بر نقل. اشاعره نقل گرا و ظاهرگرا بودند، به خلاف معتزله که داعیه عقل‌گرایی و تفسیرگرایی داشتند.

(۸) باید اقرار کرد که اعتقاد نص گرایان و اشاعره به رغم مخالفت‌های هوچی‌گرانه‌ای که با آن شده باوری است کاملاً منطقی. آیا ادعایی از این‌گرفته‌تر می‌توان یافت که کسی به ما بگوید: بیایید تا معنای سخن دیگری را برای شما بگویم؛ مگر مفسر کیست که بخواهد کلام دیگری را برای ما معنی کند؟ هر

مفسری هم که چنین ادعای گزافی داشته باشد، بی گمان در پایان فقط منظور خود را به مخاطب رسانده است، نه مقصود گوینده را.

۹) همین نکته به شکلی کامل در مسأله تفسیر قانون نیز قابل تکرار است: کسی که قانون را تفسیر می‌کند تفسیر خود را می‌گوید، نه معنای قانون را. اما مخاطبان قانون فقط باید به قانون و حاکمیت آن احترام بگذارند و برای این کار به ناگزیر باید نص گرا باشند. تفسیرگرایی چیزی نیست جز بی احترامی به حاکمیت قانون، از آن سبب که همه تفاسیر در نهایت صرفاً تفسیر به رأی اند. بدینسان، نظریه تفسیر و تأویل بیشتر به یک فریب نزدیک می‌شود و، به قول شمس تبریزی، هر که قرآن را تفسیر می‌کند، خود را تفسیر می‌کند نه قرآن را. پُر بیراه نیست که احمد بن حنبل که ابوالحسن اشعری خود را به او بسیار نزدیک می‌دانست سه چیز را در دنیا بی ریشه می‌شمرد: تفاسیر، ملاحم (= اخبار آخرالزمان) و مغازی (= اوصاف جنگاوری).

۱۰) البته به دلائل متعدد تاریخی، روشنفکران تاکنون در ایران به اعتزالی‌گری و تفسیرگرایی پرداخته‌اند و از اشعری‌گری و نص‌گرایی به شکلی تکلف‌آور اجتناب جُسته‌اند. تأویل‌گرایی بویژه با حرکت‌هایی مثل عرفان و اسماعیلیان و قرامطه و روافض و حَسَنک وزیر و امثال آن تقویت گردیده و به شکلی وسیع به ایرانیان نسبت داده شده. با وجود این، به نظر می‌رسد فکر ایرانی به خلاف آنچه مشهور شده اتفاقاً به اشعری‌گری بیشتر نزدیک باشد تا به افکارِ واصل بن عطای معتزلی. هنوز ما ایرانی‌ها تقدیرگرایییم و همچون اشعری هر اتفاقی را به خدا و تقدیر نسبت می‌دهیم، گرچه به زور به ما بگویند که شما فکرتان به معتزله نزدیک است. ناخودآگاه ما متن گرا و نص گراست، اگرچه خودآگاه ما تفسیرگرا باشد. کاتوزیان حتی در سطح ناهوشیار نوشته‌های خود نص گراست و این را می‌توان از برخی از نقدهایش بر آراء قضائی به خوبی فهم کرد. وانگهی، این جداً تناقض آلود است که خود را پوزیتیویست دولتی بدانید ولی نص گرا نباشید. بدینسان، ما ایرانیان شاید در حالت صحو و هوشیاری به تفسیر و تأویل باور



داشته باشیم، اما درحالت سُکر و مستی، خود را لو می‌دهیم و نشان می‌دهیم که اشعری تر از اشعری هستیم.

(۱۱) البته اشعری بودن عیبی و ایرادی نیست. به گزاف ادعا شده که نص گرایي ترویج خشونت هست در حالی که خشونت پنهان زیر پر قو بسی ریاکارانه تر و خشن تر از نص گرایي است. این یک جفاست که هر امر زیبا و پیشرفته را به تفسیر و تأویل نسبت بدهیم، و هر امر کهنه و ناشی از جُمود را محصول نص گرایي بدانیم. اتفاقاً در طول تاریخ قضیه به عکس است: این تفسیرگرایان و اعتزالیان بودند که در عصر مأمون تا متوکل، دادگاه تفتیش عقاید علیه نص گرایان به راه انداختند؛ دادگاه های مَحَنه (= آزمون همراه با شکنجه) که به مجازات شدید کسانی رأی می‌داد که به خَلْقِ قرآن قائل نبودند. اما ایجاد چنین دادگاههایی از سوی اشاعره نسبت به معتزله کمتر گزارش شده. بدینسان، باید نتیجه گرفت که نص گرایي، به رغم همه جار و جنجالی که پیرامونش شده از قضا با آزادی بیشتر سازگار است و اگر این قانون است که باید حافظ آزادی باشد، تفسیرهای دلخواهانه، حاکمیت قانون و در نتیجه آزادی را به شدت از بین می‌برد. باید پذیرفت که تفسیرهایی که عمدتاً ادعای عدالت دارند همواره آزادی را با قیافه ای حق به جانب در معبد و زیگوراتِ عدالت ذبح کرده اند. بدینسان، شاید بتوان گفت خوشا نص گرایي که بسی صادقانه تر از باطنگرایی است و آفرین بر شهیدی که بیش از چهل سال از نص گرایي حمایت کرد بی آن که بخواهد عادلانه بشمارد آنچه را که روشنفکران تفسیرگرا عادلانه می‌پندارند.

(۱۲) شاید امروز بیش از هر زمان دیگر معلوم شده باشد که تفسیرگرایی و بویژه تفسیرگرایی روشنفکران دینی چقدر می‌تواند ریاکارانه باشد. در برابر، نص گرایي به شکلی صادقانه نشان می‌دهد که حقوق ایران همین است که هست، خواه از آن خوشتان بیاید یا نه. اما باطن گرایان و تفسیرگرایان با ذوق خود قانون رو خطاپوشی می‌کنند و با این ادعا که خطا بر قلم صنع و شرع و قانون نرفته، دامن شرع و قانون را از هر شائبه ای مبرا می‌کنند. تفسیرگرایان همواره متهم اند که



سعی کرده اند شرع و قانون را با خواست های خودشان بزک کنند؛ با تفاسیری که جداً نمی توان آنها را نیتِ مقنن و شارع تلقی کرد. البته نص گرایان در سطح هوشیارش تلخ است و خشن علی الخصوص که غالباً نص گرایان ظاهر قانون را حکیمانه ترین چیزی برمی شمردند که در جهان به وجود آمده. با وجود این، شاید نص گرایان در سطح ناهوشیارشان این پرسش را از تفسیرگرایان بپرسند: گرفتیم که بتوانید تلف مبیع قبل از قبض را استثنا ندانید و آن را به تلف مبیع محدود نکنید؛ دیگر قوانین را چطور می خواهید وصله و پینه کنید؟ حقوق نابرابر طفلِ طبیعی خارج از نکاح را چه خواهید کرد؟ لعان را چطور و چطور می توانید سنگسار را هم شیک تفسیر کنیم؟ به صلیب کشیدن را و قطع دست راست و پای چپ را چطور؟ و آنگاه بردگی و ملکِ یمین را چگونه باید مطابق آخرین پیشرفت های روز توجیه کرد؟

خدمت بزرگ نص گرایانی همچون دکتر شهیدی آن است که بی تعارف ایراد قانون را به رخ می کشند و به رغم ظاهر مُطیعشان نسبت به قانون و حاکمیت قانون، خشونت پنهان آن را آشکارا و صادقانه عیان می سازند و این صدق عریان البته بسی ارزشمند است:

به صدق کوش که خورشید زاید از نَفَسْت که از دروغ سیه روی گشت صبح نخست



متروپیل: قتل عمد یا شبه عمد

سید ابراهیم احمدی^۱

بیش از یک ماه از حادثه هولناک فروریختن ساختمان متروپیل می‌گذرد و هر روز بر تعداد قربانیان و اجساد بیرون کشیده از زیر آوار افزوده می‌شود. با موضع گیری رهبر انقلاب و مطالبه عمومی هیات دولت ضمن اعلام یک روز عزای عمومی در سراسر کشور، رییس سازمان مدیریت بحران و دیگر مسؤولان کشوری و استانی را به منطقه گسیل داد تا عملیات آوار برداری و امداد و نجات با تمام امکانات و تجهیزات صورت پذیرد. متعاقباً رییس قوه قضاییه نیز با دستور به دادستان کل کشور درخواست برخورد با مقصران احتمالی و پیشگیری از بروز چنین حوادثی را خواستار شد. با افزوده شدن به تعداد کشته‌های این حادثه و مطالبه افکار عمومی، دادستان آبادان نیز اعلام کرد که تقاضای اشد مجازات را برای مسببان این حادثه که منجر به قتل بیش از ۳۰ نفر و مصدوم شدن بیش از ۴۰ نفر از هموطنان عزیز گردید از دادگاه ذیصلاح خواهد نمود. آنچه مورد سوال قرار می‌گیرد آنست که اقدام سازندگان و مسؤولان مربوط به این حادثه در زمره کدامیک از انواع جنایت مصرح در قانون مجازات اسلامی اعم از عمد، شبه عمد و خطای محض قرار خواهد گرفت؟ آنچه مسلم است دادگاه در برخورد با عاملان این حادثه حکم خود را مستند به یکی از مواد ۲۹۰، ۲۹۱ و ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی خواهد نمود اما به اتفاق نظر حقوقدانان در این اتفاق، خطای محض موضوع بندهای سه گانه ماده ۲۹۲ مورد استناد حکم دادگاه کیفری یک استان خوزستان به عنوان مرجع صالح به رسیدگی قرار نخواهد گرفت ولی اختلاف در انتساب این عمل به مواد ۲۹۰ و ۲۹۱ یعنی جنایت عمد و شبه عمد می‌باشد.

برخی از حقوقدانان بر این باورند که احداث بنا با علم به فروریختن آن و ورود خسارت جانی و مالی به رغم هشدارهای اهل فن با عنایت به آگاهی اشخاص دست اندرکار حسب

۱. کارآموز وکالت.



دلایل و اسناد مندرج در فضای مجازی به ویژه اختار سازمان نظام مهندسی و مهندس ناظر به عنوان مرجع فنی نظارت بر احداث ساختمان مصداق بارز اقدام نوعا کشنده پیش بینی شده در بند دوم ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی است. فلذا جانباختن تعدادی از هموطنان در این حادثه مصداق بارز و بدون تردید مشارکت یا معاونت در قتل عمد می باشد. ضمن احترام به این دیدگاه از منظر حقوقی ایراداتی به آن وارد است زیرا بر طبق حقوق کیفری ما و طبق ماده ۲۹۰ قتل عمد در دوحالت کلی اتفاق می افتد:

حالت اول که به آن قصد مستقیم قتل گفته می شود وضعیتی است که در آن مرتکب با توجه به قصد نتیجه یا همان عنصر معنوی جرم اقدام به یک عمل می نماید، چه آن عمل نوعا کشنده باشد چه نباشد. در این حالت حتی با ریختن یک قطره آب بر روی شخص یا قصور در احداث ساختمان بر طبق ضوابط فنی به قصد قتل (در صورت بروز قتل) از مصادیق بارز قتل عمد محسوب می گردد.

حالت دوم زمانی است که مرتکب، قصد قتل ندارد اما رفتار او نوعا سبب قتل می شود مانند پرت کردن عمدی یک نفر از طبقه دهم یک ساختمان یا احداث یک ساختمان کاملا نا ایمن بدون قصد قتل. طبق تبصره یک ماده ۲۹۰ در اینجا آنچه مهم است اینست که شخص بایستی متوجه و آگاه بوده که رفتار نوعا موجب قتل (جنایت) می شود. سوالی که در اینجا مطرح است اینست که اصل بر آگاهی مرتکب است یا عدم آگاهی وی؟ برای پاسخ به این سوال بایستی گفت حالت دوم قتل عمد خود به دو دسته تقسیم می شود:

قسمت اول که به آن قصد تبعی مطلق گفته می شود آنست که رفتار نسبت به همه انسان های متعارف و در همه زمان ها و مکان ها نوعا موجب قتل می شود که در این حالت اصل بر آگاهی مرتکب می باشد مگر آنکه بتواند عدم آگاهی خود را ثابت کند (بند ب ۲۹۰). قسمت دوم که به آن قصد تبعی نسبی گفته می شود آنست که رفتار نه نسبت به همه، بلکه نسبت به طیف خاصی از اشخاص در زمان یا مکان خاصی سبب قتل می شود، مانند رها کردن یک طفل یا بیمار در یک منطقه غیر مسکونی که در این جا مجنی علیه یا بستگان وی بایستی آگاهی مرتکب را ثابت کنند تا صفت عمد به فعل مرتکب منتسب شود که در اینجا اصل بر عدم آگاهی مرتکب است (بند پ ماده ۲۹۱).

متاسفانه بر اثر خالاهای قانونی نظارت بر عملکرد سازندگان ساختمان های مسکونی و غیر مسکونی در شهرها که متولی اصلی آن طبق قانون نظام مهندسی و کنترل



ساختمان، شهرداری به عنوان مرجع صدور پروانه می‌باشد، در صورت گزارش مهندس ناظر سازمان نظام مهندسی به تخلف از ضوابط شهرسازی و تخلف از پروانه ساختمان، مرجع صدور پروانه موظف به بررسی و جلوگیری از ادامه کار می‌باشد. لیکن اصولاً این تخلفات یا نادیده گرفته شده یا به کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها ارجاع شده و با اخذ جریمه موضوع خاتمه می‌یابد. لذا با توجه موارد ذکر شده متأسفانه مرسوم شده که سازندگان بنا مخصوصاً در شهرها به علت گرانی زمین و مصالح ساختمانی حاشیه ایمنی ساختمان را تا حد ممکن پایین آورده و یا با احداث اضافه بنا نهایتاً در کمیسیون فوق‌الذکر مشمول پرداخت جریمه می‌گردند که این امر خود سبب ترغیب به انجام تخلفات ساختمانی به علت حاشیه سود سرشار در حوزه احداث بنا می‌شود که ساختمان متروپل نیز از این رویه غلط مستثنی نبوده است. پس با توجه به اینکه مجتمع متروپل یک مجتمع تجاری تازه احداث بوده و قصد منفعت بیشتر از این ساختمان مدنظر مالک و سازنده بوده قطعاً بدون علم و آگاهی نسبت به فروریختن این ساختمان بوده است و صرفاً با هدف کاستن از حاشیه امنیت یا آنچه در علم مهندسی ساختمان به آن ضریب اطمینان گفته می‌شود قصد هزینه‌کرد کمتر و منفعت بیشتر مد نظر سازندگان و مسبب حادثه بوده است. از طرف دیگر با توجه به روح قانون و نیز رویه قضایی قصد تبعی اعم از نسبی و مطلق، زمانی قتل را مشمول عنوان عمد می‌کند که مرتکب فرد یا جمع معینی را مد نظر داشته باشد. بنا بر این بر خلاف قصد مستقیم، رفتار نوعاً کشنده را نمی‌توان مشمول قتل عمد دانست در حالیکه شخص معین یا نامعینی مد نظر مرتکب نبوده است. مثلاً شخصی که یک گلدان را به طور ناایمن در کنار پنجره ساختمان خود که در کنار معبر عمومی قرار داده، اگر چه رفتار می‌تواند نوعاً کشنده باشد، ولی در صورت وقوع قتل مشمول عنوان عمد کرد. این مثال مشمول بند پ ماده ۲۹۱ واقع شده و در زمره قتل شبه عمد ناشی از تقصیر قرار می‌گیرد.

بنابراین بی‌مبالاتی و عدم رعایت ضوابط فنی در احداث ساختمان متروپل مشمول همان بند پ ماده ۲۹۱ قرار گرفته و عمدی تلقی کردن آن با خلا قانونی مواجه است. چنانچه این ساختمان با این همه بی‌مبالاتی و عدم رعایت ضوابط فنی در کشوری با نظام حقوقی کاملاً احداث و سبب بروز حادثه (قتل) می‌شد، دادگاه‌های آن کشور بی‌مبالاتی شدید را تحت عنوان «عمد» تلقی نموده و اقدام سازنده، مالک یا دیگر مقصرین را قتل عمد محسوب می‌نمود.



مدت اعتبار نظر کارشناس در اجرای ثبت

محمدحسین نوری^۱

دکتر سید وحید صادقی^۲

چکیده

در عملیات اجرای ثبت اعم از اسناد رهنی یا ذمه ای، کارشناس اقدام به قیمت گذاری مال می‌نماید. در این مقاله به دنبال پاسخ این سوال هستیم که مدت اعتبار نظر کارشناس در این موارد چند ماه است؟ مقررات متعدد، مواعد مختلفی را در این خصوص پیش بینی نمودند که زمینه ایجاد اختلاف شعب دادگاه ها و مراجع ثبتی را به وجود آوردند. در این مقاله بعد از ذکر مستندات قانونی در این خصوص به تحلیل نظر برگزیده خواهیم پرداخت.

مستندات قانونی

در این خصوص به ۴ مقرر ذیل اشاره می‌شود:

الف: ماده ۳۴ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده(۳۳) قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند، درخواست کند. چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید بنابه تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از ارزیابی تمامی مورد معامله و قطعیت آن، حداکثر

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

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه اصفهان، وکیل پایه یک دادگستری، عضو

کانون وکلای مرکز.



ظرف مدت دوماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، با برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتبه‌ن به میزان طلب قانونی وی اقدام و مازاد را به راهن مسترد می‌نماید.»

ب: تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی مورخ ۱۳۸۱ نیز بیان می‌دارد: «در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود.»

ج: تبصره ۲ ماده ۱۰۱ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۸۷: «در صورتی که یک سال از تاریخ قطعیت ارزیابی مال غیرمنقول گذشته باشد، به درخواست هر یک از طرفین تا قبل از تنظیم صورتمجلس مزایده ارزیابی تجدید می‌گردد.»

د: تبصره ماده ۱۰۲ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا اصلاحی سال ۱۳۹۸ اینگونه مقرر می‌دارد: «در صورتی که شش ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی اموال گذشته باشد، هر یک از طرفین پرونده میتواند تا قبل از انتشار آگهی مزایده، ارزیابی مجدد را به ضمیمه قبض حق الزحمه کارشناسی درخواست نماید. در این صورت، ارزیابی به هیأت سه نفره کارشناسان رسمی به انتخاب رئیس ثبت یا واحد اجرا (حسب مورد) به صورت قرعه از طریق سیستم ارجاع می‌گردد. این نظریه قطعی است. در هر مورد که معترض از پرداخت حق الزحمه کارشناسی امتناع نماید، به درخواست وی ترتیب اثر داده نخواهد شد و ارزیابی قبلی ملاک عمل است.»

تحلیل ماده ۳۴ قانون ثبت

مطابق یک نظر در اجرای ثبت زمانی که سند رهنی وجود دارد ملاک زمان ارزیابی تا مزایده ۲ ماه مقرر در ماده ۳۴ قانون ثبت است و عدم رعایت این مهلت سبب ابطال عملیات اجرا خواهد شد. شورای عالی ثبت در رأی شماره ۵۴۳۵، که در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی مورخ ۸ مرداد سال ۹۸ هیأت نظارت تهران صادر نموده است، تأکید می‌نماید: «... چون از زمان قطعیت ارزیابی تا انتشار آگهی مزایده بیش از ۲ ماه مقرر در ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت گذشته، مطابق قسمت اخیر ماده ۱۷۲ آیین نامه اجرا، مزایده صورت گرفته ابطال و عملیات اجرایی باید با ارزیابی مجدد ادامه پیدا کند.» البته روشن است که این رای برای مراجع قضایی و حتی هیات های نظارت لازم الاتباع نیست.

لازم به ذکر است ماده ۳۴ قانون ثبت صرفاً در جایی است که سند رهنی وجود



دارد؛ بنابراین در باقی موارد مانند اجرا در دادگاه یا اجرای سند ذمه‌ای در اداره ثبت، ملاک آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و یا تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان است. در مقابل برخی معتقدند که ماده ۳۴ قانون ثبت اداره ثبت را ملزم به وصول مطالبات با برگزاری مزایده در مدت‌زمان مقرر کرده و برای این تکلیف ضمانت اجرایی در نظر نگرفته است؛ لذا اینکه به صورت عام و مطلق، عدم برگزاری مزایده توسط اداره ثبت را که صرفاً می‌تواند یک تخلف اداری تلقی شود، دلیل ابطال مزایده بدانیم، تفسیری جدید و جسورانه‌ای از ماده ۳۴ است که با منطق و روال حقوقی موجود چندان سازگار نیست. در حال حاضر نیز به علت حجم بالای پرونده‌های اجرایی ثبتی بین قطعیت ارزیابی و برگزاری یا حتی آگهی مزایده معمولاً بیش از ۲ ماه فاصله می‌افتد و اگر بخواهیم این امر را دلیل ابطال مزایده بدانیم، حجم بالایی از مزایده‌ها قابلیت ابطال خواهد داشت که نابسامانی زیادی ایجاد خواهد کرد و به نظم عمومی خدشه وارد می‌کند. (دکتر یاسر مرادی، روزنامه حمایت، ۹۹/۸/۵) در این راستا معاون امور اسناد سازمان ثبت در بخشنامه شماره ۷۳۹۴۰/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۲۳ چنین نظر داده است که عدم انجام تکالیف قانونی مندرج در ماده ۳۴ قانون ثبت در خصوص مهلت دوماهه، تخلف اداری محسوب می‌گردد؛ ولی به دلیل آنکه برخی از هیئت‌های نظارت ملاک را ۲ ماه مقرر در ماده ۳۴ قانون ثبت می‌دانند مدیران استان‌ها و معاونان اسناد را مکلف نموده که مهلت دوماهه را رعایت نمایند.

از منظر تفسیری به نظر می‌رسد هرچند ماده ۳۴ قانون ثبت یک تکلیف برای برگزارکنندگان مزایده محسوب می‌گردد؛ ولی سؤال آن است که تخلف از این تکلیف چه ضمانت اجرائی دارد؟ در یک پاسخ می‌توان قائل به تخلف اداری مسؤولین مرتبط بود؛ ولی به نظر می‌رسد با توجه به استثنایی بودن طریق اجرای ثبت باید نظر دیگری را پذیرفت. به عبارتی اقدام از طریق اجرای ثبت و نه مراجع قضایی یک راه استثنایی و جهت تسهیل اجرای اسناد رسمی مقرر شده است. در این مسیر شرایطی را قانون‌گذار برای آن مقرر نموده است که تخلف از هر یک آنها سبب ابطال عملیات اجرا خواهد شد. در این راستا ماده ۱۷۲ آیین‌نامه فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «پس از تنظیم و امضاء صورت‌مجلس مزایده، شکایت از عمل اجراء از کسی مسموع نیست. این امر مانع از آن نمی‌شود که هرگاه قبل از تنظیم و امضاء سند انتقال یا تحویل مال، رئیس ثبت محل عمل اجراء را مخالف قانون تشخیص دهد رأی بر تجدید عمل اجرائی داده و رأی صادره برابر ماده ۱۶۹ این



آئین نامه به اشخاص ذینفع ابلاغ و قابل شکایت و رسیدگی در هیات نظارت است.» مطابق ماده اگر عمل اجرا مخالف قانون باشد باید عمل اجرایی تجدید گردد. مسلماً در جایی که مهلت ۲ ماهه ماده ۳۴ قانون ثبت رعایت نگردد، عمل اجرا مخالف قانون صورت پذیرفته و باید مطابق دستور رئیس اداره ثبت محل عمل اجرایی تجدید گردد. همچنین بند ۸ ماده ۲۵ قانون ثبت یکی از صلاحیت‌های هیئت نظارت را این گونه مقرر نموده است که: «رسیدگی به اعتراضات اشخاص نسبت به نظریه رئیس ثبت در مورد تخلفات و اشتباهات اجرائی با هیأت نظارت است.» بنابراین هر تخلف و اشتباهی در مسیر اجرا می‌تواند مورد اعتراض ذی‌نفع واقع شود و هیئت نظارت نیز که مسؤول رسیدگی به این تخلفات و اشتباهات است به تخلف اداری حکم نمی‌دهد بلکه به صحت و بطلان عملیات اجرا حکم می‌دهد. بنابراین می‌توان پذیرفت که عدم رعایت مهلت دو ماهه مقرر در ماده ۳۴ یکی از شرایط شکلی صحت مزایده اداره ثبت است که عدم رعایت آن سبب ابطال عملیات اجرا خواهد بود.

تفاوت‌های قانون کارشناسان و آیین نامه

چنانکه از مواد فوق‌الذکر روشن است دو تفاوت اساسی بین ماده تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان و تبصره ماده ۱۰۱ آیین نامه اجرای مفاد اسناد لازم‌الاجرا قبل از اصلاحات ۱۳۹۸ وجود دارد. تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی مورخ ۱۳۸۱ بیان می‌دارد: «در مواردی که انجام معاملات مستلزم تعیین قیمت عادلانه روز از طرف کارشناس رسمی است، نظریه اعلام شده حداکثر تا شش ماه از تاریخ صدور معتبر خواهد بود.» تبصره ۲ ماده ۱۰۱ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷: «در صورتی که یک سال از تاریخ قطعیت ارزیابی مال غیرمنقول گذشته باشد، به درخواست هر یک از طرفین تا قبل از تنظیم صورت‌مجلس مزایده ارزیابی تجدید می‌گردد.» تفاوت اول در مهلت ۶ ماهه قانون کارشناسان و یک‌ساله آیین نامه است که این سؤال را مطرح می‌کند که ملاک در مزایده‌های اجرای ثبت کدام مقرر است؟ تفاوت دوم در آن است که مطابق قانون کارشناسان بعد از ۶ ماه نظر کارشناس و ارزیاب معتبر نخواهد بود؛ ولی در آیین نامه زمانی بعد از گذشت یک سال نظر ارزیاب کماکان معتبر است مگر یکی از طرفین درخواست نماید و هزینه کارشناسی را نیز پرداخت نماید.



تفاوت اول

به نظر می‌رسد در بین قانون کارشناسان و آیین‌نامه یک تعارض آشکاری وجود دارد. یکی ملاک را ۶ ماه مقرر نموده و دیگری یک سال! در یک استدلال که مورد پذیرش برخی محاکم است آیین‌نامه به لحاظ مخالفت با قانون قابل ترتیب اثر نیست (دادنامه شماره ۳۷۸۰۳۶۱۷۰۰۳۶۱۷۰۰۹۹۷۰۹۶۰۹۶۰۹۶ شعبه ۲۸ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان که مورد تأیید شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر اصفهان واقع گردید) به نظر نمی‌توان استدلال محکمی در مقابل این نظر ارائه نمود.

در رأی دیگری که از شعبه ۲۴ حقوقی اصفهان صادر شده قاضی محترم جناب دکتر رئیسی استدلال مفصلی را برای ابطال مزایده‌ای که فاصله ۶ ماهه رعایت نشده بیان داشتند که بخشی از آن اشاره می‌شود: در جهت موجه و مستدل شدن نهایی ذکر چند مقدمه ضرورت دارد. الف) اگرچه اصل آزادی اراده سبب الزام طرفین قرارداد به اجرای آثار ناشی از آن می‌شود و در بحث پیش رو که دادوستد تلقی می‌شود و ذات عمل دادوستد ممکن است حاوی ضرر و سود برای هر یک از طرفین باشد اما عدالت به‌عنوان والاترین ارزش انسانی در کلیه نهادهای اجتماعی باید بروز و ظهور داشته باشد از جمله در قراردادها که از آن به عنوان عدالت معاوضی یاد می‌شود و آن بدین معناست که در آنچه داد و ستد می‌شود عرفاً ارزش تقریباً برابری وجود داشته باشد و بین عوضین از جهت ارزش موازنه برقرار باشد ب) در عموم قراردادها اگر شخصی در مورد ارزش کالای مورد مبادله کاهلی کند و آن را به قیمت کمتر از بهای بازار به فروش برساند می‌توان کاهلی وی را اقدامی برای ورود ضرر به خود دانست (قاعده اقدام) و به نوعی همچنان عدالت را پابرجا دید. اما در موضوع پیش رو بنا بر مقررات و ضوابط، شخص ثالثی به جای مالک اتخاذ تصمیم می‌کند. در جریان تملک سند رهنی ملک خواهان به اختیار قانونی به فروش می‌رسد و در مکانیسم تعیین ثمن وی نقشی ندارد بلکه شخص ثالث یعنی کارشناس است که قیمت را معین کرده است و به همین جهت است که برای اطمینان بخش شدن قیمت کارشناسی ماده ۱۹ قانون کارشناسان، انقضای مهلت شش ماه را سبب بی اعتباری قیمت تعیین شده اعلام نموده است. بنابراین شرایط خاص معامله (فروش از طریق مزایده) و عدم دخالت مالک در تعیین قیمت سبب آن شده تا شرایط خاصی برای تعیین ثمن وجود داشته باشد. ج) بر مبنای روایت مشهور نبوی دائر بر نهی النبی عن بیع الغرر و یا نهی



النبي عن الغرر هرگونه معامله غرری باطل است و عقد غرری بنا به یک نتیجه تحقیقی قراردادی است که وضعیت و شرایط انعقاد آن برای یک یا دو طرف قرارداد زیان مالی به دنبال داشته باشد (محمد تقی رفیعی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم) با توجه به مبانی برشمرده در قسمت الف و ب و از توجه به قیمت های یاد شده از مزایده و قیمت های اعلام شده کارشناس (۲۰.۱۵۰.۰۰۰.۰۰۰ و ۷.۱۰۰.۰۰۰.۰۰۰) به وضوح تعادل عوضین در قرارداد نامتعادل است و سبب زیان گزافی به مالک شده است و هر عقل متعارفی چنین معامله ای را غرری تلقی می نماید حکم معامله غرری نیز بنا بر نهی انجام شده بطلان است. (د هرگاه استدلال شود بنا بر اصل بقای معامله و وجود حق فسخ (خیار غبن) برای خواهان باید قائل به نفوذ معامله بود باید گفت اولاً با توجه به شرایط خاص معامله انجام شده (مزایده اجبار) امکان اعمال خیار غبن برای مالک وجود نداشته چه آنکه دولت به نمایندگی از وی نسبت به انعقاد قرارداد اقدام کرده است. وانگهی یکی از شرایط غبن جهل به قیمت واقعی است حال آنکه مالک خود عالم به قیمت واقعی بوده است منتهی در شرایط اجباری مزایده امکان اعمال آن را نداشته است ثانیاً بنا بر آنچه از مفهوم غرر و نیز شرایط خاص معامله (اعمال ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری) گفته شد در زمان انجام معامله اصولاً ثمن متعارف و قانونی وجود نداشته است و یکی از ارکان معامله مفقود بوده است لذا معامله باطل بوده است (مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی) نظر به مبانی برشمرده دادگاه مزایده انجام شده را مستنداً به مقررات و اصول یاد شده باطل اعلام می نماید...»

قانون گذار از عبارت «حداکثر تا شش ماه» استفاده نموده که دلالت بر این دارد که اگر برای قاضی احراز شود که ثمن در کمتر از شش ماه دارای تغییر فاحش شده است نیز بتواند نظریه کارشناسی را معتبر نداند. شرعاً نیز حاکم نمی تواند بیعی را بالولایه انجام دهد و قیمت روز را لحاظ نکند. به عبارتی رعایت مصلحت مالک در بیعی که حاکم به ولایت از مدیون انجام می دهد الزامی است و عدم رعایت آن سبب عددم نفوذ بیع خواهد بود که منوط به اذن مدیون و مالک دارد.

لازم به ذکر است در پرونده های اجرای ثبت که غالباً توسط بانک در جریان است از یک سو بانک در ارزیابی ملک، قیمت یک سال قبل را ملاک محاسبه قرار می دهد ولی وجه التزام بانک روزانه تا زمان مزایده حساب می شود! و یا در اجرای ثبت که زوجه اقدام به مزایده اموال شوهر می نماید ارزیابی در یک سال قبل از مزایده انجام می شود ولی



ملاک در قیمت سکه، قیمت روز مزایده خواهد بود. که همگی این موارد با توجه به تورم بسیار بالا در کشور ظلم محسوب می‌شود. بنابر مراتب فوق به نظر می‌رسد مراجع قضایی و حتی مسؤولین ادراه ثبت نه تنها می‌توانند بلکه به عنوان یک تکلیف قانونی و شرعی باید در مواردی که قیمت رشد بسیار زیادی داشته حتی قبل از شش ماه مقرر در ماده دستور کارشناسی مجدد را صادر نمایند. چنانچه در یک برهه از تاریخ این اقدام توسط اداره ثبت انجام شده است.

لازم به ذکر است که به موجب آیین نامه اصلاحی مدت یک سال به شش ماه تقلیل یافته است. بنابراین تفاوت اول با آیین نامه اصلاحی رفع گردید هرچند در خصوص پرونده هایی که در حکومت آیین نامه قبلی اجرا شده این اختلاف کماکان وجود دارد.

تفاوت دوم

تفاوت دوم در آن است که مطابق قانون کارشناسان بعد از ۶ ماه نظر کارشناس و ارزیاب معتبر نخواهد بود ولی در آیین نامه بعد از گذشت یک سال نظر ارزیاب کماکان معتبر است، مگر یکی از طرفین درخواست نماید. در آیین نامه اصلاحی نیز این موضوع تاکید شده است و حتی صرف درخواست کفایت نمی‌کند بلکه باید هزینه کارشناسی نیز پرداخت شود. مطابق آیین نامه اصلاحی «در صورتی که شش ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی اموال گذشته باشد، هر یک از طرفین پرونده می‌تواند تا قبل از انتشار آگهی مزایده، ارزیابی مجدد را به ضمیمه قبض حق الزحمه کارشناسی درخواست نماید. در این صورت، ارزیابی به هیأت سه نفره کارشناسان رسمی به انتخاب رئیس ثبت یا واحد اجرا (حسب مورد) به صورت قرعه از طریق سیستم ارجاع می‌گردد. این نظریه قطعی است. در هر مورد که معترض از پرداخت حق الزحمه کارشناسی امتناع نماید، به درخواست وی ترتیب اثر داده نخواهد شد و ارزیابی قبلی ملاک عمل است.»

چنانچه گذشت در این خصوص نیز بین آیین نامه و قانون تعارض وجود دارد. با توجه به توضیحاتی که داده شد به نظر می‌رسد بعد از گذشت ۶ ماه از ارزیابی دیگر کارشناسی معتبر نخواهد بود و نمی‌توان ملاک عمل قرار گیرد. عدم درخواست یکی از طرفین و یا عدم پرداخت هزینه کارشناسی نیز سبب نمی‌شود که کارشناسی قبلی معتبر باشد زیرا چنانچه گفته شد عقد بالولایه از طرف مالک منعقد می‌شود و باید مصلحت مالک رعایت شود. تنها در صورتی که مالک راضی به نظریه کارشناسی قبلی باشد می‌توان قائل به صحت مزایده شد.




حل و فصل اختلافات قراردادهای تحقیق و توسعه

سپیده بارانی شیرزاد^۱

چکیده

افزایش ارتباطات و معاملات تجاری فی‌مابین اشخاص اعم از حقوقی و حقوقی از کشورهای مختلف، موجب تحولاتی گسترده و عمیق در نظام حقوق تجارت بین‌المللی گردیده است، در پی توسعه روابط تجاری، بروز اختلافات ناشی از این معاملات تجاری هم گسترش یافته است. یکی از مسائلی که همواره مورد توجه متعاملین یک رابطه تجاری بین‌المللی می‌باشد، این است که اختلافات راجع به آن رابطه حقوقی به چه کیفیتی و با چه راهکارهایی باید حل و فصل شود. بدیهی است اگر این اختلافات با شیوه‌های مناسب و سریع رسیدگی نشود، پیامدهای زیانبار فراوانی از جمله اتلاف وقت، توقف سرمایه در گردش ورود خسارت برای طرفین قرارداد می‌گردد. تجار در سطح بین‌المللی معمولاً رغبتی به حل و فصل دعاوی و اختلافات در معاملات تجاری خود از طریق سیستم‌های قضایی کشور خود ندارند، و علت آن اطلاع‌داری دادرسی در محاکم، تخصصی بودن امر، عدم شناخت قضات برای بررسی و رسیدگی دقیق اختلافات می‌باشد. لذا بازرگانان غالباً روش‌های دیگر از قبیل سازش، میانجیگری در مذاکرات، توافق در داوری را برای حل و فصل اختلافاتشان پیش‌بینی می‌نمایند که راهکار داوری و حکمیت (رسیدگی توسط داوری) از رایج‌ترین این روش‌هاست. استفاده از نهاد داوری و گرایش به داوری‌های بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات تجاری گسترش فوق‌العاده‌ای یافته است و امروزه کاربرد آن به حدی افزایش یافته که کمتر قرارداد تجاری بین‌المللی را

۱. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل.



می‌توان یافت که حل و فصل اختلافات در مورد آن به داوری ارجاع نشده باشد. نکته‌ی پر اهمیت درباره‌ی حل اختلافات این است که مقررات کشورها در گزینش داوری یا مراجع قضایی، به عنوان مرجع حل اختلاف و همچنین در گزینش مراجع حل اختلافات داخلی یا خارجی در قراردادهای بین‌المللی گوناگون هستند. پاره‌ای کشورها در این باره سخت‌گیر می‌باشند و قراردادهای میان‌اتباع خود با بیگانگان را تایید نمی‌کنند مگر اینکه برای حل اختلافات، بر دادگاه ملی و قوانین داخلی آن کشور توافق شده و این توافق به روشنی در قرارداد گنجانده شده باشد.

حل و فصل اختلافات بر اساس قوانین ملی

مقررات کشورها در گزینش داوری یا مراجع قضایی به عنوان مرجع حل اختلاف و همچنین در گزینش مراجع حل اختلاف داخلی یا خارجی در قراردادهای بین‌المللی گوناگون هستند پاره‌ای از کشورها در این باره سخت‌گیر هستند و همانند موضوع قانون حاکم قراردادهای میان‌اتباع خود با بیگانگان را تایید نمی‌کنند مگر اینکه برای حل اختلاف بر دادگاه ملی و قوانین داخل آن کشور توافق شده و این توافق به روشنی در قرارداد گنجانده شده باشد.

در حقوق ایران حساسیت‌های قانونگذار به هر دلیل عمدتاً روی برگزیدن نهاد داوری برای حل اختلاف متمرکز شده است یعنی قانونگذار ظاهراً اصل را بر ارجاع دعاوی به دادگاه‌ها بنا نهاده و در ارجاع به داوری ضمن تفکیک میان دعاوی برای ارجاع هر دعوا اعم از دولتی و غیردولتی به داوری حکم ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی را تبیین نموده است. به روی هر چنانچه برای گزیدن شیوه حل اختلاف موانع برطرف و برابر قوانین مورد اشاره اقدام شده باشد دو وضعیت متفاوت متصور خواهد بود نخست طرفین بر ارجاع اختلاف به مراجع قضایی توافق نموده باشند در این صورت نظر به اینکه قوانین شکلی حاکم بر مراجع قضایی اساساً از قواعد امری هستند و توافق خلاف آنها ناممکن می‌باشد در پی تعیین مرجع قضایی صالح دیگر مقررات شکلی حاکم بر رسیدگی به اختلاف هم به خودی خود مشخص می‌شود زیرا بموجب یک اصل حقوقی پذیرفته شده در سطح بین‌الملل آیین دادرسی تابع قانون مقرر دادگاه صالح به رسیدگی می‌باشد در این باره اگر قرارداد داخلی باشد قوانین ماهوی داخل کشور نیز برای حل اختلاف اعمال می‌گردد اما چنانچه قرارداد بین‌المللی باشد قانون ماهوی حاکم بر آن قانونی خواهد بود



که طرفین برگزیده باشند و مرجع قضایی حل اختلاف آن را صالح تشخیص داده باشد دوم اینکه ارجاع اختلاف به داوری توافق نموده باشند در این صورت افزون بر این توافق طرفین باید اولاً نام مرکز (محکمه) محل برگزاری داوری را هم تعیین کنند بطور مثال توافق و تعیین کنند که اتاق بازرگانی بین المللی پاریس محل برگزاری داوری باشد نیاز به ذکر است برخی مراکز داوری منطقه ای مانند مرکز داوری کوآلالمپور یا مرکز داوری منطقه ای تهران، قاهره، لاگوس هم برای برگزیدن و ذکر در ماده حل اختلاف قرارداد می تواند مورد توافق قرار گیرد. بدیهی است محل برگزاری داوری به خودی خود مرکز داوری پاریس، کوآلالمپور، تهران و یا جایی دیگر نیست بلکه این طرفین هستند که می توانند محل داوری را تعیین و برآن توافق کنند با وجود این سفارش می شود در صورت امکان مرکز داوری تعیین شود که از قواعد داوری آنسیترال استفاده می نمایند زیرا قواعد بین المللی مزبور در سطح بین الملل شناخته شده تر از سایر قواعد است کشورهای پرشماری هم به آن پیوسته اند و برای تدوین و تنظیم قوانین داوری داخلی نیز از آن الگو گرفته اند، آن گونه که قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶ نیز برگرفته از همین قانون می باشد، ضمن اینکه قواعد آنسیترال به نسبت از اصطلاحات و مفاهیم روشن و بی ابهام برخوردار است و پراکندگی در تفسیر هم ندارد.

بیشتر سازمان ها و مراکز داوری بین المللی از جمله مرکز کوآلالمپور و تهران نیز قواعد آنسیترال را استفاده می کنند در حالی که مرکز مراکز دیگر مانند مرکز ICC پاریس، قواعد ویژه خود را اعمال می کند اما اگر طرفین در قرارداد مرکز داوری را یکی از مراکز مزبور تعیین نمودند ولی قواعد داوری را غیر از آن قواعدی که مرکز مورد نظر اعمال می نماید برگزیدند علی الاصول آن مرکز داوری را بر پایه ی قواعد برگزیده ی طرفین انجام می دهد، ثانياً باید تعداد داور را هم از پیش تعیین کنند و در همین ماده از قرارداد به آن تصریح نمایند معمولاً تعداد داور را هم از پیش تعیین کنند و در همین ماده از قرارداد به آن تصریح نمایند معمولاً تعداد داوران را سه نفر تعیین می کنند هر چند منعی برای تعیین یک نفر یا پنج نفر یا بیشتر وجود دارد آنچه مهم می باشد این است که اگر تعداد بیش از یک نفر بود باید جمعشان فرد باشد تا امکان صدور رای در صورت هم رای نبودن داوران با اعمال قاعده ی حاکمیت رای اکثریت فراهم گردد در مواردی که تعداد سه نفر داور برگزیده می شود به موجب قواعد داوری هریک از طرفین یک نفر از داوران هیات داوری را انتخاب می کند و داور سوم هم داوری بی طرف یا مرضی

الطرفین خواهد بود ثالثاً طرفین باید زبان داوری را نیز مشخص کنند تا از مسائل و مشکلات بعدی ناشی از این مهم پیشگیری کرده باشند (احسنی فروز، ۱۳۹۴).

حل و فصل اختلافات بر اساس اسناد بین المللی

دو سازمان وایپو و تجارت جهانی برای حل اختلافات قراردادهای زیرمجموعه مالکیت معنوی از جمله قراردادهای تحقیق و توسعه تدابیری در نظر گرفته اند. وایپو برای این منظور مراکز داوری و میانجیگری را ایجاد کرده است که با توسل به روش های جایگزین یا اصطلاحاً ADR سعی در حل اختلافات مذکور دارد در مرکز داوری و میانجیگری وایپو برای حل و فصل اختلافات از روش های گوناگونی استفاده می شود از جمله داوری، میانجیگری و مساعی جمیله سازمان تجارت جهانی نیز به موجب تفاهم نامه حل اختلافات از روش و آیین خاصی برای حل اختلافات پیش بینی نموده است و کشورهای عضو اختلافات تجاری مربوط به توافق نامه های این سازمان را اصولاً براساس همین مکانیزم حل و فصل می نماید.

بر اساس ماده ۶۴ موافقت نامه تریپس در خصوص کلیه اختلافات مربوط به حقوق مالکیت معنوی نیز همان مکانیزم مذکور حاکم می باشد و این اختلافات فقط شامل اختلافات ناشی از اجرا یا تفسیر حقوق پیش بینی شده در توافق نامه تریپس نمی باشد بلکه با توجه به آن که این موافقت نامه بیشتر کنوانسیون های مهم متضمن حمایت از مالکیت معنوی را تحت پوشش خود قرار داده است مکانیزم مذکور کلیه اختلافات ناشی از تفسیر یا اجرای حقوق مالکیت معنوی مورد حمایت در کنوانسیون های مذکور از جمله برن و پاریس را در برمی گیرد.

برخی از حقوق دانان مرکز داوری وایپو را به دلیل استفاده از روش های جایگزین و در نتیجه انعطاف پذیری بیشتر آن بهترین مرجع حل و فصل اختلافات مربوط به قراردادهای مشمول مالکیت معنوی می دانند در حالیکه برخی دیگر این موضوع را رد نموده و مکانیزم حل اختلاف تریپس را به عنوان یک شبه دادگاه قاطع و دارای یک آیین دادرسی دقیق و زمان بندی شده برای حل اینگونه اختلافات مناسب تر دانسته و توسل به آن را توصیه می کنند (رئیس، ۱۳۸۵).



نقش سازمان وایپو در حل اختلافات

افزون بر اینکه همه ی قواعد عمومی بر حل اختلافات ناشی از قرارداد تحقیق و توسعه حاکمیت دارد اما به واسطه ی ویژگی های این قرارداد و پاره ای قراردادهای مانند آن بخصوص به لحاظ موضوعیت و محوریت داشتن اموال و دارایی های فکری در آنها نهادهای بین المللی برای حل اختلافات مزبور نگاهی ویژه و تخصصی به ماده حل اختلافات در قراردادهای مزبور برداشته اند. در این خصوص، سازمان جهانی مالکیت فکری (وایپو) در راستای تبیین دلایل شیوه های حل اختلافی که برای قراردادهای مورد اشاره ارائه نموده به ویژگی های این قراردادها پرداخته و گفته: «قراردادها و معاملات مربوط به امور تحقیق و توسعه و انتقال تکنولوژی، چه داخلی چه بین المللی با دیگر قراردادها و معاملات، تفاوتی عمیق دارد. قراردادهای مربوط به پژوهش، پروژه های همکاری برای پژوهش، دادن مجوز بهره برداری، سرمایه گذاری مشترک و مانند آن، متضمن پیچیدگی های ویژه حقوقی، تجاری یا مسائل مدیریتی هستند و عمدتاً در بردارنده ی اموال و دارایی های فکری می باشند، همچنین اطراف قراردادهای پژوهشی که معمولاً از موسسات با زمینه های کاری و فکری گوناگون می باشند ممکن است انتظارات و فهم های ناهمگون از آفرینش دارایی های فکری مربوط به قرارداد و بهره برداری و بکارگیری آنها داشته باشند. شیوه ی حل اختلاف جایگزین و ویژه برای چنین قراردادهایی کلید حل پیچیدگی های اشاره شده است و با تاثیر مثبت در زمان و هزینه های رسیدگی به اختلاف، بدون نیاز به رفتن به دادگاه ها، همزمان شرایط تداوم فعالیت های پژوهشی و تجاری سازی نتایج قراردادهای تحقیق و توسعه را هم برای طرفین فراهم می نمایند» (ADR). همچنین مرکز داوری و میانجیگری سازمان مذکور هم گزاره برگی (Fact Sheet) را در این باره با لحاظ تمامی ابعاد حل اختلاف-البته با هدف فراهم آوردن شرایطی که اطراف این قراردادها از رفتن به مراجع قضایی (دادگاه) بی نیاز باشند- تنظیم و در دسترس قراردادهاست. سازمان جهانی مالکیت فکری افزون بر این ها متن شروط جایگزین برای ماده حل اختلافات قراردادهای تحقیق و توسعه و انتقال تکنولوژی را نیز برای وضعیت های گوناگون مانند داوری، میانجی گری و داوری فوری و شیوه ی نگارش آنها را نیز تدوین و با تحلیل های آماری مفصل و ارائه رهنمود های دیگر منتشر کرده که حسب مورد و برپایه نیاز برای حل اختلافات ناشی از اجرای قراردادهای تحقیق و توسعه می تواند مورد استفاده قرار گیرد (احسنی فروز، ۱۳۹۴).



روش های حل و فصل اختلافات تعیین مرجع صالح توسط طرفین

در تدوین هر قراردادی تجاری برای پرداختن به شرط یا ماده ی حل اختلاف این نکته باید در نظر گرفته شود که چنانچه میان طرفین درباره ی قرارداد اختلافی بروز کند آن اختلاف چگونه و در چه مرجعی باید حل شود در این خصوص لازم به توضیح است که هیچ مذاکره ی قراردادی را نمی توان پایان یافته و کامل شده دانست مگر اینکه مذاکره کنندگان قراردادی در قرارداد روشن کرده باشند اگر میان طرفین اختلافی پیش آمد آن اختلاف را از چه طریقی حل خواهند کرد. روش هایی که ممکن است طرفین طبق توافق در قرارداد ذکر کنند می تواند از روش کمیته فنی از پیش تعیین شده از سوی دو طرف یا بکار گرفتن میانجی مورد رضایت باشد یا اگر از این راه ها حل اختلاف نشد موضوع به داوری یا به مرجع قضایی ارجاع داده شود چنانچه قرارداد بین المللی باشد به کدام مرجع داوری یا به دادگاه کشور کدام یک از طرفین مراجعه خواهند کرد. روشن است در این باره فارغ از راه های نزدیک مانند کمیته فنی یا میانجی مورد تراضی طرفین بطور کلی و برای اختلافات اگر از راه های پیش گفته نتیجه ای حاصل نشد دو گزینه برای طرفین باقی می ماند: ۱- ارجاع به داوری ۲- ارجاع به دادگاه یا مرجع قضایی صالح.

اگر قرارداد داخلی باشد تکلیف روشن است علی الاصول بر پایه توافق یا به مراجع داوری داخلی یا دادگاه های ملی مراجعه می شود ولی چنانچه قرارداد بین المللی باشد خواه بر داوری توافق شود یا بر مرجع قضایی باید تعیین شود که به کدام مرجع داوری (ملی یا بین المللی) یا به دادگاه کشور کدام یک از طرفین یا کدام کشور ثالث باید مراجعه کنند از این جهت باید در مذاکرات قراردادی این مسائل روشن شده و در ماده ی حل اختلاف به آن تصریح گردد در این صورت برابر با آنچه توافق شده و در قرارداد درج گردیده حل اختلاف می شود با این اوصاف اگر قرارداد بین المللی باشد در برگزیدن یکی از این دو شیوه این است که به پیروی از عرف جاری تجارت بین الملل که به واسطه ی فراهم بودن شرایط تسریع و تسهیل در حل اختلافات تجاری از راه داوری بیشتر به این نهاد حل اختلاف کشش دارد و علاقه نشان می دهد طرفین قراردادهای تحقیق و توسعه نیز گزینش نهاد داوری را بر رفتن به دادگاه و مراجع قضایی ترجیح دهند.



مقررات مخصوص داوری در سال ۱۹۹۸ از ابتدای سال ۲۰۰۱ قواعد مربوط به شیوه های جایگزین حل اختلاف را رسماً به اجرا گذاشته است.

در بحث از نحوه ارجاع یا تکلیف به تبعیت از یک شیوه یا شیوه های مختلف رسیدگی (اعم از رسیدگی قضایی و شیوه های جایگزین آن) رویه واحدی در نظام های حقوقی وجود ندارد و همانند بحث حقوق حاکم بر ماهیت و نحوه تعیین آن دیدگاه ها و ساز و کارهای مختلفی برای گزینش و تبعیت از شیوه های مختلف حل و فصل اختلاف وجود دارد، علی الاصول آزادی طرفین در انتخاب مرجع رسیدگی به اختلاف و تعیین آن به موجب قرارداد فی مابین امری معقول و رایج است چه آنکه آگاهی طرفین به ابعاد رابطه حقوقی خویش تخصصی بودن رسیدگی به موضوع و آزادی اراده باعث می شود که دو طرف قرارداد بهتر از هر شخص دیگر برای تشخیص شیوه مناسب رسیدگی به اختلاف و انتخاب آن صلاحیت داشته باشند. مع هذا وجود پاره ای قوانین و مقررات آمره در بعضی از نظام های حقوقی طرفین و ضرورت تبعیت از موازین کنترل کننده این نوع قراردادها این آزادی را در برخی موارد تعدیل یا تحدید می نمایند.

داوری

اختیار داور در حل و فصل اختلافات، از اراده ی طرفین در قرارداد داوری ناشی می شود. علی الاصول مذاکره در مورد شرط رجوع به داوری به همراه مقررات دیگر قرارداد، یعنی پیش از دعوا و هنگامی که طرفین نسبت به جریان اجرا خوش بین هستند، انجام می گیرد. در فرض نگارش کامل شرط رجوع به داوری نیز ممکن است تردیدهایی از جانب کسانی که قصد دارند از داوری طفره روند، مطرح شوند. در این حال با ادعاهایی نظیر بی اعتباری، عیب رضا، عدم وجود رضا و... اعتبار این اصل را زیر سوال می برند. شرط رجوع به داوری، اثر مثبتی را ایجاد می کند که با درخواست خواهان از مرجع داوری، به داور صلاحیت رسیدگی می دهد.

طرفین در تعیین داورانی که دعوای آن ها را فیصله دهند آزاد هستند. در عمل طرفین معیارهای مختلفی برای تعیین داوران به کار می برند که برخی مخصوص دعوای خاصی هستند، مانند صلاحیت حقوقی و توانایی کارشناسی فنی و برخی باید همواره وجود داشته باشند عدم وابستگی و در دسترس بودن مرجع داوری. تعیین داوران توسط طرفین نباید استقلال داوران را مخدوش کند؛ زیرا داوران وظیفه ی قضایی دارند و نماینده طرفینی



که آن‌ها را تعیین کرده‌اند، نیستند. این استقلال در آیین نامه‌های داوری و سرانجام توسط قاضی، تحت عنوان نظم عمومی بین‌المللی تضمین می‌شود. اگر طرفین بخواهند داور واحدی را تعیین کنند، باید بر نام او توافق کنند. هنگامی که آن‌ها داوری جمعی را لازم بدانند، هرکدام باید یکی از داوران را انتخاب کنند. انتخاب رئیس مرجع داوری معمولاً توسط خود این دو داور انجام می‌شود. رعایت تساوی طرفین در تعیین داوران اهمیت دارد. رسیدگی با درخواست داوری طرفی شروع می‌شود که صراحتاً قصد دارد به داوری متوسل شود. این درخواست مستقیماً توسط خواهان داوری و یا به کمک نهاد داوری به طرف مقابل فرستاده می‌شود. خواننده در پاسخ به این درخواست، ادله‌ی اثبات خود و همچنین احتمالاً دادخواست تقابل را ارائه می‌دهد. در مورد مقرر داوری، باید مقرر در معنای خاص، که ارتباط حقوقی است و مکان مادی جریان جلسه‌های رسیدگی یا برخی اقدامات را از هم تفکیک داد، طرفین از همان شروع دادرسی، مقرر داوری را مشخص می‌کنند. زبان داوری نیز توسط طرفین و در غیر این صورت، توسط داوران انتخاب می‌شود. مقررات داوری بیان می‌کنند در صورت عدم تصریح، باید زبان قرارداد را مدنظر قرارداد (ماده ۱۶ قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی). مرجع داوری در انجام وظیفه‌ی قضایی خود مقید به اراده‌ی طرفین است. در صورتی که آن‌ها قانون حاکم را مشخص کنند، مرجع داوری باید آن را به اجرا درآورد؛ در غیر این صورت، دادگاه آزادی وسیعی در انتخاب یا روش انتخاب قانون حاکم دارد (کاشار، ۱۳۹۰).

روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات

شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات که از رویه‌ی عملی‌الهام گرفته‌اند، جایگزین حل و فصل معمول در دادگاه یا داوری می‌شوند. طرفین به جای آن که دعوی خود را به نزد قاضی یا داور ببرند تا آن را با تصمیم نهایی و الزام آور خود حل و فصل کنند، ترجیح می‌دهند آن را نزد شخص ثالث بی‌طرفی ببرند که برای رسیدن به سازش تلاش خواهد کرد. شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، جایگزین دوستانه‌ای برای اقامه دعوا هستند. به این دلیل، امروزه عنوان «شیوه‌های دوستانه‌ی حل و فصل اختلافات» بهتر است. این شیوه‌ها زاینده‌ی رویه‌ی عملی هستند که به کمک شروط قراردادی خود، با هر وضعیت متناسب هستند. در بیشتر اوقات، قانون یا مقرره‌ی خاصی برای شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات و در نتیجه نامی برای این شیوه‌ها



وجود ندارد. انتخاب طرفین در به کارگیری شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات تعیین کننده است، آن ها با تحلیل چهارچوب قراردادی، وضعیت اختلاف و ویژگی های شیوه های جایگزین در دسترس به این تصمیم می رسند.

تحلیل چهارچوب قراردادی

الف- قرارداد

شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات، به صورت دوستانه انجام می شوند ماهیت این شیوه ها به گونه ای است که به دنبال مساله ی خاصی که در اختلاف آمده است روابط خوب تجاری طرفین حفظ می شود. ثمره ی آن به ویژه در قراردادهایی نمایان می شود که جنبه ی همکاری زیادی دارند.

این شیوه های جایگزین مناسب قراردادهای مستمر، یعنی قراردادهایی که طرفین به طور مداوم در برابر یکدیگر متعهد می شود مانند قرارداد تحقیق و توسعه هستند. شروطی که این شیوه های جایگزین را تاسیس می کنند روابط قراردادی که برای دراز مدت از ترکیب قرارداد اصلی و قراردادهای اجرایی متعهد تشکیل شده اند را حفظ می کنند. در استفاده از این شیوه های جایگزین، علاوه بر مدت قرارداد متغیرهای دیگری نیز باید لحاظ شود، در این میان پیچیدگی قرارداد یا یک واحد قراردادی، توسل به شیوه های جایگزین را هر چه بیشتر نشان می دهد. هر قدر قرارداد پیچیده تر باشد احتمال بروز مشکلات تفسیری بیشتر می شود و دخالت شخص ثالث بی طرفی برای رفع آن ها لازم می آید. همچنین هرچه اجرای قرارداد به دلیل ملاحظات مربوط به سر رسیدهها، ملاحظات فنی یا تعدد کارفرمایان فرعی، پیچیده تر باشد، ضرورت پیش بینی ساز و کاری برای حل و فصل نرم، تعاملی و تعاونی اختلافات بیشتر به چشم می آید. بر پایه ی این دیدگاه، شیوه های جایگزین می توانند فرصتی به وجود آورند تا طرفین از روی حسن نیت دست به اثبات بزنند و در کاهش خسارات خود بکوشند.

ب- طرفین قرارداد

طرفین به دلایل گوناگون خواهان آن هستند تا به یکی از شیوه های جایگزین تن دهند. به عنوان مثال ویژگی محرمانه بودن این شیوه ها به نفع شرکت های بورسی است



زیرا مانع می شود این اختلاف بر ارزش سرمایه ها اثر منفی گذارد. محرمانه بودن برای شرکت های فرعی یک گروه شرکتی در برابر اشخاص ثالث و شرکت های فرعی یک گروه شرکتی در برابر اشخاص ثالث و شرکت های دیگر گروه نیز با اهمیت است. همچنین این شیوه ها اجازه می دهند اشخاص ثالثی نظیر بانک ها و شرکت های بیمه گذاران در اختلاف وارد شوند. شیوه های جایگزین اجازه می دهند مدیران شرکت، مهندسی و سرانجام، مشاوران حقوقی را در اختلاف شرکت دهند و راه حلی بیابند که تامین کننده ی منافع تجاری شرکت است. بنابراین موفقیت این شیوه ها در توانایی دخالت دادن کارکنان شرکت خلاصه می شود. این شیوه ها می توانند به خواهان که از ثبات موضع حقوقی خود مطمئن است، راه حلی سریع تر و کم هزینه تر که در عین حال آینده ی روابط قراردادی را حفظ می کند، ارائه دهد. همچنین خواننده که موضع حقوقی متزلزل تری دارد می تواند به راه حل ملایم تری امیدوار باشد که به جای جبران مافات، اجرای بهتر در آینده را در نظر دارد. سرانجام شیوه های جایگزین باعث می شوند طرفین در پرتو پیشنهادات طرف قرارداد و با توجه به ملاحظات یا توصیه های شخص ثالث بی طرف، تحلیل جدیدی از این وضعیت داشته باشد. حتی اگر این فرآیند به مصالحه نیانجامد هر کدام از طرفین به دید جدیدی از وضعیت اختلاف می رسند.

تحلیل وضعیت اختلاف

طرفین پس از آن که جنبه ی قراردادی این شیوه ها را تحلیل کردند، باید به وضعیت مرافعه ای بپردازند یعنی عدم اجراها و خطر مربوط به دعوا را ارزیابی کنند. برای این کار دو تحلیل عینی و شخصی از اختلاف مورد استفاده قرار می گیرد.

تحلیل عینی

برای تحلیل عینی وضعیت اختلاف، باید عدم اجراهای مربوط و سناریوهای ممکن در اختلافات قضایی و داوری را تحلیل کرد. در این تحلیل باید به رفتار و تعهدات خاص هر کدام از طرفین توجه نمود. مشاوران طرفین و مشاوران حقوقی شرکت (counsel-off) باید جهات حقوقی ممکن ناشی از اجرای قرارداد را مشخص کرده و با توجه به رویه ی قضایی، تصمیم دادگاه یا مرجع داوری را پیش بینی کند. این تحلیل امری کاملاً فنی است که با توجه به استدلال های حقوقی در زمینه ی مسائل حقوقی و در عین حال



فنی احتمالات در پیش بینی اثر هر کدام از سناریوها انجام می شود. بعنوان مثال در ایالات متحده مسائل حقوقی مختلف و احتمال پیروزی یا شکست را بر اساس علم احتمالات برای مشتری به شکل نمودار درختی ترسیم می کنند. برپایه ی این احتمالات هر کدام از طرفین می تواند با شناخت کامل انعقاد قرارداد مصالحه را قبول یا رد کند.

تحلیل شخصی

در تحلیل شخصی اختلاف، نخست باید رفتارهای طرف دیگر را در هنگام مذاکرات مدنظر تحلیل کرد، به گونه ای که ابعاد نمادین یا موثر اختلاف از نظر دور نماند. نخست ممکن است روابط قراردادی طرفین به اندازه ای در هم ریخته باشد که دیگر چیزی برای نجات دوستانه باقی نمانده باشد. همچنین امکان دارد رفتار طرف دیگر ما را در یک ساز و کار دوستانه منصف کند. به عنوان مثال به رفتار طرف قرارداد در هنگام مذاکرات قبلی یا هنگام اجرای قرارداد توجه می شود. همچنین خطر مانورهایی که برای تلف کردن وقت انجام می شود را لحاظ می کنند. همچنین باید به نفوذ و توانایی های مشاوران طرف مقابل در انتخاب شیوه ی دوستانه یا شیوه های ترافعی توجه کرد.

همچنین تصمیم مشاوران طرف مقابل را نیز باید به طور شخصی تحلیل کرد. اگر آن ها به این شیوه های جایگزین تصمیم بگیرند، باید مطمئن شویم این کار به خاطر همکاری و حسن نیت انجام گرفته است و حاکی از اقرار به ضعف یا شک در موضع حقوقی شان نیست، بنابراین اگر یکی از این شیوه ها پیشنهاد شود، رد یا قبول باید کاملا حساب شده باشد.

دسته بندی روش های جایگزین

الف - سازش

سازش، از مهم ترین ترین شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات است که توسط شخص ثالث بی طرفی انجام می شود که وظیفه دارد طرفین را به نزدیک کند. امروزه میانجی گری و سازش تفاوت چندانی ندارند. در حقوق تطبیقی، سازش یا میانجیگری به صورت قضایی و قراردادی است. سازش قضایی توسط قاضی دولتی انجام می شود، قاضی تلاش می کند میان طرفین سازش دهد یا برای این کار یک سازش دهنده ی مجانی را



مشخص کند. بنابراین تشریفات قضایی آن منوط به دخالت سازش دهنده است. سازش قراردادی از قرارداد میان طرفین حاصل می شود که مطابق آن متعهد می شوند دعوی خود را نزد شخص واسطه ی ببرند. این شیوه غالباً به کمک اعمال شرطی انجام می گیرد که در زمان مذاکره ی قرارداد گنجانده شده است. طرفین می توانند بدون توجه به معیارهای نهادهای داوری، سازش دهنده را بر مبنای معیارهای شخصی صلاحیت یا حسن شهرت او انتخاب کنند. اگر طرفین در پی امنیت حقوقی بیشتر باشند انتخاب را به نهاد تخصصی حل و فصل دوستانه اختلافات واگذار می کنند، بی آن که حق انتخاب سازش دهنده بنابر ویژگی های شخصی او را کنار گذارند. در فرانسه، این نهادها غالباً «موسسات قانون ۱۹۰۱» یا نمایندگان اتاق های بازرگانی هستند.

ب - کارشناسی

کارشناسی در معنای مضیق خود، آن است که شخص خبره ای را برای تحلیل وضعیتی عملی بگماریم تا نتیجه تحقیقات خود را در گزارش کارشناسی منتشر کند. قاضی یا داور می توانند تحت عنوان اقداماتی که در قواعد آیین دادرسی مدنی قانون مقرر برای تحقیقات لازم شمرده اند، کارشناس تعیین کنند. وانگهی هر کدام از طرفین نیز می تواند به دلخواه خود، این کارشناس را در چهارچوب اختلاف یا چهارچوب دوستانه انتخاب کند، فرض اخیر «کارشناسی دوستانه» نامیده می شود. اگر این شرط به کارشناس اختیار دهد تا در سازش دادن طرفین بکوشد، کارشناسی بسیار شبیه به سازش است.

با وجود این، مقایسه ی قواعد حل و فصل جایگزین اختلافات اتاق بازرگانی بین المللی و قواعد کارشناسی اتاق بازرگانی بین المللی که از ۲۰۰۳ اجرایی شده است، اختلاف های محسوسی را نشان می دهد. مطابق قواعد کارشناسی، نتایج گزارش کارشناس محرمانه نخواهد بود و بنابراین می توان از آن در دعوی داوری یا قضایی بعدی استفاده کرد. برعکس مطابق قواعد حل و فصل اختلافات ارزیابی شخص ثالث بی طرفی که تعیین شده است، محرمانه می ماند. مطابق قواعد قواعد حل و فصل اختلافات دست به ارزیابی می زند هر کدام از طرفین می تواند توقف ماموریت او را درخواست کند.

همچنین تاثیر کار کارشناس و شخص ثالث بی طرفی که وظیفه ارزیابی را بر دوش دارد متفاوت است. مسلماً در دو فرض ممکن است ماموریت های کارشناسی یا ارزیابی به قرارداد مصالحه بیانجامد. اما در غیر این صورت، ماموریت شخص ثالث بی طرفی که به



ارزیابی گماشته شده است، محرمانه می ماند و به حقوق طرفین صدمه نمی زند اما گزارش کارشناسی بعدها قابل بهره برداری است.

ج - هیات های حل اختلاف

هیات های حل اختلاف (Dispute Boards) در قراردادهای ساخت پدیدار شدند که به ویژه به مقررات فدراسیون بین المللی مهندسین مشاور (FIDIC) بر می گردند، ویژگی آن ها موقتی بودن است. اما در قراردادهای مستمر مانند قراردادهای تحقیق و توسعه که در زمان طولانی انجام می گیرند، امکان وقوع مشکلات گوناگونی تا سررسید قانونی وجود دارد. طرفین برای حل این دشواری های فنی و حقوقی نسبت به تاسیس یک رکن دائمی توافق می کنند. این رکن ماموریت دارد با صدور توصیه نامه یا تصمیم، طرفین را در حل اختلافات یاری دهد. این هیات ها گونه های مختلفی دارند که در قواعد حل و فصل جایگزین اختلافات (۲۰۰۱) اتاق بازرگانی بین المللی ذکر شده اند؛ در همه ی آن ها می توان از این هیات درخواست کرد که به طور غیر رسمی به طرفین کمک کرده یا تصمیم یا توصیه نامه ای را صادر کند. هیات های بازرگانی اختلاف (Review Dispute Boards) که از رویه ی عملی آمریکایی الهام گرفته شده اند، بیشترین کاربرد را دارند. این شورا توصیه نامه ای را منتشر می کند که طرفین در پذیرش یا رد آن ظرف مهلت ۳۰ روز آزاد هستند. در صورتی که طرفین توصیه نامه ها را رد کنند و یا به مصالحه ای نرسند، می توانند دعوای خود را در برابر قاضی یا داور دنبال کنند. با رد توصیه نامه، اجرای آن به حالت تعلیق در می آید. هیات های قضایی حل اختلاف (Dispute Adjudication Boards) که در انگلستان پدیدار شدند، الزام آورتر هستند. هنگامی که این شورا تصمیمی بگیرد، طرفین می توانند ظرف مهلت ۳۰ روز آن را بپذیرند یا رد کنند. برخلاف فرض پیشین، رد این تصمیم هیچ اثر تعلیقی ندارد، یعنی تا زمانی که مرجع داور، حکم خود را صادر کند، کاملاً نافذ است.

هیات های ترکیبی حل اختلاف (Combined Dispute Boards) ترکیبی از دو شورای قبل هستند. این شورا فقط توصیه نامه صادر می کند مگر آن که طرفین درخواست صدور تصمیم کرده باشند. در فرض اخیر، تا زمانی که داور یا قاضی حکم خود را صادر نکرده باشند، تصمیم شورا باید فوراً اجرا شود.



د - دادرسی های کوچک

دادرسی کوچک (Mini-trial) نوعی شبیه سازی دادرسی داوری است که به منظور تسهیل انعقاد قرارداد مصالحه میان هیات مدیره ی شرکت های طرف دعوا انجام می گیرد. در آغاز، هیات مدیره ی هر دو طرف دعوا به درک جدیدی از وضعیت خود می رسند. در این مرحله، آن ها می توانند رای رسیدن به مصالحه مذاکره کنند. اگر این امر محقق نشود، شخص ثالث بی طرف تصمیم غیرالزام آوری را صادر خواهد کرد. این تصمیم می تواند طرفین را از تصمیمی که در صورت تقاضای رسیدگی از قاضی یا داور صادر خواهد شد، مطلع کند. بدین ترتیب، متداعیین به تحلیلی عینی و غیرجانبدارانه از دعوای خود می رسند. در این حال، هیات مدیره بار دیگر برای رسیدن به مصالحه پای مذاکره می نشینند.

ه - شیوه های الکترونیک حل و فصل اختلافات

شیوه های الکترونیک حل و فصل اختلافات (Online dispute resolution) بیانگر شیوه های حل و فصل اختلافاتی است که به صورت برخط (آنلاین) اداره می شوند و طرفین دعوا را به طور الکترونیک گرد می آورند. این کار با یک کلیک برای مصالحه یا کلیک برای تن دادن به تصمیم شخص ثالثی انجام می گیرد. ثمره ی اصلی این غیر مادی کردن، کاستن هزینه های مصالحه و تسریع هرچه بیشتر روند رسیدگی به دعوا است. همه ی شیوه های جایگزین و حتی داوری در معنای خاص را می توان به صورت الکترونیک انجام داد.

در صورتی که طرفین قرارداد تحقیق (پژوهش) یا تجاری در حوزه های گوناگون مشغول به فعالیت باشند و یا مالکیت معنوی در چندین کشور مورد حمایت باشد حل اختلافات مرزی از طریق دادرسی در دادگاه های ملی ممکن است با ریسک ها و موانع دیگری همراه باشد به عنوان مثال این نگرانی ها ممکن است مربوط به انتخاب هیئت منصفه مناسب، تعارض آراء قضایی در دادرسی همزمان در دادگاه های کشوری مختلف، بی تردید در بی طرفی دادگاه ها، روش های دادرسی غیرمتعارف و عدم اجرای رای دادگاه در خارج از حدود اختیارات قضایی آن دادگاه باشد. تنوع و پیچیدگی قرارداد تحقیق و توسعه با موضوعیت انتقال فناوری باعث شده است که گرایش طرفین قراردادهای به محاکم دادگستری داخلی جهت رفع تنازع حادث روز به روز کمتر شود و برعکس استفاده از



شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف با اقبال مضاعف مواجه شود و به عنوان یک روش جایگزین طرفین ممکن است مکانیزم حل اختلافات خارج از دادگاه را برگزینند این مکانیزم حل اختلافات داوری یا (ADR) نامیده می شود. صلاحیت مبتنی بر توافق طرفین، تخصصی بودن رسیدگی در دعاوی مربوط به قراردادهای تحقیق و توسعه، سرعت و سهولت، هزینه پایین، استقلال و بی طرفی مرجع رسیدگی کننده، سری و محرمانه بودن جریان رسیدگی و جلوگیری از طرح مسائل غامض تعارض قوانین از عمده ترین مزایای توسل به شیوه های ADR است. (صادقی، ۱۳۸۴)

مزایای مکانیسم ADR بطور کلی و به ویژه برای فعالیتهای تحقیق و توسعه عبارتند از:

استقلال طرفین: ADR کنترل بیشتری بر مکانیزم های روند دادرسی در اختیار طرفین قرار می دهد آنها می توانند میانجیگر، داور و یا کارشناسی را که در موضوع اختلاف دارای تخصص باشد را انتخاب نمایند طرفین می توانند قوانین مکان و زبان روند دادرسی را انتخاب نموده و با یکدیگر زمان بندی کار را مشخص نمایند، زمان و کیفیت در ماهیت نوآوری در زمینه تحقیق و توسعه می باشد میانجیگری، داوری و تعیین کارشناس این نیازها را انعکاس می دهد زیرا آنها به طرفین اجازه می دهند که یک واسطه بی طرف با تخصص مرتبط در موضوع بحث در اختیار داشته باشند، در پروژه های تحقیق و توسعه زمان بندی اهمیت ویژه ای دارد از آن جهت که عدم اجرای تعهدات مشخص شده توسط طرفین پروژه در زمان مشخص می تواند کل پروژه را به مخاطره اندازد علاوه بر آن به دلیل اینکه بطور معمول بودجه برای یک مدت زمان مشخص تعیین می شود و تاخیر در تحویل تحقیقات، انتشار و استفاده از نتایج برای پروژه ریسک بزرگی محسوب می شود و تاخیر در تحقیقات باعث می شود رقیبان نتایج را زودتر به دست بیاورند و منتشر کنند و از آن محافظت کنند.

بی طرفی: روش ADR می تواند در برابر قانون، زبان و فرهنگ طرفین بی طرف باشد تا مانع از تاثیر آنها به ضرر یکی از طرفین گردد.

محرمانگی: مقررات داوری، میانجیگری و تعیین کارشناسان wipo بیان می کند که روند داوری، میانجیگری و تصمیمات کارشناسان و نتایج آنها باید کاملاً محرمانه باشد، این حریم خصوصی به طرفین اجازه می دهد تا در مورد اختلاف نظرهای خود بدون نگرانی از تاثیرات عمومی آنها و آسیب احتمالی به شهرت آنها، شرایط یک مذاکره با



حسن نیت فراهم گردد و حل و فصل اختلافات را موجب شود این موضوع اهمیت ویژه ای برای فعالیت های پژوهشی دارد که نتایج علمی باید محرمانه نگه داشته شود. همچنین این محرمانگی به بهبود در روابط و اعتماد متقابل طرفین کمک شایانی می کند که برای همکاری های طولانی مدت ضروری است (شالناو، ۲۰۱۲).

ضمانت اجرای فرآیند حل و فصل اختلافات

از آنجا که شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات، دادرسی در معنای حقیقی نیستند، قاعدتا از بیشتر ضمانت اجرای دادرسی محروم هستند. از مهم ترین ضمانت اجرای قراردادی می توان به محرمانه بودن اشاره کرد.

لزوم محرمانه بودن در میانجی گری و اغلب شیوه های دوستانه ی دیگر مشترک است. حتی در داوری به دلیل آن که همواره می توان از حکم داوری به قاضی شکایت کرد ضمانت آن در این سطح امکان پذیر نیست. علی الاصول محرمانه بودن پایه ی قراردادی دارد و با درج صریح شرط محرمانه بودن در قرارداد و یا با ارجاع به آیین نامه ای که آن را پیش بینی می کند (ماده ۷ قواعد حل و فصل جایگزین اختلافات اتاق بازرگانی بین المللی) انجام می شود. این تعهد نوعی تعهد به نتیجه است و اگر یکی از طرفین بعدها از اطلاعاتی که طرف مقابل طی سازش افشا کرده استفاده کند تعهدات قراردادی خود را نقض کرده است.

در صورتی که شیوه ی دوستانه به نتیجه نرسد دو قاعده ی آیین دادرسی از جنبه ی محرمانه بودن حمایت می کنند. نخست سازش دهنده نمی تواند در همان دعوا بار دیگر به عنوان قاضی یا داور وارد شود مگر با توافق طرفین (ماده ۱۲ قانون نمونه ی آنسیترال؛ ماده (۳) ۷ قواعد حل و فصل جایگزین اختلافات اتاق بازرگانی بین المللی) دوم، اطلاعاتی که در هنگام میانجی گری افشا شده است، نزد قاضی یا داور غیرقابل استناد است. ماده ۱۰ قانون نمونه ی آنسیترال چنین است اما باید توجه داشت که این قانون نمونه الزام آور نیست. بنابراین برای اطمینان از این که این دسته اطلاعات غیرقابل استناد هستند، باید به قانون حاکم بر آیین دادرسی دعوا رجوع کرد. قانون قضایی بلژیک در اصلاحیه سال ۲۰۰۵ همین امر را بیان می کند. وانگهی به قاضی یا مرجع داوری اختیار می دهد طرفی که تعهد به محرمانه بودن را نقض کرده است، به پرداخت خسارت محکوم کند (ماده ۱۷۲۸ قانون قضایی). از آن جا که در حقوق فرانسه متن خاصی وجود ندارد،



می توان به کمک اصل تحصیل ادله از راه مشروع جلوی پذیرش ادله ی اثباتی که در طی میانجی گری به دست آمده است را گرفت (کاشار، ۱۳۹۰).

نتیجه گیری

در قراردادهای تجاری طرفین معمولاً توافق می کنند قبل از اینکه اختلاف خود را نزد سیستم داوری و یا قضایی مطرح نمایند، ابتدا آن را از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل نمایند و بدین طریق ضمن حفظ روابط تجاری و تحمیل کمترین هزینه، زمان و خسارات، به حل و فصل اختلاف خود نائل شوند. به رغم اینکه توافقات مزبور در تجارت بسیار معمول است، وضعیت حقوقی آنها در رابطه با درجه التزام و پای بندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره و تبعات حقوقی نقض آن مورد بحث قرار نگرفته است در قرارداد تحقیق و توسعه به دلیل تنوع و پیچیدگی گرایش طرفین این قراردادها به محاکم دادگستری داخلی جهت رفع تنازع حادث روزبروز کمتر شود و برعکس استفاده از شیوه های بین المللی حل و فصل اختلافات با اقبال مضاعف و روزافزون مواجه شود. صلاحیت مبتنی بر توافق طرفین، تخصصی بودن رسیدگی در دعاوی مربوط به قرارداد تحقیق و توسعه، سرعت و سهولت در رسیدگی، هزینه پایین رسیدگی، استقلال و بی طرفی مرجع رسیدگی، سری بودن و محرمانه بودن جریان رسیدگی و جلوگیری از طرح مسائل غامض تعارض قوانین از عمده ترین مزایای توسل به این روش ها است. در مرحله حل اختلافات طرفین ممکن است تصمیم گیری های اجباری یا غیراجباری را انتخاب نمایند، در وضعیتی که چندین قرارداد مربوطه به همکاری های تحقیق و توسعه و توافقات تجاری در مراحل مختلف یک پروژه به پایان می رسد مقررات حل اختلاف دائمی باید شامل یک پروسه حل اختلاف موثر و در صورت نیاز ادغام شیوه های حل اختلافات باشد.

منابع فارسی

- احسنی فروز، محمد. (۱۳۹۴) حقوق قراردادهای تحقیق و توسعه. انتشارات دادگستر. چاپ اول.
- ریسی، لیلا. (۱۳۸۵) بررسی شیوه های حل و فصل اختلافات مربوط به مالکیت در وایپوتریپس. ماهنامه حقوقی مفید. ج ۲. ش ۲: ص.ص. ۱۰۷-۱۲۸.



- صادقی، محسن. (۱۳۸۴). شیوه های حل و فصل اختلافات (ADR). تحقیق درس حقوق تجارت پیشرفته. دانشگاه تهران.
- کاشار، اولیویه. (۱۳۹۰). حقوق تجارت بین الملل. مترجم رضا رسولی . انتشارات مهر و ماه نو. چاپ اول.
- ۵.ماندگار، مصطفی. (۱۳۹۳). قراردادهای تجاری بین المللی انتقال فناوری . انتشارات شهردانش . چاپ اول .

منابع انگلیسی

- Schallnau, Judith, Efficient Resolution of Disputes in Research & Development Collaborations and Related Commercial Agreements, 2012, <http://www.ipr-helpdesk.eu>
- WIPO Alternative Dispute Resolution (ADR) in Research and Development /Technology Transfer.www.wipo.int



بررسی بطلان یا عدم بطلان وجه التزامهای غیر متعارف در حقوق ایران با تاکید بر رویه قضایی

شیمای نعیم^۱

چکیده

وجه التزام مبلغی است که طرفین قرارداد در حین عقد به عنوان میزان خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تاخیر در اجرای تعهد پیشبینی کرده و بر آن توافق نموده باشند. وجه التزام غیرمتعارف به عنوان یکی از موضوعات پر چالش و در عین حال تاثیر گذار در روابط اجتماعی و اقتصادی همواره با موانع و آثار قابل توجهی در بیشتر نظام های حقوقی همراه می باشد تضاد اصول حقوقی سنتی و مهمتر از همه اصل آزادی قراردادی با واقعیت های حقوقی جوامع انسانی نوین که برگرفته از پیچیدگی روابط اجتماعی و اقتصادی امروزی است پاسخ به این چالش را دشوارتر می کند.

مقدمه

یکی از اصول کلی حقوق اصل وفای به عهد است که مورد شناسایی کلیه نظام های حقوقی جهان می باشد. به موجب این اصل هرکس مکلف است امری را که متعهد انجام آن بوده به مرحله اجرا درآورد و یا از انجام امری که موظف به ترک آن بوده خودداری کند. متخلف از اصل یاد شده ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از فعل یا ترک فعل خویش است. به موجب ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران «اگر کسی تعهد اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند. در صورت تخلف مسؤل جبران خسارت طرف مقابل است.»

ترتیب اصول جبران خسارت در چنین حالتی این خواهد بود که متعهدله پس از آنکه از

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.



قبول متعهد به پرداخت خسارت مایوس شد به دادگاه مراجعه کند، دادگاه پس از رسیدگی و احراز مسؤولیت با تعیین میزان خسارت وارده متعهد را به پرداخت آن محکوم می نماید مشروط بر اینکه طبق قاعده کلی مدعی ثابت کند که خسارتی به وی وارده آمده و خسارت وارده به او ناشی از عدم انجام تعهدات مندرج در قرارداد از ناحیه متخلف بوده است. به منظور جلوگیری از هرگونه اختلاف در میزان زیان و تسریع در جبران خسارت در پاره ای قرارداد های تجاری شرطی گنجانده می شود طبق آن در صورتی که یکی از متعاملین از انجام آنچه قرارداد به عهده وی گذاشته خودداری کرده یا به انجام عملی مبادرت ورزد که توسط قرارداد ممنوع اعلام شده است باید مبلغی که در قرارداد معین می شود به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت نماید. شرط مزبور ممکن است تنها به نفع یکی از متعاملین باشد. مثل اینکه فروشنده تعهد کند که کالای مورد معامله را در مهلت معینی تحویل مشتری دهد والا مبلغ معینی به وی بپردازد. ممکن است شرط ناظر به منافع هر دوی متعاملین باشد چنانکه در قرارداد بیعی که موضوع آن تحویل چند دستگاه اتومبیل است قید شود که هر یک از طرفین در صورت تخلف از قرارداد مبلغی به عنوان خسارت به دیگری پرداخت نماید. قرارداد طرفین ممکن است متضمن دو شرط مستقل باشد هر یک به نفع یکی از متعاملین: مثلا در یک قرارداد تجاری قید می شود که فروشنده در مدت قرارداد حق فروش کالا های مشابه کالاهای مورد معامله را به تاجر دیگری غیر از مشتری ندارد و در شرط دیگری خریدار متعهد می گردد که نباید از پرداخت قیمتی که فروشنده برای فروش کالا به مصرف کننده معین نموده است عدول نماید و ضمنا به نفع هر یک از متعاملین مبلغی به عنوان خسارت معین می شود که در صورت تخلف هر یک از آنان مبلغ مزبور به طرف دیگر قابل پرداخت باشد. شرط یاد شده در حقوق تطبیقی «به شرط جزایی» تعبیر می شود و ما به تبع قانونگذار ایران از آن به عنوان «وجه التزام» یاد می کنیم.

به نظر حقوقدانان در قراردادها معمولا برای تضمین و تحکیم تعهدات متعاقبین به صورت شرط در ضمن عقد مبلغی پیش بینی می شود تا در صورت تخلف هر کدام از آنان، این مبلغ به عنوان خسارت به طرف مقابل پرداخت شود. این مبلغ را اصطلاحا «وجه التزام» می نامند.

برای مطالعه وجه التزام در حقوق ایران به وضوح باید میان موردی که موضوع تعهد اصلی مبلغی وجه نقد است با موردی که بدهکار مکلف به انجام تعهدی غیر نقدی است



تفاوت قابل شد.

الف: وجه التزام در مورد وجه نقد

با توجه به اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران معاملات ربوی به هر شکل ممنوع است تردید نیست که تعیین هرگونه وجهی به عنوان خسارت ناشی از تاخیر در انجام تعهدی که موضوعش وجه نقد است غیرمجاز خواهد بود پاره ای از قوانین خاص گذشته نیز صراحتاً اخذ خسارت تاخیر تادیه را مجاز دانسته بودند پس از تصویب قانون اساسی در آن قسمت که مطالبه خسارت تاخیر تادیه را مجاز دانسته بودند غیرقابل اجرا اعلام گردیدند. شورای نگهبان نیز دریافت خسارت تاخیر تادیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مغایر با موازین شرعی است.

همچنین دریافت وجه التزام قراردادی، ناظر بر تعهدات غیر پولی طرفین است و در خصوص وجه التزام قراردادی ناظر بر تعهدات پولی، صرفاً خسارت تأخیر تادیه قابل مطالبه است. لذا تعیین شرط در جهت پرداخت وجه التزام برای تعهدات پولی، شرطی نامشروع و باطل است و دعوی مرتبط با آن، قابلیت استماع در محاکم را ندارد.

باوجود این به نظر می رسد در صورتی که طرفین مبلغی را به عنوان وجه التزام معین نمایند تا متعهد به موقع به تعهد خود عمل نماید بتوان چنین شرطی را مردود دانست.

در مورد بانک ها مسلم است که تعیین مبلغی به عنوان وجه التزام به منظور جلوگیری از تاخیر در انجام تعهدات مجاز است مشروط بر اینکه مبلغ معین شده در هر حال از ۱۲ درصد طلب اصلی در سال تجاوز ننماید و اینکه جواز تعیین خسارت تاخیر تادیه به صورت وجه التزام با توجه به اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی به بانک ها خصوصیتی ندارند که قاعده بالا صرفاً در مورد آنها قابل اعمال باشد.

لیکن هیئت عمومی دیوان عالی کشور در یک رای وحدت رویه تعیین وجه التزام تعهدات پولی بیش از شاخص بانک مرکزی تا هر میزان و به شرط عدم مغایرت با قوانین از جمله مقررات پولی را معتبر شناخت.

متن رای وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور که بیان میدارد: «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر



بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است. بنا به مراتب، رأی شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تا حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.»

در واقع تا پیش از صدور این رأی وحدت رویه، بیشتر محاکم و حقوقدانان بین تعهدات پولی و غیرپولی تفکیک قائل می‌شدند؛ به نحوی که اگر تعهدی که فرد قبول می‌کند تعهد پولی باشد، برای تعیین وجه التزام آن، فقط تا سقف شاخص بانک مرکزی می‌توان مبلغی را تعیین کرد و برای بیش از آن، محاکم رأی نخواهند داد، اما اگر تعهدی که صورت گرفته، غیرپولی باشد، مشمول ماده ۲۳۰ قانون مدنی خواهد بود و رقم، به هر میزانی می‌تواند تعیین شود.

علیرغم این تفکیک، شورای نگهبان در خصوص تعیین وجه التزام بیش از نرخ تورم بانک مرکزی در تعهدات پولی پیش از این صرفاً به بانک‌ها مجوز داده بود؛ اما در مورد اینکه سایر افراد غیر از بانک‌ها هم بتوانند وجه التزام را بیش از شاخص بانک مرکزی تعیین کنند، خیلی از حقوقدانان برجسته معتقد بودند که صدور چنین مجوزی دست رباخواران را باز خواهد گذاشت. در مقابل این نظر، برخی دیگر معتقد بودند که حال که شورای نگهبان دریافت وجه التزام را برای بانک‌ها بالاتر از شاخص بانک مرکزی به رسمیت شناخته و پذیرفته است، لذا این مجوز را می‌توان به سایر موارد هم تعمیم داد؛ چراکه شورای نگهبان در مورد تعهدات پولی، مغایرتی تشخیص نداده و آن را پذیرفته است و تفاوتی ندارد که دریافت کننده وجه التزام بانک یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگری باشد.

دیوان عالی کشور در رأی خود نظر اخیر را پذیرفته که در قراردادهای افراد می‌توانند در پرداخت وجه التزام قرارداد خود بر مبنای وجه رایج، وجه التزام را به هر میزان تعیین کنند که ناظر بر پرداخت وجه رایج کشور باشد و تعهدات به دلار را شامل نمی‌شود. این رأی وحدت رویه، با پذیرش نظر دوم یعنی امکان تعیین وجه التزام بیش از نرخ بانک مرکزی در تعهدات پولی، مبنای تفکیک تعهدات پولی و غیرپولی را تغییر داده و اعلام کرده است که وجه التزامی که برای جبران خسارت تأخیر تادیه در ایفای تعهدات پولی که مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی بوده و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی است؛ یعنی توافق طرفین در تعهدات پولی را به رسمیت شناخته و تصویب کرده که با توجه به ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قراردادهای حتی



اگر بیشتر از شاخص اعلام بانک مرکزی باشد، باز هم معتبر و فاقد اشکال است. البته رأی وحدت رویه اخیر، یک شرط مهم برای تعیین مبلغ وجه التزام در قرارداد (بیش از شاخص بانک مرکزی) تعیین کرده و آن اینکه وجه التزام تعیین شده در قراردادها، حتی اگر بیش از شاخص اعلامی بانک مرکزی است، باز هم معتبر و فاقد اشکال است و همچنین وجه التزام تعیین شده مغایرتی با قوانین و مقررات آمره نداشته باشد که از جمله مهمترین آنها، مقررات پولی است؛ پس شرط اصلی این است که وجه التزام، مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد و در عین حال نسبت به وجه رایج کشور باشد یعنی تعهدات ارزی را شامل نخواهد شد.

در مورد بانک ها با توجه به این شرط که نباید مغایر مقررات پولی باشد، در واقع چون مقررات پولی بانک مرکزی بر اساس آئین نامه وصول مطالبات مؤسسات اعتباری مصوب ۱۳۹۴/۷/۷ وجه التزام بانکی را محدود به نرخ سود قراردادی به علاوه ۶ درصد جرمه کرده است، لذا این باز بودن دست افراد برای تعیین وجه التزام بالاتر از شاخص بانک مرکزی، شامل بانک ها نخواهد بود و بانک ها مکلف هستند طبق مصوبه بانک مرکزی، کماکان فقط به میزان نرخ سود قرارداد به علاوه ۶ درصد خواهد بود و بانک ها امکان تعیین وجه التزام بالاتر از این رقم را نخواهند داشت و از مزایای این رأی وحدت رویه نمی توانند استفاده کنند.

ب: وجه التزام در مورد غیر وجه نقد

در مورد تعهداتی که موضوع آنها غیر وجه نقد است تردیدهایی که در بالا به آن اشاره نمودیم وجود ندارد. از نظر حقوق موضوعه ایران درج وجه التزام در قراردادها بلااشکال بوده و هست. اظهارنظرهای شورای عالی قضایی مورخ ۶۲/۷/۲۶ و ۶۲/۸/۱۱ جای هیچگونه تردیدی در این خصوص باقی نمی گذارد.

ماده اساسی در خصوص وجه التزام ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران است که نزدیک به ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه است:

«اگر ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی تواند او را بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم است محکوم کند.»
مواد دیگری نیز در این رابطه در قانون تجارت پیش بینی گردیده است. ماده ۳۸۶ قانون اخیر چنین مقرر می دارد:

«اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل در حدود ماده ۳۸۶ مسؤول



خسارات ناشی از تاخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری مال التجاره معرفی شده است که نمی‌تواند از خساراتی که ممکن بود در صورت تلف شدن تمام مال التجاره حکم به آن شود تجاوز نماید مگر اینکه قرارداد طرفین خلاف این ترتیب را مقرر داشته باشد».

بدین ترتیب قانون گذار ایران وجه التزام را تعیین مقطوع خسارت می‌داند همانطور که نظریه پوتیه و دومولن بود و نیز در فرانسه امروز معمول است. نتیجه این خصیصه وجه التزام در حقوق ایران این است که مبلغ آن قابل تغییر نیست. بدین معنی که اولاً قاضی نمی‌تواند مبلغ معین شده را تقلیل دهد حتی اگر وجه التزام چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل تعهد باشد ثانیاً با وجود وجه التزام تعیین خسارت دیگری ممکن نیست و قاضی نخواهد توانست متعهد را به پرداخت مبلغی غیر از مبلغ تخلف محکوم نماید زیرا این خلاف اراده طرفین خواهد بود که درج وجه التزام هدفی جز تعیین مقطوع خسارات ناشی از نقض قرارداد نداشته اند ثالثاً همانطور که در خصوص نظام های دیگر حقوقی بیان شد، استحقاق متعهدله به دریافت وجه التزام موکول به اثبات خسارت واقعی نیست بلکه کافی است عدم انجام تعهد اصلی توسط متعهد در زمان معین در قرارداد ثابت شده و معلوم گردد که عدم انجام تعهد ناشی از خطای خود متعهدله و یا ناشی از قوه قاهره یا فورس ماژور نبوده و به هر حال تقصیری متوجه متعهدله نیست.

برخلاف اعتقاد برخی بنظر می‌رسد با توجه به مبنای مستقیم قانونی و قطعی وجه التزام در حقوق ایران، که همان ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌باشد، موضوع وجه التزام مبلغی پول است. اگرچه می‌توان برای تخلف از قرارداد، به عنوان خسارت فعل یا ترک فعلی را شرط کرد و بتوان چنین شرطی را با عنوان شرط کیفری در حقوق نوشته متصور شد، ولی در حقوق ایران اگرچه چنین شرطی به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت نافذ است، عنوان آن نام دیگری خواهد بود چرا که وجه التزام به نظر می‌رسد یک حقیقت قانونی است که شق اول ماده ۲۳۰ قانون مدنی متضمن تعریف و بیان ماهیت آن در نظام حقوقی ایران است و به همین دلیل بررسی مقررات این ماده معتبر و قابل استناد است و می‌توان گفت قانونگذار نیز در خصوص موضوع شرط وجه التزام که مبلغی پول می‌باشد در مقام بیان بوده است. لذا می‌توان وجه التزام را اینگونه تعریف نمود: تراضی بر تأدیه وجهی مقطوع، به عنوان خسارت ناشی از تخلف از تعهد، به نحوی که مقدم بر تحقق تخلف و بدون توسل به تشریفات خاص قضایی باشد. توجه به این امر ضروری است که ضابطه کلی فقهی برای صحت شرط جزائی عبارت است از اینکه نه مبتنی بر امر باطلی



باشد و نه امر باطلی را در پی داشته باشد- مثل ربا - در این صورت چنین شرطی صحیح و نافذ بوده و به عنوان یک تکلیف شرعی لازم الوفاست برای نمونه رأی ذیل که طی دادنامه شماره ۸۰/۱۶۸/۳۸ از شعبه سی و هشت دیوان عالی کشور اصدار یافته است و بدین وسیله از آنجا که وجه التزام مقرر امر باطلی را در پی داشته باطل اعلام کرده است عیناً آورده می‌شود:

لیکن در خصوص ایرادات تجدیدنظر خواه در باب وجه التزام مقرر «... برای تخلف تجدیدنظر خوانده از استرداد ودیعه موضوع قرارداد، نظر به اینکه مفاد شرط در واقع تعیین مبلغ یکصد هزار ریال خسارت روزانه برای تخلف تجدیدنظر خوانده در استرداد قرض الحسنه موضوع قرارداد با انقضای مدت اجاره و تخلیه مورد اجاره از ناحیه مستأجر است و نظر به اینکه شرط مذکور اساساً توافق بر تعیین خسارت تأخیر تأدیه و اشتراط زیاده در قرض است که از مصادیق بارز ربا بوده و بر اساس نظریات متعدد شورای نگهبان مغایر شرع انور بوده و مستنداً به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مندرج در... بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی قابل ترتیب اثر نیست.»

با توجه به مفهوم وجه التزام در حقوق ایران آثار حقوقی، ویژگی ها و اوصاف متعددی برای وجه التزام احصاء شده است. این اوصاف عمدتاً عبارت‌اند از:

الف) مقطوع بودن: اولین ویژگی بارز وجه التزام مقطوع بودن مبلغ پیش بینی شده است. مقطوع بودن به این معنی است که به هیچ وجه دادگاه حق نخواهد داشت دخالتی در آن کرده و مبلغ را کاهش یا افزایش دهد. همان گونه که شق دوم ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد. به عبارتی دیگر شرط وجه التزام هر نوع بازرسی را در این باره ممنوع می‌دارد. همین ویژگی وجه التزام است که موجب ممنوعیت دادگاه از تعدیل آن می‌شود.

ب) معافیت از اثبات ورود ضرر و تقویم آن: یکی از فواید عملی درج شرط وجه التزام استحقاق مشروط له به مطالبه آن بدون نیاز به اثبات ورود زیان و تعیین میزان آن و تنها به صرف ارتکاب تخلف است. به طور کلی برای تحقق مسؤولیت وجود سه عنصر ضرورت دارد: ۱- وجود ضرر ۲- ارتکاب فعل زیانبار ۳- رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرری که وارد شده است با درج شرط وجه التزام بار اثبات تحقق ضرر و حتی تقویم آن از عهده مشروط له برداشته می‌شود و صرف تخلف خود تقصیر محسوب و مسؤولیت قراردادی ایجاد می‌کند ولو اینکه هیچگونه ضرری وارده نشده باشد. البته باید توجه داشت مشروط له صرفاً از اثبات تحقق ضرر معاف است و این امر وی را از اثبات

سایر شرایط علی‌الخصوص اثبات ارتکاب تخلف و رابطه سببیت بین ارتکاب تخلف و فعل متعهد معاف نمی‌کند.

ج) تجزیه پذیری: در مواردی که مورد تعهد قابل تجزیه باشد، یعنی هر جز مورد تعهد اصالتاً مطلوب متعهدله باشد، به نظر می‌رسد وجه التزام در برابر اجزای تعهد قرار گیرد و با ایفای هر جز از تعهد، به همان نسبت از استحقاق متعهدله برای وجه التزام کاسته شود. اما چنانچه مورد تعهد، به عنوان یک کل به هم پیوسته باشد، یعنی اگر با انجام مورد تعهد در همه ارکان و اجزاء آن گفته شود متعهد به ایفای تعهد پرداخته است، در اینصورت وجه التزام قابل تجزیه نیست چرا که مطلوب متعهدله ایفای تمام و کمال تعهد است و تا متعهد چنین اقدام نکرده است مسؤولیت پرداخت وجه التزام به دلیل تخلف متوجه اوست. تجزیه پذیری وجه التزام مورد تأیید سایر حقوقدانان نیز هست. ممنوعیت مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی منصرف به تعدیل وجه التزام است که مفهومی متفاوت از تجزیه پذیری وجه مزبور است. در تجزیه پذیری، در صورت امکان تجزیه، همان میزان تعهد انجام نشده تخلف محسوب می‌شود که به همان نسبت نیز وجه التزام به عنوان خسارت پرداخته می‌شود. به عبارت دیگر تخلف و خسارت مذکور در ماده ۲۳۰ قانون مدنی در تعهدات تجزیه پذیر، ناظر بر همان میزان تعهد ایفاء نشده است که اطلاق تخلف بر آن دور از ذهن نیست.

د) تقدم توافق بر پرداخت وجه التزام بر تحقق تخلف: توافق بر تعیین خسارت می‌تواند قبل یا بعد از ورود خسارت صورت گیرد. توافق بر خسارت بعد از ورود خسارت ماهیتاً صلح در مقام رفع تنازع است و نافذ. به عبارتی دیگر توافق هایی که بعد از ورود خسارت در خصوص میزان و مقدار خسارت و نحوه جبران آن بین زیان‌دیده و مسؤول جبران زیان به عمل می‌آید، عنوان صلح دارد و در صحت آن هیچ تردیدی نباید کرد (مواد ۷۵۳ و ۷۵۶ قانون مدنی)، اما وجه التزام مقرر در عقد باید حین العقد و یا قبل از ارتکاب تخلف و نقض تعهد باشد ولو اینکه ضمن همان عقد نباشد و در قالب یک عقد علیحده مورد توافق قرار گیرد.

مفهوم غیر عادلانه (غیر منصفانه)

معمولاً ما اتفاقاتی را که دست بشر در آن دخالتی نداشته است عادلانه یا غیر عادلانه نمی‌خوانیم «غیر عادلانه» یا «عادلانه» صفت عملی است که از آدمیزاد سر می‌زند و



نشانگر فرض مسؤولیتی برای فاعل فعل است. احساس بی عدالتی احساس مبتنی بر واکنش است نه مبتنی بر تفکر و تعقل. معمولاً برای چنین واکنشی (احساس همدردی برای مظلوم) منتظر نمی مانیم تا به عمق قضایا راه پیدا کنیم و از تفصیل ماجرا آگاهی یابیم. در این تحقیق مفاهیم غیر عادلانه، غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن را به یک معنا دانسته ایم. برای تنویر ذهن مثال هایی از شروط غیر عادلانه - غیر منصفانه - غیر معقول ذکر می شود از جمله: وجه التزام مقرر برای تخلف از تأخیر در تخلیه ملک استیجاری در موعد مقرر، روزانه دو برابر مال الاجاره باشد، یا در صورت تخلف از حضور در دفتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند رسمی مبلغی بالغ بر یک پنجم قیمت ملک پرداخت شود، و یا در صورت تأخیر در پرداخت یک قسط از ثمن، معامله فسخ و پرداخت کننده هم هیچگونه حقی نسبت به وجوه پرداختی نداشته باشد. مبنای قانونی وضعیت حقوقی شروط غیر منصفانه در حقوق ایران قسمت اخیر ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ است که به موجب آن، اعمال چنین شروطی به ضرر مصرف کننده مؤثر نیست. غیر منصفانه و غیر عادلانه بودن شرط وجه غیر منصفانه و غیر عادلانه بودن شرط وجه التزام دو بعد دارد؛ یا آنقدر گزاف است یا آنچنان ناچیز به نحوی که در هر دو صورت مذکور هیچگونه تناسبی بین خسارت تخمینی و واقعی وجود ندارد. می توان گفت شرط وجه التزام با مبالغ هنگفت به دلیل نقض عدالت معاوضی بطور نوعی و بدون لحاظ وضعیت اقتصادی متعهد باطل است. البته در هر صورت تشخیص آن به عهده دادگاه است به نوعی که در این گزاف بودن مبلغ وجه التزام چهره عدالت و حمایت از طرف ضعیف قرارداد به عنوان مصداقی از اخلاق حسنه و نظم عمومی خدشه دار می شود و قرارداد ظالمانه به نظر می آید.

بررسی وضعیت حقوقی شرط وجه التزام غیر عادلانه در حقوق ایران

حال چنانچه طرفین یک قرارداد که اهلیت لازم برای انعقاد عقد را دارند، نسبت به درج شرط وجه التزام غیر عادلانه و یا غیر منصفانه و گزاف مبادرت کنند بطور کلی وضعیت حقوقی شرط چگونه است؟ در این زمینه با توجه به نظرات حقوقدانان و رویه قضایی سه دیدگاه وجود دارد که در ادامه به بررسی و تحلیل آنها می پردازیم؛



۱. نظریه صحت شرط وجه التزام غیر عادلانه (اعتبار مطلق شرط وجه التزام)

اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان عقیده بر نافذ بودن چنین شرطی دارند اگرچه البته ممکن است بیان آنها به این صراحت نباشد ولی با کاربرد عباراتی مثل وجه التزام مقرر چندین برابر خسارت واقعی و یا چندین برابر اصل مورد تعهد هر چند بسیار فراتر از مبلغ خسارتی باشد که واقعاً و در عمل به وی وارد شده است و حتی اگر میزان واقعی خسارت وارد بیشتر یا کمتر از مبلغ مورد توافق طرفین باشد، می توان چنین دریافت که آنها چنین شرطی را بطور مطلق صحیح می دانند. در بیان نظرات خود نیز ممکن است به اصول حقوقی و مواد قانونی استناد کنند.

نظریه تعدیل وجه التزام غیر عادلانه

برخی از حقوقدانان در جهت جمع بین نظم و عدل به عنوان دو ارزش اساسی حقوق معتقدند که وقتی حرکت به سوی عدالت شد تمام هنر حقوقدان در این است که بتواند آن راه حل عادلانه را به قانونگذار نسبت بدهد این همان نقش تفسیر در تحقق عدالت است. در همین راستا یعنی اجرای قرارداد و حفظ عدالت، نظر به تعدیل شرط وجه التزام مزبور دارند. در ادامه به بیان و بررسی دلایل این دسته از حقوقدانان می پردازیم؛

الف) استناد به قاعده عدل و انصاف؛ عدل و انصاف یعنی گذاشتن پایه احقاق حق بر مساوات در مقابل قانون و احترام به حقوق افراد. همچنین در مقابل محل قاعده عدل و قوانین موضوعه بکار می رود انصاف مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک شود، حکم عقل و وجدان در چنین صورتی قاعده عدل و انصاف را تشکیل می دهد برخی از حقوقدانان معتقدند اگر چه قاضی نمی تواند به استناد انصاف از اجرای مفاد عقد خودداری کند یا شرایط آن را منحرف کند اما در مقام اجرای قرارداد تلاش می کند از ظاهر بگذرد و شرط را چنان معنا کند که از انصاف دور نباشد.

ب) استناد به بند ۲ ماده ۴ قانون مسؤولیت مدنی؛ برخی از حقوقدانان در خصوص تعدیل وجه التزام به بند ۲ ماده ۴ ق.م.م استناد می کنند در مقرر ی مذکور از سوی این دسته حقوق دانان آمده است: دادگاه می تواند میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد: هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن موجب عسرت و تنگدستی وارد کننده زیان باشد. آنان معتقدند مفاد این ماده



شامل خسارت مقطوع قراردادی (م ۲۳۰ ق.م) نیز هست و حکم مربوط به قاطع بودن قرارداد راجع به خسارت را تخصیص می دهد برای مثال، اگر فروشنده خانه ای در برابر خریدار آن تعهد کند که ظرف یک ماه برق و تلفن مورد معامله را فراهم سازد و در صورت تخلف نیمی از ثمن را به عنوان وجه التزام برگرداند و این تعهد را روز بعد از پایان ماه انجام دهد، دادگاه می تواند، به این استناد که یک روز تأخیر را عرف قابل اغماض می داند و سنگینی وجه التزام فروشنده را دچار تنگدستی می کند از میزان آن بکاهد. البته بر نظر فوق ایراد شده است که این ماده اختصاص به مسؤولیت غیر قراردادی دارد و قابل تسری به مسؤولیت قراردادی نیست چرا که اصل ماده مربوط به مسؤولیت های غیر قراردادی است و به دنبال ماده ۲ همان قانون راجع به خسارت وارده ناشی از عمل بدون مجوز قانونی افراد به دیگران آمده است.

۲. نظریه بطلان شرط وجه التزام غیر عادلانه

بنظر می رسد شرط وجه التزام غیر عادلانه از یک جهت برخی از شرایط عمومی صحت قراردادها را دارا نیست و از جهت دیگر اصول طبیعی حقوق قراردادها (مثل عدالت و عقلانیت) در درج چنین شرطی رعایت نشده است و لو اینکه اصول مزبور در بیان قانونگذار تصریح نشده است. البته برای التزام به آن اصول نیز نیاز به تصریح قانونگذار نیست چرا که همه قواعد حقوقی در ظرف چنین اصول بنیادینی متولد شده و لاجرم به ادامه حیات می پردازند. به نظر ما همه مواد و مقررات قانونی و تفسیرهای مربوط به آنها باید محاط در اصول و قواعد والای حقوقی بخصوص ارزش های متعالی عدالت و انصاف باشد و رعایت آن نیز به تصریح قانونگذار نیاز ندارد چراکه ابزار کار حقوقدان است و بدون تجهیز به سلاح آنها نمی تواند به وظیفه ذاتی خود که همانا تلاش در راه تحقق عدالت و انصاف است گام بردارد. قبل از بیان و تحلیل دلایل مورد استناد نظریه بطلان، بخشی از رأی ذیل را که طی دادنامه شماره ۸۷-۵۰-۴۹ مورخ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان فارس اصدار یافته است و بدینوسیله شرط وجه التزام به استناد ناعادلانه بودن باطل اعلام شده است عیناً آورده می شود:

تجدیدنظرخواهی آقای..... «نسبت به دادنامه شماره ---- شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی مرودشت که بر محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ چهارصد و چهل و پنج میلیون ریال بابت وجه التزام مندرج در قرارداد اجاره صادر شده است وارد



می باشد زیرا وجه التزام تعیین شده در قرارداد بیش از دو برابر مبلغ اجاره بهای مقرر بین تجدیدنظر خواه و تجدیدنظر خوانده است و چون وجه التزام عملاً جایگزین تعهد اصلی می گردد، تعیین چنین وجه التزام گزافی برخلاف عدالت معاوضی بوده و در حقیقت چهره جبران خسارت ندارد بلکه بنظر دادگاه دارا شدن غیر عادلانه است که مورد تأیید قانون نمیباشد لذا دادگاه با پذیرش تجدیدنظر خواهی به استناد مادهی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته را در قسمت مورد اعتراض نقض و مستنداً به قاعده لاضرر حکم به بی حقی خواهان بدوی صادر و اعلام می گردد مبلغ اجاره بهای مقرر بین تجدیدنظر خواه و تجدیدنظر خوانده است و چون وجه التزام عملاً جایگزین تعهد اصلی می گردد، تعیین چنین وجه التزام گزافی برخلاف عدالت معاوضی بوده و در حقیقت چهره جبران خسارت ندارد بلکه به نظر دادگاه دارا شدن غیر عادلانه است که مورد تأیید قانون نمیباشد لذا دادگاه با پذیرش تجدیدنظر خواهی به استناد مادهی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته را در قسمت مورد اعتراض نقض و مستنداً به قاعده لاضرر حکم به بی حقی خواهان بدوی صادر و اعلام می گردد .

در ادامه به بررسی و تحلیل دلایل نظریه بطلان شرط وجه التزام غیر عادلانه پرداخته می شود.

دلایل بطلان شرط وجه التزام غیر عادلانه

نقض عدالت معاوضی: در لسان حقوقدانان از عدالت بسیار استفاده می شود منظور از عدالت در حقوق قراردادها عدالت معاوضی است عدالت معاوضی عبارتست از تعادل بین عوضین در قراردادهای معوض مغابنی. تعادل بین تعهد های متقابل و متعادل بودن عرفی ارزش دو عوض لازمه طبیعت معاوضه در عقود معاوضی (در مقابل عقود مجانی (مغابنی) در مقابل عقود مسامحه ای) است. از جمله مصادیق لزوم برقراری عدالت معاوضی در اینگونه تأسیسات حقوقی و تجلی این مفهوم در حقوق ایران و فقه امامیه را از منظر برخی از حقوقدانان می توان موارد ذیل برشمرد:

الف) خیار غبن؛ برخی مبنای حق فسخ ناشی از غبن را در حقوق ایران و فقه امامیه قاعده لاضرر و برخی دیگر آن را بر اساس شرط ضمنی تحلیل و بررسی می کنند. بر مبنای هر دو تحلیل، اعم از اینکه شرط ضمنی یا لاضرر مبنای خیار غبن باشد، آنچه اساس خیار غبن را تشکیل می دهد بر هم خوردن فاحش تعادل بین عوضین است همانگونه



که در مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی اشاره شده است و این امر بر خلاف مبنای طرفین در معامله (از این باب که خواستارند معادل مالی را که از دست میدهند به دست آورند) موجب ورود ضرر به حقوق طرفین است. به عبارتی دیگر در خیار غبن بعد ایجابی عدالت معاوضی یعنی لزوم تعادل ارزش دو عوض خدشه دار شده است.

ب) طلاق خلع؛ در این نوع طلاق زن در صورتی می‌تواند به فدیة رجوع کند که برای شوهر نیز رجوع از طلاق امکانپذیر باشد (مثلاً مدت عده زن منقضی نشده باشد و در زمان غیر عده نباشد) و زن نمی‌تواند بدون پرداختن فدیة شوهر را از حق رجوع محروم سازد و این یعنی لزوم حفظ تعادل در طلاق خلع در واقع زن نمی‌تواند هم عوض را دریافت کند و هم از مزایای طلاق بائن سود ببرد و این نتیجه با مفاد قرارداد منافات دارد. در طلاق خلع به نحو مذکور بعد سلبی عدالت معاوضی یعنی منع تملک دو عوض برای یکی از دو طرف لحاظ نشده است.

ج) تلف مبیع قبل از قبض؛ در صورت تلف مبیع قبل از قبض به حکم ماده ۳۸۷ قانون مدنی ثمن باید به مشتری مسترد گردد و چنانچه هنوز ثمن پرداخت نشده باشد خریدار الزامی به پرداخت آن ندارد. مبنای این امر را نیز می‌توان لزوم رعایت بعد سلبی عدالت معاوضی دانست چراکه اقتضای عدالت معاوضی این است که دو عوض به تملک یکی از دو طرف در نیاید به نظر میرسد مهم ترین دلیل بطلان شرط وجه التزام غیر عادلانه این است که توافق مزبور برخلاف عدالت معاوضی است. در ما نحن فیه، چنانچه شرط وجه التزامی به نحو گزاف و بطور فزاینده ای نامتناسب (و نه نابرابر) با میزان خسارت واقعی باشد به نحوی که مغایر عدالت و انصاف در قراردادها باشد موجب نقض عدالت معاوضی است چراکه؛ اولاً - بعد ایجابی عدالت معاوضی یعنی لزوم تعادل بین عوضین خدشه دار شده است؛ این وجه مقطوع ما به ازای تخلفی است که متعهد مرتکب می‌شود. توافق مزبور ماهیت معاوضی مغایری دارد لذا تعادل بین عوض (در اینجا وجه التزام) و معوض (در اینجا تخلف) ضروری و طبیعی است. به همین دلیل توافق معارض با تعادل بین عوضین بنا بر گفته حقوقدانان توافقی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و نیز خلاف طبیعت معاوضه و ماهیت خسارتی وجه التزام است و کآن لم یکن. توجه به این امر ضروری است که بین خیار غبن و شرط وجه التزام غیر عادلانه تفاوت های اساسی وجود دارد و به همین دلیل ضمانت اجرای آنها متفاوت است؛ در اولی حق فسخ و در دومی که از مسایلی مربوط به نظم عمومی شمرده می‌شود به نظر ما بطلان. اگرچه مبنای هر دو



عدم تعادل بین ارزش دو عوض است، در اولی جهل شرط است ولی در دومی معمولاً دو طرف علم به عدم تعادل در عوضین دارند هرچند که علم و جهل در این زمینه تأثیر ندارد. به نظر می رسد بر خلاف خیار غبن که احکام آن با عیب اراده سازگار نیست، درج شرط وجه التزام غیرعادلانه در نهایت به عیب اراده یا فقدان قصد جدی (عدم امکان وجود قصد جدی) متعهد به التزام با توجه به وضعیت وی برمی گردد.

ثانیاً -جواز چنین شرطی موجب سوء استفاده طرف قوی از ناتوانی طرف ضعیف و موجب سلطه قوی بر ضعیف می شود که موجب بهره برداری نامشروع طرف قوی است. درج شرط وجه التزام گزاف، غیرعادلانه و غیر منصفانه از مصادیق اقتصاد تکاثری و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. با جواز چنین شرطی طرف ضعیف از حمایت عدالت و انصاف خارج می شود. در صورت جواز شرط وجه التزام غیرعادلانه مشروط له از ناتوانی مشروط علیه بهره برداری می کند و این خلاف اخلاق حسنه است. همچنین با جواز شرط مذکور نظم عمومی نیز دچار خدشه می شود چرا که تجویز کننده سلطه دارا بر ندار و بر هم زننده نظم عمومی اقتصادی و انباشت سرمایه در دست طبقه خاصی از اجتماع است. از این رو نقض عدالت معاوضی بعنوان یکی از جلوه های عدالت، به نظم عمومی که عدالت نیز یکی از مصادیق آن محسوب می شود، لطمه می زند.

قریب به اتفاق حقوقدانان معتقدند تعیین میزان وجه التزام متکی بر اراده طرفین و بدون هیچگونه محدودیتی است لذا درج چنین شرطی بطور مطلق صحیح است ولو اینکه هیچگونه تناسب معقولی با خسارت واقعی نداشته باشد. عده ای در چنین وضعیتی با توجه با قاعده عدل و انصاف نظر به تعدیل وجه مزبور دارند اما به نظر میرسد با توجه به شرایط قرارداد و وضعیت متعهد بدلیل عدم توجه قصد جدی آنها به التزام به چنین شرطی، غیرعادلانه بودن، غیرمقدور التسلیم و غرری بودن، نقض عدالت معاوضی و نداشتن چهره خسارتی چنین وجه التزامی باطل است. دلایل مذکور به بناء عقلا، طبیعت معاوضه و قصد طرفین برمی گردد که درج چنین شرط نامتناسب و گزاف مغایر با آنهاست و تجویز آن خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است ولی با این وجود کماکان مطالبه خسارت برای متعهدله (مشروط له) از طریق اثبات شرایط عمومی مسؤولیت قراردادی امکانپذیر است و بطلان شرط مزبور صرفاً وی را از امتیازات درج وجه التزام محروم می کند. در حال حاضر در حقوق ایران امکان تعدیل وجه التزام غیرمنصفانه منتفی است ولی این بدان معنا نیست که هیچ کنترلی نمی توان بر آن داشت، بلکه هرگاه میزان خسارت توافقی غیرمنصفانه



باشد به استناد عوامل محدود کننده ی اصل آزادی قراردادی از جمله نظم عمومی می توان حکم به بطلان آن داد. نمونه هایی از استناد برخی مراجع به عامل نظم عمومی برای محدود نمودن قلمرو وجه التزام غیرمنصفانه در قراردادهای بین المللی دیده می شود، به گونه ای که در پرونده موضوع رأی شماره ۲۰۶ اتاق بازرگانی، داور پرونده به استناد نظم عمومی با مفهوم بین المللی، تعدیل وجه التزام برخلاف ماده ۲۳۰ قانون مدنی را پذیرفت که کاملاً صحیح و منطبق با موازین بین المللی است. در حالی که هم اکنون رویه قضایی انگلستان در برخی دعوای مطالبه خسارت توافقی به ارزیابی خسارت می پردازد و مقدار شرط کیفری را به میزان ارزیابی انجام شده تنزل میدهد. به عبارت بهتر، حکم به تعدیل وجه التزام غیر منصفانه میدهد. مبنای این حکم نظر برخی از حقوقدانان انگلیس است، که ضمن حمایت از نظریه بطلان شرط وجه التزام غیرمنصفانه بر مبنای حمایت از طرف ضعیف قرارداد، معتقدند در قراردادهای تجاری مربوط به شرکتهای تجاری بزرگ که طرفین آن از قدرت یکسانی برخوردار هستند، بطلان شرط فاقد مبنای حقوقی است و در اینگونه موارد بهتر است دادگاه ها از ابطال شرط اجتناب نمایند و در صورت لزوم رأی به تعدیل خسارت صادر نمایند.

نتیجه گیری

شرط وجه التزام یکی از ضمانت اجراهای قراردادهاست که به موجب آن طرفین توافق می کنند در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت بپردازد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). درج چنین شرطی معمولاً به منظور تضمین و تأمین تعهد اصلی و تسهیل مطالبه خسارت با رهایی از پیچیدگی های تشریفات دادرسی است. وجه التزام در حقوق ایران ماهیت خسارت دارد و غیر قابل تغییر توسط قاضی است. اگرچه لزومی به برابری مبلغ مقرر به عنوان وجه التزام و خسارات واقعی نیست، لیکن در برخی موارد مبلغ فوق چنان گزاف و نامتناسب با خسارت واقعی است، به طوری که تعادل (و نه برابری) عرفی و عقلی بین میزان مبلغ مندرج در قرارداد و خسارت واقعی به هیچ عنوان وجود ندارد. به عبارت دیگر، در برخی موارد متعهد به دلیل وضعیت اقتصادی نامطلوب و شرایط حاکم بر قرارداد، نه تنها توانایی بالفعل بلکه توانایی بالقوه پرداخت وجه التزام گزاف را ندارد. به همین دلیل توافق در چنین وضعیتی به امری موهوم مانند است که اجحاف آمیز، غیرعادلانه و غیرمنصفانه تلقی می گردد. در مقابله با این وضعیت دو دیدگاه رایج است؛ گروهی قائل



به صحت مطلق شرط وجه التزام ولو غیر عادلانه هستند اما عده ای نظر به جواز تعدیل چنین شرطی دارند. به نظر میرسد شرط وجه التزام غیر عادلانه با وصف مزبور، در حقوق ایران باطل است.

منابع

- ساردویی نسب، محمد و کاظم پور، سیدجعفر، مؤلفه های غیرمنصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستر، پاییز ۱۳۹۰، فصلنامه، ش ۷۵، صص ۷۴
- مقصودی، رضا، تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران، پژوهشنامه حقوق
- ولی زاده، کامران؛ رنجبری، ایوب، شرط وجه التزام غیرمنصفانه در حقوق ایران و انگلیس نشریه مطالعات حقوق، زمستان ۱۳۹۶
- حاتمی، علی اصغر؛ صادقی، عبدالرضا، شرط وجه التزام غیر عادلانه، نشریه دانش و پژوهش حقوق، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ - شماره ۲
- صابری، علی، وجه التزام در رویه قضایی حقوق، نشریه دادرسی، خرداد و تیر ۱۳۸۸
- قجاوند، محسن، مطالعه تطبیقی تعدیل قضایی وجه التزام نامتناسب در حقوق انگلستان و ایران، نشریه حقوقی، پاییز ۱۳۹۸ - شماره ۷۴



نقد رأی در حوزه حقوق مالکیت فکری

زهرا محمدباقری^۱

سیدمجتبی سیدباقری^۲

کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی^۳ (یا به اختصار کنوانسیون پاریس) در سال ۱۸۸۳ میلادی منعقد شده و بارها مورد اصلاح و بازبینی قرار گرفته است. تاکنون کشورهای عضو اتحادیه‌ی اروپا و ۱۹۲ کشور دیگر به این کنوانسیون پیوسته‌اند. ایران نیز در سال ۱۳۳۷ به این جرگه پیوست و در سال ۱۳۷۷ نیز با تصویب «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به اصلاحات به عمل آمده در کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی در استکهلم به سالهای ۱۹۶۷ و ۱۹۷۹ میلادی برابر با سالهای ۱۳۴۶ و ۱۳۵۸ هجری شمسی» آخرین اصلاحات صورت گرفته را به رسمیت شناخت (مرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۷). این کنوانسیون که می‌توان آن را سنگ بنای حقوق مالکیت فکری نامید در سه بخش کلی به شرح «موضوعات ملی، حق اولویت و قوانین مشترک» تدوین شده و با گستره‌ای وسیع دربرگیرنده‌ی موضوعات حق ثبت اختراع^۴، نشان تجاری^۵، طراحی صنعتی^۶، مدل کاربردی^۷، نشان خدماتی^۸، اسامی تجاری^۹ و نشان جغرافیایی^{۱۰} است؛ هدف اصلی از آن را نیز می‌توان منع از رقابت ناعادلانه به حساب آورد (WIPO, 2009).

۱. کارشناس حقوق، دانشگاه تهران.

۲. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهیدبهشتی.

3. Paris Convention for the Protection of Industrial Property

4. Patent

5. Trademark

6. Industrial Design

7. Utility Models

8. Service Marks

9. Trade Names

10. Geographical Indications

شرح ماقع

شرکت گ. از فعالین نام آشنا در حوزه‌ی پوشاک و مواد آرایشی بهداشتی، پس از ثبت علامت تجاری خود در بیش از یکصد کشور جهان که شماری از آنها نیز به کنوانسیون پاریس پیوسته بودند به موجب اظهارنامه مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۵ تقاضای ثبت این علامت را این بار در ایران مطرح می‌نماید اما اداره ثبت با این استدلال که این علامت در ایران قبلاً توسط شرکت تضامنی م.ج. و شرکا به ثبت رسیده است اقدام به رد درخواست مذکور می‌نماید. آقای و.ط. به وکالت از شرکت گ. و به طرفیت شرکت تضامنی م.ج. و شرکا اقدام به طرح دعوا با خواسته‌ی ابطال علامت تجاری مورد بحث می‌نماید و عمل خوانده را از مصادیق رقابت ناعادلانه قلمداد می‌کند. وکیل خوانده در دفاع به عدم استفاده‌ی خواهان از حق تقدم ذکر شده در بند ج ماده ۴ کنوانسیون پاریس و در نتیجه عدم ثبت این علامت در ایران استناد کرده و با این استدلال که ثبت این علامت تجاری از سوی موکل وی مقدم بر ارسال اظهارنامه‌ی خواهان است و علاوه بر آن مدارکی دال بر استفاده‌ی مستمر از این علامت تجاری در ایران ارائه نشده، رد دعوا را درخواست می‌نماید. دادگاه بدوی در نهایت ضمن رد مدافعات وکیل خوانده، حکم به ابطال علامت تجاری خوانده صادر می‌نماید. مستندات و مستدلالات حکم دادگاه بدوی به ترتیب عبارتند از موارد ذیل:

- (۱) ثبت مقدم علامت متنازع‌فیه در کشورهای عضو کنوانسیون پاریس
- (۲) مواد ۲ و ۶ خامس کنوانسیون پاریس که مالک علامت ثبت شده در هر یک از کشورهای عضو کنوانسیون را از حمایت قانونی در سایر کشورهای عضو برخوردار می‌سازد
- (۳) ناظر بودن حق تقدم مقرر در ماده ۴ کنوانسیون به مرحله اظهارنامه و قبل از ثبت علامت
- (۴) حق اولویت مالک علامت ثبت شده در سایر کشورها در صورت ثبت علامت و استفاده از آن در هریک از کشورهای عضو کنوانسیون
- (۵) ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس که برطبق آن ثبت مؤخر عین علامت متعلق به خواهان توسط خوانده و به کارگیری از این علامت برای تولید همان محصولات از



- مصادیق رقابت نامشروع ممنوع شده محسوب می‌شود.
- ۶) لازم التباع بودن این مقررات برای تمامی کشورهای عضو از جمله کشور جمهوری اسلامی ایران با توجه به الحاق به کنوانسیون در سال ۱۳۳۷
- ۷) ماده ۸ کنوانسیون پاریس که به موجب آن علامت متنازع فیه، که عینا همان اسم تجاری خواهان است، به دلیل فریب عموم حتی بدون ثبت هم قابل حمایت می‌باشد.
- ۸) ماده ۴۷ قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری که هرگونه استفاده از نام تجاری که عرفا باعث فریب عموم شود را غیرقانونی به‌شمار می‌آورد.
- ۹) مواد ۳۲، ۴۰، ۴۱ و ۴۷ قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (بدون اشاره به متن مواد و ارتباط آن‌ها در مقام استدلال)
- ۱۰) ماده ۹ قانون مدنی (بدون اشاره به متن ماده و ارتباط آن با موضوع در مقام استدلال)

رأی صادره در مقام بدوی به قرار ذیل است:

پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۶۰۲ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران

رأی دادگاه بدوی

در خصوص دعوی آقای و.ط. به وکالت از شرکت گ. اینک به طرفیت شرکت تضامنی م.ح. و شرکاء با وکالت آقای الف.ک. مبنی بر ابطال ثبت علامت تجاری به شماره ... و کلمه ... به صورت فانتزی. به این خلاصه که وکیل خواهان به شرح دادخواست توضیح داده است شرکت موکل از جمله شرکت‌های معروف جهان و تولیدکننده انواع مختلف پوشاک و مواد آرایشی و بهداشتی است که محصولات خود را با علامت تجاری ... در بسیاری از کشورهای جهان عرضه می‌نماید و در این زمینه از شهرت و معروفیت فراوانی برخوردار است و این علامت را در حدود یک صد کشور جهان از جمله کشورهای عضو کنوانسیون پاریس به ثبت رسانده است و به موجب اظهارنامه ... مورخ ۸۸/۱۰/۱۵، تقاضای ثبت آن را در ایران نموده، اما اداره ثبت علائم تجاری به استناد ثبت علامت تجاری خوانده، از پذیرش درخواست خودداری نموده است. علی‌هذا به جهت ثبت عین علامت موکل و اینکه اقدام خوانده در ثبت مؤخر آن از مصادیق رقابت غیر عادلانه است و استفاده از عین علامت موکل موجب فریب و گمراهی مصرف‌کنندگان خواهد شد،



درخواست صدور رأی به شرح خواسته را دارد. وکیل خواننده اجمالاً به شرح لایحه ی تقدیمی در مقام دفاع بیان داشته علامت خواهان در ایران ثبت نشده و از حق تقدم موضوع بند ج ماده ۴ کنوانسیون پاریس استفاده نکرده و علامت موکل زودتر از تاریخ اظهارنامه ی خواهان به ثبت رسیده و مدارکی دال بر سابقه استفاده مستمر در ایران ارائه نشده است؛ لذا درخواست رد دعوی را نموده است. علی هذا دادگاه با توجه به ثبت مقدم علامت متنازع فیه در کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، حسب مدارک ابرازی و نظر به اینکه به موجب مواد ۲ و ۶ خامس کنوانسیون پاریس مالک علامت ثبت شده در هر یک از کشورهای عضو کنوانسیون از حمایت قانونی در سایر کشورهای عضو برخوردار است و حق تقدم مقرر در ماده ۴ کنوانسیون در مرحله اظهارنامه و قبل از ثبت علامت است. بدیهی است در صورت ثبت علامت و استفاده از آن، مالک علامت ثبت شده در استفاده از علامت و ثبت آن در سایر کشورها دارای حق اولویت است و از طرفی ثبت مؤخر عین علامت خواهان و برای همان محصولات از مصادیق رقابت نامشروع ممنوع شده مقرر در ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس است که این مقررات برای تمامی کشورهای عضو لازم الاتباع است و در کشور جمهوری اسلامی ایران هم با توجه به الحاق به کنوانسیون در سال ۱۳۳۷ این مقررات لازم الرعایه می باشد و نظر به اینکه علامت متنازع فیه عین اسم تجاری خواهان هم می باشد که به موجب ماده ۸ کنوانسیون پاریس حتی بدون ثبت هم قابل حمایت است و از طرفی به موجب ماده ۴۷ قانون ثبت اختراعات طرح های صنعتی و علائم تجاری هر گونه استفاده از نام تجاری که عرفاً باعث فریب عموم شود، غیر قانونی است. بنابراین ضمن رد مدافعات غیر مؤثر وکیل خواننده دعوی، خواهان را وارد و ثابت تشخیص داده، مستنداً به مواد ۳۲، ۴۰، ۴۱ و ۴۷ از قانون اخیرالذکر و مواد ۲، ۶، ۸، ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس، با لحاظ ماده ۹ قانون مدنی، حکم به ابطال ثبت علامت تجاری خواننده صادر و اعلام می گردد. رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر تهران می باشد.

نقد رأی

۱- نقد نگارشی

به کارگیری عبارات معمول و رایج از بهترین ویژگی های این رأی است. تصویر سازی صریح، شفاف و روایت محور بخش ابتدایی رأی که ماحصل جملات و عبارات کوتاه و



پیوسته درون متنی است، در فهم جریان پرونده موثر است لیکن چند اشکال نگارشی قابل بررسی است:

الف) عبارت مذکور در خط پنجم «... اما اداره ثبت علائم تجاری به استناد ثبت علامت تجارتی خوانده، از پذیرش درخواست خودداری نموده است.» این کج فهمی را برای خواننده ایجاد می‌نماید که علامت تجاری متعلق به خواننده است؛ اما طبق نظر دادگاه بدوی خواهان مالک این علامت تجاری است. لذا افزودن تنها یک واژه به این جمله عبارت را از ابهام خارج می‌نماید؛ بدین صورت که «اما اداره ثبت علائم تجاری به استناد ثبت علامت تجارتی توسط خواننده، از پذیرش درخواست خودداری نموده است.»

ب) در بخش استدلال‌ات اما به کارگیری جملات عریض و طویل و عدم توجه به جایگاه علائم نگارشی درک متن را برای خواننده دشوار می‌سازد. برای نمونه در عبارات مذکور در خط یازدهم «علی‌هذا دادگاه با توجه به ثبت مقدم علامت متنازع فیه در کشورهای عضو کنوانسیون پاریس، حسب مدارک ابرازی و نظر به اینکه به موجب مواد ۲ و ۶ خامس کنوانسیون پاریس مالک علامت ثبت شده در هر یک از کشورهای عضو کنوانسیون از حمایت قانونی در سایر کشورهای عضو برخوردار است و حق تقدم مقرر در ماده ۴ کنوانسیون در مرحله اظهارنامه و قبل از ثبت علامت است. بدیهی است در صورت ثبت علامت و...» بعد از پایان جمله و علامت نگارشی نقطه، رشته‌ی کلام همچنان ادامه دارد و نقطه نه تنها به معنای مختومه بودن بحث نیست بلکه خواننده را در میان طوفانی از استدلال‌های ممتد رها کرده و نتیجه‌ای به دست نمی‌دهد. به علاوه در خط سیزدهم دادنامه نیز با ابهام مواجهیم بدین شرح که در عبارت «مالک علامت ثبت شده در استفاده از علامت و ثبت آن در سایر کشورها دارای حق اولویت است»، ذکر قید مکانی «در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون پاریس» پس از عبارت «مالک علامت ثبت شده» لازم است.

ج) در خط هجدهم از متن رای نیز به عبارت «...که عرفاً باعث فریب عموم شود، غیر قانونی است. بنابراین ضمن رد مدافعات...» برمی‌خوریم که علامت نگارشی نقطه مجدداً اشتباه به کار رفته است. نقطه بیانگر ختام یک جمله است در صورتی که این عبارت مختومه نیست؛ لذا قبل از عبارت توضیحی «بنابراین» باید علامت نگارشی نقطه ویرگول استفاده شود.

د) مجدداً در خط هجدهم با عبارت «...ضمن رد مدافعات غیر مؤثر وکیل خواننده دعوی،



خواهان را وارد و ثابت تشخیص داده...» مواجهیم که در آن واژه‌ی خواهان به تنهایی از صراحت کافی برخوردار نیست؛ لذا بهتر است عبارت «ادعای خواهان» جایگزین گردد.

۲- نقد ساختاری

کامل بودن اجزای رای از جمله نقاط قوت دادنامه مورنظر است. شماره‌های لازم برای پیگیری پرونده از جمله شماره‌ی دادنامه، شماره‌ی پرونده و شماره‌ی بایگانی شعبه قید شده و مشخصات طرفین پرونده، وکلای آنان، خواسته خواهان و دفاعیات خوانده نیز ذکر گردیده‌است. به علاوه گردش کار که بدنه‌ی اصلی هر دادنامه است به صراحت، اختصار و شیوایی بیان شده‌است. رای دادگاه نیز مستند و مستدل بوده و نگارنده پس از بیان جهات حکمی و پرداختن به جهات موضوعی اقدام به صدور رای نموده‌است و نام قاضی صادرکننده رای نیز صراحتاً در پایان رای قید شده‌است.

در رابطه با نحوه‌ی قرارگیری استدلال‌ات و اجزای آن می‌توان به انسجام ذهنی نگارنده‌ی اشاره نمود که از جمله نقاط قوت دادنامه محسوب می‌شود. رعایت ترتیب در ذکر مقدمات و به دنبال آن بیان نتیجه در سراسر دادنامه جریان دارد اما آشفتگی و درهم تنیدگی استدلال‌ات از یک سو و ارجاعات صرف و بدون توضیحات به مواد مختلف از سوی دیگر دنبال کردن سیرخطی موضوع بحث را با اشکال جدی مواجه می‌سازد. به علاوه در سه خط پایانی دادنامه به مواد ۳۲، ۴۰، ۴۱ از قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ماده ۹ قانون مدنی ارجاع شده‌است بدون اینکه دلیل این استناد، متن مواد و ارتباط آن‌ها با یک‌دیگر بیان شود؛ لذا در این قسمت رای ممکن است از حیث مستند بودن قابل قبول به نظر برسد اما از منظر مستدل بودن با اشکال روبه روست.

۳- نقد محتوایی

مستندات رای بدوی از مجموع ۵ ماده از کنوانسیون پاریس، ۴ ماده از قانون قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و ۱ ماده از قانون مدنی تشکیل شده است که به ترتیب به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

ارجاع به ماده‌ی ۲ کنوانسیون که متشکل از ۳ بند مجزاست، بدون تعیین بند مورد نظر، قابل انتقاد است؛ چراکه مستند رای نه کلیت ماده‌ی ۲، بلکه تنها بند ۱ از این ماده



است. به علاوه در متن دادنامه پس از استناد به این ماده بحث برخورداری از حمایت قانونی مطرح شده اما نوع حمایت قانونی مدنظر مسکوت مانده است؛ این در حالی است که ماده ۲ ناظر به حمایت قانونی بنابر استاندارد ملی است که باید در متن دادنامه نیز بیان می‌شد. ذکر ماده ۶ خامس بدون تعیین بخش مورد نظر از یک سو و عدم بیان مبنای ارجاع از سوی دیگر، از موارد نقص دادنامه به شمار می‌آید. چراکه ماده ۶ خامس به تنهایی از ۶ بخش و ۷ بند تشکیل شده است و ارجاع به کلیت این ماده خواننده را در هاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد.

اشاره به حق تقدم در ماده ۴ کنوانسیون نیز همچنان گنگ و مبهم است؛ چراکه قسمت مشخصی از ماده هدف قرار گرفته نشده است. به نظر می‌رسد نگارنده‌ی با ارجاع به ماده ۴ قصد مطرح کردن قیاس اولویتی را داشته که بنابر آن زمانی که برای تقدیم اظهارنامه به تنهایی حق اولویت در نظر گرفته شده است، با ثبت علامت و به دنبال آن فعالیت گسترده، به طریق اولی باید قائل به برخورداری خواهان از حق اولویت برای ثبت علامت خود در سایر کشورهای عضو بود. این تفسیر برآمده از کلیت ماده ۴ می‌تواند به نوبه‌ی خود مورد توجه قرار گیرد و از نقاط قوت دادنامه به شمار آید اما در واقع این ماده را باید با توجه به ماده ۱۰ مکرر تفسیر کرد؛ چراکه مباحث حق تقدم که موضوع ماده ۴ است و رقابت غیرمنصفانه که محور اصلی ماده ۱۰ مکرر است در هم تنیده و تفکیک ناپذیر می‌باشند. ارجاع به ماده ۱۰ از حیث توجه به مفهوم رقابت غیرمنصفانه درخشان است اما احراز رقابت غیرمنصفانه نیز منوط به تحقق شروط مقرر در ماده ۱۰ مکرر است؛ اما در کمال تعجب در دادنامه شاهد احراز عنصر رقابت غیرمنصفانه بدون توجه به تحقق یا عدم تحقق شروط مذکور می‌باشیم.

آخرین ارجاع به کنوانسیون با ذکر ماده ۸ رقم می‌خورد؛ با این عبارت که «...علامت متنازعاً فیه عین اسم تجاری خواهان هم می‌باشد که به موجب ماده ۸ کنوانسیون پاریس حتی بدون ثبت هم قابل حمایت است...» نگارنده رای در این بخش از دادنامه مفاهیم اسم تجاری و علامت تجاری را یکسان انگاشته؛ در حالیکه این دو مفهوم کاملاً متمایز می‌باشند اسم تجاری نام رسمی و حقوقی شرکت است که با آن به فعالیت می‌پردازد؛ در حالیکه علامت تجاری می‌تواند بخشی از نام تجاری شرکت یا مرتبط با آن باشد که با هدف حمایت قانونی از نام‌ها، آرم‌ها، نمادها و شعارها مورد استفاده قرار می‌گیرد. فرآیند ثبت قانونی نام تجاری و علامت تجاری کاملاً متمایز است و ثبت یکی از آن‌ها به



معنای ثبت دیگری نیست. برای مثال Coca-Cola یک نام تجاری و طراحی منحنی شکل این عبارت با یک دستخط منحصر به فرد که روی بطری‌های نوشابه قرار گرفته یک علامت تجاری است. در ماده ۸ کنوانسیون صراحتاً بیان شده است که «نام تجاری بدون آنکه الزامی به تسلیم اظهار نامه یا ثبت آن باشد در کلیه کشورهای اتحادیه حمایت خواهد شد چه جزء علامت صنعتی یا تجاری باشد چه نباشد.» خواسته خواهان اما در این دادنامه ابطال علامت تجاری ثبت شده توسط خواهان است. لذا ارجاع به ماده ۸ خروج موضوعی از بحث داشته و قابل اشکال است.

در ادامه نگارنده رای به قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری روی می‌آورد اما باید توجه داشت که مطابق ماده ۹ قانون مدنی، که در انتهای رای بدان اشاره شده، مقررات عهودی که مابین دولت ایران و دول دیگر منعقد می‌شود در حکم قانون است؛ لذا قوانین کنوانسیون پاریس نیز بخشی از قوانین داخلی به حساب می‌آیند. به علاوه مطابق تعهدات دولت ایران ذیل ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق معاهدات وین ۱۹۶۹، تعهدات بین‌المللی دولت بر تعهدات داخلی آن رجحان دارد. در نتیجه با توجه به بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون پاریس، اعمال قوانین داخلی تنها زمانی قابل تصور است که مطابق استاندارد رفتار ملی برای اتباع خارجی مناسب‌تر باشد. بیان چنین مقدمه‌ای قبل از ورود به حوزه‌ی قوانین داخلی و سنجیدن مناسب‌تر بودن یا نبودن قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری به عنوان یک قانون داخلی ضروری می‌نمود که متأسفانه توجه کافی بدان مبذول نگشته است.

ارجاع به ماده‌ی ۴۷ این قانون از نقاط قوت دادنامه است اما دلیل ارجاع به این ماده به درستی بیان نشده است. در دادنامه مبنای ارجاع به این ماده با این عبارت عنوان شده است «هرگونه استفاده از نام تجاری که عرفاً باعث فریب عموم شود، غیر قانونی است» این در حالی است که مزیت ماده ۴۷ دامنه‌ی حمایتی موسعی است که برخلاف ماده ۸ کنوانسیون، علاوه بر نام تجاری، علامت و نشان تجاری را نیز در بر می‌گیرد؛ لذا ارجاع به ماده ۴۷ صحیح اما استدلال بیان شده کاملاً نادرست است.

در بخش انتهایی دادنامه نیز بدون اینکه کوچکترین توجهی به متن مواد یا ارتباط آن‌ها با یک دیگر به مواد ۳۲، ۴۰ و ۴۱ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری اشاره شده است. ماده‌ی ۳۲ از ۷ بند تشکیل شده که به نظر می‌رسد بند آخر این ماده مورد توجه بوده است که طبق آن علامتی را که عین آن قبلاً به نام مالک دیگری



ثبت شده، یا تاریخ تقاضای ثبت آن مقدم است، یا دارای حق تقدم برای همان کالا و خدمات و یا برای کالا و خدماتی است که به لحاظ ارتباط و شباهت موجب فریب و گمراهی شود را غیرقابل ثبت محسوب می‌کند.

ارجاع به کلیت ماده ۴۰ که خود متشکل از ۴ بخش است نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا هر بخش با محوریت مخصوص به خود مستقل از دیگری است. حتی اگر مقصود نگارنده‌ی رای را مشخصاً ارجاع به بند دوم ماده ۴۰، که بیشترین ارتباط را با موضوع پرونده داراست، به حساب آوریم، باز هم تکرار مکررات محسوب می‌شود چراکه این بند تنها بیان می‌کند «مالک علامت ثبت شده می‌تواند علیه هر شخصی که بدون موافقت وی از علامت استفاده کند و یا شخصی که مرتکب عملی شود که عادتاً منتهی به تجاوز به حقوق ناشی از ثبت علامت گردد، در دادگاه اقامه دعوی نماید. این حقوق شامل موارد استفاده از علامتی می‌شود که شبیه علامت ثبت شده است و استفاده از آن برای کالا یا خدمات مشابه، موجب گمراهی عموم می‌گردد.»

استناد بعدی به ماده ۴۱ همین قانون است. ماده مذکور از سه قسمت اصلی تشکیل شده است که در قسمت اول به بیان شرایط لازم برای درخواست ابطال ثبت علامت از دادگاه می‌پردازد که این شرایط عبارتند از اثبات رعایت مفاد بند (الف) ماده (۳۰) و ماده (۳۲) این قانون؛ بند الف ماده ۳۰ تنها علامت تجاری پرداخته و ماده ۳۲ نیز پیش‌تر مورد بررسی قرار گرفته است. در قسمت دوم و سوم ماده ۴۰ نیز به ترتیب به تعیین بازه‌ی زمانی ابطال علامت تجاری، شرایط درخواست لغو آن از دادگاه و استثنائات موجود اشاره شده است. از آنجا که نگارنده‌ی رای قبلاً به بخش اول ماده‌ی ۴۰ پرداخته و به بخش‌های دوم و سوم این ماده نیز ورود موضوعی نداشته است لذا استناد به این ماده قابل انتقاد است.

در نهایت با استناد به ماده ۹ مواجهیم که پل عبور از کنوانسیون پاریس به قانون ثبت اختراعات طرح‌های صنعتی و علائم تجاری است. پیش‌تر مفصلاً به این ماده پرداخته شد اما از این نکته نیز نباید غافل ماند که محل استناد به این ماده نه در انتهای رای که در مرحله‌ی گذار از کنوانسیون به قوانین داخلی است.

۴- نقد با نگاه بر اثر اقتصادی و دادرسی

۴-۱- اثر اقتصادی

اثر اقتصادی آرای قضایی را می‌توان با سنجش دو معیار تاثیرگذار بر ریسک



اقتصادی که عبارتند از «شفافیت و پیوستگی» و «نوآوری» تعیین کرد. در صورتی که رای صادره از دادگاه داخلی هر یک از کشورهای عضو در امتداد تفسیری یکپارچه و فهمی مشترک از کنوانسیون باشد، میزان ریسک تجاری ورود به بازار آن کشور کاهش خواهد یافت. از سوی دیگر، اگر رای صادره بدون توجه به شیوه صحیح تفسیر قواعد مندرج در کنوانسیون صادر شود، و در نتیجه انحرافی آشکار از سازوکار تصمیم‌گیری در کنوانسیون داشته باشد، می‌تواند منجر به افزایش ریسک حقوقی و سیاسی ورود به بازار شود. لازمه‌ی صدور رای در ابعاد تجاری بین‌المللی دست‌یابی به تحلیلی تطبیقی است که تنها با تسلط به مواد کنوانسیون، قوانین داخلی مرتبط و مقایسه‌ی دقیق آن‌ها حاصل خواهد شد. لذا چنانچه قواعد کنوانسیون به درستی اعمال نشوند، آرای صادره با رویه‌ی موجود در سطح بین‌المللی مخالف خواهند بود و این امر تنها به معنای افزایش ریسک و هزینه اقتصادی انجام معاملات تجاری در ایران است. بنابر دیدگاه نگارنده، این دادنامه با عدم توجه به شیوه‌ی صحیح تفسیر و نادیده‌گرفتن ظرفیت مفاد کنوانسیون صادر شده یحتمل افزایش ریسک سرمایه‌گذاری تجاری را به دنبال خواهد داشت.

۴-۲- اثر دادرسی

بی‌تردید آرای صادره در هر موضوع سنگ بنای ایجاد رویه‌ای ثابت و مشخص در همان حوزه به شمار می‌آیند؛ لذا با این وجود که هدف از صدور هر رای تنها ختم دعوی مطروحه است، نباید از جایگاه آموزشی آرای قضایی نیز غافل ماند. اهمیت این جایگاه زمانی دو چندان می‌شود که دعوی مطروحه از امور بین‌المللی است که کمتر به آن‌ها پرداخته شده و برای طیف وسیعی از وکلا و قضات نا آشنا می‌نماید. وجود رویه‌ای مشخص در چنین موضوعاتی به انسجام ذهنی قضات می‌انجامد، امکان پیش‌بینی نتیجه‌ی دعوی مطروحه را برای وکلا فراهم می‌آورد و از اطاله‌ی دادرسی جلوگیری می‌کند. این دادنامه اما با استناد صرف به مواد، بدون پرداختن به ارتباط میان آن‌ها، و عدم بهره‌گیری از استدلال‌ات حقوقی و منطقی از یک سو منجر به ابهام خواننده و درک محدود وی از مفاد و اهداف کنوانسیون پاریس شده و از سوی دیگر قادر به ایجاد رویه‌ای روشن و صریح در حوزه‌ی حقوق مالکیت فکری نخواهد بود.



نقدی بر ماده ۲۴ مکرر قانون اصلاح قانون قاچاق کالا

و ارز

مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ مجلس شورای اسلامی

از سیاست پیشگیرانه غلط تا نقض حقوق شهروندی

مهران بهمن^۱

پرداختن به پیشگیری از جرم راهکاری هوشمندانه است که در قانون اساسی کشورمان به آن توجه ویژه گردیده است. برای وصول به امر پیشگیری از وقوع جرم، از ابزارها و امکانات مختلفی در انواع مهم سیاست جنایی تقنینی، قضایی و مشارکتی بهره برداری می‌شود. پیروی از سیاست جنایی مستمر و به کارگیری اصول پیشگیری هوشمند از جرم نیز امروزه مورد تاکید جرم‌شناسان بوده و به کارگیری ادوات پیشگیری وضعی در روند سیاست گذاری جنایی جهان با محدودیت دنبال می‌شود. با عنایت به آنچه به عرض رسید شوربختانه تصمیم‌گیری‌های حوزه عدالت کیفری از استانداردهای پیش‌گفته فاصله دارد. با نگاهی به اصل ۲۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که بیان می‌دارد: حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند می‌توان فهمید تفتیش و بازرسی از منازل، وسایل نقلیه و به طور کلی اموال و اجناس مردم بدون توجه اتهام نوعی از نقض حقوق ملت به شمار می‌رود و با مطالعه این امر درمی‌یابیم که تفتیش و بازرسی دامنه‌ای محدود داشته و دارد. قانون آیین دادرسی کیفری جمهوری اسلامی ایران نیز در مواد ۴۵ و ۵۵ بیان می‌دارد که تفتیش و بازرسی به

۱. پژوهشگر دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری استان اصفهان، مدرس دانشگاه.

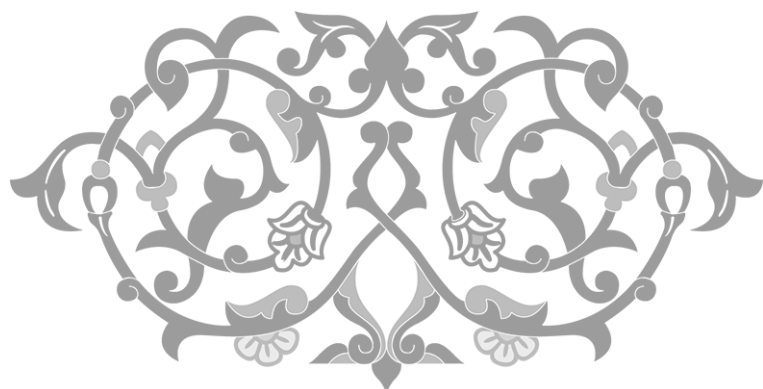


جهت رعایت اصل بیست و دوم قانون اساسی مستلزم تشریفات قانونی است. حال قانون‌گذار در قانون اصلاح قانون قاچاق کالا و ارز رویکردی وضعی جهت پیشگیری از جرم را بسط داده است. مع‌الوصف ماده ۴۲ قانون پیش گفته که در فروردین ماه سال ۱۴۰۱ در روزنامه رسمی منتشر شده، حاوی مقرره‌های است که با روح قوانین مادر و تخصصی حوزه حقوق کیفری در تضاد و تعارض بوده و ناقض حقوق شهروندی به نظر می‌رسد. در این خصوص چنانچه به عرض رسید ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص ورود و تفتیش اماکن بیان می‌دارد: ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آنها، همچنین بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیرمشهود با اجازه موردی مقام قضائی است، هرچند وی اجرای تحقیقات را به طور کلی به ضابط ارجاع داده باشد. اما در آخرین اراده قانون‌گذار حکیم و در قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، در ماده ۴۲ مکرر بیان گردیده: متوقف نمودن و بازرسی وسایل نقلیه‌ای که ظن قوی به حمل کالا یا ارز قاچاق یا ارتکاب قاچاق کالا یا ارز در مورد آنها وجود دارد، از سوی ضابطین نیاز به اذن موردی مقام رسیدگی‌کننده ندارد. همچنین در تبصره ماده ۴۲ مکرر نیز تعیین مصادیق ظن قوی را در حال حاضر مشخص ننموده و بیان می‌دارد: مصادیق و شرایط تشخیص ظن قوی موضوع این ماده از جمله عبور از مبادی غیررسمی، دستکاری مهروموم (پلمب) گمرکی بار گنج، خروج یا انحراف غیرمتعارف از مسیر تعیین شده، اطلاعات ارسالی از سوی سامانه‌های هوشمند، ظرف سه ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط ستاد تهیه می‌شود و پس از تأیید توسط رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

با عنایت به نیل مجدد قانون‌گذار به سمت پیشگیری وضعی لاجرم نگارنده به جهت بیان بهتر لازم می‌داند به پیشگیری و مفهوم آن بپردازد. معنی واژه پیشگیری را از نظر لغوی در فرهنگ معین، جلوگیری کردن، مانع شدن، جلو بستن و یا از پیش جلوی شیوع بیماری یا رویداد و حادثه یا مصیبتی را گرفتن، معنا کرده‌اند. دکتر نجفی ابرندآبادی در خصوص پیشگیری از جرم بیان می‌دارند با توجه به نگرش‌های گوناگونی که در میان جرم‌شناسان وجود دارد پیشگیری از بزهکاری را می‌توان به دو صورت عام و خاص تعریف کرد. در معنای عام، پیشگیری از جرم هر اقدامی است که جلوی ارتکاب جرم را بگیرد که این اقدام می‌تواند جنبه کیفری یا غیرکیفری داشته باشد. پس هرآنچه علیه جرم باشد و سبب کاهش نرخ بزهکاری گردد در گستره معنای عام پیشگیری از جرم قرار دارد؛ بنابراین پیشگیری از جرم در معنای خاص، مجموعه تدابیر و اقدامات غیر کیفری با هدف مقابله



با بزهکاری از طریق کاهش یا از بین بردن علل جرم‌زا و نیز اثرگذاری بر فرصت‌های پیش‌جنایی است؛ به گونه‌ای که بتوان با استفاده از ابتکارات و سازوکارهای غیر قهرآمیز بر شخصیت افراد و وضعیت پیش از ارتکاب جرم اثر گذاشت تا از رخ دادن بزه جلوگیری نمود. اما سخن اینجاست که پیشگیری وضعی چیست؟ در پیشگیری وضعی که مبنای نظری آن در جرم‌شناسی، وضعیت ماقبل بزهکاری است، ما با فرآیند گذار از اندیشه مجرمانه به عمل مواجه هستیم و در صدد تغییر وضعیت مشرف بر جرم هستیم تا معادله جرم به ضرر مجرم تمام شود. به عبارت دیگر، هدف اتخاذ اقداماتی است که فرآیند گذار از اندیشه به عمل را قطع کند در این پیشگیری اندیشه اساسی این است که گذار به عمل مجرمانه نه فقط به انگیزه‌های مجرم بستگی دارد، بلکه به خصوصیات وضعی، شرایط موضوعی، شرایط موجود در اوضاع و احوال قبل از جرم نیز بستگی دارد. برای مثال وقتی به جای آموزش پرداخت بلیت قطار شهری اقدامات پلیسی را جایگزین کنیم، پیشگیری وضعی را انتخاب نموده‌ایم. پیشگیری وضعی در میان جرم‌شناسان به هزینه بر بودن و در برداشتن جابه‌جایی جرم معروف است؛ لذا مشخص نیست چرا انواع مدل‌های پیشگیری اجتماعی مورد توجه قانون گذار در سیاست تقنینی قرار نگرفته و دامنه پیشگیری وضعی در حال وسیع شدن است؟ سؤال دیگری که به ذهن متبادر می‌شود این است که سال‌ها بسط و توسعه سازوکار پیشگیری وضعی ما را به کدام سرمنزل مقصود رسانده است. حال اگر از سیاست جنایی غلط و پیش‌گیری گذر کنیم از منظر حقوق شهروندی نیز مقرر موضوع سخن ما محل مناقشه است. در این خصوص حذف اذن موردی مقام قضائی در این قانون محل نقد به نظر می‌رسد چرا که این امر موجب تهدید حقوق شهروندی و آزادی‌های فردی شهروندان خواهد گردید. اصل ممنوعیت تفتیش نیز یکی دیگر از منتقدان مقرر موصوف است به هر روی هرچند که قانون مذکور از پایش شورای محترم نگهبان گذشته و حواله دادن مصادیق قانونی به آینده صحیح به نظر نمی‌رسد اما در راستای تدوین آیین‌نامه موضوع تبصره ماده ۴۲ مکرر قانون اصلاح قانون قاچاق کالا و ارز می‌بایست فرصت را غنیمت شمرد و با توجه ویژه حقوق دانان، وکلا و قضات همچنین بیان پیشنهادها به سازمان‌های مقید در تبصره موصوف در تبیین دقیق مصادیق و شرایط ظن قوی، تبصره مذکور تلاش شود تا در اجرا با تهدید بیشتر حقوق شهروندی مواجه نشویم.



کنزیده مخترانی ما





قسمت اول این سفرنازی در بخش مقالات شماره ۱۶۰ (فرداد ماه)
آمده است.

بررسی ماهیت طلاق‌های به درخواست

زوجه (۲) ۱

دکتر سعید بهاریان^۲

بندهای شروط ضمن عقد ازدواج در سند نکاح

بند الف) ضمن (عقد نکاح/خارج لازم) زوج شرط کرد هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبود، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل کند.

نکته: شرایط تحقق بند «الف» عبارت است از: ۱- امضای شرط فوق در هنگام عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم دیگر؛ ۲- عدم درخواست طلاق توسط زوجه؛ ۳- عدم تأثیر سوء رفتار و سوء اخلاق زوجه در درخواست طلاق؛ ۴- وقوع طلاق
بند «ب» شروط ضمن عقد شامل دوازده بند است بدین گونه تنظیم شده که زن

۱. پیاده‌سازی: سید کمال مکاریان چهارسوقی، وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان.

۲. معاونت قضائی دادگستری کل استان اصفهان و ریاست مجتمع قضائی خانواده.



وکالت در طلاق داشته باشد تا در صورت تحقق آنها، بتواند وکالت در طلاق خود را اعمال کند و خود را مطلقه سازد. این بند از این قرار است:

بند ب) ضمن (عقد نکاح/ خارج لازم) زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول کند.

توضیح: این بند بیانگر آن است که زن در صورت تحقق هر یک از شرایط، از ناحیه مرد وکیل باشد تا پس از اثبات ادعا درخواست طلاق نماید. قید «توکیل به غیر» در این بند بسیار مهم است. چرا که شعب محاکم قضایی اقدامات شخص زوجه را نمی پذیرند و مدعی اند که اعمال وکالت در دادگاه از سوی اشخاص عادی جایز نبوده و فقط وکیل دادگستری می تواند نسبت به حضور و پیگیری در محاکم اقدام نماید. سردفتر ازدواج وظیفه دارد که شرایط مندرج در قباله را مورد به مورد به دو طرف تفهیم کند چرا که شرطی معتبر است که مورد توافق زن و مرد قرار گیرد و به امضای هر دوی آنها رسیده باشد. مواردی که زن می تواند از دادگاه تقاضای صدور طلاق کند بدین شرح است:

۱) استتکاف شوهر از دادن نفقه زن (عدم پرداخت هزینه زندگی و خرجی همسر) شش ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تادیه نفقه و همچنین در موردی که اجبار شوهر هم ممکن نباشد.

جهت اثبات این امر لازم است زوجه ابتدا نسبت به مطالبه نفقه اقدام نماید و پس از صدور حکم قطعی نسبت به طرح دعوای طلاق به جهت تحقق شرط ضمن عقد نکاحیه اقدام نماید.

این ماده به دو نکته اشاره دارد: الف) - نخست به نفقه که در اصطلاح حقوقی عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن مانند مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض به استناد ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی اگر به مدت ۶ ماه زوج از دادن نفقه زوجه خودداری کند زوج می تواند از وکالت خود در طلاق استفاده کند. ب) - دوم سایر حقوق واجبه زن که ظاهراً منظور از حقوق واجبه هم از حقوق مالی و غیرمالی است به صورت کلی در مواد ۱۱۰۲ تا ۱۱۰۴ بیان حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر



پرداخته و با عبارت کلی رعایت اصل معاشرت به موضوع های غیر مالی مانند نیکویی رفتار و اخلاق محبت و تواضع و احترام به حقوق متقابل یکدیگر و نیز حق مقاربت و نیز ترک نکردن و بلا تکلیف نگذاشتن زن اشاره کرده است همانگونه که توضیح المسائل امام خمینی برخی از این موارد را بیان کرده است (امام خمینی ره ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۴۸۰ مسله ۲۴۱۸ و ۲۴۱۷)

شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور در خصوص درخواست طلاق زوجه به لحاظ تحقق شرط اول سند نکاحیه به موجب دادنامه شماره ۳۷۰۹۱۰۰۰۰۹۹۷۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۹ چنین نظر داده است: اثبات اعسار زوج نسبت به پرداخت نفقه، نافی حق مکتسب زوجه در این خصوص نیست. بنابراین در صورتی که پس از صدور حکم الزام به پرداخت نفقه، زوج نسبت به پرداخت محکوم به، اظهار ناتوانی کرده و دادگاه با پذیرش اعسار وی، حکم به تقسیط نفقه صادر کند، تخلف زوج از شرط ضمن عقد نکاح و وکالت زوجه در طلاق محقق می شود.

۲) سوء رفتار یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

نکته: با توجه به مفاد ماده ۱۱۳۰ ق.م. این گونه به نظر می رسد که جعل شرط دوم در عقدنامه ها، تحصیل حاصل است، زیرا بروز عسر و حرج به هر علتی می تواند حق درخواست طلاق برای زوجه با استناد به ماده ۱۱۳۰ ق.م. ایجاد نماید. تفاوت ماده ۱۱۳۰ ق.م. با شروط ضمن عقد نکاح این است که با تحقق عسر و حرج وفق ماده فوق الذکر حاکم، به ولایت از زوج ممتنع، زوجه را طلاق می دهد. اما چنانچه سوء رفتار زوج به عنوان شرط ضمن عقد قید شده باشد، زوجه با اثبات تحقق شرط در مرجع قضایی ذیصلاح، خود به وکالت از زوج با انتخاب نوع طلاق، صیغه آن را جاری می سازد یا به دیگری وکالت در اجرای صیغه طلاق می دهد. در عمل احراز سوء رفتار و سوء معاشرت زوج، با محکومیت وی به اتهام ضرب و جرح زوجه، هتک حرمت و افترا نسبت به وی و غیره اثبات می گردد. در واقع «عسر و حرج» یعنی ادامه زندگی مشترک برای زن مشقت بار و تحمل آن مشکل باشد. اثبات عسر و حرج مشکل است و برحسب ادعا تفاوت دارد. مثلاً در خصوص ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که صرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد. زوجه می تواند از طریق پزشکی قانونی گواهی ضرب و شتم و طول درمان بگیرد و آن را به دادگاه ارائه دهد. یا از طریق گزارش پلیس:



می‌تواند به هنگام مشاجره با همسرش با پلیس تماس بگیرد، از آن‌ها بخواهد در محل حاضر شوند و گزارش تهیه کنند.

۳) ابتلا زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد، تشخیص این امر با دادگاه و در صورت صلاحدید دادگاه با پزشک متخصص است.

در این شرط و همچنین شرط بند ۲ توکیل زن در طلاق محدود به مواردی است که اجرای آن منوط به اثبات عدم تحمل و حرج و ضرر در ادامه زندگی مشترک می‌باشد و دادگاه فقط با احراز این امر زن را وکیل در طلاق می‌داند اما قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ در مواردی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج می‌شود به زن حق داده است که تقاضای طلاق کند در این صورت به وکالت از شوهر نیاز نیست، بنابراین قانونگذار قصد داشته است با دادن وکالت از حقوق زوجه حمایت کند زیرا وکالت به طور مطلق مجاز است و آنها می‌توانند هر شرطی را که بخواهند متعلق به وکالت قرار دهند، در عقد وکالت بدون قید و شرط (وکالت مطلق) زن می‌تواند بدون هیچ عذری یا تحقق شرطی در عالم خارج خود را متعلق بسازد

۴) جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد. این شرط در فقه دارای اشکال است زیرا یکی از مواردی که موجب ابطال وکالت می‌شود جنون موکل است از این رو هنگامی که زوج مجنون شود وکالت باطل است به ویژه با توجه به شرط فعل بودن این وکالت وقتی وکالت باطل شد زن می‌تواند به استناد این مورد خود را متعلق به سازد، همانگونه که در صورت موجود نیز وکالت باطل می‌شود، البته زوجه می‌تواند از راه دیگری خود را رها سازد زیرا با جنون زوج او می‌تواند نکاح را فسخ کند زیرا یکی از جواز فسخ نکاح جنون است، هر چند بعد از ازدواج باشد (آیت الله مکارم شیرازی ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۰۸) همچنین از باب عسر و حرج مذکور در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (اصلاحی مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴) و تبصره الحاقی مصوب ۱۳۸۱/۴/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام به واسطه جنون زوج، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه و تقاضای طلاق کند. این بند در رابطه با مواردی است که امکان فسخ شرعاً وجود ندارد. البته موارد آن خیلی نادر است.

۵) عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح، منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد. این امر در تشخیص دادگاه بود و البته بسته به شرایط و شان خانوادگی افراد متفاوت است. اشتغال مرد به کاری که به



حیثیت و آبروی زن و مصالح خانوادگی او لطمه می‌زند. مطابق ماده ۱۱۱۷ ق.م. شوه‌ر می‌تواند زن خود را از حرفه و صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند. مبنای این حق برای زوج، حق ریاست وی در جهت تأمین مصالح خانواده است. مطابق ماده ۱۱۰۵ ق.م. «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص مرد است». لذا زوج حق دارد در محدوده عادات، رسوم و قانون، حق ریاست خود را اعمال نماید. در واقع حق ریاست مرد به علت تکالیفی است که بر عهده وی گذارده شده که در راستای انجام وظیفه خود در قبال زوجه و فرزندان است. البته این ریاست را اگر حقی برای زوج بدانیم باید آن را بر مبنای قاعده «لاضرر» و اصل ۴۰ قانون اساسی قابل اجرا دانست که موجب تضرر زوجه نگردد. البته چون قانون مدنی، تصریحی به وجود چنین حقی برای زوجه ندارد و از آنجا که مرد مکلف به تأدیه نفقه زوجه و فرزندان مشترک می‌باشد، لذا دادن چنین حقی به زوجه که بتواند زوج را از اشتغال منع کند، خلاف قاعده است. زیرا ترک انفاق مطابق ماده ۶۴۲ ق.م.ا. جرم بوده و قابل مجازات است. حتی زوجه، می‌تواند نفقه معوقه را از زوج درخواست نماید. بنابراین چگونه می‌توان مردی را از اشتغال به کار و کسب حلال که مورد نهی قانونگذار قرار نگرفته است، منع نمود. در حالی که قانون زوج را مکلف به پرداخت نفقه نموده است. در واقع به اعتقاد بنده منع شوهر از شغلی که دارد، هرچند منافی مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین باشد، در صورتی امکان دارد که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود. زیرا مسؤولیت مربوط به تأمین مخارج خانواده که از لوازم عرفی ریاست شوهر بر خانواده است به او اختیار بیشتری در انتخاب شغل می‌دهد. لازم به ذکر است که خواسته در دعاوی باید مستند به قانون باشد یعنی قانون چنین حقی را به مدعی داده باشد تا بتواند ادعای خویش را در دادگاه، اقامه نماید. دادخواست زوج به طرفیت زوجه به خواسته منع زوجه از اشتغال به مشاغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات زوج یا زوجه باشد مستنداً به ماده ۱۱۱۷ ق.م. قابل تقدیم و پذیرش توسط دادگاه است. اما زوجه به استناد کدام یک از موارد قانونی می‌تواند چنین منعی را از دادگاه بخواهد؟

این شرط عاملی برای اعطای حق طلاق به زن است. اما این سؤال که دادگاه بر مبنای کدام ماده قانونی به چنین منعی حکم می‌کند تا با عدم رعایت دستور دادگاه، شرط فوق محقق شود هنوز باقی است؟ نظر بر اینکه شرط فوق با امضای زوجین مورد توافق قرار گرفته است، لذا برای مشروط له (زوجه) این حق به وجود می‌آید که زوج را از اشتغال



به مشاغل نافی حیثیت زوجه، منع نماید و در این حالت زوجه دادخواستی به طرفیت زوج به خواسته طلاق به لحاظ تحقق شرط فوق تقدیم دادگاه نموده، دادگاه با توجه به شأن زوجه و عرف، نسبت به این که شغل مورد تصدی زوج، خلاف مصلحت و حیثیت زوجه است یا خیر اتخاذ تصمیم نموده. پس از تفهیم دستور دادگاه به زوج و مزی مدت متناسب عرفی (که برای ترک شغل لازم است)، چنانچه زوج همچنان به شغل فعلی خود مبادرت ورزد با احراز تحقق شرط چهارم، حکم به اعمال احراز شرط و اعمال وکالت در طلاق صادر می‌نماید.

۶) محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی در اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال بازداشت یا بیشتر شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد. شرایط اعمال شرط ششم عبارت است از:

الف) محکومیت قطعی زوج؛ به این معنا که باید حکم بر محکومیت زوج صادر شده باشد. بنابراین چنانچه زوج به دلایلی از جمله صدور قرار بازداشت موقت در جرائمی مثل قتل عمد، بیش از پنج سال در حبس باشد، چنین حقی برای زوجه ایجاد نخواهد شد. هر چند زوجه می‌تواند در صورت اثبات عسروخرج خویش به واسطه بازداشت زوج، وفق ماده ۱۱۳۰ ق.م. درخواست طلاق نماید.

ب) اجرا شدن حکم مجازات؛ درخواست طلاق زوجه منوط به بازداشت زوج است، پس چنانچه حکم صادر شود، اما اجرای آن هنوز شروع نشده باشد، یا در مواردی که اجرای حکم به اتمام رسیده است، زوجه نمی‌تواند به استناد شرط فوق، درخواست طلاق نماید. در بازداشت بدل از جریمه نیز باید زوج در حال تحمل بازداشت بدل از جریمه باشد و پرداخت مابقی جزای نقدی که تحلیل نرفته است، نافی حق زوجه نمی‌باشد.

۷- ابتلا زوج به هر گونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خللی وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد. مانند اعتیادی که به اساس خانوادگی ضرر بزند یا به بیکاری مرد، فروش اثاثیه منزل، رها کردن زن و فرزند و وارد کردن ضرر به سلامت جسمی و روحی زن و فرزندان منجر شود.

۸- زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند. یا اینکه زوج شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید. تشخیص عذر موجه با دادگاه است.



۹- محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب به جرم و اجرای هر گونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب به جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زن باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زن و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰- در صورتی که پس از گذشت پنج سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن یا عوارض جسمی دیگر صاحب فرزند نشود.

۱۱- در صورتی که زوج مفقودالآثر شود و ظرف شش ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

تفاوت شرط هشتم با یازدهم به شرح ذیل است:

الف) مدت غیبت در شرط هشتم شش ماه متوالی است. در حالی که در شرط یازدهم، غیبت زوج باید شش ماه از تاریخ مراجعه زوجه به دادگاه ادامه یابد. لذا در این شرط طول غیبت مدنظر نمی‌باشد. در شرط هشتم زمان مراجعه زوجه به دادگاه مدخلیتی ندارد و آنچه مهم است؛ غیبت شش ماهه زوج است. حال چه قبل از مراجعه زوجه به دادگاه یا بعد از آن باشد.

ب) بازگشت زوج پس از انقضای مدت شش ماه از صدور حکم طلاق یا اجرای آن، در شرط هشتم، تأثیری در حق طلاق زوجه ندارد و چنانچه زوجه بتواند غیبت شش ماهه زوج را ثابت نماید، شرط، تحقق می‌یابد. اما در شرط یازدهم، دادگاه با دریافت درخواست طلاق زوجه، باید پرونده را در وقت نظارت قرار دهد تا مدت شش ماه از تاریخ مراجعه زوجه به دادگاه منقضی شود و چنانچه پس از این مدت، غیبت زوج ادامه یابد، استحقاق زوجه بر حق طلاق احراز می‌گردد و بازگشت زوج در خلال این مدت مانع از تحقق شرط می‌شود.

ج) علت غیبت در شرط هشتم مورد توجه قرار گرفته است، لذا اگر زوج بتواند عذر موجهی بر غیبت خویش اقامه نماید، شرط فوق محقق نمی‌گردد. اما در شرط یازدهم، توجهی به علت غیبت نشده است و صرف ادامه غیبت پس از شش ماه از مراجعه زوجه به دادگاه، موجب حق طلاق برای وی می‌باشد.

۱۲) زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید. در این شرط منظور از همسر، مطلق همسر اعم از دائم و غیر دائم (منقطع) می‌باشد، چه اینکه مبنای توافق طرفین و بخصوص زوجه، مطلق



اختیار همسر دوم می باشد و علت آن حساسیت بسیار زیاد زوجه اول نسبت به همسر دوم (هوو) می باشد. لیکن به نظر می رسد، اولاً شرط مذکور مطلق است و اقتضای اطلاق انصراف به فرد اکمل است، ثانیاً نظر به اینکه مطابق فقه امامیه نکاح موقت یک عمل شرعی است، لذا قانونگذار به تبعیت از فقه امامیه در قانون مدنی این نوع نکاح را شناسایی نموده است و آثار حقوقی متعددی بر آن بار نموده. ثالثاً نظر به اینکه با این وجود خروج نکاح موقت از مفاد شرط ضمن عقد بین طرفین و مفاد حکم دلیل متقن می خواهد و با وجود دلایل مذکور به شرح اولاً و ثانیاً، دلیلی بر خروج این نوع نکاح از شمول مفاد حکم نمی باشد و از سویی دیگر این تفسیر و شمول مفاد شرط ضمن عقد در مورد نکاح موقت در جهت حفظ حقوق زوجه اول در رهایی خود از علقه زوجیت با زوجی که با فرد دیگری علقه زوجیت ایجاد نموده است، می باشد و این حق متکی بر توافق طرفین و هم منطبق با مصالح اجتماعی است. بنابراین در فرض اختیار نمودن همسر دوم، هر چند وصف نکاح موقت، زوجه اول حق مطلقه نمودن خود را به وکالت از زوج خواهد داشت.

رویه قضایی هم بر مبنای همین نظر استوار است. دادنامه شماره ۱۰۸۰۹۰۶۱۰۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۰ صادره از شعبه اول دیوان عالی کشور هم در این خصوص اشعار می دارد که: شرط بند ۱۲ سند نکاحیه مبنی بر تحقق وکالت در طلاق در صورت ازدواج مجدد زوج، مطلق بوده و هر نوع ازدواج دائم و منقطع را شامل می شود. حالاً سوالی که با توجه به مفاد شرط مذکور پیش می آید این است که آیا مطلق اختیار کردن ازدواج دوم بدون رضایت همسر اول موجب حق طلاق برای زن اول است یا اینکه اگر به علت ناشزه بودن زن اول دادگاه اجازه ازدواج مجدد بدهد حق طلاق ساقط است؟ در این خصوص رویه قضایی مبتنی بر این نظر می باشد که اگر اختیار کردن همسر دوم توسط مرد با اذن دادگاه باشد زن اول نمی تواند از اختیار مذکور در بند ۱۲ شرایط مندرج در عقدنامه استفاده نماید چرا که اصولاً به موجب شرع و قانون حق طلاق ابتدا به ساکن در اختیار مرد قرار دارد و اعمال آن توسط زن در موارد استثنایی توسط قانونگذار تجویز شده است و باید بین هنگامی که مرد بدون اذن دادگاه و بدون اخذ رضایت همسر اول اقدام به ازدواج مجدد می نماید به وقتی که اقدام وی در جهت اختیار کردن همسر دوم به اذن دادگاه و به موجب قانون می باشد از برای آثار حقوقی تفاوت قایل شد و چنانچه قایل به حق اعمال طلاق توسط زن در هر دو حالت (با اذن دادگاه و بدون اذن دادگاه) باشیم کسب اذن دادگاه توسط مرد جهت ازدواج مجدد چه ضرورتی دارد و چه



آثاری برای وی در پی خواهد داشت. در ضمن رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶- ۱۳۸۹/۷/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور هم در این خصوص اشعار می‌دارد:

«نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و با اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند ب شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست».

همچنین مطابق با نظریه شماره ۷/۹۲/۵۵۸ مورخ ۹۲/۳/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز مواردی از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که به موجب قوانین بعدی نسخ نشده و شورای نگهبان هم آنها را خلاف شرع اعلام ننموده و با قانون حمایت خانواده مصوب ۹۲/۱۲/۱ مغایرتی نداشته باشد از جمله اخذ اجازه ازدواج مجدد از دادگاه به استناد ماده ۱۶ و قسمت اول ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، به قوت خود باقی است. بنابراین در شرایط فعلی هم، اجازه مجدد ازدواج با دادگاه است و دادگاه با بررسی شرایط و احراز ملائت زوج و اجرای عدالت از طرف وی اجازه ازدواج مجدد را صادر می‌نماید و دفاتر ازدواج، ازدواج مجدد را بدون اجازه دادگاه ثبت نمی‌نمایند.

اگر شخصی بدون اجازه دادگاه اقدام به ازدواج مجدد نماید این عمل وی جرم نبوده و قابل تعقیب و مجازات نمی‌باشد ولی به واسطه عدم ثبت واقعه ازدواج به استناد ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۹۲/۱۲/۱ این ترک فعل جرم و قابل تعقیب و مجازات است.

مطابق با ماده فوق‌الذکر چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنچ و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.



در ماده ۱۶^۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که هنوز به قوت خود باقی می باشد و این ماده نسخ نگردیده است، مرد در صورت تحقق یکی از شروط نه گانه مندرج در ماده مذکور می تواند همسر دوم اختیار نماید.

با داشتن یکی از شرایط بالا مرد می تواند به دادگاه دادخواست بدهد و قاضی پس از بررسی مدارک و مشخص شدن توانایی مالی مرد برای اداره همسران و توانایی در اجرای عدالت بین آنها، حکم تجویز ازدواج مجدد را به مرد می دهد.

لذا در صورتیکه مرد بدون تحقق یکی از موارد نه گانه مندرج در ماده ۱۶ پیش گفته و بدون اجازه دادگاه مبادرت به ازدواج نماید تخلف از شرط بند ۱۲ مندرج در سند نکاح محقق گردیده و زن می تواند از طریق تقدیم دادخواست به دادگاه درخواست استیذان اعمال وکالت در طلاق را بنماید.

البته زن می تواند به غیر از شرط بند الف و شروط دوازده گانه مندرج در بند (ب) سند ازدواج، شروط دیگری نیز به تشخیص خود در ضمن عقد ازدواج شرط کند از جمله این شروط به طور چاپی در عقدنامه های ازدواج وجود ندارند ولی می توان در قسمت توضیحات آنها را نوشت:

الف) شرط تحصیل: زوج، زوجه را در ادامه تحصیل تا هر مرحله که زوجه لازم بداند و در هر کجا که شرایط ایجاب کند، مخیر می سازد.

۳. ماده ۱۶ - مرد نمی تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند مگر در موارد زیر:

- ۱- رضایت همسر اول.
- ۲- عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی.
- ۳- عدم تمکین زن از شوهر.
- ۴- ابتلاء زن به جنون یا امراض صعبالعلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ ماده ۸.
- ۵- محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸.
- ۶- ابتلاء زن به هر گونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸.
- ۷- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن.
- ۸- عقیم بودن زن.
- ۹ - غایب مفقودالاثرا شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸.



ب) شرط اشتغال: مطابق قانون، اگر شغل زن منافی با مصالح خانواده یا حیثیت شوهر یا زن باشد، مرد می‌تواند همسر خود را از آن شغل منع کند. با توجه به این که امکان تفسیرهای مختلف از این متن قانونی وجود دارد، گنجانیدن عبارت زیر در سند ازدواج پیشنهاد می‌شود: زوج، زوجه را در اشتغال به هر شغلی که مایل باشد، در هر کجا که شرایط ایجاب کند، مخیر می‌سازد.

ج) شرط وکالت زوجه در صدور جواز خروج از کشور: مطابق قانون گذرنامه، زنان متأهل فقط با اجازه کتبی همسر خود می‌توانند از کشور خارج شوند.

د) شرط تقسیم اموال موجود میان شوهر و زن پس از جدایی: زوج متعهد می‌شود هنگام جدایی اعم از آن که به درخواست مرد باشد یا به درخواست زن نیمی از دارایی موجود خود را اعم از منقول و غیرمنقول که طی مدت ازدواج به دست آورده است به زن منتقل کند. بر این اساس، زوج ضمن عقد ازدواج متعهد می‌شود که هر گاه طلاق به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسررداری یا سوءاخلاق و رفتار او نباشد، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه، بلاعوض به زوجه منتقل کند.

ه) حضانت فرزندان پس از طلاق: زوجین ضمن عقد خارج لازمی توافق کنند اولویت در حضانت فرزند یا فرزندان مشترک در صورت طلاق با مادر باشد یا زوجین ضمن عقد خارج لازمی توافق کنند حضانت فرزند یا فرزندان مشترک در صورت طلاق با هر کدام از والدین خواهد بود که بنا بر مصلحت طفل باشد. تعیین مصلحت طفل بر عهده کارشناس یا داور مرضی‌الطرفین خواهد بود.

و) شرط وکالت مطلق زوجه در طلاق: زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر می‌دهد تا زوجه در هر زمان و تحت هر شرایطی از جانب زوج، به مطلقه کردن خود از قید زوجیت زوج به هر طریق اعم از اخذ یا بذل مهریه اقدام کند.

ماهیت و اقسام وکالت در طلاق از منظر فقه و حقوق

مهمترین شرطی که مبحث ما در مورد شرط ضمن عقد را تشکیل می‌دهد، شرط نتیجه است یا شرط ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم به آن اشاره می‌شود. همینکه زن یا شوهر قصد ازدواج دارند در ضمن عقد نکاح شرط می‌شود که زن حق



مطلقه کردن خود را از جانب شوهر به موجب وکالتنامه دارد. اینجا چون شرط واقع شده، شرط نتیجه است به محض اینکه عقد محقق شود خانم می‌تواند با وکالتی که از آقا دارد در خصوص طلاق خود اقدام کند. اینکه آیا این وکالت مقید است و خاص، مطلق است و خاص و اینکه ماهیت در وکالت چیست؟ طلاق بائن است یا رجعی؟ وکالت در شرط ضمن عقد یک طلاق قضایی است یا یک طلاق قانونی بحثی طولانی است قبلاً در خصوص انواع شروط و اوصاف و ضمانت اجرای آنها بخصوص شروط کاربردی مربوط به نکاح مطالب گسترده و جامعی را بیان نمودیم در اینجا وارد مبحث رویه قضایی در رسیدگی به شروط ضمن عقد نکاح می‌شویم جهت بررسی و پاسخ به ابهامات و سوالات فوق الذکر ابتدا از مبحث وکالت و مسایل مربوط به آن از منظر فقه و قانون می‌پردازیم و سپس رویه قضایی در خصوص شروط را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

وکالت: وکالت از ریشه وکل بوده که معنای لغوی آن نیابت گرفتن، جانشین شدن، تفویض اختیار نمودن و برعهده گرفتن است. و در اصطلاح حقوقی، وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید وکالت دهنده را موکل و کسی که وکالت به او اعطا می‌شود را وکیل می‌گویند.

معنی قانونی وکالت: وکالت در ماده ۶۵۶ قانون مدنی قانون مدنی بدین صورت تعریف شده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».

وکیل در توکیل: وکیلی است که از طرف موکل خود اختیار تعیین وکیل دیگر را برای او دارد.

وکالت بلاعزل: اعطای وکالت بلاعزل به زن برای طلاق؛ از نظر فقهی و حقوقی اصل بر این است که حق طلاق با مرد است. با این وجود امروزه در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود که در ضمن عقد نکاح، به عنوان یکی از شروط ضمن عقد شوهر به همسر خود برای طلاق وکالت می‌دهد. معمولاً وکالتی که در ضمن عقد نکاح به زوجه اعطا می‌شود، وکالت بلاعزل است. منظور از بلاعزل بودن وکالت این است که بر خلاف خیار بودن عقد وکالت و وجود حق فسخ برای هر کدام از طرفین، شوهر در این نوع وکالت حق فسخ ندارد. اگر زوجه برای طلاق وکالت بلاعزل داشته باشد، می‌تواند با مراجعه به دادگاه خانواده و تقدیم دادخواست، گواهی عدم سازش دریافت کرده و به وکالت



از شوهر، خود را طلاق دهد.

وکالت زوجه در طلاق از منظر فقه

فقه امامیه در خصوص وکالت زوجه در طلاق سه قول دیده می شود: «جواز»، «عدم جواز» و «توقف»

(۱) قول مشهور فقهای امامیه

۱-۱ - وکالت زوجه در طلاق جایز است (جواز)

اولاً: طلاق فعلی قابل نیابت است و از اعمالی نیست که مباشرت شخص در آن لازم باشد. ثانیاً: زن از لحاظ حقوقی کامل است و می تواند وکیل باشد (چه از جانب شوهر و چه از جانب شخص دیگر) همانطور که می تواند سایر اعمال حقوقی را انجام دهد و تفاوتی بین زن و اشخاص دیگر در مورد وکالت زوجه نیست. ثالثاً: ادله ای که بر جواز وکالت زوجه در طلاق به طور اطلاق دلالت دارند شامل زوجه هم می شوند. مشروعیت و جواز شرط وکالت در طلاق مورد قبول اکثر فقهای امامیه قرار گرفته (سبزواری، بی تا، ص ۵۶۵؛ تبریزی، ۱۴۲۷ق، ص ۵۶۵؛ ابروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۴۵۵) زیرا شرط ضمن عقد دارای شرایط صحت شرط است اما باید توجه داشت که در این شرط نمی توان گفت حق طلاق با زن است زیرا خلاف کتاب الله و سنت است و یا نمی توان گفت مرد حق ندارد ازدواج مجدد کند اما می توان گفت اگر مرد این کار را انجام دهد زن از طرف او وکیل است خودش را متعلقه سازد و حق دارد دیگری را وکیل کند او را طلاق دهد (وکیل در توکیل) آیت اله مکارم شیرازی ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۱۵).

۱-۲ - عدم جواز

یکی از فقیهان که جواز توکیل طلاق به زن را نپذیرفته شیخ طوسی می باشد و معتقد است زن در طلاق قابل است و محل طلاق قرار می گیرد و چنین کسی نمی تواند فاعل نیز باشد. این استدلال مخدوش بوده زیرا که مغایرت اعتباری بین فاعل و قابل کافی است. در اینجا زن به اعتبار و حیثیت وکالت زوجه از شوهر فاعل طلاق است و به اعتبار و حیثیتی دیگر یعنی محل طلاق قرار گرفتن، قابل است. مغایرت اعتباری در عقود که مرکب از ایجاب و قبول است کافی است چه رسد به ایقاعات مانند طلاق که یک عمل



حقوقی یک جانبه است.

۱-۳- توقف

برخی از فقها که نتوانسته‌اند یکی از دو قول مذکور را بر دیگری ترجیح دهند قائل به توقف شده‌اند. صاحب حدائق از این دسته است.

۲) قول فقه عامه جمهور فقها

آنچه تاکنون گفتیم مربوط به فقه امامیه بود. اما در فقه عامه جمهور فقها توکیل در طلاق را اعم از اینکه وکیل زوجه یا شخص دیگری باشد صحیح دانسته‌اند. در عین حال فقهای حنفی برآنند که اگر شوهر به زن در طلاق وکالت زوجه دهد این توکیل در واقع تفویض است. تفاوت اساسی بین توکیل و تفویض در آن است که در توکیل نایب (وکیل) اراده موکل را اعلام می‌کند و تابع نظر موکل است در حالی که در تفویض شخصی که طلاق به او تفویض شده مطابق اراده خود عمل و تابع اراده و خواست شوهر نیست.

ظاهریه بر خلاف اکثر فقهای عامه بر آنند که توکیل در طلاق جائز نیست زیرا طلاق عملی شخصی است که اختیار آن به دست شوهر است و نیابت شخصی از دیگری در انجام دادن عملی منوط به حکم شرع است و در کتاب و سنت جواز توکیل غیر (اعم از زوجه و شخص دیگر) در طلاق نیامده است به همین دلایل ظاهریه بر خلاف سایر فقهای عامه تفویض طلاق را نیز مجاز نمی‌دانند.

رد این استدلال با توجه به عدم مخالفت توکیل با کتاب و سنت و روایاتی که بر جواز وکالت زوجه در طلاق عموماً و جواز وکالت زوجه در آن خصوصاً دلالت دارند آسان است.

در قوانین کشورهای عربی به تبعیت از جمهور فقهای اسلامی توکیل زوجه در طلاق معتبر شناخته شده است.

وکالت زوجه در طلاق از منظر قانون مدنی

قانون مدنی ایران در مورد وکالت زوجه در طلاق از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است. در قانون مدنی دو ماده راجع به وکالت زوجه در طلاق اختصاص داده شده است یکی ماده ۱۱۳۸ که به وکالت زوجه در اجرای صیغه طلاق ارتباط دارد و دیگر ماده ۱۱۱۹ که به اعطای وکالت به زن برای طلاق در صورت تحقق شرایطی خاص می‌پردازد در واقع بین این دو ماده دو اختلاف وجود دارد: (۱) - ماده ۱۱۱۹ ق.م در مورد اعطای وکالت برای تصمیم‌گیری در طلاق است. مطابق این ماده زوج به زوجه وکالت می



دهد که در صورت تحقق شرایطی، زن وکالت داشته باشد که با مراجعه به دادگاه و اثبات آن از شوهر طلاق بگیرد و زوجه مختار است که از شرط استفاده کند یا وجود چنین شرطی از استفاده از آن برای طلاق خود داری کند و به دادگاه مراجعه نماید اما ماده ۱۱۳۸ ق.م. تنها در خصوص اجرای صیغه طلاق توسط وکیل سخن به میان آورده و توکیل آن را مجاز می داند به عبارت بهتر آنچه از این ماده استنباط می گردد این است که در مورد مرد، خود تصمیم به طلاق می گیرد و سپس اجرای تصمیمش را به دیگری وکالت می دهد (۲). - در ماده ۱۱۱۹ ق.م. از اعطای وکالت برای طلاق به زن صحبت شده است، اما در ماده ۱۱۳۸ ق.م. برای اجرای صیغه طلاق وکیل ممکن است زن یا غیر او باشد. به هر حال در حقوق کنونی ایران، اصولاً امکان توکیل طلاق به دیگری از جمله زن وجود دارد. مرد هم می تواند اجرای صیغه طلاق را به دیگری وکالت دهد این حکم قانونی مورد قبول و تایید حقوق دانان نیز قرار گرفته است. مزیت این راه حل آن است که اگر شوهر غایب باشد یا حاضر بوده و عربی نداند و بکار بردن صیغه عربی را در طلاق چنانچه اکثر فقهای امامیه گفته اند، لازم بدانیم یا در این باره از نظر شرعی احتیاط کنیم می توان برای اجرای صیغه طلاق چنانکه معمول است، از وکیل استفاده کرد. (سید مهدی جلالی، اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران، ۱۳۹۹ ش.ص ۱۶۴ و ۱۶۳)

شروط وکالت از نوع حق است یا حکم؟

در اینکه این شرط حق باشد یا حکم فرق است. زیرا اگر از نوع حکم باشد قابل اسقاط نیست و بندگان حق تشریح ندارند و نمی توانند آن را ساقط کنند اما اگر از جنس حق باشد قابل اسقاط است و شخص می تواند هر طور که بخواهد در حق خودش تصرف کند مانند حق خیار در ظاهر اختیار طلاقی که مرد دارد از نوع حکم است که خداوند برای او جعل کرده و او نمی تواند بگوید من حق طلاق خود را ساقط کردم یا آن را به زوجه منتقل کردم ولی می تواند وکالت دهد یعنی در ضمن عقد شرط کند که اگر چنین و چنان شود زوجه برای اجرای صیغه طلاق وکیل باشد، پس این توکیل است و اسقاط حق طلاق نیست بنابراین اختیار طلاق از نوع حکم و غیر قابل اسقاط است و زوج نمی تواند آن را ساقط کند ولی درباره وکالتی که در طلاق به زوجه می دهد به نظر می رسد از جنس حق باشد زیرا زوجه می تواند از شرط وکالت خود صرف نظر کند و یا آن را بعد از ازدواج ببخشد. (معرفت حقوقی سال اول شماره سوم بهار و تابستان ۱۳۹۱ ص ۱۱۰ الی ۸۹)



اقسام وکالت در طلاق

راه حل ممکن در تعدیل حقوق طرفین قید شرط وکالت زوجه از جانب زوج برای مطلقه ساختن خود (در ضمن عقد ازدواج یا هر عقد لازم دیگری فی المثل عقد بیع) است. شرطی که طبق ماده (۱۱۱۹ قانون مدنی) خلاف مقتضای عقد ازدواج نیست. وکالت مذکور به دو طریق قابلیت قید دارد:

الف) وکالت مشروط که مقید به تحقق شرطی در خارج است و ماده (۱۱۱۹ قانون مدنی) موید همین امر است. یعنی باید وقوع پیوستن شروط مندرج در ماده (۱۱۱۹ قانون مدنی) و قباله های نکاحیه (مثلاً اختیار کردن زن دیگر توسط شوهر، ترک انفاق و سوء رفتار و...) و یا هر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد ازدواج نباشد زن از جانب شوهر وکیل در مطلقه ساختن خویش خواهد بود. تشخیص تحقق این شروط می تواند برعهده شخص زوجه (زن) یا دادگاه یا شخص ثالثی باشد. اما مبرهن است همان گونه که اصیل (مرد) برای طلاق دادن باید به دادگاه مراجعه کرده و گواهی عدم امکان سازش را دریافت دارد وکیل (زن) هم باید این روال قانونی را طی کند. محققاً تشخیص دادگاه مبنی بر اثبات تحقق شرط، عاملی موثر و غیرقابل انکار است.

ب) وکالت مطلق (بدون قید شرط): در این نوع وکالت زوجه می تواند بدون هیچ عذری و یا تحقق شرطی در عالم خارج خود را مطلقه سازد، وکالت مطلق مورد پذیرش فقهاء قرار گرفته است. وکالت مطلق، وکالتی است که بدون قید و شرط باشد. قانونگذار در ماده ۶۶۰ قانون مدنی به صراحت وکالت مطلق را پذیرفته و آنرا به رسمیت شناخته است و در مواد ۶۶۱ و ۱۰۷۲ آن قانون مطالبی در خصوص وکالت مطلق بیان داشته است.

نوع شروط مندرج در بند (ب) سند ازدواج: در بند (ب) سند نکاحیه مقرر گردیده است که: «ضمن عقد نکاح، عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید». ظاهر این شرط نشان می دهد که از نوع شرط فعل است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۷۴، آیت الله بهجت، ۱۴۲۸، ق، ج ۴، ص ۳۲). یعنی هرگاه یکی از مواد این بند در خارج محقق شود زوجه میتواند بر اساس این شرط خود را مطلقه سازد اما اگر زن در حین اجرای صیغه عقد بگوید من خودم را به شرط این که وکیل بلاعزل



در طلاق باشم به زوجیت تو در می آورم و مرد قبول کند چنین شرطی از نوع شرط نتیجه میشود به عبارت دیگر اگر وکیل نمودن زوجه شرط شود از شروط فعل است اگر وکیل بودن زوجه شرط شود از شرط نتیجه به شمار می آید البته ثمره نتیجه بودن شرط یا فعل بودن آن در این است که بر فرض فعل بودن احکام عقد وکالت در آن جاری است و قید بلاعزل فایده ای ندارد، یعنی هرگاه موکل (زوج) بخواهد می تواند وکیل (زوجه) را عزل کند از این رو به نظر برخی «الزام اشخاص بر شرط این امور در ضمن عقد یا عقد خارج جایز نیست» (آیت الله صافی گلپایگانی ۱۴۱۷، ق: ۲، ص ۷۴ آیت الله بهجت ۱۴۲۸، ق: ج ۴، ص ۳۲) البته از نظر حقوقی بر اساس ماده ۲۳۷ قانون مدنی هر گاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط را بنماید، اما اگر این شرط را نتیجه بدانیم اثر آن به مجرد عقد ظاهر می شود (امام خمینی ۱۴۲۲، ق: ج ۲، ص ۳۱۹ و ج ۳، ص ۱۰۵) از نظر حقوقی طبق ماده ۲۳۶ از آنجا که حصول نتیجه متوقف بر توقف تحقق امور یا اسباب خاصی در خارج است با تحقق این امور نتیجه نیز حاصل می شود، بنابراین نتیجه یا فعل بودن این شرط به نحوه انشا و ایجاد آن بر می گردد، هر چند به نظر می رسد که از نوع نتیجه باشد زیرا پس از اجرای عقد وکالت بلاعزل است و زوج نمی تواند زوجه را عزل نماید در صورت تحقق موارد دوازدهگانه مندرج در بند (ب) سند نکاحیه، نتیجه که همان وکالت زوجه باشد، حاصل می شود و زوجه می تواند خود را مطلقه سازد. (معرفت حقوقی سال اول شماره سوم بهار و تابستان ۱۳۹۱ ص ۱۱۰ الی ۸۹)

در خصوص شرط نتیجه در عقد نکاح آنچه بیشتر مورد استفاده واقع می شود و از دیر زمانی در ایران معمول بوده شرط وکالت در طلاق است که ممکن است ضمن نکاح مرد به زن وکالت دهد که در صورت اثبات پاره ای امور (مانند غیبت در مدت معین، ترک انفاق، گرفتن زن دیگر به وسیله شوهر و...) یا حتی بدون هیچ گونه قید و شرط، خود را از جانب مرد مطلقه سازد ممکن است حق توکیل هم به زن داده شده باشد یعنی به موجب شرط ضمن عقد زن حق داشته باشد برای اجرای طلاق وکیل بگیرد ماده منسوخه ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی این گونه شرط را پیش بینی کرده و در این مورد هر گاه زن بخواهد از وکالت خود در طلاق استفاده نماید، باید برابر قانون حمایت خانواده به دادگاه جهت طلاق مراجعه نماید.



در نکاح نامه‌های کنونی، برای اینکه زوجة بتواند وکالتاً از جانب شوهر، خود را مطلقه کند مصادیقی را ذکر نموده و شرط کرده اند در این نکاح نامه‌ها دو شرط وجود دارد معمولاً به اشتباه گفته می‌شود که ۱۲ شرط هستند (۱) - در بند (الف) سند نکاحیه مربوطه به شرط تنصیف می‌باشد که مسامحتاً به تنصیف اموال معروف شده است و در اصل تنصیف نیست، (۲) - شرط دوم شرط وکالت در ضمن عقد نکاح. حال می‌گوییم این شرط وکالت، ۱۲ شرط و زیرمجموعه دیگر دارد که این ۱۲ شرط هم به صورت حصری نیستند؛ بلکه تمثیلی هستند. یعنی می‌توانیم شروط دیگری را نیز به آن اضافه کنیم و نیاز به عاقد هم نیست. همینکه زن و شوهر می‌توانند خودشان هم با توافق شرط دیگری را به این شروط ۱۲ گانه اضافه کنند. فقط در خصوص افزایش مهریه مشکل وجود دارد و نظریات فقها و دیدگاه‌های حقوقی داریم که معتقدند افزایش مهریه اگر بعد از عقد ازدواج صورت بگیرد مهر محسوب نمی‌شود. البته بنده معتقدم شرط افزایش مهریه به عنوان تعهد مالی غیر از مهریه تحت شمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده که قراردادی است که مخالف نظم عمومی نمی‌باشد و صحیح است.

فقها وکالت در ضمن عقد را پذیرفته‌اند و ما می‌توانیم آثاری که مخالف مقتضای ذات عقد نباشد را در قرارداد بیاوریم. استناد من برمی‌گردد به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی. طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینه غایب شود یا ترک انفاق نماید یا سوءرفتار داشته باشد زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

تفاوت وکالت مقید و مطلق به موجب سند رسمی

در وکالت مقید، اعمال وکالت از طرف زن متوقف است به تحقق شرط‌های مزبور و زن باید آن را در دادگاه ثابت کند. بنابراین این شرط ضمن عقد، منوط به تحقق وضعیت موصوف و اثبات آنها از سوی زن در دادگاه است. شروط مقرر در ماده ۱۱۱۹ قانون مزبور یا شروط ضمن عقد نکاح مقرر در سند ازدواج مقید و محدود به همان موارد مزبور یا مذکور در آن سند نبوده و می‌تواند شامل توافقات قانونی و شرعی دیگر نیز باشد.

۹۳

وکالت مطلق: این نوع وکالت مربوط به حالتی است که شوهر به زن وکالت مطلق و بدون قید و شرط موضوعی می‌دهد که هر وقت بخواهد، خود را طلاق دهد. این وکالت



از نظر حقوقی و قانونی صحیح است و مانند آن است که شوهر او را طلاق داده یا شخص ثالث به وکالت، زن را طلاق داده است. در این حالت، برخلاف مورد نخست، نیاز به اثبات شروط فوق در دادگاه نیست و اعمال وکالت از طرف زن متوقف بر تحقق آن نبوده است. در خصوص اینکه رویه قضایی در جهت رسیدگی به شروط ضمن عقد نکاح به چه صورت می باشد، ابتدا باید به این پرسش پاسخ داد که هر گاه زوجه با استفاده از وکالت زوجه که به موجب شرط ضمن عقد نکاح به او داده شده خود را مطلقه کند آیا این طلاق قضایی است یا قانونی در صورت قضایی یا قانونی بودن دارای چه ماهیتی می باشند آیا رجعی یا بائن هستند یا باین یا طلاق با نام دیگر بعضی از حقوقدانان معتقدند، به طوریکه از فقه اسلامی و قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵) بر میآید، طلاق جز موارد استثنایی مصرح در قانون رجعی است. بنابراین اصل بر رجعی بودن طلاق ها است و چون طلاق زن، به وکالت از شوهر از موارد طلاق بائن بشمار نیامده، بنابراین اصولاً رجعی است مگر اینکه مشمول یکی از موارد مذکور در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی و به عبارت روشن تر طلاق قبل از نزدیکی یا طلاق یا نائسه یا خلع و مبارات و یا طلاق سوم باشد. عده ای از حقوقدانان که قایل به باین بودن چنین طلاق هستند به این نظر ایراد وارد نموده اند و گفته اند اگر طلاق مزبور رجعی باشد توکیل زن بی فایده خواهد بود زیرا شوهر می تواند با رجوع خود اثر طلاق را از میان ببرد در حالی که مقصود از این توکیل آن است که زن بتواند خود را از قید زندگی زناشویی آزاد کند. (سید حسین صفایی، مختصر حقوق خانواده)

در پاسخ عده ای از حقوقدانان چنین اظهار نظر کرده اند، که می توان گفت که این توکیل حتی در صورتی که طلاق رجعی باشد بی فایده نیست، زیرا طلاق که بدین سان واقع می شود در عدد طلاقها منظور می گردد و هنگامی که عدد طلاق به سه رسید طلاق بائن خواهد بود نه رجعی. علیهذا این حقوقدانان با توجه به مراتب مذکور وکالت در طلاق ناشی از تحقق شروط ضمن عقد را قانونی می دانند و علت اساسی آن چنین عنوان می دارند که زوجه در طلاق خویش نیابتاً اراده شوهر را اعمال می کند و کسی که اراده شوهر را اعمال می کند، نظر موافق شوهر را همراه دارد، لذا در خصوص وکالتی هم که زن در طلاق از شوهر خود دارد به وکالت از آن خود را مطلقه می نماید، اینجا هم طلاق را قانونی و با ماهیت طلاق رجعی می دانند به عبارتی همانطور که در ماده ۱۱۳۳ ق.م.مقرر میدارد: مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. لذا این طلاق از نوع طلاق قانونی با ماهیت رجعی می باشد



و به استناد ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده باید گواهی عدم امکان سازش صادر گردد و مهلت اعتبار گواهی صادره هم به استناد ماده ۳۴ همان قانون سه ماه از تاریخ ابلاغ رای قطعی یا قطعی شدن رای است بنابراین در طلاق های وکالتی هم زوجه به نیابت از مرد اقدام به مطلقه نمودن خود می نماید و بدین لحاظ طلاق قانونی با ماهیت رجعی می باشد و باید دادگاه ضمن احراز تحقق شرط ضمن عقد نکاح، مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش نماید. لیکن زن با بذل تمام یا بخشی از مهریه خود یا مال دیگر می تواند طلاق خود را به باین خلعی تبدیل نماید، لیکن در اینجا هم مهلت اعتبار طلاق صادره سه ماه می باشد.

عده ای از حقوقدانان هم معتقدند: همانطور که طلاق های به درخواست زوجه که در مواد ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، و ۱۰۲۹ در خصوص عسر و حرج و عدم پرداخت نفقه و غایب مفقود الاثر، طلاق های قضایی و دارای ماهیت باین محسوب می شوند لذا درجایی هم که حسب ماده ۱۱۱۹ ق.م و شروط ضمن عقد نکاح زوجه درخواست طلاق می نماید این نوع طلاق را هم باید قضایی و با ماهیت باین محسوب نمود.

در پاسخ عده ای از حقوقدانان چنین نظر داده اند که بدیهی است اگر ما طلاق وکالتی ناشی از تحقق از شروط ضمن عقد نکاح به درخواست زن را باین بدانییم سبب می شود که علاوه بر رجوع، سایر آثار طلاق رجعی را نیز از این طلاق سلب کنیم در حالی که هیچ دلیل قانونی و منطقی برای این امر نداریم و ملاحظه می شود که از میان آثار فوق فقط حق رجوع مرد و همچنین مهلت اعتبار حکم و گواهی عدم امکان سازش موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون حمایت خانواده ممکن است با مقتضای حکم به احراز شروط ضمن عقد جهت اعمال طلاق مخالف باشد و هیچ یک از آثار دیگر آن با این طلاق اخیرالذکر منافاتی ندارد، و حتی رجعی بودن طلاق در مواردی به نفع زن می باشد؛ مانند اینکه زن در مدت عده حق نفقه دارد که در طلاق باین چنین حقی ندارد یا اگر در مدت عده مرد فوت نماید زن از او ارث می برد لیکن در طلاق باین چنین نیست. پس دلیلی ندارد که ما با باین دانستن طلاق وکالتی این حقوق را از زن سلب نماییم و هیچ دلیل شرعی و قانونی نیز بر سلب این حقوق صحه نمی گذارد.

«مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه» در خصوص اینکه طبق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ چنانچه زوجه به علت تخلف زوج از شرایط دوازده گانه ضمن عقد طرح دعوا نماید پس از احراز شرایط اعمال وکالت دادگاه رای طلاق صادر



می نماید به علت سکوت قانون به دو سوال پاسخ داده است: (۱) - مدت اعتبار این رای جهت مراجعه به دفترخانه جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن چند ماه است؟ (۲) - چنانچه زوجه در مدت تعیین شده توسط دادگاه به دفترخانه مراجعه نماید آیا این حق برای زوجه از بین رفته و دیگر نمی تواند طرح دعوا نماید و یا از سایر شروط ضمن عقد می تواند استفاده نمایند؟

پاسخ در مورد دادخواست زوجه مبنی بر اجازه اعمال وکالت در طلاق به علت تخلف زوج از شرایط ضمن عقد دادگاه رای به گواهی عدم امکان سازش و اجازه اعمال وکالت در طلاق به زوجه به علت تخلف زوج از شرایط ضمن عقد صادر می کند و رای به طلاق صادر نمی شود، چون زوجه پس از اثبات تخلف زوج از شرایط ضمن عقد، وکالت در طلاق دارد و نیازی به حکم طلاق دادگاه ندارد در ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ آمده است در صورتی که طلاق توافقی یا به درخواست زوج باشد دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می کند در این ماده تصریح شده است در صورتی که زوجه دادخواست تخلف زوج از شرایط ضمن عقد تقدیم دادگاه کند دادگاه رای به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق صادر می کند و اشاره ای به رای طلاق در این مورد ندارد اما در جای دیگر بیان شده ثبت طلاق در دفترخانه نیاز به حکم طلاق یا گواهی عدم امکان سازش دارد در ماده ۲۴ این قانون نیز آمده است ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و نیز اعلام بطلان نکاح یا طلاق در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق حسب مورد پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم مربوطه از سوی دادگاه مجاز است از جمع بین این دو ماده روشن میشود در مورد دادخواست اعمال وکالت از طرف زوجه دادگاه تنها رای به احراز شرایط اعمال وکالت صادر نمی کند بلکه باید گواهی عدم امکان سازش نیز صادر نماید و صدور این گواهی در دادگاه از منظر قانون برای هر نوع جدایی غیر از موارد حکم طلاق لازم است و هدف از آن جلوگیری از افزایش طلاق است اما صدور حکم طلاق تنها در موارد خاص مانند عسر و حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی یا ترک انفاق یا عجز از آن موضوع ماده ۱۱۲۹ قانون مذکور می باشد و شامل موردی که زوجه وکالت در طلاق دارد نمی شود و در حقیقت فرض سوال به منزله طلاق توافقی می باشد و احکام آن را دارد چون زوجه اصالتاً از طرف خود و وکالت آن از طرف زوج اقدام می کند پس از ذکر این مقدمه در پاسخ



به سوال باید گفت ۱) - مدت اعتبار این رای جهت مراجعه به دفترخانه برای اعمال وکالت و اجرای صیغه طلاق سه ماه می باشد ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده در این مورد بیان می دارد مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش برای تسلیم به دفتر رسمی ازدواج و طلاق سه ماه پس از تاریخ رای قطعی یا قطعی شدن رای است چنانچه گواهی مذکور ظرف این مهلت تسلیم نشود یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده است ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند گواهی صادر شده از درجه اعتبار ساقط است در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱۵۱۹-۱۳/۸/۱۳۹۲/اداره حقوقی قوه قضاییه نیز آمده است، حکم احراز شرایط اعمال وکالت موضوع قسمت اخیر ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ یا حکمی که بر اساس وکالت محضری زوجه از زوج برای طلاق بر جواز اعمال وکالت صادر می شود متفاوت از حکم طلاق مذکور در ماده ۳۳ آن قانون بوده و به منزله طلاق توافقی است زیرا زوجه به وکالت از زوج اقدام می کند که حکایت از موفقیت موکل بر طلاق دارد و مورد مشمول ماده ۳۴ قانون یاد شده است که مدت اعتبار آن سه ماه از تاریخ ابلاغ رای قطعی یا قطعی شدن رای است بنابراین در اینجا حکم صادر نمی شود تا به موجب ماده ۳۳ قانون حمایت خانواده مدت اعتبار آن ۶ ماه باشد ۲) - چنانچه زوجه در مدت معین قانونی به دفترخانه مراجعه نماید و از گواهی دادگاه استفاده نکند این گواهی طبق ماده ۳۴ فوق از اعتبار ساقط خواهد شد اما وی می تواند مجدداً دادخواست تخلف زوج از همان شرط یا دیگر شرایط ضمن عقد و اعمال وکالت تقدیم دادگاه کند و دلیلی بر عدم امکان استفاده از حق خود نمی باشد .

بنابراین ۱) رای که دادگاه پس از تقدیم دادخواست اجازه اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه صادر می نماید گواهی عدم امکان سازش است و حکم طلاق صادر نمی کند و با وجود وکالت در طلاق نیازی به حکم دادگاه در این مورد نیست. ۲) به استناد ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش سه ماه می باشد چنانچه در این مدت تقدیم دفترخانه نشود از اعتبار ساقط می شود اما می تواند مجدداً همان دادخواست را تقدیم دادگاه نماید.

آقای دکتر حبیبی تبار در کتاب «تشکیل خانواده از منظر فقه و حقوق موضوعه»، بحث جامع و مفصلی را در خصوص موضوع شرط وکالت زوجه در طلاق و شیوه اجرای آن مطرح فرموده اند که بشرح ذیل می باشد: نکته اول این شرط وکالت به نحو شرط



نتیجه است و نه شرط فعل یعنی به محض انعقاد عقد نکاح مشروط برای زن وکالت پدید می‌آید و نیازمند به اجرای صیغه وکالت نیست به عبارت دیگر مقتضای این شهرت وکیل شدن زن به محض عقد نکاح است نه اینکه مرد مکلف باشد به وی بعداً با اجرای صیغه وکالت در طلاق بدهد نکته دوم اگرچه این وکالت به نحو شرط نتیجه حاصل می‌شود آنچه ناشی از شرط وکالت حاصل شده وکالت مشروط است و شرط اعمال وکالت مراجعه به دادگاه از سوی و تایید دادگاه مبنی بر تحقق یکی از امور ۱۲ گانه در بند به سند نکاحیه میباشد اگر زوجه به طور مطلق وکیل در طلاق خودش شده باشد و این وکالت به نحو ملزومی نباشد یعنی ضمن عقد لازمی شرط نشده یا حق عزل وکیل در ضمن عقد لازمی را موکل سلب نشده باشد این وکالت قابل عزل است بنابراین هرگاه در جریان دادرسی مرد اعلام کند که زن از این وکالت معزول است زن وکالتی در تعقیب دعوی طلاق را نخواهد داشت اما اگر به وکالت به طور مقید باشد همانطور که امروز در نکاح نامه های رسمی منعکس است طبعاً ابتدا باید در دادگاه خانواده تحقق آن شرح اثبات شود تا معلوم گردد که مصداق حق وکالت زوجه در طلاق خودش هست یا نه و این احراز مستلزم صدور حکم است قانونگذار در قانون حمایت خانواده چنین مقرر داشته است در صورتی که توافقی یا به درخواست زوجه باشد دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند بنابر نص قانون احراز شرطی از شرایط مورد وکالت مستلزم صدور حکم است در بعضی موارد این شائبه ایجاد شده که در موردی که زن تقاضای اعمال وکالت در طلاق دارد و شرطی از شروط مربوط در دادگاه احراز شود دادگاه درباره خود طلاق باید حکم به طلاق دهد که این برداشت کاملاً اشتباه است زیرا وقتی زن به وکالت از شوهر تقاضای طلاق می‌کند این طلاق ماهیت طلاق قانونی دارد نه طلاق قضایی و دادگاه صرفاً در مصادیق طلاق قضایی حق دارد که حکم به طلاق بدهد و در مصادیق طلاق قانونی صرفاً مکلف به صدور گواهی عدم امکان سازش است و تمام آثار گواهی عدم امکان سازش بر این تصمیم دادگاه مرتبط می‌شود از جمله مهلت اعتبار آن سه ماه است و نه اینکه مانند حکم مدت اعتبار آن ۶ ماه باشد اگر وکالت زوجه مقید به قیودی باشد مثل قیود دوازده گانه ای که امروز در سند های رسمی ازدواج موجود است برای اثبات تحقق شرط زوجه باید به دادگاه خانواده دادخواست بدهد در این دادخواست زن خواهان و شوهر خوانده دعوا خواهد بود ممکن است خواسته در این



دادخواست صرفاً اثبات تحقق شرط و امکان اعمال حق وکالت در طلاق باشد در این صورت دادگاه پس از احراز قید یادشده حکم می‌کند که زن سمت وکیل شوهرش در طلاق را تحصیل کرده است اما اگر دادخواست مرکب از دو خواسته باشد یعنی یکی تحقق قید مزبور و دیگری اجازه تحقق طلاق دادگاه نسبت به بخش اول یعنی تحقق سمت زن در وکالت از شوهرش برای طلاق باید حکم صادر کند و در مورد قسمت آخر یعنی اجازه طلاق با رعایت جمیع بایسته‌های قانونی مربوطه هم از تعیین وضعیت شرط مالی ضمن عقد یا اجرت المثل یا نخله یا حسب مورد یا مهریه، جهیزیه و حضانت فرزندان مشترک در فرض وجود و مانند آن اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش کند که اعتبار بخش حکم مزبور نامحدود است ولی اعتبار گواهی عدم امکان سازش صادره تا شش ماه از تاریخ قطعیت آن است، اگر زن مدخوله وکالت مطلق در طلاق داشته باشد و به دلیل رفتاری که شوهرش داشته از او متنفر شده و میخواهد با بذل مال به شوهر خود را مطلقه کند مکلف از طلاق خود را درخواست کند و در اینجا لزوماً نباید خودش خواهان در دادخواست باشد و وکیلی را که از سوی شوهرش انتخاب کرده است به عنوان وکیل خوانده در پرونده مداخله کند و برای تحقق طلاق خلع باید زن از سوی شوهر وکالت در قبول مابذل را نیز داشته باشد (حبیبی، تشکیل خانواده از منظر فقه و حقوق موضوعه، ص، ۶۵۳الی ۶۵۴ و ۶۷۴الی ۶۷۱)

سؤال دیگری که مطرح می‌باشد آن است که چنانچه زوجه مجوز طلاق را براساس این شرط کسب نماید، آیا باید حقوق خویش را بذل کند یا مستحق دریافت آن است؟ عده‌ای را نظر بر آن است که اصل بر رجعی بودن طلاق است و طلاقی که توسط دادگاه به واسطهٔ عسروخرج زوجه و یا طلاقی که زوجه به وکالت از زوج جاری می‌سازد از نوع رجعی است و زوج در مدت عدهٔ حق رجوع دارد. اما با در نظر گرفتن فلسفهٔ چنین طلاقی توسل به این نظر صحیح نبوده و موجب عبث شدن چنین وکالتی می‌شود. از آنجا که هر گاه زوجه با اثبات تحقق شرط ضمن عقد به مفری برای رهایی از ادامه زندگی زناشویی دست یابد پس از جاری نمودن صیغه طلاق به وکالت از زوج، وی با رجوع خود، عمل زوجه را بی‌اثر می‌سازد. یکی از فقها در مورد طلاقی که به واسطه عدم پرداخت نفقه به حکم دادگاه واقع می‌شود چنین می‌فرماید: «هرگاه زوج از پرداخت نفقه خودداری نماید در صورتی که زوجه استحقاق دریافت نفقه را دارد و زوجه نزد حاکم شکایت برد، حاکم در ابتدا زوج را امر به پرداخت نفقه یا طلاق می‌نماید و اگر زوج از انتخاب یکی از دو امر



امتناع نمود حاکم زن را طلاق می‌دهد و ظهور بر این است که این طلاق بائن است و زوج در مدت عده اجازه رجوع ندارد».

طلاق که زن خود را به عنوان وکالت ضمن عقد می‌دهد یا غیر آن در صورتی که غیر مدخوله و یائسه و برای بار سوم نباشد که طلاق گرفته در صورت بذل مالی اعم از مهریه یا مالی دیگر بائن است و زوج نمی‌تواند در عده به آن رجوع نماید زیرا منظور طرفین از شرط وکالت زوجه در طلاق ضمن عقد، طلاق غیر قابل رجوع بوده و عقود تابع قصد طرفین می‌باشد». همچنین بر این استدلال که اصل بر رجعی بودن طلاق است و طلاق‌های بائن، محصور در ماده ۱۱۴۵ ق.م. می‌باشد، چنین پاسخ داده‌اند: «ایراد به قانون مدنی که طلاق مذکور را در ردیف طلاق‌های بائن در ماده ۱۱۴۵ ق.م. به شمار نیاورده است وارد نمی‌باشد؛ زیرا ماده فوق در مقام بیان طلاق‌هایی است که طبیعتاً بائن است و طلاق‌هایی که زن در اثر شرط وکالت خود می‌دهد به جهات خارجی بائن است.»

البته وکیل دارای کلیه اختیارات تفویض شده موکل است، پس نوع طلاق به انتخاب زوجه می‌باشد و وی می‌تواند با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه کند و در صورت انتخاب طلاق خلع و بذل فدیة که معمولاً قسمتی از مهریه یا نفقه معوقه است، از جانب زوج، قبول بذل نموده و خود را مطلقه نماید و اگر زوجه طلاق رجعی را انتخاب نمود، می‌تواند کلیه حقوق خویش را مطالبه کند. در عوض برای زوج نیز امکان رجوع در ایام عده محفوظ است، هرچند در عمل هیچ‌گاه زوجه چنین انتخابی نمی‌نماید و با بذل قسمتی (هرچند ناچیز) از مهریه خویش، امکان رجوع را از زوج سلب می‌کند.

وکالت زوجه در طلا از منظر رویه قضائی

با عنایت به مراتب فوق رویه قضایی در خصوص رسیدگی به شروط ضمن عقد نکاح بشرح ذیل می‌باشد:

قانون مدنی ضمن تایید توکیل طلاق به زوجه از امکان درج نمودن وکالت در طلاق در ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد لازم دیگر سخن به میان آورده است بنابراین یا وکالت به صورت مقید و مشروط است یا به صورت مطلق و غیر مشروط ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در خصوص وکالت مقید و مشروط می‌باشد که در بند به یک سندهای نکاحیه شروط ۱۲ گانه قرار داده شده که البته زوجین می‌توانند شروط دیگری که خلاف مقتضای ذات عقد نباشد به آن اضافه کنند، وکالت در اینجا مقید و مشروط است زیرا زوج به زوجه وکالت



داده است تا پس از تحقق یکی از شروط مذکور بتواند از طریق دادگاه استیذان اعمال وکالت در مطلقه نمودن خود بنماید و همچنین ممکن است زوج به زوجه به موجب سند نکاحیه یا عقد لازم دیگری (سند رسمی تنظیم شده در دفتر اسناد رسمی) وکالت در طلاق به نحو غیر مشروط و مطلق اعطا نماید که زوجه میتواند با توجه به مفاد و شرایط وکالت نسبت به اعمال وکالت در طلاق در دادگاه اقدام نماید، قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مواد ۲۶ و ۳۶ وکالت در طلاق و امکان اعمال آن به توسط زوج و از طریق دادگاه خانواده را مورد تصریح قرار داده است در ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مقرر گردیده است «در صورتی که طلاق توافقی یا به درخواست زوج باشد دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می کند» وکالت زن در طلاق اعم از اینکه به صورت مشروط یا مطلق در ضمن سند نکاح درج شود یا اینکه به عنوان یک عقد مستقل تنظیم و طی عقد لازمی به صورت بلاعزل بین طرفین مقرر شده باشد، اعمال و اجرای آن مستلزم رعایت تشریفات قانونی خاصی است، زوجه اساساً و بدون اذن دادگاه مجاز ایقاع طلاق و ثبت آن نیست، بلکه باید با تقدیم دادخواست به مرجع قضایی (دادگاه خانواده) اقدام نماید و برای رعایت شرایط شکلی دادخواست و رعایت حقوق زوج در دادرسی باید نام وی در ستون خوانده درج گردد چه بسا زوج در مقام ترافع مدعی جعل یا عدم تحقق شروط ضمن عقد یا هر ادعای قانونی دیگر گردد، البته زوجه در وکالت مطلق که بیشتر در دفاتر اسناد رسمی به موجب عقد خارج لازم که زوج به او اعطا نموده است، در اینجا می تواند زوج را خوانده قرار داده و با توجه به اینکه وکیل در توکیل هم میباشد برای زوج و کیل بگیرد (وکیل مع الواسطه)، البته حضور وکیل مانع نیست که زوج در جلسه دادگاه حاضر شود، علیهذا آنچه که قابل توجه است این می باشد که مرجع قضایی در مقام رسیدگی با دو مقوله یا به عبارتی دیگر دو خواسته مواجه خواهد بود یکی موضوع احراز تحقق شرایط و دیگر حکم بر احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق، لذا دادگاه باید با برگزاری جلسه رسیدگی و فراهم نمودن امکان دفاع برای زوج اقدام به رسیدگی ماهوی نموده و طبق ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده موضوع را به داوری ارجاع بدهد و در ادامه در صورت تحقق شرط، حکم بر احراز شرط و اعمال وکالت در طلاق صادر نماید (نمونه دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۲۶۲۰۲۰۰۴۷۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۲۰ صادره از شعبه هشتم دیوان عالی کشور):



«با صدور حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق ناشی از تخلف زوج از شروط ضمن عقد مندرج در سند ازدواج، دادگاه به زوجه اذن اعمال این وکالت را اعطا می کند و دیگر صدور حکم به اجبار زوج به طلاق فاقد وجاهت است.» و با توجه به اینکه به استناد بند (ب) سند ازدواج زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر جهت انتخاب نوع طلاق و در صورت بذل از طرف او قبول بذل نماید اعطا نموده است، لذا اگر زوجه مدخوله کبیره غیر یائسه و همچنین زنی که طلاق بار سوم وی نباشد، کل یا بخشی از مهریه خود یا مال دیگری هرچند اندک را در دادگاه یا دفتر رسمی ثبت طلاق بذل نماید و به وکالت از زوج قبول بذل نماید، نوع طلاق باین خلعی خواهد بود، به قول آقای آیت الله مکارم شیرازی طلاق بائنی هست البته لازم به ذکر است به استناد مواد ۲۶ و ۳۳ قانون حمایت خانواده مدت اعتبار طلاق صادره شش ماه پس از تاریخ رای فرجامی یا انقضا مهلت فرجام خواهی است و بر اساس حکم صادره به زوجه اجازه داده می شود پس از قطعیت رای به یکی از دفاتر رسمی ثبت طلاق مراجعه و با بذل تمام یا بخشی از مهریه یا مال دیگری که در دادگاه اعلام داشته طلاق خلعی را انتخاب نموده و به وکالت از خواننده قبول بذل نماید و پس از اجرا صیغه طلاق خلع با اعمال وکالت حاصل از طریق تحقق شرایط ضمن العقد نسبت به ثبت رسمی آن اقدام و اسناد و دفاتر مربوطه را اصالتاً و نیز به وکالت از خواننده امضا نماید، نمونه رای صادره از شعبه هشتم دیوان عالی کشور به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۸۷۴۱۰۴۰۰۵۲۳ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۱۲ (در دعوی طلاق از ناحیه زوجه به جهت تخلف زوج از شروط ضمن عقد نکاح، دادگاه باید حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق از طرف زوجه صادر کند که مدت اعتبار این حکم شش ماه است و صدور گواهی عدم امکان سازش در این مورد فاقد وجاهت قانونی است.) لازم به ذکر است، چنانچه زوجه هنگام اجرای وکالت طلاق غیر مدخوله یا یائسه یا چنانچه طلاق، طلاق سوم وی باشد بدون اینکه نیاز به بذل مهریه یا مال دیگر باشد، طلاق وی باین محسوب می گردد، اما اگر در صورتی که زوجه مدخوله کبیره و غیر یائسه و برای بار سوم نباشد که طلاق می گیرد و بدون اینکه مهریه یا مالی بذل نماید به وکالت از شوهر خود را طلاق بدهد باید طلاق را رجعی محسوب و برای شوهر حق رجوع قایل شویم.

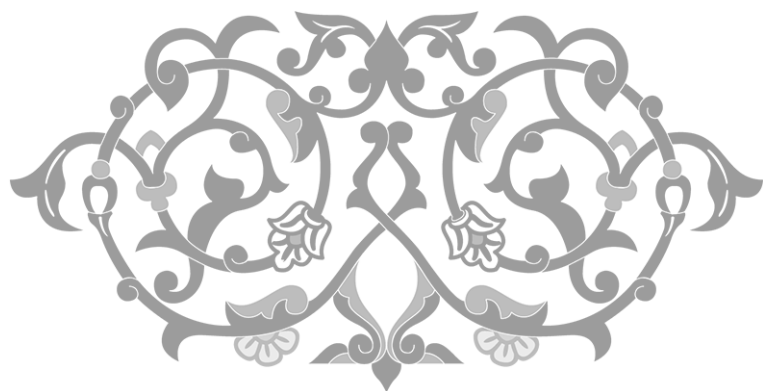
اصل بر این است که مرد حق اجرای صیغه طلاق یا تفویض وکالت در طلاق را به زوجه اعطا کرده است در اینجا زوجه طلاقش چون به اراده مرد است هر چند وکالت به وی اعطا شده است ولی در اصل زن را طلاق می دهد طلاقش



از نوع رجعی می باشد و اگر می خواهد طلاقش به باین تبدیل شود باید یک مالی حالا چه کل مهریه یا بخش از آن یا مال دیگری هر چند اندک باشد را به زوج بذل نماید. در همین خصوص از شعب مختلف دیوان عالی کشور آرای متعددی صادر شده که به یک نمونه آن اشاره می شود. (دادنامه شماره ۱۱۷۷۰۹۹۰۹۹۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۳۱ صادره از شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور «چکیده رای: طلاق واقعه به استناد یکی از بندهای ۱۲ گانه عقدنامه، از نوع طلاق خلع است بدین صورت که به منظور جلوگیری از نقض غرض (رجوع زوج در صورت رجعی بودن طلاق)، زوجه با بذل بخشی از مهریه آن را مبدل به بائن می نماید»). البته عقلانی نیست که زوجه نوع طلاقش را با این همه که تلاش نموده که وکالت از زوج گرفته است رجعی انتخاب کند. اگر طلاق رجعی باشد برای مرد حق رجوع وجود دارد. اما نکته ای دیگر که باید به آن پردازیم در خصوص وکالت های مطلق است که در ضمن عقد خارج لازم زوج به زوجه اعطا می نماید و اجرای آن منوط به زمان یا تحقق شرطی خاصی نیست، در این نوع وکالت ها زوجه با توجه به شرایط و اختیارات حاصله در وکالتنامه دادخواست طلاق توافقی تقدیم مراجع ذیصلاح (محاکم خانواده) می نماید و در ستون دادخواست خود را خواهان و زوج را خواننده قرار داده و با توجه به اینکه وکیل و وکیل در توکیل به غیر هم می باشد از جانب زوج وکیل گرفته (وکیل مع الواسطه) و در جلسه دادگاه با بذل مهریه یا مالی که مورد قبول وکیل مع الواسطه قرار می گیرد خود را مطلقه نماید دادگاه در این خصوص به استناد بند ۳ ماده ۱۱۴۶ و ۱۱۴۵ قانون مدنی و ماده ۲۶ و ۳۴ قانون حمایت خانواده گواهی عدم امکان سازش که مدت اعتبار آن سه ماه می باشد و نوع طلاق هم باین خلعی است صادر می نماید، نمونه رای دیوان عالی کشور (هر گاه زوج طی وکالت نامه رسمی به زوجه تفویض وکالت نماید تا بر اساس اختیارات تفویضی مصرحه در آن با حق توکیل به غیر حتی انتخاب وکیل دادگستری برای موکل (زوج) ضمن مراجعه به دادگستری و تقدیم دادخواست گواهی عدم امکان سازش خود را به هر قسم طلاق اعم از بائن، رجعی، خلعی یا مبارات با هر شرط و قرار و به هر طریق اعم از اخذ مهریه و نفقه یا بذل آن و یا بذل عین مهریه خود را مطلقه نماید و آن را به ثبت برساند، معتبر است و طلاق می باشد که بر اساس آن



صادر شده صحیح است. وکیلی که بدین طریق توسط زوجه برای زوج گرفته شده حق قبول بذل را نیز دارد.» بنابراین با توجه به آنچه گفته شد زوجه با توجه به مفاد و شرایط و طبیعت وکالت اعطایی از ناحیه زوج اختیار دارد نوع طلاق را تعیین نماید البته همانطور که قبلاً توضیح داده شد، چنانچه زوجه هنگام اجرای وکالت طلاق، غیر مدخوله یا یائسه یا چنانچه طلاق، طلاق سوم وی باشد بدون اینکه نیاز به بذل مهریه یا مال دیگر باشد، طلاق وی باین محسوب می‌گردد.



بایسته‌های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی

رأی وحدت رویه شماره ۸۲۲ - ۱۴۰۱/۰۳/۳۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

با توجه به عبارات به کار رفته در ماده ۱۰ (اصلاحی ۱/۸/۱۳۸۵) قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها مصوب ۱۳۷۴، «ایجاد بنا»، «برداشتن یا افزایش شن و ماسه» و «سایر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی تغییر کاربری محسوب می گردد»، رکن مادی بزه تغییر غیرمجاز کاربری اراضی موضوع ماده ۳ این قانون را تشکیل می دهد و با ارتکاب هر یک از این اقدامات، بزه یادشده واقع می شود و با عنایت به اینکه تداوم آثار و نتایج جرم، به معنای استمرار ارتکاب رکن مادی آن نیست، بنابراین، بزه مذکور از جرایم مستمر به شمار نمی آید و از تاریخ وقوع، مشمول مقررات عام مرور زمان تعقیب در جرایم تعزیری موضوع ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می شود. بنا به مراتب، رأی شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان البرز که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی است.

نظریه مشورتی کانون وکلا

پرسش: پس از ابطال معامله ای به دلیل وقوع ملک در قلمرو منابع طبیعی مشتری علیه فروشنده طرح دعوای مطالبه ثمن و غرامات نموده و فروشنده مدعی شده که وی بیع را بوکالت از پدر انجام داده و پدر نیز طی اقرار نامه رسمی وکالت فرزند را تایید کرده است. با توجه به ماده ۱۹۶ ق مدنی مشتری برای ثمن و غرامات حق مراجعه به وکیل را دارد یا پدر که فعلا معسر است؟

نظر اکثریت: از آنجا که بیع به دلیل استحقاق للغير و رد مالک واقعی، باطل بوده، برای تعیین مسؤؤل ثمن باید به قواعد مقبوض به عقد فاسد مراجعه نمود که خود از فروع



و مصادیق قاعده ضمان ید است فلذا هر چند ماده ۱۹۶ ق. مدنی امکان اثبات وکالت پس از عقد را نیز ممکن شمرده است اما ماده ۱۹۶ ق.م ناظر به معامله صحیح است و در فرض فساد معامله، کسی که به بیع فاسد مالی را قبض کرده در مقابل مالک ضامن است و وکیل بودن یا نبودن وی در مساله موثر نیست. ناگفته نماند در عقد صحیح نیز اگر وکالت پس از عقد ثابت گردد با این حال نیز معامل نسبت به ادای ثمن مسؤولیت داشته و اثبات وکالت اصولا در رابطه بین وکیل و موکل موثر است و در مقابل طرف معامله جاهل به وکالت، قابل استناد نیست. و اما در مورد غرامات مبنای مسؤولیت مبتنی بر قاعده تسبیب است و بموجب رای وحدت رویه ۷۳۳ کسی که ثمن در اختیار او بوده ضامن جبران کاهش ارزش آن است و در نتیجه گیرنده ثمن، باید خسارات ناشی از کاهش ارزش پول را نیز جبران نماید.

نظر اقلیت: اصولا معامله ی فضولی، معامله ای ست که توسط فضولی آغاز می شود. پس هر که مباشر آن معامله بود، همان فرد، فضولی ست. حتی اگر با وکالت از سوی دیگری اقدام به معامله کرده باشد. چرا که اساسا اعطای وکالت برای انجام معامله ی فضولی دارای معنا نیست: (فاقد شیء نمی تواند معطی آن باشد) پس طرف عقد فضولی، نه پدر مقرر، بل شخص معامل فضولی است. تبعا، حق مراجعه ی به غرامات نیز تابع ضابطه ی فوق خواهد بود.



آراء منتخب قضائی

سارا سادات شجاعی^۱

دادگاه عمومی حقوقی شعبه ۶ سقز

دادرس شعبه ۶ امیرجلالی قره قشلاقی

شماره دادنامه: ۱۴۰۰۴۸۳۹۰۰۰۰۵۱۸۳۶

تاریخ تنظیم: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

در خصوص دادخواست به خواسته تأیید انفساخ و اعلام انفساخ قرارداد اولاً با ملاحظه قرارداد منضم به پرونده، ماهیت جمله مصرحه، در قسمت مقابل ماده ۴ قرارداد، نوعی شرط و از نوع شروط صحیح و شرط انفساخ استنباط می‌گردد، چراکه شرط، نوعی تعهد فرعی وابسته به عقد اصلی بوده و شرط مذکور نیز هیچ کدام از انواع شروط باطل یا مبطل عقد نمی‌باشد. لہذا با مذاقه در الفاظ استعمال شده در شرط مذکور ملاحظه می‌گردد که لفظ چک‌ها به صورت عام، در شرط قید شده و اشاره داشته که در صورت عدم پرداخت چک‌ها معامله، لغو و لذا لفظ چک‌ها به صورت عام و از نوع عام مجموعی است که مجموع نوع چک‌های موضوع قرارداد را شامل می‌گردد و نه تک تک چک‌ها، به صورت مستقل و جدای از یکدیگر و شمول شرط، زمانی دلالت بر انفساخ می‌نماید، که تمام چک‌ها پرداخت نگردد.

ثانیاً در صورت تردید در شمول موضوع به یک چک نیز وفق اصل صحت، تفسیر الفاظ بایستی به نحوی صورت گیرد که به صحت قرارداد خلل وارد نکند. و انحلال و ابطال و موارد آن استثنای بر اصل تلقی شده و بایستی اصل و بطن قرارداد به نحوی تفسیر و تبیین گردد که شمول انحلال و ابطال در موارد

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



مشکوک توان صدمه بر قرارداد را نداشته باشد.

ثالثاً در قسمت ذیل قرارداد در بند ۶-۷ نوعی خسارت تأخیر تأدیه به ازای هر روز تأخیر در اجرای تعهد خریدار مبلغ ۲۰۰ هزار ریال به عنوان خسارت تأخیر اجرای تعهد در وجه طرف مقابل قید گردیده که اراده مؤخر و آخرین اراده طرفین قرارداد بوده که قید وجه التزام، در این خصوص دلالت ضمنی بر نقض شرط پیشین، داشته به نحوی که طرفین در صورت عدم اجرای تعهد با ادامه‌ی حیات حقوقی قرارداد موافق بود و نظری بر شرط فاسخ پیشین نداشته‌اند و در صورت عدم اجرای تعهد از سوی خریدار (عدم پرداخت چک) با بقای قرارداد بایع باید به وجه التزام و الزام طرف به ایفای تعهد خود اقدام نماید.

رابعاً در خصوص استناد وکیل خواهان بر رأی سابق دادگاه تجدید نظر مبنی بر احراز شرط فاسخ با ملاحظه رأی دادگاه تجدید نظر نیز محرز می‌گردد که رأی مذکور ماهیت و نوع شرط را مشخص نموده، به وقوع شرط و تحقق آن در معامله مذکور و تشخیص مذکور نظری قضایی می‌باشد و نتیجتاً هیچ دلالتی بر وقوع شرط در قرارداد ندارد.

خامساً تأیید انفساخ قراردادی که از تاریخ وقوع آن بیش از ۵ سال گذشته و بعد از ۵ سال اقدام به طرح دعوی بطلان و تأیید انفساخ نماید، نوعی سوءاستفاده از حق و خلاف قاعده لاضرر می‌باشد، چرا که در طول این مدت شخص خوانده با حسن نیت اقدام به کار در روی زمین زراعی و غرس اشجار در آن نموده و حال پس از مدت ۵ سال خواهان به دستاویز عدم موجودی جزئی از چک در حساب، در همان تاریخ، امکان قلع و قمع اشجار یا تصاحب آن‌ها به بهای ناچیز را فراهم و درخواست می‌نماید لذا دادگاه خواسته خواهان را قابل پذیرش ندانسته است.

(دادرس شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی سقز)

تجدید نظر خواهی نسبت به دادنامه دایر بر صدور حکم به بی‌حقی تجدید نظر خواه به خواسته اعلام انفساخ قرارداد وارد نیست زیرا:

برابر بند ۶ ماده ۶ قرارداد استنادی علی‌رغم این که خیار شرط به مدت ۷ روز مقرر شده متعاملین آن را اعمال نکرده‌اند و در ادامه اراده آن‌ها بر قطعیت معامله بعد از مهلت مقرر بوده است. از درج عبارت (به هر علت چک‌ها پرداخت نگردد معامله لغو) و در بند ۴ قرارداد استنادی استنباط این است: که لفظ چک‌ها دلالت بر عام مجمومی نه عام افرادی، تا به صرف عدم وصول هر یک از چک‌ها موجبات انحلال (انفساخ) فراهم گردد. بنابراین



نظر به این که حسب محتویات پرونده دادنامه معترض عنه براساس مستندات و دلایل موجود در پرونده و مطابق موازین قانونی صادر گردیده است و از حیث اصول و تشریفات دادرسی نیز اشکالی بر آن مترتب نیست و در این مرحله از دادرسی دلیل موجه و مؤثری که موجبات نقض و بی‌اعتباری آن را فراهم آورد ارائه نشده است.

شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان کردستان

رئیس: کنعان بندک مستشار: هیوا منبری



هشدارها و آموزه‌های انتظامی

فاطمه محسنی^۱

نغمه فقیهیان^۲

هیأت دادرسان: آقایان سید عبدالرضا طباطبایی (رئیس دادگاه)، محمد دیوسالار و کاظم صادقی (مستشاران دادگاه)

تاریخ رسیدگی: تابستان ۱۴۰۱

خلاصه جریان پرونده:

در این پرونده شاکی انتظامی از نحوه عملکرد و کالتی یک وکیل پایه یک دادگستری به دادرسی انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان شکایت می‌نماید. مخلص شکایت نامبرده این است که وی بابت مطالبه مهریه خود اقدام و منجر به محکومیت زوج می‌شود. در جهت اجرای حکم مبادرت به توقیف یک باب منزل مسکونی می‌نماید و در مرحله مزایده، زوج مدعی مستثنیات دین می‌شود که این درخواست مردود می‌گردد. دو شخص دیگر با وکالت وکیل یاد شده دادخواستی به خواسته اعتراض ثالث به طرفیت زوج و زوجه مطرح می‌نمایند. مجدداً وکیل یاد شده به وکالت از زوج و به طرفیت زوج دادخواست ابطال مزایده را مطرح می‌نماید. چون اقدام وکیل مشتکی عنه کاملاً معارض بوده و در پرونده‌ای به طرفیت زوج دعوا مطرح می‌نماید و در پرونده دیگر به وکالت از ایشان دادخواست می‌دهد، لذا درخواست رسیدگی می‌شود.

دادیار دادرسی انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان قرار منع تعقیب انتظامی را صادر می‌نماید که مورد موافقت دادایا محترم اظهار نظر قرار نمی‌گیرد و درخواست بررسی

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.

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



بیشتر می‌نمایند. با تعیین کارآموز وکالت جهت تهیه گزارش از پرونده‌ها اقدام می‌شود که به شرح پرونده انتظامی، با استماع شکایت شاکی و لایحه دفاعیه وکیل مشتکی عنه، دادرسی انتظامی در نهایت اقدام وکیل مشتکی عنه را رفتار خلاف شأن وکالت تلقی و منجر به صدور کیفرخواست انتظامی می‌شود. با ارجاع پرونده به یکی از شعب دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری اصفهان، شعبه مذکور بدین شرح مبادرت به صدور رأی نموده است:

«بر اساس کیفرخواست دادرسی محترم کانون، وکیل یاد شده اقدام به اخذ وکالت از زوج و احدی از ثالثان نموده، درحالی‌که در پرونده اول، زوج، خوانده پرونده بوده است. با توجه به توضیحات طرفین و محتویات پرونده، تخلف محرز است و عمل ارتكابی با بند ۴ ماده ۵۱ قانون وکالت منطبق است و بر اساس آن همکار متخلف به ممنوعیت موقت از وکالت به مدت سه ماه محکوم می‌گردد. این رأی قابل اعتراض در دادگاه عالی انتظامی قضاات است.»

با ابلاغ رأی به وکیل مزبور، ایشان با تقدیم لایحه اعتراضی به محضر دادگاه عالی انتظامی قضاات، نسبت به دادنامه صادره اعتراض نمودند. اینک این شعبه از این دادگاه به ترتیب مرقوم تشکیل است. با ملاحظه به کلیه اوراق و محتویات پرونده و قرائت گزارش

۳. مجازات‌های انتظامی به قرار ذیل است:

۱- توبیخ شفاهی

۲- توبیخ کتبی با درج در پرونده

۳- توبیخ با درج در مجله رسمی

۴- ممنوعیت موقت از سه ماه الی دو سال

۵- تنزل درجه

۶- محرومیت دائم از شغل وکالت.

وزیر عدلیه می‌تواند در صورت احراز سوء اعمال و رفتار یا تخلفات وکیلی یکی از مجازات‌های انتظامی تا درجه (۴) را درباره او مستقلاً اعلام نماید و رای وزیر در این موضوع قابل شکایت نیست. در صورتی که حکم مجازات از طرف محکمه صادر شدود تا درجه ۳ نسبت به محکوم علیه قطعی است.



تهیه شده و انجام مشاوره و با اعلام ختم دادرسی و استعانت از خداوند متعال به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

«رأی دادگاه عالی انتظامی قضات»

در خصوص تجدیدنظرخواهی وکیل یاد شده از دادنامه صادره که به موجب آن تجدیدنظرخواه بابت ارتکاب عمل خلاف شأن وکالت به سه ماه ممنوعیت موقت از شغل وکالت محکوم شده است، با توجه به محتویات پرونده، اعتراض تجدیدنظرخواه وارد و موجه نیست. زیرا حسب اوراق پرونده، ایشان ابتدا به وکالت از دو شخص ثالث به طرفیت زوجه و زوج دعوی اعتراض ثالث مطرح می‌نمایند که آن دعوی مردود اعلام می‌شود. متعاقباً تجدیدنظرخواه راجع به همان ملک به وکالت از زوج (یکی از خواندگان دعوی قبلی) به طرفیت زوجه دعوی ابطال مزایده را مطرح می‌نمایند. در واقع وکیل یاد شده ابتدا وکیل خواهان‌های پرونده اعتراض ثالث بودند و سپس وکالت خوانده طرف دعوی اولیه را پذیرفته و اقدام به وکالت می‌نمایند که این عمل خلاف شأن وکالت محسوب و با بند ۳۹ ماده ۷۶^۴ و بند ۱ ماده ۱۲۴^۵ آئین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای

۴. اهم وظایف و تعهدات هر وکیل به شرح زیر است:

...

۳۹ - عدم ارتکاب اعمال و رفتاری که خلاف شئون وکالت یا اشتغال به شغلی که مخالف شئون و حیثیت وکالت است؛

...

۵. هر وکیلی که مرتکب هر یک از رفتارهای زیر شود، به مجازات انتظامی درجه ۴ محکوم خواهد شد:

۱ - ارتکاب اعمال و رفتاری که خلاف شئون وکالت یا اشتغال به شغلی که مخالفشان و حیثیت وکالت است؛

تبصره - از جمله موارد رفتار خلاف شئون وکالت عبارت است از فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون جرم بوده و یا موجب وهن جامعه وکالت و یا مغایر عرف مسلم آن باشد به نحوی که اغلب وکلا آن را مذموم بدانند.

...



دادگستری مصوب ۱۴۰۰/۰۴/۰۲ انطباق دارد. لذا چون اعتراض تجدیدنظرخواه به نحوی نیست که نقض و بی اعتبار دادنامه تجدیدنظرخواسته را ایجاب نماید، با رد اعتراض به عمل آمده مستنداً به ماده ۱۱۳^۶ آئین نامه مرقوم (ماده ۷۵ آئین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری) دادنامه تجدیدنظرخواسته را در نهایت تأیید و استوار می نماید. این رأی قطعی است.

دادگاه عالی انتظامی قضات

۶. دادگاه عالی به درخواست تجدیدنظر رسیدگی کرده، در صورت پذیرش تجدیدنظرخواهی، حکم مقتضی صادر والا حکم تجدیدنظر خواسته را تأیید می کند.



ادب و کالت

احمد صالحی^۱

به راه بادیه رفتن به از نشستن باطل
وگر مراد نیابم به قدر وسع بکوشم

در این نوشتار برخی از نشانه های مهم از آداب و کالت و روابط وکیل با موکل مورد تامل قرار گرفته است که ناظر بر توانایی ها و ویژگی های فردی وکیل است. در تحقیق اخیری که توسط پژوهشگران انجام شده ۳۱ شاخص و اصول اخلاقی برای حرفه وکالت جمع آوری شده است که از آن موارد ۱۶ مؤلفه کلی، برای نظرسنجی افرادی که دارای وکیل بوده و به دادگستری مراجعه کردند استخراج شد که نتایج جالبی را به ارمغان آورده است. شانزده مؤلفه عبارت بودند از ۱- پیگیری و مراقبت های لازم در تعقیب دعوا ۲- دارا بودن صلاحیت علمی مطلوب و متعارف در مورد وکالت ۳- اعلام صریح و شفاف حق الوکاله به موکل ۴- رعایت مصلحت موکل ۵- وفاداری و امانت داری نسبت به موکل و نپذیرفتن وکالت از جانب طرفین دعوا و نیز راهنمایی نکردن هر دو باهم ۶- حفظ اسرار موکل و عدم سوء استفاده از اسراری که در اختیار او گذاشته شده برای منافع شخصی خود و دیگران ۷- دوری از ایجاد مزاحمت و سوء استفاده از موکل ۸- صبر و بردباری و حوصله وکیل در شنیدن شرح ماقع موکل و درک صحیح آن ۹- احترام و فروتنی و قاطعیت و شجاعت توأم با انعطاف پذیری بجا ۱۰- صداقت و درست کاری ۱۱- رعایت حدود اختیارات در وکالت ۱۲- عدم استفاده از راه های غیر اخلاقی و غیرقانونی جهت جمع آوری مدارک ۱۳- رعایت ادب و احترام با مقامات اداری، قضایی و دیگر افراد درگیر در پرونده ۱۴- عدم ایجاد اختلال در روند کاری جلسه دادگاه ۱۵- رعایت و حفظ شان کالت و رفتار مسؤولانه و رسمی در انظار عمومی ۱۶- تشویق به صلح و سازش.

۱. وکیل پایه یک دادگستری



بر اساس میانگین های به دست آمده برای هر مولفه، دو مولفه بیشترین میانگین را داشته است که نشان می‌دهد این موارد بیشتر از سایر مولفه ها و اصول اخلاقی از نظر موکلان اهمیت دارند. این مولفه ها عبارتند از «پیگیری و مراقبت های لازم در تعقیب دعوی» و دیگری «دارا بودن صلاحیت علمی مطلوب و متعارف در مورد وکالت».

اکنون به تبیین دو مولفه از دیدگاه موکلان می‌پردازیم:

پیگیری و مراقبت های لازم در تعقیب دعوی

خدایش رحمت کند مرحوم مصطفی فشارکی از متقدمین و مشاهیر وکلای اصفهان معتقد بود پرونده همچون طفل شیرخوار است و نیازمند واری و مراقبت مستمر هر روزه توسط وکیل. وکیل موظف است جهت پیشبرد دعوی پیگیری های لازم را انجام دهد و نهایت تلاش خود را در این مورد به کار بگیرد. گاهی اوقات به دلیل عدم پیگیری وکیل، پرونده مدت های طولانی در قفسه دفتر دادگاه باقی می ماند و به آن توجهی نمی شود امروزه راهکار عملی این است که از طریق سامانه اطلاع رسانی پرونده، وکیل پیگیر تحولات و دستورات و بعضاً تعلل دادگاه در پیشبرد امر دادرسی باشد و حداقل در اوقات نظارت و در روز مقرر حتماً به صورت حضوری به شعبه دادگاه مراجعه کرده و با قاضی در صورت نیاز برای تسریع روند پرونده صحبت کند.

همچنین وکیل باید با مطالعه پرونده به صورت دوره ای، در جریان لوایح و اقدامات انجام شده قرار بگیرد تا بتواند با اقدام به موقع از اطاله دادرسی و تضییع حقوق موکل خود جلوگیری کند.

دارا بودن صلاحیت علمی مطلوب و متعارف در مورد وکالت

دارا بودن شایستگی های علمی و تخصصی کافی، اهمیتی تعیین کننده در احقاق حق موکل از یک سو و جلوگیری از بیراهه رفتن دادگاه در امر قضاوت از سوی دیگر دارد. در سوره بقره آیه ۲۴۷ و سوره یوسف آیه ۵۵ در وصف طالوت و حضرت یوسف شایستگی علمی این دو از دلایل سپردن امور به ایشان دانسته شده است، باید اذعان کرد شیوه آموزش دانشگاهی در رشته حقوق در طی سالهای اخیر بشدت کیفیت علمی دانش آموختگان حقوق را تنزل داده است به نحوی که نتیجه آن سستی شدید مبانی علمی و استدلالی دعاوی و شکایات مطروحه در دادگستری است و باید پذیرفت این نقیصه در طرف مقابل یعنی مرجع رسیدگی نیز قابل مشاهده است وکیل متعهد، ضمن احاطه علمی در مورد موضوعی که نزد او طرح شد باید از آخرین آراء قوانین و تغییرات آن ها آگاه



باشد. کانون های وکلا و جمع های حقوقی مستقل می توانند و باید در راستای تقویت علمی و تخصصی وکلا برنامه ریزی های جدی داشته باشند. در حال حاضر سامانه ملی آرای قضایی، سامانه نظریات شورای نگهبان، سامانه ملی قوانین و مقررات و همچنین نظریات مشورتی قوه قضائیه که به صورت ماهانه منتشر می شود کمک شایانی به وکلا جهت تقویت علمی و به روزرسانی آگاهی های حقوقی می کند.



صفحه ادبی «رُقعه»

فاطمه محسنی^۱

فرستی یافتیم تا از زبان شیرین استاد سخن، شیخ اجل، «سعدی» که شهید کلام ایشان را حلاوتی دیگر است، نثری را که اطلاع از مضامین آن برای اصحاب حقوق نیز درس آموز است، برگزیده، در معرض دید مخاطبان ادب دوست نشریه مدرسه حقوق قرار دهیم. به دلیل طولانی بودن متن، آن را در سه شماره تابستان ۱۴۰۱ (۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۳) در صفحه ادبی «رُقعه» تقدیم همراهان فرهیخته مجله می‌نماییم. در این شماره، قسمت دوم این نثر آمده است. برای ترجمه و توضیح لغات دشوار از دو کتاب گلستان سعدی، تصحیح و توضیح دکتر غلامحسین یوسفی، چاپ اول، ۱۳۶۸، تهران و گلستان سعدی، به کوشش دکتر خلیل خطیب رهبر، چاپ نهم، ۱۳۷۳، تهران؛ استفاده شده است.

جدال سعدی با مدعی در بیان توانگری و درویشی^۲ (۲)

گفتم: مذمت اینان روا مدار که خداوند کرمند^۳. گفت: غلط گفתי که بنده درمند^۴؛ چه فایده؟ چون ابر آذارند^۵ و نمی بارند و چشمه‌ی آفتابند و بر کس نمی تابند؛ بر مرکب استطاعت سوارانند و نمی رانند؛ قدمی بهر خدا نهند و درمی بی من و اذی^۶ ندهند؛ مالی

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.

۲. سعدی، «گلستان»، باب هفتم، «در تأثیر تربیت».

۳. صاحب کرم، کریم.

۴. درهم.

۵. ماه اول بهار.

۶. بی منت و آزار، برگرفته از آیه ۲۶۲ سوره بقره: «الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ لَّا

يَتَّبِعُونَ مَا أَنْفَقُوا مَنًّا وَلَا أَذَى لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ».



به مَشَقَّتْ فراهم آرند و به خِست^۷ نگه دارند و به حسرت بگذارند؛ چنانکه حکیمان گویند:
سیم بخیل از خاک وقتی برآید که وی در خاک رَوَد.

به رنج و سعی کسی نعمتی به چنگ آرَد دگر کس آید و بی سعی و رنج بردارد
گفتمش بر بُخْلِ خداوندانِ نعمت و قوف^۸ نیافته‌ای اَلَّا به علت گدائی و گرنه هر که طمع
یک سو نهد، کریم و بخیلش یکی نماید؛ مِحْک^۹ داند که زر چیست و گدا داند که
مُمسِک^{۱۰} کیست.

گفتا: به تجربتِ آن همی گویم که متعلقان بر در بدارند و غَلِیظانِ شدید^{۱۱} برگمارند تا
بارِ عزیزان ندهند و دست بر سینه‌ی صاحب تمیزان نهند و گویند: کس اینجا در نیست و
راست گفته باشند.

آن را که عقل و همت و تدبیر و رأی نیست

خوش گفت پرده‌دار^{۱۲} که کس در سرای نیست

گفتم: به عذر آن که از دست متوقعان به جان آمده‌اند و از رُقع^{۱۳} گدایان به فغان؛ و
مُحال عقل است اگر ریگِ بیابان دُر شود که چشمِ گدایان پُر شود.

دیده‌ی اهل طمع به نعمت دنیا پر نشود همچنان که چاه به شبنم

هر کجا سختی کشیده‌ای تلخی دیده‌ای را بینی، خود را به شَر^{۱۴} در کارهای مَخوف

اندازد و از توابع آن نپرهیزد و از عقوبت ایزد نهراسد و حلال از حرام نشناسد.

۷. فرومایگی، تنگ نظری.

۸. آگاهی.

۹. آلت سودن، سنگی که به وسیله آن عیار طلا و نقره را تعیین کنند.

۱۰. بخیل، خسیس.

۱۱. خدمتکاران سخت دل و سختگیر، ناظر به آیه ۶ سوره تحریم: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ».

۱۲. دربان، حاجب.

۱۳. نوشته مختصر، در اینجا نامه‌ی درخواست منظور است.

۱۴. آز، حرص.



سگی را گر کلوخی بر سر آید ز شادی برجهَد کاین استخوانیست
وگر نعشی دو کس بر دوش گیرند لثیم الطبع^{۱۵} پندارد که خوانیست

اما صاحب دنیا به عین عنایتِ حق ملحوظ است و به حلال از حرام محفوظ. من همانا که تقریر این سخن نکردم و برهان بیان نیاوردم، انصاف از تو توقع دارم؛ هرگز دیده‌ای دست دَغَائی^{۱۶} بر کتف بسته یا بینوایی به زندان در نشسته یا پرده‌ی معصومی دریده یا کَفّی از مِعَصَم^{۱۷} بریده، الا به علت درویشی؟ شیرمردان را به حکم ضرورت در نَقَبها^{۱۸} گرفته‌اند و کَعْبها^{۱۹} سُفّته و محتمل است آن که یکی را از درویشان نفس اماره طلب کند، چو قوت احصانش^{۲۰} نباشد، به عِصیان مبتلا گردد که بَطْن و فَرَج^{۲۱} توأمند، یعنی فرزند یک شکمند؛ مادام که این یکی برجای است، آن دگر بر پای است. شنیدم که درویشی را با حَدَّتی^{۲۲} بر خَبَثی^{۲۳} گرفتند؛ با آنکه شرمساری بُرد، بیم سنگساری بود. گفت: ای مسلمانان قوّت ندارم که زن کنم و طاقت نه که صبر کنم؛ چه کنم؟ لا رَهْبَانِيَّةَ فِي الْاِسْلَامِ^{۲۴}. وز جمله مَوَاجِبِ سُكُونِ^{۲۵} و جمعیتِ درون^{۲۶} که مر توانگر را میسر می‌شود یکی

۱۵. فرومایه، پست نهاد.

۱۶. دست مرد نادرست و دغل.

۱۷. بندگاه دست با ساعد، دستی (به کیفر دزدی) از مچ بریده.

۱۸. سوراخ و راه باریک زیرزمینی.

۱۹. استخوان بلند پشت پا.

۲۰. نگه داشتن نفس از کار بد.

۲۱. کنایه از شکم‌پرستی و شهوت‌رانی.

۲۲. نوجوان.

۲۳. پلید و زشت.

۲۴. در آئین مسلمانی ریاضت‌های ترسائی و خودداری از خوشی‌های حلال دنیوی جایز

نیست.

۲۵. اسباب آرامش.

۲۶. آسودگی خاطر.



آنکه هر شب صَنَمی^{۲۷} در بر گیرد [که] هر روز بدو جوانی از سر گیرد، صبح تابان [را] دست از صَباحت^{۲۸} او بر دل و سرو خرامان را پای از خجالت او در گل.

به خون عزیزان فرو برده چنگ سر انگشت‌ها کرده عُنَاب رنگ
محال است که با حسنِ طلعت^{۲۹} او گردِ مَناهی^{۳۰} گردد یا رأیِ تباهی زند.

دلی که حور بهشتی ربود و یغما کرد کی التفات کند بر بتان یغمائی^{۳۱}
مَنْ كَانَ بَيْنَ يَدَيْهِ مَا اشْتَهَى رُطْبُ^{۳۲} يُغْنِيهِ ذَلِكَ عَنِ رَجْمِ العَنَاقِيدِ
اغلب تهی دستان دامن عصمت به معصیت آلاینده و گرسنگان نان ربایند.

چون سگ درنده گوشت یافت، نپرسد کاین شتر صالح است یا خر دَجَال
چه مایه^{۳۳} مَسْتوران^{۳۴} به علت درویشی در عین فساد افتاده‌اند و عِرْضِ گرامی به باد
زشت‌نامی برداده.

با گرسنگی قَوْتِ پرهیز نماند اِفلاسِ عنان از کف تقوی بستاند
حاتم طائی که بیابان نشین بود، اگر شهری بودی، از جوش^{۳۵} گدایان بیچاره شدی و
جامه بر او پاره کردندی.

ادامه این نثر در شماره آتی می‌آید.

۲۷. زیباروی.

۲۸. نگویی و زیبایی.

۲۹. با وجود بهره‌مندی از زیبایی او.

۳۰. کارهای ناشایست.

۳۱. شهر و قبیله‌ای در ترکستان.

۳۲. کسی که آنچه خرماي تازه دلش بخواهد پیش رو دارد، این دسترسی به خرما او را از سنگ انداختن به خوشه‌های درخت بی‌نیاز می‌کند.

۳۳. چه بسیار.

۳۴. پرده‌نشینان.

۳۵. ازدحام و شورش.



گزیده مقالات کاربردی

امیر مقدم^۱

در مجلات علمی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود. اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از 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- بررسی شرط ذی نفع نبودن شاهد در مورد شهادت دوست صمیمی

نویسندگان: مرتضی رحیمی، سمیه سلیمانی

مجله موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی مرداد ۱۴۰۱ دوره ۲۱ شماره ۵۰ صفحه ۳۳۳-۳۵۳
بر اساس این پژوهش که با روش توصیفی و تحلیلی انجام یافته، با توجه به شرط «ذی نفع نبودن شاهد» برخی از فقهای اسلامی شهادت دوست صمیمی را در مورد دوست خود، نپذیرفته‌اند؛ همچنین ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی، درباره شرایط شاهد، از جمله ذی نفع نبودن، گفته است: «شرایط موضوع این ماده باید توسط قاضی احراز شود.»، لذا قاضی درباره شهادت دوست صمیمی باید دیگر قرائن و امارات را بررسی دقیق کند. از نگاه فقهی نیز شرط «در مظان اتهام نبودن شاهد»، بر عدم پذیرش شهادت

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



دوست صمیمی دلالت ندارد، زیرا: ۱- گاهی در دوستی افراد شائبه جلب منفعت یا دفع ضرر نیست. ۲- عدالت دوست، بویژه اگر دوستی وی به خاطر خدا باشد، جلو شهادت نادرست او را می‌گیرد. ۳- گرچه خویشاوندان ذی نفع هستند، اما شهادت آنها پذیرفته می‌شود. به طریق اولی شهادت دوستان باید پذیرفته شود. ۴- شهادت در فرضی «در مظان اتهام» می‌باشد که شرع به آن تصریح کند، اما درباره شهادت دوست چنین تصریحی وجود ندارد. ۵- فقهاء تنها شش مورد از مصادیق «در مظان اتهام بودن» را ذکر نموده‌اند، لذا به دلیل «عمومات لزوم پذیرش شهادت عادل» شهادت هایی که ذی نفع بودن شاهد در آنها مشکوک است، پذیرفته می‌شوند.

۲- قلمرو جرم انگاری جرایم ارزی و عوامل پیشگیری از آن در نظام حقوقی ایران

نویسندگان: فریدون جعفری؛ مرتضی ثروتی بی‌نیاز

مجله موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی مرداد ۱۴۰۱ دوره ۲۱ شماره ۵۰ صفحه

۲۲۷-۲۴۸

امروزه، جرایم ارزی بسیاری در نظام حقوقی ایران با عناوین مختلفی به تقنین قانونگذار رسیده است؛ جرایمی همچون قاچاق ارز، اختلاس، احتکار، تصرف غیر قانونی و... که در قوانینی همچون مجازات اسلامی و قوانین خاصی همچون قانون قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ مورد پیش بینی قرار گرفته است. از این رو قلمرو ارتکاب جرایم مرتبط با ارز را می‌توان در سطوح مختلفی از نظام حقوقی ایران، مورد پیش بینی قرار داد. با این حال می‌توان عنوان نمود که هدف از وضع قوانین مختلف در رابطه با جرایم ارزی، تنها پیشگیری از این نوع جرایم در سطح کشور است که به صورت سیاست‌های تقنینی یا قضایی یا سیاست‌های جنایی بروز می‌کند. با این وجود ما در پژوهش حاضر به دنبال تبیین کلی قلمرو ارتکاب جرایم مرتبط با ارز در سطح کلان و خرد در حقوق ایران هستیم که با توصیف و تحلیل مطالب به دست آمده که به روش کتابخانه‌ای می‌باشد به بررسی و مطالعه خواهیم پرداخت.

۳- شرط پوشش دهی به غرامات و ادعاهای اشخاص ثالث در

۱۲۳

قراردادهای تجاری



نویسندگان: محسن صادقی؛ سپیده اکبریان

مجله موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی مرداد ۱۴۰۱ دوره ۲۱ شماره ۴۹ صفحه ۱۴۵-۱۷۰
شرط پوشش دهی به غرامات و ادعاهای اشخاص ثالث، نظامی است که ریسک‌ها و
مسئولیت‌های ناشی از قرارداد را به یکی از طرفین قرارداد انتقال می‌دهد. در واقع، این
شروط در بیشتر موارد ناظر به مسئولیت‌ها، غرامات و ادعاهایی می‌باشند که ممکن است
در آینده ایجاد گردد. لیکن این امر مانع از آن نیست که طرفین در مورد خطراتی که در
زمان انعقاد قرارداد وجود داشته و روش‌های جبران خسارات آن در این قالب با یکدیگر
توافق نمایند. این نهاد در برخی نظام‌های ملی به صورت صریح و در بسیاری دیگر
به صورت ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته است. در این مقاله با توجه به اهمیت استفاده از
این شروط در قراردادهای و عدم سابقه تقنینی در نظام حقوقی ایران، ابتدا مفهوم شرط
پوشش دهی به غرامات بر اساس مفاهیم رایج، تبیین و سپس به ممنوعیت‌های وارده بر
سر راه استفاده از این شروط در قراردادهای پرداخته شده است. ضمناً جایگاه این شرط به
طور مفصل در قراردادهای ليسانس بررسی می‌گردد.

۴- تحلیل کیفرشناسی جرایم مالیاتی

نویسندگان: فرشته عبدالرحیمی؛ سید مهدی احمدی موسوی

مجله موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی مرداد ۱۴۰۱ دوره ۲۱ شماره ۴۹ صفحه ۲۹۳-۳۱۳
در کیفرشناسی جرایم مالیاتی به بررسی کیفرهای تعیین شده برای مرتکبان جرائم
مالیاتی و علت شناسی تعیین این کیفرها می‌پردازیم. قبل از اصلاحیه‌ی سال ۱۳۸۰
قانون مالیات‌های مستقیم فقط یک ماده پیرامون جرایم مالیاتی در قوانین مالیاتی ما
پیش بینی شده بود لیکن امروزه مواد متعددی پیرامون این قبیل جرایم مطرح می‌شود که
در کیفرشناسی جرایم مالیاتی به دنبال چرایی طرح این مواد هستیم. روند کیفر انگاری
مالیاتی به دلایل متعددی ایجاد شده است که از آن جمله می‌توان به ترمیم در ساختار
سیاست کیفری پیرامون جرایم مالیاتی اشاره کرد، زیرا در ابتدا با تصویب قانون مالیات
های مستقیم (مصوب ۱۳۴۵) که مؤکد عدم مداخله سیاست کیفری در حوزه ی اقتصاد
بود پای هر گونه دخالت کیفری در حوزه مالیاتی را کوتاه کرد، لیکن امروزه این ساختار در
حال اصلاح و بهبود است. همچنین می‌توان به ترمیم ضمانت اجراها اشاره کرد زیرا در
قوانین مالیاتی اولیه ضمانت اجرایی در قبال جرم مالیاتی نداشتیم و ضمانت اجراهای



پیش بینی شده محدود به ضمانت اجراهای مدنی و اداری مانند جریمه نقدی می شدند ولیکن در اصلاحیه های اخیر ضمانت اجراهای کیفری هم پیش بینی شده است. از دیگر دلایل کیفرانگاری می توان بازدارندگی قوانین مالیاتی را نام برد که با پیش بینی کیفرهای سنگین تر در اصلاحیه های اخیر قانون مالیات های مستقیم، قانون گذار در جهت نیل به این هدف گام برمی دارد.

۵- عوامل اجتماعی مؤثر بر اعتیاد به مواد مخدر صنعتی

نویسندگان: رضا احدی؛ شهرام محمدی؛ حسن طفرانگار

مجله موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی مرداد ۱۴۰۱ دوره ۲۱ شماره ۴۹ صفحه ۳۱۵-۳۴۳
اعتیاد به مواد مخدر یک پدیده اجتماعی بوده که وابسته به عوامل مختلف ناشی از زندگی جمعی، محیط و محدودیت های ساختار اجتماعی است. تحقیق حاضر، به دنبال بررسی عوامل اجتماعی مؤثر بر اعتیاد به مواد مخدر صنعتی در شهر زنجان می باشد. روش تحقیق علی - مقایسه ای بوده و جامعه آماری آن را معتادان حاضر در کمپ های نوای آرامش، بهاران، طلوع رهایی و مرکز مشاوره اعتیاد مهر تشکیل می دهند. نمونه مورد مطالعه ۱۰۰ نفر از افراد موجود در این کمپ ها بوده که به روش نمونه گیری تصادفی ساده انتخاب گردیدند. برای تحلیل داده ها از آزمون های آماری پیرسون، اسپیرمن و رگرسیون چندگانه ی گام به گام با نرم افزار SPSS استفاده شد. بر اساس یافته های این پژوهش، سن بیشتر پاسخگویان بین ۲۰-۳۰ سال، از نظر وضعیت تأهل بیشتر آنها مجرد، از نظر میزان تحصیلات بیشتر آنها دارای سیکل و دیپلم، از نظر میزان تحصیلات پدر پاسخگویان بیشتر در حد ابتدایی و بی سواد، بیشترین مواد مصرفی مصرف کنندگان شیشه، سن پاسخگویان در اولین مصرف بین ۱۸-۱۳ سال بوده و دوستان هم تأثیر بسیار زیادی در اعتیاد آنها داشته است. این یافته ها حاکی از آن است که بین یادگیری اجتماعی، کنترل اجتماعی، ناکامی و اعتیاد به مواد مخدر صنعتی رابطه معنی داری وجود دارد. طبق تحلیل رگرسیونی بیشترین عامل مؤثر بر این مسأله، یادگیری اجتماعی بود. نتایج این پژوهش، حاکی از آن است که عوامل اجتماعی و محیطی بر اعتیاد به مواد مخدر صنعتی مؤثر می باشد و حاصل این پژوهش، با نظریه های کوهن، ساترلند و هیرشی هماهنگ می باشد.



معرفی کتاب

مهدی اعتمادیان^۱

خاطرات سید محمد فاطمی قمی

(نویسنده قانون مدنی و مستشار دیوان تمیز)

پژوهش، تصحیح و توضیحات: احمدرضا نائینی و

حسین زندیه

چاپ دوم، ۱۳۹۴

انتشارات: کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس

شورای اسلامی

یکی از آثار ماندگار مرحوم فاطمی قمی، تهیه و

انشاء قانون مدنی است؛ قانونی که به عنوان یک سند

افتخار ملی و میراث فرهنگی تلقی می‌گردد.

این کتاب با مقدمه احمدرضا نائینی آغاز شده که در

هفت گفتار از زبان خود مطالبی را بیان می‌کند: گفتار نخست: تهیه و انشاء قانون مدنی،

گفتار دوم: تعداد مواد تهیه شده توسط سید محمد فاطمی، گفتار سوم: بررسی شخصیت

فاطمی از زاویه کتب، گفتار چهارم: احکام، انتصابات و اعطای هدایا به فاطمی، گفتار

پنجم: فاطمی و کمیسیون‌های قانون مدنی، گفتار ششم: مصاحبه با سرکار خانم نیره

فاطمی و گفتار هفتم: درباره رؤیت دفترچه خاطرات سید محمد فاطمی.

فاطمی در دفترچه خاطرات خود به تعداد مواد قانون مدنی که تهیه کرده، اشاره‌ای

ندارد. لیکن در گفتار دوم مقدمه احمدرضا نائینی آمده است: «مواد ۱ تا ۹۵۵ قانون مدنی

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



که احکام راجع به اموال را در بر دارد و همچنین مواد مربوط به نکاح و طلاق که در حال حاضر، مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۵۷ قانون مدنی را تشکیل می‌دهند، توسط سید محمد فاطمی قمی تهیه شده است.»

کتاب حاضر، حاوی خاطرات مرحوم سید محمد فاطمه قمی است که از دفترچه خاطرات وی که با خط خود به رشته تحریر درآورده، استخراج و بازخوانی شده است. به نظر می‌رسد سید محمد فاطمی، خاطرات خود را در ورق‌هایی یادداشت می‌کرده، سپس با اصلاحات و الحاقاتی که در متن و حواشی این دفترچه وجود دارد، به دفترچه‌ای که در حال حاضر دفترچه خاطرات آن مرحوم را تشکیل می‌دهد، منتقل می‌نموده است که ظاهراً پس از گذشت سالیانی چند، مورد تجدیدنظر ایشان و اصلاحات قرار گرفته است. صفحات اولیه این دفترچه سفید است و خاطرات از صفحه چهار آغاز می‌شود. در بین خاطرات نیز، برخی از صفحات به صورت سفید رها شده‌اند. در بعضی از موارد، در ثبت خاطرات، تقدم و تأخر تاریخی رعایت نشده است. برخی از صفحات دارای شماره و برخی فاقد شماره‌اند. اولین تاریخی که در این اثر به ثبت رسیده، بیست‌ویکم ذی‌قعدة سال ۱۲۸۲ قمری (مصادف با ۱۲۴۵ شمسی) و آخرین تاریخ مربوط به جمعه بیستم اردیبهشت ۱۳۱۹ شمسی (مصادف با ربیع‌الثانی ۱۳۵۹ قمری) است.

ایشان از تاریخ ۱۳۰۴ تا ۱۳۲۰ شمسی به دلیل فوت فرزندش ابوالقاسم سخت متألم بوده و خاطرات این دوران را در این دفترچه نوشته، بلکه جداگانه ثبت نموده، سپس وارد این دفترچه کرده است.

به عنوان نمونه خاطره زیر از این دفترچه نقل می‌شود:

«من و بعضی از طلاب مشروطه‌طلب به خیال تأسیس انجمن افتادیم. ابتدا دو جلسه در خانه تأسیس و بعد به دعوت من، آمدند مدرسه مروی. غرض از تأسیس انجمن این بود که ترتیب مشروطیت و فواید آن بیان و طلاب و سایرین آگاه شوند و تقویت از مجلس و مشروطه شود و این انجمن به اسم «انجمن اتحادیه طلاب» مسمی گردید. روز اول در مدرسه مروی، ملک‌المتکلمین ایستاده، خطابه خواند و هر یک از طلاب، لایحه‌ای نوشته، قرائت می‌کردند یا نطق می‌نمودند. کم کم جمعیت زیاد شد و غیر از طلاب هم مستمع شدند و اهمیت زیاد پیدا کرد و منتقل به مدرسه صدر شد و من از اعضای مهم این انجمن بودم.»



زندگینامه و پند استاد فقیه عالیقدر و مدوّن

قانون مدنی

استاد مرحوم سیّد محمّد فاطمی قمی

فاطمه محسنی^۱

تفصیل در زندگینامه این استاد به دلیل اهمیت زندگی و نقش استاد در تدوین قانون مدنی است.

نسب و تولد

در کتابی که در بخش معرفی کتاب معرفی شد، بعد از هفت گفتار مقدمه، خاطرات سیّد محمّد فاطمی قمی با شرح سلسله نسبشان آغاز می‌شود. ایشان سلسله نسب خود را در نوشتجات پدری و عموی خود، به این ترتیب یافته‌اند: محمّد بن حسین بن علی رضا بن میرکمال‌الدین محمّد بن اسماعیل بن محمّدصادق المدرّس الحسینی الهمدانی. تولد در حدود سال ۱۲۵۶ شمسی (مصادف با سال ۱۲۹۴ قمری) بوده مابین عید قربان و غدیر، در خانه ملکی واقع در قرب دروازه ری قم.

تحصیلات مقدماتی

از سن شش سالگی طبق معمول در مکتب‌خانه مشغول تحصیل فارسی و عربی می‌شود. ابتدا در مکتب‌خانه‌ای نزدیک دروازه‌ی ری قم نزد شیخ میرزا و بعد پیش آخوند

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان.



ملا غلامحسین یزدی و در میدان مسجد قم و سپس نزد آخوند ملا محمدتقی در مدرسه جانی خان، مقابل مسجد جامع قم و بعد هم نزد حاج میرزا محمد، معروف به ارباب تحصیل می‌کند.

اقامت و تحصیل در تهران

بعد از اتمام وبا، در اسفند سال ۱۲۷۲ شمسی به تهران می‌رود و حاجی میرزا حسن آشتیانی در مدرسه منیریه حجره‌ای به ایشان می‌دهد.

تحصیلات تکمیلی

در آبان سال ۱۲۷۷ شمسی حاجی میرزا حسن که بعد از کشمکشی تولیت مدرسه مروی به ایشان واگذار شده بود، در این مدرسه به سید محمد فاطمی قمی حجره می‌دهد. در این مدرسه سید محمد فاطمی قمی نزد آقا میرزا حسن کرمانشاهی، آقا میرزا هاشم مدرس گیلانی و حاجی میرزا حسن آشتیانی مشغول تحصیل می‌شود.

تصوّف و سیر و سلوک

در دی سال ۱۲۸۱ شمسی خدمت آقا سیدحسین شمس‌العرفا رسیده، از ایشان دستورالعمل گرفته و مشغول طریقه تصوّف می‌شود.

آشنایی و ورود به عرصه سیاست

در سال ۱۲۸۳ شمسی که مظفرالدین شاه از خارج برگشت و عین‌الدوله صدر اعظم شد، جنگ روسیه و ژاپن هم شروع شد، بعضی روزنامه‌ها رایج شدند. روزنامه حبل‌المتین کلکته به ایران آمد که سابقاً ممنوع بود. این روزنامه و برخی کتب و اوراق دیگر بابتی برای آشنایی با ترقی ممالک اروپا و تنزل مملکت ایران برای سید محمد فاطمی قمی بود. در همین اوقات، انجمنی به نام «انجمن علمی» تشکیل می‌دهد و عنوان آن را «اشاعه و بسط معارف» می‌گذارد و از این انجمن، کتابخانه ملی تأسیس می‌شود.

بعد از پایان تحصّن حرم حضرت عبدالعظیم حسنی و راهی شدن مردم تهران به سفارت انگلیس و تقاضای مشروطیت، در سیزده مرداد سال ۱۲۸۵ شمسی دستخط مشروطیت صادر شد. در انتخابات مجلس اول شورای ملی، سید محمد فاطمی قمی به



حاجی سید نصرالله سادات اخوی و آقا میرزا طاهر تنکابنی رأی می دهد. سپس به همراه برخی طلاب مشروطه طلب به فکر تأسیس «انجمن اتحادیه طلاب» می افتند. هدف از تأسیس انجمن این بود که با بیان ترتیب تأسیس انجمن و فواید آن، طلاب و سایرین آگاه شده، مجلس و مشروطه تقویت شوند. این انجمن ابتدا در مدرسه مروی تشکیل شد و سپس به مدرسه صدر منتقل گردید. بعد از آن، انجمن های دیگری به نام «انجمن مرکزی» و «انجمن اتفایه طلاب» تشکیل شد که سید محمد فاطمی قمی عضو هر سه انجمن یاد شده بود. یکی از اقداماتی که در انجمن مرکزی انجام شد این بود که در بهارستان متحصن شدند تا متمم قانون اساسی زودتر و بدون اشکال، تماماً به تصویب شاه برسد. انجمن ها تا وقتی که مجلس را به توپ بستند باقی بود.

ازدواج سید محمد فاطمی قمی

ایشان در بهمن سال ۱۲۸۵ شمسی با دختر حاجی میرزا مرتضی، پسر میرزا محمد طیب، پسر میرزا احمد طیب ازدواج می کند.

فاطمی قمی رئیس محکمه بدایت حقوق

در سال ۱۲۸۷ شمسی که مجلس را به توپ بستند، جمعی از مشروطه طلب ها با لباس مبدل فرار کرده، به خارج رفتند و یا در سفارتخانه ها متحصن شده یا در شهر، مخفی شدند. سید محمد فاطمی قمی نیز چند روزی مخفی می شود. یک شب دستخطی از محمدعلی شاه به مدرسه مروی می رسد که سیزده نفر از طلاب، که از جمله آنها سید محمد فاطمی قمی بود، باید از مدرسه بیرون بروند و فعلاً حقوق آنها توقیف باشد تا بعد تکلیف حجره آنها معلوم شود. این اتفاق زمانی افتاد که بین مستبدین و مشروطه طلب ها جنگ برپا بود و ستارخان و باقرخان کم کم معروف می شدند. از روز بیست و دوم تیر سال ۱۲۸۸ تا روز بیست و پنجم تیر سال ۱۲۸۸ شمسی این جنگ برپا بود. روز بیست و پنجم، محمدعلی شاه به سفارت روس پناهنده می شود و تهران توسط مشروطه خواهان فتح گردیده، جنگ تمام می شود.

سید محمد فاطمی قمی در ماه آبان سال ۱۲۸۸ شمسی از طرف وزارت عدلیه، به عدلیه دعوت می شود و چند روز در هیأتی حضور داشت که موقع شکایت اشخاص از احکام محاکم، آن هیأت رسیدگی کرده، صحت و سقم شکایات را تمیز می داد. بعد از



آنکه مشیرالدوله وزیر عدلیه می‌شود، آن هیأت به هم می‌خورد و سید محمد فاطمی قمی بعد از مدتی که به دعوت مشیرالدوله نزد ایشان نشست، رئیس شعبه ثانیه‌ی محکمه‌ی بدایت حقوق می‌شود. در آن وقت، محکمه بدایت حقوق پنج شعبه بود و محکمه جزا دو شعبه و محکمه تجارت دو شعبه و محکمه استیناف دو شعبه و دیوان تمیز تشکیل نشده بود.

انحلال عدلیه برای اولین بار

در سال ۱۲۹۰ شمسی، اعلان انحلال کلیه محاکم عدلیه داده شد. در آن زمان، سید محمد فاطمی قمی رئیس شعبه ثانیه‌ی حقوق بدایت بود. تفصیل انحلال، آن است که مشیرالدوله که وزیر عدلیه شد، قانون ثبت اسناد و تشکیلات و اصول محاکمات حقوقی را از مجلس گذراند و قبلاً هیأتی از طرف مجلس برای رسیدگی به شکایت مردم از عدلیه، به عدلیه رفته بودند و شکایت زیادی به آنها شد و به طور کلی، معایب عدلیه در آن وقت، محل توجه تمام انظار بود. قرار شد برای کارهای فوری تا موقع تشکیل عدلیه، یک محکمه حقوق و یک محکمه جزا و یک محکمه تجارت دایر باشد. از طرف هیأت وزرا قرار شد شعبه ثانیه‌ی حقوق که سید محمد فاطمی قمی در آنجا بود، باقی بماند ولی چون مورد اعتراض سایرین شد، قرعه زدند و اتفاقاً همین شعبه از قرعه خارج شد. تا چهل روز این شعبه منفرداً به تمام کارهای حقوقی - که آن زمان خیلی زیاد بود - رسیدگی می‌کرده است. بعد از چهل روز، رئیس کل، معین و یک شعبه دیگر تشکیل می‌شود.

ارتقاء مقام سید محمد فاطمی قمی در عدلیه

در پایان سال ۱۲۹۱ شمسی سید محمد فاطمی قمی، رئیس شعبه ثانیه‌ی استیناف می‌شود. بعد از شروع جنگ جهانی اول و قبل از اتمام آن، ایشان در تابستان سال ۱۲۹۶ شمسی، رئیس کل استیناف می‌شود.

دستگیری سید محمد فاطمی قمی و انفصال از خدمت در عدلیه

در سوم شهریور سال ۱۲۹۷ شمسی، ساعت سه صبح ایشان را به نظمیه می‌برند و در مشاوره عالی با اکثریت جعلی، سه ماه حکم انفصال سید محمد فاطمی قمی صادر می‌شود.



فاطمی قمی در خاطراتش درباره علت به زندان افتادن، مطلبی نمی‌نویسد اما مرحوم سید هاشم وکیل -از رؤسای اسبق کانون وکلا- این واقع را چنین بیان کرده است: «هنگامی که وثوق الدوله رئیس‌الوزرا بود و اعضای کمیته مجازات را دستگیر کرد(در تابستان سال ۱۲۹۶ شمسی کمیته مجازات دستگیر شدند و مجدداً در تابستان سال ۱۲۹۷ شمسی اعضای کمیته مجازات را دستگیر کردند و منشی زاده و ابوالفتح زاده محکوم به تبعید و حبس مقید در ۱۵ سال شدند و رشیدالسلطان و حسین لله را به دار کشیدند). آنها از دستور توقیف خود به آقای فاطمی -رئیس استیناف- شکایت کردند و ایشان پس از خواندن پرونده، دستور توقیف را فسخ کرد. وثوق الدوله از این امر به حدی خشمگین شد که دستور توقیف رئیس استیناف را داد و مرحوم حاج شیخ اسماعیل -رئیس محاکم بدایت- به جای آقای فاطمی تعیین شد و مشارالیه قبول این سیمت را مشروط کرد به اینکه از آقای فاطمی رفع توهین شود و آقای فاطمی به دیوان کشور منتقل شد». سید احمد امامی در این زمینه می‌نویسد: «قبول مشروط حاج شیخ اسماعیل، با اینکه مردی فاضل و خوش فهم و معروف به صحت عمل بود، بعید به نظر می‌رسد. آقای ذکاءالملک، رئیس دیوان عالی تمیز و رئیس جلسه مشاوره عالی با کمال تعجب به وزیر عدلیه می‌گوید: صحیح نبوده است که شما قاضی اول عدلیه را توقیف کنید و باید از ایشان معذرت بخواهید. وزیر، آقای فاطمی را با کمال احترام به خانه خودش می‌برد و پس از عذرخواهی، آقای فاطمی را به عدلیه می‌برند».

سید محمد فاطمی قمی در خاطراتشان می‌نویسد: «آقا میرزا احمد خان از طرف رئیس‌الوزرا پیش من آمد و گفت: اگر می‌خواهی رأی مشاوره عالی را لغو کرده، به استیناف مراجعت کنی و اگر بخواهی به تمیز بروی. من رفتن به تمیز را اختیار کردم. بعد از سه ماه که بیکار بودم، وزیر عدلیه مرا به دیوان تمیز دعوت کرد.»

کمیسیون قوانین عدلیه و دیوان تمیز پس از کودتای رضاخان

در روزهای پایانی سال ۱۲۹۹ شمسی قزاق‌ها وارد تهران شدند و اعلانی از طرف رضاخان منتشر شد مبنی بر اینکه ضمن اعلان حکومت نظامی، ادارات تا تعیین تکلیف، تعطیل است. بعد از چند روز، کمیسیونی در عدلیه برای جرح و تعدیل قوانین عدلیه منعقد شد که سید محمد فاطمی قمی هم به آن دعوت شد. در جلسات بعد، محاکمی به طور موقت معین شدند تا زمانی که به طور دائمی تشکیل شوند و همچنین کمیسیونی به



طور دائمی برای قوانین تشکیل شد که سید محمد فاطمی قمی عضو آن کمیسیون شد. کمیسیون قبلی منحل گردید.

تدوین مجموعه قوانین

در سال ۱۲۹۸ شمسی ضمن دعوت رئیس‌الوزرا از سید محمد فاطمی قمی برای حضور در هیأت وزراء، در کمیسیون قانون، قانون مرور زمان را که سید محمد فاطمی قمی نوشته بود، قرائت و تصویب می‌شود و قانون ثبت اسناد نیز امضا و تصویب می‌گردد. همچنین توضیحاتی برای قانون تشکیلات و اصول محاکمات نوشته می‌شود. پس از آن، قانون مدنی که سید محمد فاطمی قمی نوشته بود، کتاب اول خوانده شده، برای تصویب به هیأت وزراء فرستاده می‌شود.

تهیه و تدوین قانون مدنی

در موقع سلطنت مظفردالدین شاه، مدارس در ایران به طریق جدید تأسیس شد. در آن موقع بر حسب اصرار بعضی از کتابفروش‌ها، سید محمد فاطمی قمی کتاب‌هایی راجع به شرعیات و احکام فقهیه برای تدریس در مدارس می‌نویسد. پس از آنکه وارد عدلیه می‌شود و قوانین تشکیلات و اصول محاکمات و غیره از مجلس می‌گذرد، به فکر می‌افتد که راجع به معاملات، احکام فقهیه را مفصل‌تر از آنچه در شرعیات نوشته، بنویسد. میرزا عیسی علی‌آبادی که سال ۱۲۹۱ شمسی، رئیس کابینه وزارت عدلیه بود، اصرار می‌کند که آن را به ترتیب مواد قانونی بنویسد که شاید زمانی به کار آید. سید محمد فاطمی قمی هم قبول می‌کند و به ترتیب قانون مدنی فرانسه و قوانین مدنی مصر و عثمانی، مواد قانون مدنی را تهیه می‌کند و چون مطابق اصول محاکمات آن زمان، مرجع رسیدگی به احوال شخصیه، حکام شرع بودند و عدلیه دخالت نداشت و محتاج احکام آنها نبود، احکام راجع به اموال را می‌نویسد.

در کمیسیون مشارئالیه بررسی قانون مدنی به جایی نرسید و کمیسیون منحل شد و بعد هم چندین کمیسیون منعقد و منحل شد.

در نهایت، در شانزدهم دی ماه ۱۳۰۴ شمسی، وزارت عدلیه - منصورالسلطنه - تقاضا کرد صورت مواد مزبوره به حاجی غلامحسین وثیقی داده شود که استنساخ نموده، به وزارت عدلیه دهد که این اتفاق هم افتاد.



تاج‌گذاری رضاشاه و صدور فرمان سر عصای مرصع

قبلاً نیز به پاس خدمات و مراتب لیاقت در دوره احمد شاه به تاریخ مهر ماه ۱۲۹۸ شمسی یک قبضه عصای مرصع به سید محمد فاطمی قمی اعطا شده بود. مجدداً در دوره رضا شاه، روز چهارم اردیبهشت ۱۳۰۵ شمسی مراسم تاج‌گذاری رضاشاه به عمل آمد. فرمان سر عصای مرصع برای تدوین قانون مدنی، به سید محمد فاطمی قمی عطا شد که در روزنامه ایران درج گردیده است.

رئیس‌الوزرا، محمدعلی فروغی، در موقعی که فرمان عصا را برای صحه رضاشاه فرستاده، به شرح ذیل می‌نویسد:

از آنجا که استحکام مبانی قضا و بسط تأمینات قضائی، همواره مورد توجهات مخصوص اعلی حضرت همایون شاهنشاهی - ارواحنا فدا - بوده، و دستخط مبارک هم، امیر اکید به تسریع و وضع قوانین لازمه، خاصه قوانین مدنی فرموده‌اند، و نظر به اینکه پیشرفت این مرام، مربوط به تشویق و تربیت اشخاص فاضل و دانشمند و کسانی است که می‌توانند از عهده این امر مهم برآیند، مناسب آمد، خاطر مهر مظاهر ملوکانه را به سوابق زحمات گرانبهایی که جناب مستطاب عمده‌الفضلاء و الفقها آقا میرزا سید محمد قمی در این راه متحمل شده و خدمتی که به دیوان قوانین مملکت کرده و می‌کنند، متذکر سازد و معزّی الیه مجموعه‌ای مشتمل بر ۱۴۰۰ ماده با کمک چاکر راجع به قوانین مدنی ترتیب داده‌اند که الحق، سزاوار تحسین و تقدیر ذات اقدس شهریاری است و مجموعه معروض، متضمن ابوابی در باب معاملات و املاک وقف و نکاح و طلاق می‌باشد. متمم آن هم در دست مطالعه است و امید می‌رود که به زودی حاضر و تقدیم مجلس شورای ملی گردد.

۲. در متن اصلی خاطرات سید محمد فاطمی قمی، ۱۴۰ بوده که در حاشیه به ۱۴۰۰ اصلاح شده است. لازم به توضیح است که اولین لایحه مربوط به قانون مدنی، مشتمل بر ۹۵۵ ماده در جلسه ۲۴۰ مورخ ۱۳۰۷/۰۲/۱۸ شمسی تقدیم ششمین دوره مجلس شورای ملی گردیده است. لایحه مربوط به قانون مدنی، بدون اینکه مراحل قانونی را در مجلس شورای ملی طی کرده باشد از تاریخ ۱۳۰۷/۰۲/۲۰ لازم‌الاجرا گردیده است و اجرای چنین لایحه‌ای در طول قانون‌گذاری ایران سابقه ندارد.



تهیه و تدوین قانون مدنی از جمله کارهای مشکلی است که در ممالک اروپا سال‌ها وقت و زحمت دانشمندان معروف را صرف خود نموده، در اینجا هم اگرچه احکام شرع انور و تحقیقات و فقها و علما، اساس آن را محکم و حتی جزئیات را روشن کرده است، لیکن تفرّس و تتبّع در گفته‌های سابقین و تنظیم و تدوین آنها هم امر بسیار صعب و مشکلی بوده که آقای آقا میرزا سیّد محمد، به خوبی از عهده برآمده‌اند و جای آن دارد که از طرف قرین شرف ملوکانه در این موقع جشن تاجگذاری، برای تقدیر زحمات ایشان و تشویق اهل فضل و هنر، یک عصای سرمرصع مرحمت و اعطا گردد. این است که جسارتاً فرمان را برای توشیح مبارک تقدیم سریر عظمی می‌نماید.

فروغی، محمدعلی

سواد مطابق با اصل است.

رضاشاه در جواب محمدعلی فروغی، فرمان ذیل را صادر کرد:

با تأییدات خداوند متعال، ما، پهلوی شاهنشاه ایران، نظر به پاس خدمت و تشویق اهل دانش و فضل، و نظر به خدمات گرانبهایی که جناب مستطاب عمده الفضلاء و الفقهاء میرزا سیّد محمد قمی عضو دیوان عالی تمیز در تهیه و انشاء قانون مدنی که اراده ما به تدارک آن، علاقه گرفته بود، به دولت شاهنشاهی نموده‌اند بر حسب پیشنهاد جناب اشرف میرزا محمدعلی خان فروغی - رئیس‌الوزراء - مشارئلیه را به اعطای یک قبضه سرعصای مرصع قرین اعزاز می‌فرماییم.

چهارم اردیبهشت ۱۳۰۵

انحلال عدلیه برای دومین بار

در بیستم بهمن ۱۳۰۵ شمسی اعلان انحلال عدلیه از طرف وزیر عدلیه منتشر می‌گردد که از فردا عدلیه منحل است، یعنی تشکیلات موجوده تهران. دو سه روز بعد سیّد محمد فاطمی قمی به منزل وزیر عدلیه دعوت می‌شود که در آنجا ترتیب تشکیلات موقت عدلیه را می‌دهد. هفت روز بعد، وزیر عدلیه، لایحه اختیارات برای تجدید تشکیلات عدلیه و قانون را تقدیم مجلس کرده، تصویب می‌شود. سه روز بعد، یعنی اول اسفند، موقتاً یک محکمه صلح محدود و شعبه اجرائیات و یک محکمه صلح نامحدود با یک وکیل عمومی و دو مستنطق تشکیل می‌گردد. از شانزدهم اسفند، محاکم ایالات و ولایات تعطیل می‌گردد. از پنجم فروردین ۱۳۰۶ شمسی تا پنجم اردیبهشت، سیّد محمد فاطمی قمی



مجدداً به منزل وزیر عدلیه دعوت می‌شود که در آنجا قانون تشکیلات و قانون استخدام قضات و مواعد، ترتیب داده می‌شود.

افتتاح عدلیه جدید

پنجم اردیبهشت ۱۳۰۶ شمسی در موزه رقعہ، کاخ گلستان، عدلیه به دست رضا شاه مفتوح و دستخط راجع به الغاء کاپیتولاسیون صادر می‌گردد و از بیست و سوم اردیبهشت، اعلان افتتاح رسمی می‌شود.

مشاغل، احکام و ابلاغیه‌های قضائی سید محمد فاطمی قمی

- ۱) ریاست شعبه ثانی بدایت: از دی سال ۱۲۸۸ شمسی تا دوم اردیبهشت سال ۱۲۹۱ شمسی
- ۲) مشاوری محکمه استیناف تهران: از دوم اردیبهشت سال ۱۲۹۱ شمسی تا نهم فروردین سال ۱۲۹۲ شمسی
- ۳) ریاست شعبه ثانی استیناف (موقتاً): از نهم فروردین سال ۱۲۹۲ شمسی تا بیست و دوم شهریور سال ۱۲۹۴ شمسی
- ۴) ریاست شعبه ثانی استیناف (دائماً): از بیست و دوم شهریور سال ۱۲۹۴ شمسی تا شانزدهم مرداد سال ۱۲۹۶ شمسی
- ۵) ریاست کل محاکم استیناف (موقتاً): از شانزدهم مرداد سال ۱۲۹۶ شمسی تا ماه شهریور سال ۱۲۹۶ شمسی
- ۶) ریاست کل محاکم استیناف (دائماً): از ماه شهریور سال ۱۲۹۶ شمسی تا نوزدهم اسفند سال ۱۲۹۹ شمسی
- ۷) عضویت کمیسیون قوانین: از نوزدهم اسفند سال ۱۲۹۹ شمسی تا سوم خرداد سال ۱۳۰۰ شمسی
- ۸) مستشار دیوان تمیز: از سوم خرداد سال ۱۳۰۲ شمسی تا هجدهم مرداد سال ۱۳۰۲ شمسی
- ۹) کفالت ریاست شعبه دیوان تمیز: از هجدهم مرداد یال ۱۳۰۲ شمسی

سپس، در بیست و هفتم مهر ماه ۱۳۰۶ شمسی، حکم ریاست شعبه دیوان عالی تمیز



برای سید محمد فاطمی قمی صادر می‌شود؛ به واسطه اینکه شعبه ثانی بوده، آنجا به پرونده‌های جزایی رسیدگی می‌شد، فاطمی قمی به این حکم راضی نبود و از آنجا که تعلل می‌کرد، در دوازدهم دی ماه ۱۳۰۶ شمسی به سیمت معاونت اول مدعی العموم دیوان تمیز انتخاب می‌شود. اما اینجا هم چون مقام صدرااشراف بود، ایشان راضی به داشتن این مقام نمی‌شود و در نهایت در بیست‌ونهم فروردین ماه ۱۳۰۷ شمسی به معاونت اول پارک‌ه‌ی^۳ تمیز منصوب می‌شود.

تدریس در مدرسه حقوق

فاطمی قمی در تاریخ چهارم اسفند سال ۱۳۰۲ شمسی به مدرسه حقوق برای تدریس ثبت اسناد و حقوق مالکیت در ایران دعوت می‌شود و به تدریس می‌پردازد. از اول مهر ۱۳۰۷ شمسی به خدمت تدریس خاتمه داده می‌شود.

تأسیس بیمارستان فاطمی قمی

پس از وفات هر دو فرزند فاطمی قمی (انسبه و ابوالقاسم) و سفر به مکه، بیروت، شام، بیت المقدس و عراق، بعد از بازگشت به ایران، ایشان در نظر داشت که کار خیری انجام دهد. بعد از مشاوره با جمعی، صلاح دانسته شد که چون در قم، مریضخانه نیست، در آنجا بنا شود. اعضای شیر و خورشید سرخ هم ایشان را ترغیب کردند و اطمینان دادند که هر وقت عاجز از اتمام آن شد، کسان دیگر حاضر برای اتمام اداره آن خواهند شد.

زمین مریضخانه به واسطه خوبی آب و هوا انتخاب می‌شود و چون آن زمین راهی به خارج نداشته، از باغ وقفی حضرت معصومه علیه‌السلام مقدار هشتصد ذرع برای راه مریضخانه، بیست ساله از قرار سالی هفت تومان اجاره می‌شود. زمین مریضخانه به عنوان دوازده هزار و یکصد و پنجاه ذرع خریده می‌شود، ولی قرار می‌شود مطابق حدود، اگر زیادتر شد هم داخل مبیع است. در حقیقت، حدود خریده شده، و ذرع تخمینی بوده است. این اتفاقات در تاریخ سی آذر ۱۳۰۹ شمسی رخ داده است.

در بیست‌ویکم آبان ۱۳۱۴ شمسی مصادف با نیمه شعبان و ولادت حضرت حجت در

۳. واژه‌ای فرانسوی به معنای اداره مدعی عمومی و دادسرا است.



سال ۱۳۵۴ قمری، بنای عمارت بیمارستان و عمارت سردرب و دو طرف آن ساخته، همان روز افتتاح می‌شود.

برای سردرب بیمارستان، اشعاری گفته شد، از جمله:
عمادالکتاب گفته:

یکی شفا ده جسم، آن یکی مربی جان	به شهر قم دو بنا مامن است بر ضعفا
سراج معنی دین و مروّج ایمان	مؤسسین بنا هر دو سبط پیغمبر
دگرش حضرت معصومه فخر عالمیان	جناب حاج سید محمد قمی
به شیر شیرزه شده، بره ضعیف، شبان	به عهد پهلوی، آن خسروی که از
تمام گشت در این خطّه، باد جاویدان	بنای دار شفا ز اهتمام پور نبی
هزار و سیصد و پنجاه و چهار هجری دان	عماد راقم ابیات، گفت تاریخش

وفات

سید محمد فاطمی قمی در سال ۱۳۲۴ شمسی به دیار باقی پیوست.

پند استاد فقید حقوق

استاد سید محمد فاطمی قمی

اگر قانونی را صد بار مورد عمل قرار داده باشید، دفعه‌ی صدویکم که می‌خواهید به آن استناد کنید، مجدداً بخوانید و سپس مورد پیش آمده را بر آن عرضه نمایید. خواهید دید که این دفعه چیزی از آن درمی‌یابید که پیش از آن، به آن برنخورده بوده‌اید و هیچ‌گاه به اتکای حافظه، رأی ندهید.

ناصر دولت‌آبادی در مقدمه کتاب فقه فارسی به نقل از علی وکیل چنین می‌نویسد:
مراتب فضل و دانش و سکون و وقار مرحوم آقای فاطمی زبانزد بود، تا آنجا که زمانی که در مقام ریاست شعبه چهارم دیوان کشور قرار داشت، از طرف داور به او ابلاغ می‌شود که نظر شاه در این پرونده، چنین است. آن مرحوم می‌گوید آنچه حق است رعایت خواهد شد و مسؤول جوابگویی آن هم من هستم و ظاهراً نظر شاه در آن پرونده رعایت نمی‌شود.



روزی در مراسم سلام رسمی، شاه در برخورد با مرحوم فاطمی از او مؤاخذه نموده می‌گوید: مگر پیغام مرا داور به شما نداد؟
در پاسخ می‌گوید: چرا داد و من با اطمینانی که داشتم اعلی حضرت نظری جز اجرای عدالت ندارند و به این وسیله خواسته‌اند مرا امتحان کنند تا چه حد نفوذپذیر هستم، بنابراین، نظر قلبی اعلی حضرت که همان احقاق حق بود، عمل شد.
رضا شاه سر خود را زیر انداخته و رد می‌شود.



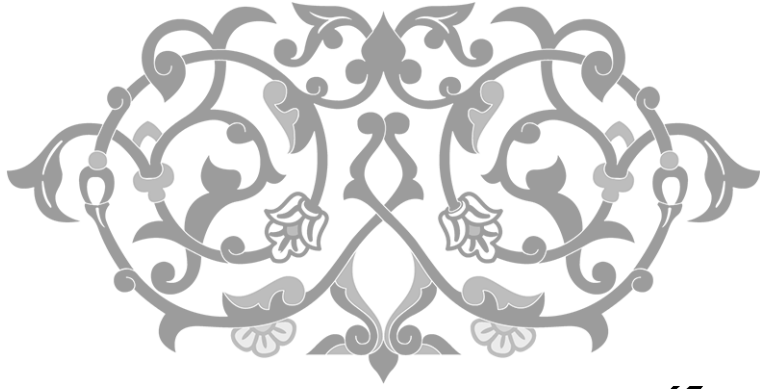
شعر

در اوایلی که سید محمد فاطمی قمی به تهران می‌رود، چون بازار غزل و قصیده‌سرایی رایج بوده، ایشان هم اشعاری گفته است که غالباً فی‌البداهه و به مناسبت مجلس یا واقعه‌ای بوده است. تخلص ایشان «حیرت» است. یکی از اشعار ایشان در ذیل آمده است:

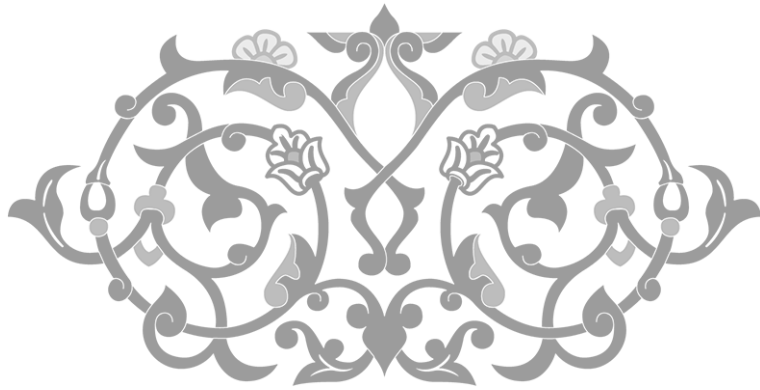
ای دل! جهان به کام تو شد شد، نشد نشد	یا ساغری به جام تو شد شد، نشد نشد
جام جهان‌نمای جم و تاج خسروی	مُلک کیان به نام تو شد شد، نشد نشد
این اسب تیزگام سبک‌خیز روزگار	بی رنج و غصه رام تو شد شد، نشد
دانه پباش و دام بنه در کمین پباش	صیدی اگر به دام تو شد شد، نشد نشد
با خلق کن معاشرت، اما به پختگی	هر چند کس که خام تو شد شد، نشد
آن مرغ بخت و دولت و شاهین سلطنت	روزی اگر به بام تو شد شد، نشد نشد
چون آفتاب روی تو، یا همچو لاله سرخ	آن رنگ زرد فام تو شد شد، نشد نشد
حیرت! بده به شعر، تو داد سخنوری	کس طالب کلام تو شد شد، نشد نشد

سید محمد فاطمی قمی

شایان توجه است که نباید اشعار سید محمد فاطمی قمی را با اشعار برادر بزرگ ایشان، آقا میرزا محمدتقی اشتباه گرفت.



زنگ تفريح





دروغگو دروغگو

سید محمد وحید حسینی زهانی^۱

من نه به عنوان یک منتقد، بلکه به عنوان یک بیننده صرف، پس از تماشای فیلم دروغگو دروغگو (Liar Liar) ساخته کارگردان مشهور تام شادیاک (Tom Shadyac) و با بازی جیم بوجین کری (James Eugene Carrey) همون جیم کری خودمون که فیلمای معروفش ماسک و بروس شگفت انگیز (که نمیدونم کی Almighty رو شگفت انگیز معنی کرده) و با استفاده از ذهن شلوغ و تخیلات برآن شدم تا این فیلم سینمایی را تحلیل کنم (بدیهی است خوانندگان محترم پیشاپیش بنده را بخاطر گرفتن وقت شریفشان عفو می فرمایند).

در این فیلم جیم کری در نقش وکیلی بدقول و بشدت دروغگو نقش آفرینی می کند که احتمالاً انعکاس دهنده دیدگاه نویسنده و کارگردان این فیلم نسبت به وکیل های آن طرف آبی است!! وگرنه وکلای این طرف آبی که اصلاً جز در مسیر راست و جز در راه درست قدم نگذاشته و به انواع و اقسام روش ها، برای پیروزی در پرونده دست نمی زنند. بگذریم...

اولین اتفاق جالب این فیلم بدقولی وکیل معروف است؛ که حتی نسبت به قرار ملاقات با پسر خود از زن سابقش نیز وفادار نیست و این شروع ماجرای این پسر و پدر است. که پسرک را بر آن می دارد تا در لحظه سالروز تولدش قبل از خاموش کردن شمع های پنج سالگی با فوت مبارک آرزویی کند عجیب !!! (او آرزو می کند پدرش فقط یک روز توانایی

۱. سیمتی در حال تغییر! بگذریم...



دروغ گفتن را نداشته باشد و این آرزو از همان شب ساعت ۸ شب شروع می‌شود) کاری به واقعی بودن یا نبودن آن ندارم. . . ولی اگر هر یک از ما در لحظه فوت کردن یک تولد یک آرزوی برآورده داشتیم با آن چه می‌کردیم؟! بگذریم. . .

دومین اتفاق جالب مراجعه خانمی با پرونده موضوع طلاق به این وکیل است که باتوجه به قوانین تصیف مال حین جدایی دادخواست مطالبه نصف اموال شوهر را داده ولی بخاطر خیانت در اموال شوهر متهم است و باتوجه به این که حق با او نیست، نیازمند وکیلی است که توانایی پوشاندن حقیقت را داشته باشد. (((باید سراغ وکلای همان طرف آب برود! نه؟!))) و حالا با حضور وکیلی روبرو می‌شود که در دعاوی خانواده فعالیت می‌کند درحالی‌که برای حفظ کیان خانواده خود دچار مشکل شده است به صورتی که همسر و پسرش در حال ترک او هستند و همه این اتفاق‌ها بخاطر دروغگویی اوست. دروغگویی که در اواسط فیلم با زدن مثالی سعی در توجیه این دروغگویی دارد (جیم کری: مادرت در ایام بارداری بخاطر چند کیلو اضافه وزن شبیه بشکه شده بود و وقتی از من پرسید چاق شدم گفتم نه تو خیلی هم خوش اندام و زیبایی خب آگه راستش رو می‌گفتم که اون ناراحت می‌شد.) وکلای آن طرف آبی هم از این قبیل بهانه‌ها می‌آورند؟! نه؟! بگذریم. . .

سومین اتفاق جالب فیلم حضور مردیست جایگزین که قرار است با همسر سابق این وکیل ازدواج کند. که مدیر بیمارستان معرفی شده و بشدت پاک و معصوم است، از آن آدم‌های ساده که همه چیز برایشان عاشقانه و مهربانانه است. از همان‌هایی که تا می‌بینیشان به خودتان می‌گویید (وای چه شوهر خوبی!) ماهم در کشور از این قبیل آدم‌ها زیاد داریم. نه؟! داریم. . .

چهارمین اتفاق جالب تلاش این وکیل برای پیروزی در دادگاهیست که با توجه به نیاز دروغگویی در صحبت‌ها و با توجه به عدم توانایی برای دروغ گفتن (یادتونه دیگه بخاطر آرزوی پسرش) تقریباً امری بود کاملاً محال اما. . . بعد از هزاران تلاش و امتحان کردن راه‌های متفاوت برای تعویق انداختن دادگاه که مثمر ثمر نبود، راهی پیش روی وکیل باز می‌شود. راهی که روی کاغذ قانونی و درست است ولی در عمل خیانت است به همین قانون.

از من بپرسی، با این ذهن مریضم می‌گویم: نویسنده حتی در این اتفاق هم می‌خواست قانون نادرست آن طرف آب را به تصویر بکشد که با کوچک‌ترین دقت در مطالب



قانون می‌توان سوراخ‌های موجود در آن را پیدا کرد و از آن به نفع خویش استفاده کرد. و اگر از ذهن مریض من‌نپرسی، می‌گوییم: قصد نویسنده نشان دادن فواید صداقت در کلام بوده و به عبارتی النجاه فی الصدق را به تصویر کشیده. (به نظر شما ذهن مریض من درست می‌گفته! نه؟! بگذریم. . .)

و در آخر تلاش ستودنی این وکیل برای شبیه شدن به وکیل‌های این طرف آب است که سعی در درست کردن اوضاع می‌کند، چه رابطه پدر پسری اش، چه رابطه خودش و همسر سابقش (حال در این میان هواپیمایی را مجبور به فرود اضطراری می‌کند که بکند! فرودگاهی را بهم می‌ریزد که بریزد! مهم نشان دادن تلاش برای از دست ندادن است. از دست ندادن چیزهایی که پس گرفتنشان چیزی شبیه محال است و یا در صورت بازگشت آن چیز قبلی نخواهد شد. . .).

در آخر همه چیز به خوبی و خوشی حل می‌شود و شما هم بخاطر این تراوشات ذهنی مرا می‌بخشید! نه!؟

بگذریم...

بیننده‌ای با ذهن مریض!